



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2015

TORNIAMO AI FONDAMENTI

Fascicolo 1 | 2015

TORNIAMO AI FONDAMENTI

INDICE

Saggi e articoli

Ricominciare dai fondamenti

di GAETANO AZZARITI

Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti

di STEFANO GIUBBONI

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'assistenza *

di CHIARA TRIPODINA

Precarietà del lavoro, occupazione e crescita economica: una ricostruzione critica del dibattito

di GUGLIELMO FORGES DAVANZATI* E GABRIELLA PAULI**

Il governo, il lavoro e la Costituzione nel c.d. "Jobs Act"*

di FRANCESCA ANGELINI

Il principio di rappresentanza politica tra progressivo decadimento ed esigenze di rivisitazione*

di PAOLO STANCATI

Democrazia come autogoverno: la questione dell'autonomia locale

di FILIPPO PIZZOLATO

Italicum: un sistema anomalo e antidemocratico

di MAURO VOLPI

La riforma della legge elettorale*

di CLAUDIO DE FIORES

La legge 52/2015 (Italicum): da pochi voti a molti seggi[1]

di MASSIMO VILLONE

La Costituzione dello Stato e i partiti politici: l'attualità del noto saggio di Heinrich Triepel*

di FRANCESCO BILANCIA

Commenti

La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale

di ILENIA MASSA PINTO

Rubriche

Il romanzo della resistenza e la transizione costituzionale italiana: la letteratura tra moralità e istituzioni

di GIANLUCA BASCHERINI, GIORGIO REPETTO

Storia costituzionale e autobiografia della Nazione

di GAETANO AZZARITI

Religioni secolari: istruzioni per l'uso. A proposito di due saggi di Kelsen e Dworkin

di DANIELA BIFULCO

Che cosa è eguaglianza? Memoria pubblicata la prima volta in Trento nel 1792*

di GIANDOMENICO ROMAGNOSI (A CURA DI FULVIO CORTESE)

EDITORIALE

Ricominciare dai fondamentali

di GAETANO AZZARTI

1. - La nostra rivista, sin dal suo nascere, ha indicato una sua precisa ragione d'esistenza. S'è proposta come un luogo di riflessione critico, non neutrale, presupponendo la possibilità di far valere uno specifico "punto di vista" della scienza. Quel particolare punto di vista che ha dato origine al costituzionalismo moderno continentale e che nell'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789 ha trovato la sua prima definizione normativa. Dopo di allora la storia ha avuto il suo corso e diverse sono state le interpretazioni possibili del ruolo e del valore della costituzione e del suo diritto. Il gruppo che ha fondato e ha poi lavorato attorno a questa rivista ha inteso declinarne in senso rigoroso la forza normativa, nella convinzione che si potesse parlare di un costituzionalismo democratico e non anomico, che si potesse preservare la natura precettiva della costituzione. Ben consapevoli della trasformazioni del tempo, del venir meno dei più rassicuranti spazi chiusi delle nazioni, del declinare di alcuni soggetti storici che avevano contribuito in modo determinante a dare corpo al progetto rivoluzionario del costituzionalismo democratico. Un progetto mai appieno realizzato – neppure nel mitizzato trentennio d'oro – ma sempre in forte tensione verso un futuro di ampliamento della sfera dei diritti e limitazione dei poteri, il costituzionalismo moderno ha assegnato un compito alla scienza, a quella giuridica in particolare: fornire la ragioni, le idee, le possibili interpretazioni che devono sostenere le norme assiologicamente orientate e superiori in grado della costituzione. Un testo, quello costituzionale, che – come ci ha spiegato Vezio Crisafulli – deve essere inteso come norma, ma anche come documento storico-politico. In questo senso per i costituzionalisti diventa necessario "prendere partito". Porsi dalla parte della costituzione non neutrale. All'interno di un movimento storico che assume la garanzia dei diritti e la divisione dei poteri come un dato a cui tutti (la politica, l'economia, i poteri, i soggetti privati) devono sottostare. Quante volte su questa rivista s'è invocata la

superiorità normativa della costituzione come parametro di giudizio? Proprio perché noi non crediamo che il positivismo giuridico si possa ridurre alla semplice accettazione di ogni norma, di ogni possibile interpretazione, di ogni esito che il potere vuole imporre. Non è vero per il costituzionalista che l'auctoritas sia sufficiente per fare una legge. Ad essa deve quantomeno affiancarsi il principio che la legittima: un'auctoritas senza costituzione viene privata di ogni fondamento storico e politico, e finisce per reggersi solo sul carisma del capo o sul potere di imperium, inteso come mera facoltà di impartire ordini ai quali i destinatari non possono sottrarsi. Per il costituzionalista – noi riteniamo – non è possibile accettare un potere non legittimato, un potere che non sia limitato e sostenuto dalla costituzione. Ma quale costituzione? Possono le costituzioni veicolare qualunque contenuto normativo? Anche il più dispotico?

Dal nostro punto di vista, collocandoci all'interno del movimento storico del costituzionalismo democratico moderno, la risposta non può che essere in via di principio definita sulla scorta del richiamato articolo 16 della Dichiarazione del 1789: perché si abbia una costituzione è necessario che la garanzia dei diritti sia assicurata e la separazione dei poteri fissata. Non basta, s'intende. È necessario specificare quali diritti si vogliono garantire e come si pensa di separare i poteri. Per noi – anche in questo caso – la risposta non può che essere ricercata nella storia per come s'è andata affermando nel corso degli ultimi duecento anni. Se è possibile indicare per sintesi un percorso storico complesso, non privo di ambiguità, di corsi e ricorsi, di luci ed ombre, può dirsi che i diritti da assicurare sono allora quelli legati alla triade rivoluzionaria di libertà, eguaglianza e fraternità, nella loro successiva articolazione entro i testi – e i contesti – costituzionali che si sono succeduti, imponendo una sempre più estesa garanzia alle varie generazioni dei diritti: dai diritti di libertà, a quelli sociali, sino ai nuovi diritti. Mentre, per quanto riguarda la separazione dei poteri, essa si definisce – quantomeno – come contrasto ad ogni concentrazione nelle mani di un unico organo o soggetto. Il diritto costituzionale democratico moderno non può avere nessuna simpatia per i processi che tendono a semplificare, ridurre, emarginare i poteri classici (legislativo, esecutivo e giudiziario) a favore di uno solo di essi (segnatamente il Governo); tanto più in un contesto storico ove si vanno moltiplicando i “poteri” e i soggetti sovrani.

2. - Nessuno di noi ha mai pensato al diritto costituzionale come ad una branca del diritto che era sufficiente analizzare, razionalizzare, banalizzare: le visioni funzionaliste, che oggi hanno un gran seguito, sono spesso state il nostro bersaglio critico o polemico. Se c'è un insegnamento che può trarsi dalla storia del movimento del costituzionalismo moderno è che esso ha inteso legare la costruzione dell'ordinamento alla “lotta per i diritti”. La non neutralità dei diritti costituzionali, l'imposizione di limiti ai poteri costituiti possono essere fatti valere solo se riescono ad imporsi entro un progetto di emancipazione e civilizzazione della società. Non basta neppure la scrittura di una costituzione, la quale – fosse anche “la più bella costituzione del mondo” – troverà nelle forme e nei modi della sua attuazione la verifica della sua “forza precettiva”. La superiore legalità costituzionale, che deve contrassegnare l'ordinamento democratico, non può essere solo invocata, né può essere intesa come un

profilo esclusivamente formale, ma deve rappresentare l'orizzonte entro cui sviluppare le politiche sociali e valutare il comportamento dei soggetti dotati di potere entro un ordinamento giuridico concreto. La costituzione presa sul serio ci rende assai esigenti. Stimola il nostro spirito critico, ci impedisce di accontentarci dell'ossequio formale al dettato costituzionale.

Quante volte in nome della costituzione si sono commesse le azioni più disinvolute? Grazie all'uso, sempre più frequente e inappropriato, di categorie giuridiche – come quella fondamentale di “costituzione in senso materiale” – per giustificare a posteriori ogni decisione delle forze politiche dominanti, anche le più distanti dalla normatività costituzionale. Sta a noi denunciarne il tradimento, sta a noi ricordare come l'ordine materiale nello stato costituzionale è sottoposto al limite delle norme scritte nel testo della lex superior, al quale anche la volontà politica deve sottostare.

Simmetricamente è anche vero però che la retorica del cambiamento ha spesso proposto di modificare, rimuovere, edulcorare il valore se non la lettera della nostra costituzione, proponendo revisioni esplicite del testo costituzionale, ovvero, semplicemente, privando le sue disposizioni di effettività. In questo caso nostro compito è quello di rivelare l'inganno, sino a proporci come forza frenante (katéchon) di fronte alle tante apocalissi annunciate.

Non è il dato del mutamento in sé che può preoccupare: in fondo la “lotta per il diritto”, che è stata richiamata come tratto distintivo del progetto del costituzionalismo moderno, impone di non fermarsi per contemplare i traguardi raggiunti e sollecita a ripensare continuamente se stessi, il proprio diritto, le modalità di realizzazione del costituzionalismo entro gli ordinamenti giuridici concreti. Dunque, dallo stimolo del cambiamento questa rivista ha tratto linfa vitale, sforzandosi sempre di leggere criticamente le trasformazioni del reale. Ciò che in caso ha contrassegnato la nostra riflessione sul mutamento è stato lo sforzo di comprendere la direzione di marcia, le sue tendenze di fondo, che nel nostro giudizio ci sono apparse nel loro complesso di natura regressiva. Il nostro sguardo critico ha spesso denunciato i limiti dello sviluppo, l'estendersi di un'egemonia che volendo affermare il primato degli interessi costituiti, dei soggetti dominanti, delle istituzioni economiche e finanziarie, tendeva ad indebolire progressivamente le ragioni del costituzionalismo moderno. Questo ci porta spesso a operare in direzione ostinata e contraria, consapevoli delle difficoltà del presente, ma anche coscienti che non ci si possa abbandonare al vento di un tempo avverso ai diritti fondamentali delle persone, né ci si debba arrendere alla volontà di potenza dei poteri costituiti.

3. - Se dovessimo valutare sul piano accademico e su quello propriamente scientifico i risultati di questa rivista non potremmo che ritenerci soddisfatti. Tanto le istituzioni (persino l'Anvur ha riconosciuto il nostro livello di “eccellenza”), quando la nostra comunità di studiosi (tanti illustri e stimati colleghi ci hanno gratificato con i loro giudizi positivi, collaborando e fornendoci contributi di assoluto rilievo) ci invitano a proseguire sulla strada intrapresa, senza nulla variare. Eppure sentiamo impellente la necessità di riflettere sulla nostro lavoro, di cambiare noi stessi.

La fase storica che stiamo attraversando ci sembra infatti che richieda uno sforzo particolare di comprensione, assegnando ad una rivista con i caratteri e le ambizioni che abbiamo sin qui riassunto nuovi compiti, se essa non si vuole ridurre a rappresentare solo un luogo di resistenza, ma pretende anche di contribuire a definire un nuovo ordine costituzionale possibile. Due ragioni di fondo muovono le nostre riflessioni. La prima legata al mondo che ci circonda; la seconda relativa al pensiero che ci sostiene.

Nel primo caso, non si possono nascondere le difficoltà del momento, aumentate rispetto al passato. Le ragioni del costituzionalismo democratico moderno sono sotto attacco non solo in Italia, ma anche in Europa e nel mondo. L'offensiva è in atto da tempo, ma oggi si sviluppa con particolare intensità, quasi che ci si volesse ormai definitivamente sbarazzare dell'ingombrante presenza di quella scienza che impone dei limiti al potere e pretende di tutelare i diritti. Se però volgiamo lo sguardo alla società, per nostra fortuna, scorgiamo ancora quanto sia ampia la domanda di un costituzionalismo democratico. Nel suo nome nascono movimenti che ancora riescono a cambiare lo stato di cose presenti, che si impongono ai poteri selvaggi, che affermano il primato dei diritti inviolabili nella costruzione dei rapporti sociali. È nella effettività degli ordinamenti giuridici che – nonostante tutto – la costituzione si conferma essere il più solido strumento di garanzia dei diritti e dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale. Può ben dirsi, dunque, che nella realtà del mondo contemporaneo è tutt'altro che assente una prospettiva costituzionale.

Quel che invece sembra mancare è la capacità di trasformare quel che si muove allo stato diffuso in una forma politica compiuta. Quel che riusciamo a vedere in questa fase convulsa di trasformazioni profonde, sono importanti movimenti e sommovimenti, nessuno dei quali riesce però a generalizzarsi, andare oltre l'esemplarità della propria esperienza. Un costituzionalismo dal basso che fatica a farsi riconoscere come istituzione, che spesso rimane fuori dai Palazzi, non riuscendo a penetrare nelle stanze del potere.

Sono molte e complesse le ragioni storiche, politiche, economiche che possono farsi valere per spiegare questa (momentanea?) incapacità di far prevalere le forze del costituzionalismo democratico. Tra queste ve n'è una che ci riguarda e ci coinvolge direttamente: la debolezza delle nostre tradizionali categorie concettuali. È vero, infatti, che viviamo tempi difficili, di profonda trasformazione, ma non deve neppure nascondersi che le nostre categorie concettuali, molte nostre incrollabili certezze, spesso non ci aiutano più a comprendere il reale, a criticarlo, a trasformarlo. Se è così, qui è il compito che a noi spetta. Una rivista critica, impegnata a far valere le ragioni del costituzionalismo democratico moderno, deve necessariamente fare i conti anzitutto con se stessa, con i propri strumenti d'analisi, con la coerenza delle proprie idee. Deve avere il coraggio di mettersi in discussione. Ed ecco dunque la nostra proposta, la nostra intenzione: tornare ai fondamenti.

4. - Viviamo tempi confusi, tempi veloci, poco disposti a fermarsi per permetterci di riflettere. Nella politica, ma anche nella cultura, la risposta

immediata s'impone. Presi d'assalto dall'immediatamente rilevante rischio di essere travolti dal contingente. D'altronde non si può evitare di rispondere colpo su colpo alle continue emergenze. Emergenze costituzionali, nel nostro caso. I più attrezzati dal punto di vista culturale riescono ancora a conservare una loro coerenza d'insieme. Tenendo fede agli "inviolabili" principi del costituzionalismo democratico riusciamo ancora a conservare una bussola: in nome della costituzione. Ma sino a quando?

Sino a quando i nostri principi potranno fare argine al fiume in piena dell'ideologia neoliberista dominante? E poi – soprattutto – anche i principi devono fare i conti con le trasformazioni sociali, politiche e culturali. Non può pensarsi dunque che i mutamenti radicali che andiamo denunciando non si riflettano anche sull'interpretazione e sul significato profondo dei principi da noi propugnati. Il corso del tempo muta il senso delle cose e delle parole. E con esse le nostre certezze. Oggi lo avvertiamo in modo drammatico.

S'è aperta, in effetti, al nostro stesso interno una frattura. Il dialogo tra costituzionalisti s'è fatto complesso, spesso condannato all'incomprensione. Non tanto la naturale e in fondo benefica diversità tra "scuole" giuridiche, neppure la discussione virtuosa tra studiosi ciascuno portatore di una propria "sensibilità" politica e culturale, bensì una ben più preoccupante perdita di unità disciplinare. Una distanza tra diverse ricostruzioni che non coinvolge più solo il piano dell'ermeneutica costituzionale, ma riguarda ormai le categorie di fondo della scienza praticata, un eclettismo del linguaggio e della sintassi del diritto che rende impossibile il confronto. Come se ciascuno operasse all'interno di un orizzonte di senso diverso da quello degli altri. Sembra, in effetti, che il linguaggio dei costituzionalisti sia diventato sempre più di frequente inconsapevole, legato alle esigenze del momento presente. Uno sbandamento che indebolisce la scienza, ma anche la critica della scienza. Senza un linguaggio comune la nostra lotta per un diritto costituzionale prescrittivo rischia di perdersi nel cielo dell'indistinto.

Né possiamo dire di essere immuni da questo processo di progressiva perdita di senso delle parole della scienza. Soprattutto nei tempi più recenti anche tra i costituzionalisti più critici, più attenti al valore precettivo della costituzione, più vicini alla nostra sensibilità, s'è avvertita una difficoltà di dialogo. Diversità su questioni di fondo, interpretazioni inconciliabili di "principi indiscussi", valutazioni divergenti sulle politiche culturali.

Appare urgente, dunque, ridare un senso alle parole. Alle parole di fondo – ai fondamentali – del diritto costituzionale. Nella nostra prospettiva ciò vuol dire riflettere sulle trasformazioni delle categorie del diritto costituzionale. Convinti come siamo che tutti i principi giuridici siano storicamente determinati e debbano essere interpretati entro contesti concreti. Così anche le parole della costituzione.

Siamo consapevoli dei rischi, ma anche della necessità di una riflessione sui fondamenti. Il pericolo maggiore è certo quello di ri-assegnare un significato di comodo al senso delle parole. È l'operazione che va per la maggiore, quella propria del neocostituzionalismo mainstream, che spiega il diritto costituzionale in base alla convenienza del momento, piegando i suoi principi

alle esigenze del potere. La nostra prospettiva è diversa, anzi opposta. La permanente validità della costituzione, il suo stabile fondamento prescrittivo, si basa sulla capacità di dare risposte alle esigenze del tempo presente. Una lettura attenta alle trasformazioni della storia dei principi costituzionali s'impone.

5. – Una rilettura dei fondamenti costituzionali per noi non può che iniziare dal primo tra questi. La nostra è una repubblica fondata sul lavoro. Per ricominciare a riflettere, partiamo dal primo articolo della nostra costituzione. Qual è il significato costituzionale del lavoro oggi? Quali le sue mutazioni? Come garantire il diritto al lavoro nelle nostre società postindustriali? Ci sono sembrate delle buone domande da porci. Al tema delle trasformazioni del lavoro dedichiamo gran parte dei saggi di questo fascicolo.

6. – Non solo di una ricostruzione del linguaggio – dei suoi fondamenti – abbiamo bisogno. C'è necessità anche di far assumere una dimensione pienamente culturale al dibattito tra costituzionalisti, troppo spesso chiuso entro logiche di palazzo e di potere (si pensi a tutta la discussione sulle riforme concentrato sulla richiesta di governabilità). È la dimensione propriamente sociale che ci appare spesso sacrificata, la capacità di collegare il diritto costituzionale alla vita concreta delle persone, alla cultura dei ceti intellettuali, alla realtà politica e istituzionale. Nel tentativo di dare un po' di respiro alla riflessione dei costituzionalisti abbiamo ritenuto di dedicare una parte della nostra rivista al dialogo tra il diritto e le altre scienze o arti, riprendendo la pubblicazione di una rubrica che già in passato ci aveva portato a guardare "al di là del giuridico". In fondo è un modo per cercare di comprendere come viene percepito il diritto, il ruolo delle costituzioni, dal mondo circostante. L'immagine del diritto riflessa negli occhi degli altri. Ad esempio (in questo fascicolo), nella letteratura italiana del dopoguerra, nel momento in cui è nata la nostra costituzione ed è stata edificata la repubblica democratica.

Così come la nostra attenzione ai fondamenti ci porta naturalmente a ricercare il dialogo con i maestri del passato, spesso troppo rapidamente dimenticati in questi tempi senza memoria. "Sulle spalle dei giganti" è un titolo che ci vuole ricordare la nostra reale condizione di nani, ma anche la necessità di guardare lontano. Riattiviamo questa nostra rubrica guardando, non a caso, a quel che, agli albori del pensiero giuspubblicistico moderno, un grande maestro pensava dell'eguaglianza, il principio più rivoluzionario del costituzionalismo.

Infine, vogliamo discutere delle nostre idee. Della loro capacità di porsi alle origini del cambiamento. "La forza delle idee" è il titolo di questa nuova rubrica che non vuole recensire studi più o meno rilevanti per il nostro settore scientifico-disciplinare, bensì discutere delle questioni sottostanti. Prendendo spunto da quel che si pensa e si scrive nel nostro mondo accademico, cercando però di allargare lo sguardo oltre il testo per confrontarsi con la loro capacità di incidere nella storia sociale. In questo fascicolo iniziamo a discutere di storia costituzionale e del concetto di "sacro".

IL LAVORO NELLA COSTITUZIONE OGGI

Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti

di STEFANO GIUBBONI

Professore associato di diritto del lavoro - Università degli Studi di Perugia

Abstract

L'articolo analizza criticamente la nuova disciplina del contratto di lavoro a tutele crescenti, mettendone in evidenza i molteplici profili di illegittimità costituzionale.

The article offers a critical evaluation of the new employment contract reform, exploring in particular the many points of contrast with the Constitution.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Natura e disciplina del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti. – 3. Profili di illegittimità costituzionale per eccesso di delega. – 4. Profili di illegittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza e ragionevolezza. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa.* Il testo finale del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, recante disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, approvato dal Consiglio dei Ministri lo scorso 20 febbraio senza tener conto nella sostanza dei rilievi formulati nel parere delle competenti commissioni parlamentari, configura un modello contrattuale molto diverso da quello che poteva immaginarsi alla luce delle prime discussioni sul *Jobs Act* e

della stessa ridondante previsione anticipatoria introdotta, contestualmente alla liberalizzazione dei contratti a termine di durata non eccedente i trentasei mesi, dall'art. 1, comma 1, legge n. 78 del 2014^[1]. È bene infatti ricordare che, nell'originario disegno di legge delega presentato dal Governo (AS n. 1428 del 2014), la lettera b) dell'art. 4 si limitava a prevedere, nel contesto della redazione di un testo organico semplificato di disciplina delle tipologie contrattuali dei rapporti di lavoro, l'eventuale possibilità di introdurre ulteriori tipologie «espressamente volte a favorire l'inserimento nel mondo del lavoro, con tutele crescenti per i lavoratori coinvolti». Il testo finale della delega approvata con la legge n. 183 del 2014 è, però, sul punto, significativamente diverso: l'art. 1, comma 7, lettera c), infatti, autorizza senz'altro la «previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento».

La differenza principale sta evidentemente in ciò: che mentre la formulazione originaria – sia pure nel contesto d'una delega praticamente in bianco specie sul decisivo profilo della disciplina del licenziamento – prefigurava, per quanto ambiguamente, l'introduzione in via sperimentale di un distinto sottotipo contrattuale, da affiancare in funzione di razionalizzazione alla folta tipologia esistente, senza tuttavia sovrapposizioni con il tipo generale dell'art. 2094 cod. civ., la legge n. 183 del 2014, riferendosi genericamente alle nuove assunzioni a tempo indeterminato, consente, invece, una tale sovrapposizione (e, per così dire, una tale «confusione tipologica») col formante contrattuale basilare del lavoro subordinato.

Tra il testo di delega iniziale e quello approvato in via definitiva dal Parlamento si è così consumata quella «commedia degli inganni» – come si è osservato con amara ironia^[2] – che ha consentito al Governo di restituirci, oggi, un contratto a tutele crescenti totalmente trasfigurato nella sua funzione e nella sua natura. Che non è più, evidentemente, quella di una nuova e distinta tipologia contrattuale, volta a promuovere l'inserimento stabile nel mercato del lavoro attraverso una temporanea attenuazione della tutela contro i licenziamenti in una prima fase (per quanto lunga)^[3] del rapporto, salva comunque l'applicazione della ordinaria tutela ex art. 18 dello Statuto dei lavoratori al suo termine, secondo uno schema ancora in qualche modo riconducibile all'idea di contratto unico volgarizzata per primi in Italia da Tito Boeri e Pietro Garibaldi^[4]. Ma che diviene, per contro, nient'altro che il comune contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato ex art. 2094 cod. civ., che verrà tuttavia a caratterizzarsi – per tutti (e soltanto) i nuovi assunti (da datori di lavoro privati) a partire dalla data di entrata in vigore del decreto attuativo – per la permanente riduzione del livello delle garanzie contro i licenziamenti illegittimi.

Un contratto che, più in particolare, si caratterizzerà per la radicale regressione nella intensità dei rimedi apprestati contro il licenziamento ingiustificato, concretizzantesi non solo (e vorrei dire non tanto) nella riduzione ad ambiti del

tutto eccezionali della reintegrazione nel posto di lavoro, ma soprattutto nella complessiva contrazione della misura delle indennità risarcitorie, che in certi casi saranno davvero irrisorie (addirittura inferiori alla indennità sostitutiva del preavviso mediamente prevista dai contratti collettivi di categoria)[5].

2. *Natura e disciplina del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*. È dunque questa – sapientemente dissimulata dietro una formula ingannevole e falsificatoria – la natura del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti: una disciplina dei licenziamenti fortemente regressiva anche rispetto a quella già depotenziata dalla legge n. 92 del 2012, applicabile solo ai nuovi assunti e che soltanto per costoro comporterà, in pratica, la sostanziale cancellazione della tutela reale in caso di recesso datoriale illegittimo (visto che la tutela ripristinatorio-reintegratoria, strutturalmente associata a quella risarcitoria, pur attenuata, prevista in tal caso dal testo novellato dell'art. 18 dello Statuto, diventerà come tale applicabile solo ai rapporti di lavoro instaurati anteriormente alla entrata in vigore del decreto attuativo).

Il d. lgs. n. 23 del 2015 traduce questa opzione della legge delega con disposizioni che, specie se lette insieme a quelle dedicate al complessivo riordino delle tipologie contrattuali e alla revisione della disciplina delle mansioni di cui all'art. 2103 cod. civ., appaiono rigorosamente coerenti con quella strategia di «svalutazione interna competitiva»[6], che è stata – al di là delle pur significative varianti nazionali – l'unica vera politica comune del lavoro negli anni della grande crisi europea. Il *Jobs Act* può anzi vantare, al riguardo, un grado di coerenza con la chiara matrice economica neoclassica di tali prescrizioni di *policy* (che per l'Italia rintracciano a tutt'oggi la loro formulazione più limpida e icastica nella famosa lettera indirizzata il 5 agosto 2011 dagli allora presidenti di BCE e Banca d'Italia al Governo Berlusconi) che non poteva certamente esibire la legge Fornero, visto che questa esprimeva ancora un compromesso politico-parlamentare, sul quale erano pur faticosamente riuscite ad incidere le stesse forze sindacali. Oggi, abolita definitivamente non si dice una prassi di tipo concertativo (estranea anche all'*iter* che ha portato all'emanazione della legge n. 92 del 2012), ma qualunque traccia di cosiddetto «dialogo sociale» (nel quale il decisore politico dovrebbe almeno sentirsi culturalmente impegnato a un esercizio di ascolto e di presa in considerazione delle opinioni del sindacato), il *Jobs Act* esprime – certamente nella disciplina baricentrica del contratto a tutele crescenti e del riordino delle tipologie contrattuali – una linea di univoca opzione politico-regolativa: una «scelta di campo» precisa, perché precisamente consentanea alla tutela di interessi coincidenti – praticamente senza mediazioni – con quelli patrocinati (senza sforzo) da Confindustria[7].

Quelle prescrizioni di *policy* – frutto d'una rappresentazione quasi caricaturale del noto *trade-off* istituito in teoria (ma senza alcuna autentica convalida empirica) tra (tutela degli) *insiders* e (occupazione degli) *outsiders*[8] – non avrebbero potuto invero contare su una traduzione più coerente e lineare da parte del legislatore delegato. La reintegrazione nel posto di lavoro (con la correlata tutela risarcitoria piena) – ovvero il rimedio che Pietro Ichino

impropriamente riconduce alle cosiddette *property rules*[9], ma che in realtà realizza, anche nel rapporto di lavoro, il risarcimento in forma specifica (art. 2058 cod. civ.) che di norma assiste nel sistema civilistico l'inadempimento delle obbligazioni contrattuali[10] – è eccezionalmente riservata all'area, anche di fatto marginale, del licenziamento discriminatorio o affetto da vizio di nullità (espressa) (art. 2, comma 1, d. lgs. n. 23 del 2015).

Non è peraltro chiaro se, nel riferirsi alle ipotesi di nullità del licenziamento perché discriminatorio a norma dell'art. 15 dello Statuto dei lavoratori, «ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge», il legislatore delegato abbia in realtà inteso allargare la sfera applicativa della tutela reintegratoria piena, che nella previsione dell'art. 18, comma 1, come novellato dalla legge n. 92 del 2012, risulta in effetti individuata in modo più analitico (e, dunque, apparentemente più circoscritto), da un lato attraverso il puntuale riferimento ai divieti di discriminazione presenti nell'ordinamento, e, dall'altro, con l'espresso richiamo del motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 cod. civ.

Il mancato riferimento a tale norma codicistica sembra invero poter autorizzare una interpretazione delle ipotesi di nullità del licenziamento per violazione dei divieti di discriminazione tipizzati dall'ordinamento maggiormente (e finalmente) conforme alla nozione oggettiva della fattispecie discriminatoria, come noto accolta dalle fonti e dalla giurisprudenza comunitarie[11], superando così l'angusta concezione soggettivizzante ancora oggi fatta propria dalla prevalente giurisprudenza nazionale con l'esigere la prova, da parte del lavoratore ricorrente, del motivo illecito determinante la condotta del datore di lavoro[12]. Ciò che potrebbe dare maggior vigore applicativo alla tutela antidiscriminatoria, sinora rimasta ristretta nella pratica dentro spazi davvero angusti, con la conseguente espansione dell'utilizzo del rimedio della tutela reintegratoria piena, senza necessità di accedere a quelle forzature interpretative che giungono a predicare, in sostanza, una inammissibile equiparazione tra licenziamento propriamente discriminatorio e licenziamento soltanto ingiustificato[13].

È per altro verso innegabile che, riferendosi, oltre che alla nullità del licenziamento in quanto discriminatorio, «agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge», l'art. 2, comma 1, del decreto possa essere inteso – come si è subito suggerito da parte di qualche commentatore – nel senso di voler restringere la invocabilità del rimedio reintegratorio pieno ai soli casi di nullità per l'appunto espressa (cioè esplicitata come sanzione della violazione del precetto primario). Ma tale indubbia suggestione letterale non può essere enfatizzata sino al punto di forzare il valore della coerenza del sistema, che esige di considerare operante anche ai fini di cui all'art. 2, comma 1, del d. lgs. n. 23 del 2015 (come pure dell'art. 18, comma 1, dello Statuto) il principio generale che ricollega la conseguenza della nullità alla violazione di ogni norma imperativa dell'ordinamento civilistico. Onde anche sotto tale profilo la formula del rinvio agli altri casi di nullità previsti dalla legge – che compare nel testo dell'art. 2, comma 1 – potrebbe consentire, ove estensivamente intesa, una applicazione del rimedio della reintegrazione in forma specifica oltre le ipotesi strettamente tipizzate. Senza trascurare che, ove si volesse limitare ai soli casi di nullità in senso stretto espressa l'applicabilità

della reintegrazione *ex art. 2*, comma 1, del decreto legislativo (o *ex art. 18*, comma 1, dello Statuto), ben potrebbe ritenersi operante, per i casi di nullità implicita, il rimedio residuale e generale della cosiddetta reintegra di diritto comune, come si è ad esempio già argomentato – in sede di interpretazione della riforma del 2012 – con riferimento alla ipotesi del licenziamento collettivo viziato dalla carenza del presupposto giustificativo sostanziale o «causale» (della riduzione, trasformazione o cessazione dell'attività lavorativa)[14].

Oltre che nei casi di licenziamento discriminatorio, nullo e intimato il forma orale, l'art. 2, comma 4, del d. lgs. n. 23 del 2015 rende applicabile la disciplina della reintegrazione, di cui ai commi precedenti, anche nelle ipotesi in cui il giudice accerti «il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68»[15]. Sul punto, la disciplina del contratto a tutele crescenti è, almeno all'apparenza, per un verso migliorativa di quella di cui l'art. 18 dello Statuto e, per un altro, significativamente peggiorativa.

È migliorativa laddove dà opportunamente accesso[16], nelle ipotesi di assenza di giustificazione del licenziamento appena considerate, alla tutela reintegratoria piena (ovvero alla stessa tutela prevista dall'art. 2 per i casi di discriminazione e nullità); mentre l'art. 18, comma 7, primo periodo, dello Statuto contempla, per tali ipotesi, soltanto «l'effetto reintegratorio attenuato»[17]. È, invece, apparentemente (e immotivatamente) peggiorativa là dove non contempla, a differenza del comma 7 dell'art. 18, l'ipotesi del licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110 cod. civ., che, pertanto, almeno secondo la tesi che ammette l'applicazione della tutela reintegratoria piena solo per le fattispecie di nullità espressamente previste dalla legge, dovrebbe ora ricadere, per i nuovi assunti con il contratto a tutele crescenti, nel campo di applicazione, congegnato come tendenzialmente generale e residuale, della tutela meramente indennitaria di cui all'art. 3 del decreto legislativo[18]. Ma se si condividono gli spunti offerti pocanzi a proposito del trattamento dei casi di nullità anche implicita, dovrebbe concludersi che il rimedio invocabile contro il licenziamento nullo, perché intimato in violazione dell'art. 2110 cod. civ., resta nondimeno quello previsto dall'art. 2 del decreto attuativo (o, in alternativa, quello della reintegrazione di diritto comune).

Una tutela reintegratoria attenuata (sul modello dell'art. 18, comma 4, dello Statuto dei lavoratori) è infine prevista dall'art. 3, comma 2, del d. lgs. n. 23 del 2015 «esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento». Si avrà modo di svolgere qualche osservazione di taglio esegetico su tale disposizione più avanti, quando se ne tratteranno i profili di (evidente) incostituzionalità. Per ora preme rilevare che, con questa disposizione, il legislatore delegato completa le previsioni con le quali intende fissare il confine entro cui è eccezionalmente consentita la reintegrazione, tanto ad effetti pieni (art. 2), quanto, appunto, ad effetti risarcitori attenuati (art. 3, comma 2).

Al di là di tale confine, il lavoratore assunto con contratto a tutele crescenti

conoscerà, in caso di licenziamento illegittimo, solo il rimedio di tipo indennitario, forte o debole a seconda dei casi. E così, nei casi in cui risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo (oggettivo o soggettivo) o per giusta causa, il giudice dovrà dichiarare estinto il rapporto di lavoro alla data del recesso e condannare il datore al pagamento di una indennità – non assoggettata a contribuzione previdenziale – pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità (art. 3, comma 1, d. lgs. n. 23 del 2015).

La tutela indennitaria debole spetta, invece, ai sensi dell'art. 4 del decreto legislativo, nelle ipotesi in cui il licenziamento sia intimato con violazione del requisito di motivazione di cui all'art. 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 (come modificato dalla legge n. 92 del 2012) o della procedura di cui all'art. 7 dello Statuto^[19]: casi nei quali il giudice, dichiarato estinto il rapporto alla data del recesso, condanna il datore al pagamento di una indennità sempre calcolata nel modo anzidetto, ma in una misura che non potrà essere inferiore a due e superiore a dodici mensilità (e cioè pari alla metà della tutela indennitaria forte contemplata per le fattispecie di insussistenza dei presupposti sostanziali del giustificato motivo o della giusta causa addotta dal datore di lavoro).

Per le piccole imprese che non raggiungono i requisiti dimensionali per l'applicazione dell'art. 18 dello Statuto – cui è sempre inapplicabile il rimedio della reintegrazione ad effetti risarcitori attenuati di cui all'art. 3, comma 2, del decreto – l'anzidetto ammontare delle indennità risarcitorie è dimezzato e non può in ogni caso superare le sei mensilità, che è come noto il limite massimo ordinario previsto dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966. In tal modo il decreto legislativo (art. 9, comma 1) ridetermina *in peius*, per i nuovi assunti con il contratto a tutele crescenti, i contenuti della stessa tutela obbligatoria ordinaria valevole per le piccole imprese, abbassando contemporaneamente la soglia minima (che per i vizi procedurali del licenziamento scende a una sola mensilità di retribuzione) e quella massima (che appunto non può superare in nessun caso le sei mensilità, laddove la legge n. 604 del 1966 consente, per i lavoratori con anzianità elevata, di raggiungere il tetto delle 14 mensilità).

Le organizzazioni di tendenza – ovvero i datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto – sono generalmente assoggettati dall'art. 9, comma 2, del d. lgs. n. 23 del 2015 alla nuova disciplina, nei termini appena riepilogati.

L'art. 10 estende al licenziamento collettivo – come definito dagli artt. 4 e 24 della legge n. 223 del 1991 – la medesima disciplina applicabile al licenziamento individuale intimato in carenza di giustificato motivo oggettivo. E dunque, salvo il caso davvero di scuola del licenziamento collettivo intimato oralmente (per il quale vale ovviamente il rimedio della reintegrazione ad effetti risarcitori pieni ai sensi del comma 1 dell'art. 2), sia in caso di violazione delle procedure richiamate dall'art. 4, comma 12, della legge n. 223 del 1991, sia in caso di violazione dei criteri di scelta di cui all'art. 5 della medesima legge, dovrà applicarsi il regime indennitario «forte» previsto dall'art. 3, comma 1, del d. lgs.

n. 23 del 2015 (con indennizzo risarcitorio commisurato, in relazione alla anzianità di servizio del lavoratore, tra un minimo di quattro ad un massimo di ventiquattro mensilità della retribuzione utile ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto). La scelta in tal senso compiuta dal legislatore delegato – sui cui si erano in particolar modo appuntati i rilievi critici delle commissioni parlamentari, del tutto ignorati dal Governo – esclude dunque la possibilità della reintegrazione nel posto di lavoro già prevista dalla legge n. 92 del 2012 in favore del lavoratore licenziato in violazione dei criteri di selezione di cui all'art. 5 della legge n. 223 del 1991, parificando, sul piano dei rimedi, tale vizio sostanziale del recesso alle ipotesi di violazione delle procedure richiamate dall'art. 4, comma 12, di tale ultima legge.

Completa il disegno della disciplina del licenziamento dei lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti l'art. 11 del decreto, che rende inapplicabili le disposizioni di cui ai commi da 48 a 68 dell'art. 1 della legge n. 92 del 2012, ovvero lo speciale rito previsto dalla legge Fornero per i licenziamenti comunque rientranti nel campo di applicazione dell'art. 18 dello Statuto. Su tale scelta – che estende al piano processuale la disparità di trattamento che affligge i nuovi assunti col contratto a tutele crescenti nell'accesso ai rimedi sostanziali contro il licenziamento illegittimo – debbono aver pesato una serie di considerazioni, in parte certamente collegate alla pessima prova fornita dal cosiddetto «rito Fornero», fonte di irrisolte incertezze interpretative su aspetti centrali della relativa disciplina^[20]. Ma anche in questo caso, come per la scelta di escludere l'applicabilità della procedura conciliativa di cui all'art. 7 della legge n. 604 del 1966^[21], la ragione principale va probabilmente rintracciata nella circostanza che, essendo stata marginalizzata la tutela reintegratoria ed essendo stata depotenziata quella indennitaria, il lavoratore avrà nella normalità dei casi convenienza ad evitare l'alea del giudizio accettando la somma offertagli dal datore di lavoro mediante consegna di assegno circolare ai sensi dell'art. 6, comma 1, del decreto legislativo, visto che solo in tal caso potrà avvalersi dell'allettante incentivo della detassazione contestualmente stabilito dalla disposizione^[22].

3. *Profili di illegittimità costituzionale per eccesso di delega.* Il decreto legislativo sul contratto a tutele crescenti rappresenta certamente il punto culminante di quel «ripiego inesorabile della logica statutaria»^[23], che caratterizza più in generale l'impianto controriformista del *Jobs Act*. Lo spettacolare arretramento delle tutele in caso di licenziamento ingiustificato, che tale ripiego comporterà per i nuovi assunti col contratto a tutele crescenti, è quasi rivendicato dal legislatore delegato come il passaggio inevitabile a una nuova costituzione materiale del lavoro, nella quale l'attuazione dell'art. 4 implica inesorabilmente la destrutturazione dello statuto protettivo e garantistico novecentesco quale unica condizione per un mercato del lavoro più efficiente e, ad un tempo, più equo e inclusivo.

Una scelta di questo tipo – consentanea alle raccomandazioni di riforma strutturale formulate all'interno di quel pervasivo coacervo di politiche neoliberiste che chiamiamo benignamente *governance* economica europea^[24] – presuppone naturalmente una precisa consapevolezza di quel sostanziale

indebolimento delle nervature valoriali costituzionali classiche del diritto del lavoro nazionale, che rappresenta il precipitato forse più evidente della crisi della stessa «capacità ordinante» della Carta fondamentale e dello svuotamento di normatività che corrode lo statuto costituzionale dei diritti sociali[25]. Sennonché il *Jobs Act*, nel suo radicalismo contro-riformatore, estremizza questa logica dichiaratamente postmoderna sino al punto di entrare comunque in contraddizione con taluni postulati fondamentali dell'ordine costituzionale del lavoro.

In effetti, come ho avuto già modo di osservare altrove[26], il contratto a tutele crescenti genera due campi di tensione con i principi costituzionali: uno di portata generale, o se si vuole «sistemico», suscettibile di per sé di mettere in discussione la tenuta complessiva del disegno del *Jobs Act*, e che proprio per questo, implicando una lettura particolarmente esigente e «sostanzialistica» della Costituzione, difficilmente riuscirà ad aprirsi varchi nella linea di prudentissima deferenza alle scelte del legislatore ordinario da tempo consolidatasi nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali; l'altro, invece, limitato ad aspetti specifici ma nondimeno molto significativi della controriforma dei licenziamenti. Per tale motivo conviene pragmaticamente muovere da questo secondo ordine di profili di costituzionalità, per lasciare alle conclusioni valutazioni più ampie e problematiche sugli scenari dischiusi dal primo. E come hanno già fatto altri commentatori del *Jobs Act*[27], è opportuno anzitutto partire dalle diverse questioni di coerenza con i pur laschi criteri direttivi stabiliti dalla legge delega, che certamente il decreto legislativo sul contratto a tutele crescenti solleva.

Non si intende riprendere qui la problematica generale – certamente non nuova, ma che l'approvazione con voto di fiducia della legge n. 183 del 2014 ha tuttavia senz'altro esacerbato – di una tendenza, come ha ben osservato Guazzarotti, alla accelerazione e alla distorsione verticistica delle procedure parlamentari[28], che appare tanto più grave quando si sia in presenza, come nella specie, di una delega a vastissimo spettro e largamente indeterminata, che consegna al Governo la riscrittura a tema libero praticamente dell'intero diritto del lavoro italiano. La previsione di delega sul contratto a tutele crescenti, cui soltanto preme qui dedicare attenzione, riesce, infatti, a esibire, grazie alle integrazioni apportate al testo irresistibilmente ambiguo dell'originario disegno governativo, un livello di determinatezza che consente di fissare alcuni confini sicuri, oltre i quali la decretazione delegata può dirsi, con ragionevole certezza, illegittima «per eccesso» ai sensi dell'art. 76 Cost.

Ed il confine più nitidamente tracciato dall'art. 1, comma 7, lettera c), della legge n. 183 del 2014 è proprio quello che vuole la disciplina del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti riferibile (soltanto) alle «nuove assunzioni», alle stregua di una scelta frutto – sul punto – di un preciso compromesso politico. Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti, in cui si esaurisce l'*ubi consistam* del contratto a tutele crescenti, travalica, tuttavia, illegittimamente, per come risulta definito dall'art. 1 del d. lgs. n. 23 del 2015, tale confine, in almeno due direzioni diverse.

Lo fa, anzitutto, chiaramente eccedendo la delega, laddove, con la previsione che compare ora nel comma 3 dell'art. 1, estende la nuova disciplina dei

licenziamenti ai dipendenti già in forza nelle piccole imprese che superino, mediante assunzioni con contratti a tutele crescenti, la soglia occupazionale prevista per l'applicabilità dell'art. 18 dello Statuto. Il travisamento della delega sta nel fatto che, sia pure con l'intento di incentivare nuove assunzioni nelle piccole imprese, eliminando per queste il possibile disincentivo derivante dall'ingresso (per i rapporti di lavoro già in essere) nell'area di applicabilità dell'art. 18, il decreto applica la nuova disciplina del licenziamento anche ai lavoratori già assunti. Ma ciò è impedito dal chiaro criterio direttivo della delega.

È semmai da osservare come un tale risultato sarebbe stato in astratto conseguibile dal legislatore escludendo i neoassunti con contratto a tutele crescenti dal computo dell'organico utile ai fini della determinazione della soglia occupazionale rilevante per l'applicazione dell'art. 18 dello Statuto, opzione tuttavia praticabile ove tale contratto fosse stato configurato come sottotipo sperimentalmente rivolto a favorire l'inserimento stabile nel mercato del lavoro, secondo la primissima indicazione in tal senso offerta dal disegno di legge governativo. Sennonché questa diversa via risulta oggi parimenti sbarrata dalla configurazione del contratto a tutele crescenti non già come sottotipo contrattuale ma come ordinaria forma di assunzione a tempo indeterminato ai sensi dell'art. 2094 cod. civ., ovvero come forma comune di rapporto di lavoro (art. 1, comma 7, lettera b, della legge n. 183 del 2014).

Eccede la delega, per ragioni analoghe, anche la norma inserita nel secondo comma dell'art. 1 del d. lgs. n. 23 del 2015, che estende l'applicazione delle relative previsioni anche nei casi di conversione, pur successiva alla entrata in vigore del decreto, di contratti a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato. La violazione della delega sta in ciò: che la «conversione» – come la chiama impropriamente il decreto, pur in continuità terminologica con l'art. 32 della legge n. 183 del 2010 – è cosa evidentemente diversa, *per definitionem*, dalla nuova assunzione. A prescindere dalla circostanza che l'ordinamento conosce effetti di conversione del contratto di lavoro a termine in rapporto a tempo indeterminato sia *ex tunc* che *ex nunc*[29], ciò che accomuna tale figura – distinguendola dalla «nuova assunzione» – è che essa implica sempre l'accertamento della nullità parziale della clausola appositiva del termine ad un contratto già instaurato tra le parti, come condizione della trasformazione del medesimo. Ciò che, *mutatis mutandis*, vale anche per la «conversione» (o riqualificazione) del contratto di apprendistato, che peraltro costituisce già un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, finalizzato alla formazione e alla occupazione dei giovani (art. 1, comma 1, d. lgs. n. 167 del 2011).

Prospettano poi questioni, per così dire più sottili, di eccesso, o forse meglio di difformità dalla delega, anche altre previsioni del decreto. Non, però, a ben vedere, la previsione, contenuta nel già evocato art. 10, con cui il legislatore delegato ha armonizzato la disciplina del licenziamento collettivo a quella dettata dall'art. 3 per il licenziamento individuale (anche plurimo) per giustificato motivo oggettivo, escludendo sempre, per entrambe le fattispecie, la tutela reintegratoria (salvo ovviamente che non si rientri nelle diverse ipotesi della violazione dei divieti di discriminazione o della intimazione del recesso in forma orale). Quella previsione pare infatti coerente con la delega non fosse

altro perché questa si riferisce espressamente ai «licenziamenti economici», espressione senz'altro idonea a ricomprendere entrambe le *species*, che del resto la prevalente dottrina ritiene senz'altro accomunate, dopo la legge n. 223 del 1991, sotto il profilo causale o sostanziale^[30].

Esibisce, invece, una assai dubbia compatibilità con la delega – che espressamente esige l'applicazione della tutela reintegratoria (sia pure ad effetto risarcitorio attenuato) per «specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato» – la previsione di cui all'art. 3, comma 2, del decreto, con la quale come visto il legislatore delegato consente la tutela reale solo nelle ipotesi, non specificamente determinate^[31], di recesso datoriale per ragioni soggettive nelle quali «sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore», senza che sia consentita al giudice qualsivoglia valutazione sulla «sproporzione» della sanzione estintiva del rapporto. Poiché, però, in tal caso è anzitutto la manifesta irrazionalità *ex se* della previsione normativa, con il suo espresso divieto del controllo di proporzionalità, a porsi in insanabile contraddizione con i principi costituzionali, pare opportuno riservare l'analisi dei profili di illegittimità di tale norma al paragrafo successivo.

4. *Profili di illegittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza e ragionevolezza.* La norma del secondo comma dell'art. 3 ha una genesi ideologica che non si fatica a individuare in quella irresistibile insofferenza verso la (ineliminabile)^[32] discrezionalità valutativa del giudice che caratterizza – più di altri – gli approcci ispirati alla razionalità strumentale della *law and economics*^[33], costruiti sul mito moderno di un diritto certo in quanto calcolabile, misurabile, esattamente predeterminabile *ex ante* perché interamente iscrivibile dentro la logica apodittica del vero/falso o quella matematica del calcolo numerico.

È evidentemente questa la logica che anzitutto sorregge la scelta di commisurare meccanicamente all'anzianità di servizio del lavoratore l'entità della indennità risarcitoria, escludendo tutti gli altri criteri contemplati dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966 e dallo stesso art. 18 dello Statuto, come novellato dalla legge Fornero, i quali sono irriducibili ad un mero esercizio di misurazione quantitativa ed esigono viceversa valutazioni di carattere più o meno discrezionale (come, tipicamente, quella che investe il comportamento o le condizioni delle parti). Ed è ovviamente sempre questa la logica che – escludendo qualunque valutazione sulla proporzionalità della sanzione (espulsiva) rispetto alla infrazione disciplinare – impone al giudice di limitare l'accertamento ai fini dell'applicazione del rimedio reintegratorio alla insussistenza del mero «fatto materiale», quale accadimento verificabile nel mondo della esperienza sensoriale, cui solo si attaglia l'alternativa vero/falso.

Per la verità, questa logica aveva provato come noto a farsi strada già nella interpretazione del nuovo art. 18 dello Statuto, ove una parte della dottrina si era consistentemente applicata a dimostrare che la insussistenza, semplice o manifesta, del fatto addebitato o posto a base del licenziamento, di cui ai commi 4 e 7 della disposizione, dovesse essere inteso come fatto materiale, e non

giuridico, oggettivo o reificato al punto da escludere – secondo i più rigorosi – qualunque considerazione del profilo psicologico dell'agente nella realizzazione della condotta (la coscienza e la volontà dell'evento, il dolo o la colpa, lieve o grave che fosse)[34]. La tesi era stata tuttavia subito confutata – con insuperabili argomenti testuali, sistematici e «costituzionalmente orientati» – da un non meno consistente filone dottrinario[35], al quale era presto giunto il conforto – sempre decisivo – della dominante giurisprudenza di merito[36] formatasi sul nuovo art. 18[37].

La ventura ha tuttavia voluto che proprio nei giorni in cui i tecnici del Governo erano all'opera per vergare il testo del decreto attuativo, la Corte di Cassazione – con un *obiter dictum* peraltro del tutto contraddittorio rispetto alla *ratio* della decisione, coerente con la prevalente interpretazione giurisprudenziale[38] – abbia inteso precisare che «il nuovo art. 18 ha tenuta distinta, invero, dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, sicché occorre operare una distinzione tra l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione»; conseguendone che la «reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo alla individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi come fatto materiale». Con la ulteriore conseguenza, per l'appunto, «che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato»[39].

L'eco di questo *obiter* è sin troppo scoperta nel testo dell'art. 3, comma 2, del decreto[40], e come un «dilettante di sensazioni»[41] il legislatore delegato si è volentieri lasciato suggestionare da questa inattesa apertura della Cassazione alla teoria del fatto materiale, della cui esistenza o inesistenza *in rerum natura* il giudice sarebbe chiamato a prender atto, senza potersi avventurare nei terreni proibiti delle valutazioni di proporzionalità (cioè di ragionevolezza)[42]. Sennonché, a prescindere dalla questione se una tale interpretazione sia compatibile (e a nostro avviso certamente non lo è) con il testo del novellato art. 18 dello Statuto, resta il fatto che oggi, per come il legislatore delegato ha lessicalmente formulato il secondo comma dell'art. 3 del d. lgs. n. 23 del 2015, ci troviamo di fronte a previsione normativa sicuramente abnorme perché manifestamente irrazionale ed evidentemente in contrasto con l'art. 3 Cost.

Impedendo qualunque valutazione sulla proporzionalità tra infrazione e sanzione espulsiva – valutazione che è ontologicamente immanente al sistema disciplinare (art. 2106 cod. civ.), e che per gli stessi lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti dovrà quantomeno valere ai fini dell'applicazione delle sanzioni conservative – l'art. 3, comma 2, ammette anzitutto l'aporia logica che possa essere assunto a fondamento del licenziamento un fatto materiale certamente esistente (ad esempio un ritardo di un minuto), ma del tutto irrilevante sul piano disciplinare, e quindi lecito, perché non qualificabile in termini di notevole inadempimento degli obblighi contrattuali (art. 3, legge n. 604 del 1966) o di giusta causa (art. 2119 cod. civ.). La intrinseca irrazionalità della previsione ridonda poi – nei casi in cui un certo accadimento materiale

possa nella sua oggettività rivestire una astratta valenza disciplinare ai fini del licenziamento – in una violazione inevitabile del principio di eguaglianza, laddove impone al giudice, precludendogli il controllo di proporzionalità, di trattare allo stesso modo (con l'esclusione del rimedio reintegratorio) situazioni che possono essere sostanzialmente diverse (per i profili soggettivi e psicologici che connotano la condotta dell'agente, per la esistenza di cause di giustificazione o esimenti, e così via). D'altra parte, per come è congegnata, la norma è palesemente illegittima anche perché finisce per svuotare di qualunque rilievo (in contrasto, oltre che con l'art. 3, con l'art. 39, comma 1, Cost.) le previsioni contenute (tanto sotto il profilo della tipizzazione degli illeciti, quanto sotto quello della corrispondente graduazione delle sanzioni) nei contratti collettivi applicabili al rapporto di lavoro.

La insanabile irrazionalità della norma è poi addirittura esaltata da quelle tesi che attribuiscono all'impiego della formula, volutamente ambigua, alla cui stregua la tutela reale è eccezionalmente ammessa «esclusivamente nelle ipotesi» in cui sia «direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore», il significato di invertire, addossandolo a quest'ultimo, l'onere della prova in ordine al presupposto per l'accesso al rimedio reintegratorio, gravando ormai sul datore di lavoro, *ex art. 5 della legge n. 604 del 1966*, solo l'onere di provare la giustificatezza «semplice» del licenziamento. L'aberrazione delle regole sul riparto – in contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. – consisterebbe qui nello scaricare sul lavoratore l'onere della prova del fatto negativo, quando è ipotizzabile che in molti casi il ricorrente non avrà neppure interesse a contestare l'esistenza in sé del fatto storico, di cui contesta soltanto la qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, ovvero la radicale irriducibilità alle nozioni legali dettate – anche per la giustificazione del licenziamento dei lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti – dagli artt. 3 della legge 604 del 1966 e dall'art. 2119 cod. civ.

In realtà l'intero impianto concettuale del decreto sul contratto a tutele crescenti – qui in piena coerenza con la delega – è costruito sulla rottura del principio di uguaglianza e di solidarietà nei luoghi di lavoro^[43], con una strutturale divaricazione delle tutele contro il licenziamento illegittimo a seconda della data di assunzione del lavoratore, che segna una vertiginosa regressione ad un particolarismo giuridico premoderno, dove la frantumazione degli statuti protettivi del lavoro subordinato avviene seguendo linee del tutto estrinseche rispetto alla natura della prestazione dedotta nel contratto (come, appunto, il diverso momento di decorrenza di rapporti di lavoro pur identici sotto ogni profilo sostanziale)^[44].

Una tale lacerazione dei principi fondativi del diritto del lavoro giunge ad esiti che ci appaiono ingestibili persino sul piano pratico nel caso del licenziamento collettivo, la cui irrazionale disciplina è stata anche per questo oggetto di vane raccomandazioni nel parere espresso sul decreto attuativo dalle commissioni parlamentari. Estendendo la nuova disciplina sull'indennizzo correlato alla anzianità di servizio anche ai licenziamenti collettivi (come pur astrattamente autorizzato a fare dalla legge delega), il legislatore delegato permette, tuttavia, che – a fronte dei medesimi vizi procedurali o sostanziali di uno stesso licenziamento per riduzione di personale, che coinvolga contemporaneamente vecchi e nuovi assunti – solo i primi possano avvalersi delle tutela processuale e

sostanziale garantita dall'art. 18 dello Statuto come riformato dalla legge Fornero, relegando i secondi alla ridotta tutela indennitaria consentita in generale dal contratto a tutele crescenti, da attivare in giudizio avvalendosi del rito ordinario.

5. *Conclusioni.* La scelta di flessibilizzare il mercato del lavoro italiano con la divaricazione delle tutele contro il licenziamento illegittimo (a seconda che si tratti di vecchi o di nuovi assunti) avrà esattamente l'effetto di internalizzare in via strutturale all'interno dell'impresa quel dualismo che il legislatore si propone di contrastare. E già per questo, per questa intrinseca inidoneità rispetto allo scopo asseritamente perseguito, una tale disparità (strutturale e permanente) di trattamento tra lavoratori non soddisfa il criterio di ragionevolezza imposto dall'art. 3 Cost.[45]. La differenza di trattamento – oltre che inadeguata e non necessaria rispetto allo scopo – appare, d'altra parte, del tutto sproporzionata, e dunque insuscettibile di soddisfare il più specifico *test* di bilanciamento imposto dal giudizio di ragionevolezza[46], poiché, diversamente dalle iniziali ipotesi di contratto a tutele crescenti come sottotipo rivolto a favorire l'inserimento stabile nel lavoro subordinato con una deroga solo transitoria alla ordinaria disciplina dei licenziamenti, il decreto introduce una differenziazione di statuto protettivo radicale e permanente, senza realizzare un riallineamento delle tutele al raggiungimento di una certa anzianità di servizio.

La scelta del legislatore delegato in favore di una brutale monetizzazione «al ribasso» delle conseguenze del licenziamento illegittimo non individua pertanto un punto di ragionevole bilanciamento tra i contrapposti interessi in rilievo. L'unico interesse realmente protetto finisce per essere quello del datore di lavoro alla certezza di costi contenuti e predeterminabili *ex ante*, mettendo fuori gioco una volta per tutte la discrezionalità valutativa del giudice.

Sotto tale profilo, la tensione con i principi costituzionali non sta tanto (o soltanto) nel sostanziale abbandono della tutela reintegratoria, che non è costituzionalmente necessitata, ancorché nella già evocata, importante pronuncia n. 141 del 2006 le Sezioni Unite della Cassazione abbiano avvertito che «il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma»[47]. L'offesa a quei principi costituzionali è piuttosto recata da una tutela che, anche ove possa legittimamente esaurirsi tutta dentro una logica puramente monetaria, è del tutto inidonea a garantire, non si dice una efficacia sanzionatoria e dissuasiva nei confronti del recesso datoriale illegittimo, ma almeno una minima effettività risarcitoria.

L'indennità prevista dal decreto legislativo non soddisfa certamente – quantomeno per i lavoratori con minore anzianità – un tale requisito minimo di effettività, situandosi largamente al di sotto degli *standard* minimi previsti dalle fonti internazionali e sovranazionali. Il parametro più esigente e significativo – rilevante come norma interposta ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. – è al riguardo senz'altro quello offerto dall'art. 24 del nuovo testo della Carta sociale europea, per il quale è possibile fare affidamento su una consolidata stratificazione di indirizzi interpretativi da parte del comitato di

esperti indipendenti[48].

Il diritto dell'Unione europea non sembra invece offrire ancoraggi altrettanto utili, essenzialmente a causa dei noti limiti applicativi della Carta dei diritti fondamentali alla stregua dell'art. 51. La disciplina del contratto a tutele crescenti si muove, in effetti, pressoché per intero al di fuori del campo applicativo del diritto dell'Unione europea (e quindi della Carta), salvo forse che per la previsione di cui all'art. 10 in tema di licenziamenti collettivi, che – destrutturando la tutela attivabile (anche) in caso di violazione degli obblighi (di natura essenzialmente procedurale) derivanti dalla Direttiva 98/59 – può ragionevolmente ritenersi in contrasto (pure) con l'art. 30 della Carta di Nizza.

La lotta per il diritto – per la riconquista di un diritto del lavoro nel quale possa ancora riconoscersi il seme progettuale dell'art. 3, comma 2, Cost. – non potrà tuttavia essere affidata soltanto alla dialettica giudiziaria e al pur inevitabile vaglio di costituzionalità del *Jobs Act*. Gli istituti della solidarietà sono – ieri come oggi – il frutto della forza rivendicativa e progettuale di soggetti storici reali[49]: sarà anzitutto compito del lavoro organizzato e del sindacato saper ritrovare – rinnovandosi – questa forza, proprio nel momento in cui sembra averla perduta.

[1] Cfr. per tutti M. Tiraboschi (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro*, ADAPT Labour Studies, e-Book Series n. 23, 2014, nonché – volendo – S. Giubboni, *Il ridisegno delle tipologie contrattuali nel Jobs Act*, in *Treccani – Libro dell'anno del diritto 2015*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2015, pp. 368 ss.

[2] L. Mariucci, *La commedia degli inganni: l'itinerario regressivo della legge sul lavoro*, in corso di pubblicazione in *Quaderni di Rassegna sindacale*.

[3] In quanto verosimilmente non inferiore alla durata massima di tre anni prevista, per il nuovo contratto a termine «acausale», dal testo (novellato dalla legge n. 78 del 2014) dell'art. 1, comma 1, d. lgs. n. 368 del 2001, e da ultimo confermata (assieme alle facoltà di deroga che ne consentono l'allungamento) dall'art. 17, comma 1, dello schema di decreto legislativo recante il testo organico delle tipologie contrattuali e la revisione della disciplina delle mansioni, licenziato dal Governo il 20 febbraio 2015 sempre in attuazione della legge n. 183 del 2014.

[4] Cfr. T. Boeri, P. Garibaldi, *Un nuovo contratto per tutti*, Chiarelettere, Milano, 2008. L'ovvia differenza, rispetto a tale proposta (come a qualunque ipotesi analoga di contratto unico a protezioni crescenti), è che essa avrebbe implicato una parallela restrizione delle condizioni d'uso delle forme di lavoro temporaneo, a partire da quella effettivamente più rilevante del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato (v. per tutti, anche per ampi riferimenti al dibattito comparato e ai disegni di legge in tal senso presentati in Italia, in particolare da Pietro Ichino, G. Casale e A. Perulli, *Towards the Single Employment Contract*, Hart Publishing – International Labour Office, Oxford-Portland e Ginevra, 2014, spec. p. 55). Mentre il Governo Renzi si è mosso, a partire dal decreto-legge n. 34 del 2014 (convertito nella citata legge n. 78), nella opposta direzione di un contestuale, forte aumento della flessibilità sia «in entrata» che «in uscita», la prima perseguita proprio attraverso la sostanziale

liberalizzazione delle assunzioni con contratto di lavoro subordinato a tempo determinato (ormai assoggettate a limiti solo quantitativi), la quale non è certamente compensata dal superamento del contratto di lavoro a progetto, prefigurato dagli artt. 48 e 49 dello schema di decreto legislativo sul riordino delle tipologie contrattuali (il quale, peraltro, amplia, con l'art. 52, la possibilità del ricorso al lavoro accessorio: forma di *mini-job* all'italiana di quintessenziale precarietà).

[5] Con la conseguenza che i dirigenti – categoria esclusa per legge (anche) dalla nuova disciplina del licenziamento valevole per i lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti (art. 1, comma 1, del decreto attuativo) – godranno, normalmente, in forza del contratto collettivo applicabile al loro rapporto di lavoro, di una tutela economica di gran lunga più intensa contro i licenziamenti privi di giustificazione, considerando la disciplina sulla durata del preavviso e l'importo, crescente con l'anzianità di servizio, della indennità supplementare. E tale tutela risulta ancor più vantaggiosa nel caso di licenziamento dovuto allo stato di crisi dell'impresa datrice, visto che in tale ipotesi la contrattazione collettiva del settore industriale collega il diritto alla indennità supplementare direttamente alla esistenza della ragione giustificativa oggettiva del recesso.

[6] Sia sufficiente, sul punto, il rinvio – oltre che allo straordinario e impressionante affresco analitico di W. Streeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, trad. it., Feltrinelli, Milano, 2013 – a A. Schäfer, W. Streeck (a cura di), *Politics in the Age of Austerity*, Polity Press, Cambridge, 2013.

[7] Lo si desume anche dalle scarse informazioni che riescono a trapelare sull'opaco processo di *drafting* normativo. V. sul punto le giuste sottolineature critiche di F. Carinci, *Il Jobs Act, atto II: legge delega sul mercato del lavoro*, in F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, ADAPT Labour Studies, e-Book Series n. 37, 2015, pp. 1 ss.

[8] V. da ultimo la documentatissima analisi critica di V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, rispettivamente pp. 344 ss. (parte prima) e 447 ss. (parte seconda), ove ampi riferimenti anche alla dottrina economica.

[9] V. P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in L. Nogler, L. Corazza (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, Milano, 2012, pp. 792 ss. La improprietà del riferimento – che rimanda al celebre studio di G. Calabresi e A.D. Malamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, 1972, vol. 35, n. 6, pp. 1089 ss. – è, da un punto di vista comparatistico, ben evidenziata da L. Nogler, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 661 ss., spec. p. 680. E si veda anche G. Orlandini, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 617 ss.

[10] Cfr. Cass., sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141, che ha magistralmente chiarito che l'art. 2058 cod. civ., applicabile anche all'illecito contrattuale,

«attribuisce al danneggiato (nel rapporto contrattuale, al creditore insoddisfatto) la reintegrazione in forma specifica, se giuridicamente e materialmente possibile (comma 1) ed il risarcimento per equivalente alla subordinata condizione che risulti, secondo il giudice, eccessivamente onerosa per il debitore (comma 2)» Sicché, anche in omaggio al noto principio, iscrivibile nel raggio dell'art. 24 Cost., per cui «il processo civile deve dare per quanto è possibile a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire» (G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1935, ristampa del 1965, p. 390), «la tutela reintegratoria è più vicina alle scelte di valore del legislatore in tema di responsabilità contrattuale», onde vanno intese come eccezionali rispetto a tali le scelte le norme che escludono o limitano la tutela specifica offerta dall'art. 18 dello Statuto, anche perché, diversamente, «il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma». Cfr., su tutto ciò, la seminale ricostruzione di M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1980.

[11] Cfr. per tutti A. Lassandari, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, vol. cinquantesimo del *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, CEDAM, Padova, 2010, spec. pp. 49 ss.

[12] Cfr. in tal senso F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti ('a sensi della bozza del decreto legislativo del 24 dicembre 2014)*, in F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act*, cit., pp. 65 ss., sul punto p. 71.

[13] Secondo l'ipotesi formulata da M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 527 ss., ma rimasta del tutto isolata anche in dottrina.

[14] Cfr. U. Carabelli, S. Giubboni, *Il licenziamento collettivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, pp. 391 ss., sul punto p. 405.

[15] Su tali ipotesi di licenziamento illegittimo rinvio a S. Giubboni, *Il licenziamento del lavoratore disabile tra disciplina speciale e tutela antidiscriminatoria*, in *Rivista critica dir. lav.*, 2008, pp. 427 ss.

[16] Proprio in ragione dei forti nessi con la tutela antidiscriminatoria dei lavoratori disabili (su cui sia consentito l'ulteriore rinvio a S. Giubboni, *Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento. Note per una interpretazione «adeguatrice»*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 289 ss.).

[17] P. Albi, *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediabile ed effetti sulle garanzie dei diritti*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, cit., pp. 381 ss., qui p. 384.

[18] V. in tal senso F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità*, cit., p. 71.

[19] Non anche, invece, nei casi in cui il licenziamento per motivi oggettivi sia intimato con violazione della procedura prevista dall'art. 7 della legge n. 604 del 1966 (come modificato dalla legge n. 92 del 2012), visto che l'art. 3, comma 3, del d. lgs. n. 23 del 2015 dichiara espressamente inapplicabile tale disposizione ai licenziamenti economici dei lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti. La ragione di tale scelta del legislatore delegato – apparentemente incomprensibile, visto il buon esito deflattivo avuto dalla procedura conciliativa preventiva dinanzi alla Direzione territoriale del lavoro di cui all'art. 7 della legge n. 604 del 1966 – va con ogni probabilità ricollegata alla fiducia riposta sul meccanismo dell'offerta di conciliazione introdotto dall'art. 6 del decreto legislativo. Tale disposizione prevede, infatti, che, in tutti i casi di licenziamento dei lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti, al fine di evitare il giudizio del datore di lavoro, entro il termine di 60 giorni stabilito per l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento, possa offrire al prestatore, nelle sedi a ciò qualificate dall'art. 2113, comma 4, cod. civ. e dall'art. 76 del d. lgs. n. 276 del 2003, un importo – non costituente reddito imponibile ai fini Irpef e non assoggettato a contribuzione previdenziale – di ammontare pari ad una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità, mediante consegna al lavoratore di un assegno circolare. L'art. 9, comma 1, del decreto legislativo prevede espressamente il dimezzamento di tali importi (e comunque la fissazione del tetto massimo di sei mensilità) nel caso di licenziamento intimato dalle piccole imprese che non raggiungano i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, commi 8 e 9, dello Statuto.

[20] V., tra i primi e per tutti, G. Amoroso, *Rito speciale per le controversie in tema di licenziamento*, in *Treccani – Libro dell'anno del diritto 2013*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 2013, pp. 560 ss.; G. Vidiri, *Il nuovo rito sui licenziamenti: una normativa di difficile lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, pp. 39 ss.

[21] V. *supra*, nota 19.

[22] La fiscalizzazione del costo del licenziamento (illegittimo) – che viene in tal modo prevista, sia pure al fine di alleggerire il contenzioso giudiziario (art. 6, comma 2, d. lgs. n. 23 del 2015) – corre peraltro il rischio di incentivare comportamenti opportunistici di «azzardo morale» da parte delle imprese. Queste, infatti, godendo del contestuale vantaggio della sostanziale decontribuzione triennale previsto dalla legge di stabilità per il 2015 per i lavoratori assunti a tempo indeterminato entro la fine di questo anno, potrebbero trovare comunque conveniente licenziare il prestatore di lavoro entro il triennio dall'assunzione, visto che in tal modo il «costo di separazione», già di per sé assai modesto, verrebbe praticamente pagato pressoché per intero dallo Stato.

[23] A. Tursi, *L'articolo 18 e il «contratto a tutele crescenti»*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, n. 4, pp. 923 ss., qui p. 926.

[24] Un insieme di strumenti cui sembra ben attagliarsi la definizione di «neomedievalismo istituzionale» coniata in altro contesto da S. Rodotà, *Una costituzione per internet?*, in *Politica del diritto*, 2010, p. 347, e che si può

impiegare qui per segnalare il dominio di regimi di *governance* a legittimazione tecnocratica che si impongono operando al di fuori delle garanzie del costituzionalismo democratico e delle stesse strutture della *rule of law* comunitaria. Tra le analisi più precise e penetranti di questo fenomeno v. P. Craig, *Economic Governance and the Euro Crisis: Constitutional Architecture and Constitutional Implications*, in M. Adams, F. Fabbrini, P. Larouche (eds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Hart Publishing, Oxford e Portland (Oregon), 2014, pp. 19 ss.; C. Joerges, *Europe's Economic Constitution in Crisis and the Emergence of a New Constitutional Constellation*, in J.E. Fossum, A.J. Menéndez (eds.), *The European Union in Crises or the European Union as Crises?*, ARENA Report n. 2/2014, Oslo, 2014, pp. 279 ss., nonché A.J. Menéndez, *De la crisis económica a la crisis constitucional de la Unión europea*, ECOLAS Ediciones, León, 2013.

[25] In questi termini, pressoché testualmente, G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma e Bari, 2014, spec. pp. 32 ss.

[26] V. S. Giubboni, *Il contratto a tutele crescenti e la Costituzione*, in *Menabò di Etica ed Economia*, n. 16 del 2015, disponibile in <http://www.eticaeconomia.it>.

[27] V. in particolare l'ampia analisi di A. Guazzarotti, *Riforma del mercato del lavoro e prescrittività delle regole costituzionali sulle fonti*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 3/2014.

[28] Ivi, p. 1.

[29] V. rispettivamente i commi terzo e quarto dell'art. 5 del d. lgs. n. 368 del 2001, su cui, da ultimo e per tutti, M.L. Vallauri, *Rapporti di lavoro a termine e strumenti rimediali*, in R. Del Punta, R. Romei (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 323 ss., spec. p. 342.

[30] Cfr. solo O. Mazzotta, *Licenziamento collettivo*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, V, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 766 ss.

[31] Come, invece, sarebbe avvenuto, in coerenza con la previsione di delega, ove fosse stata effettuata la scelta, inizialmente ipotizzata dallo stesso Governo, di limitare la reintegrazione alle ipotesi in cui fosse stata accertata l'illegittimità del licenziamento intimato sulla base dell'addebito – rivelatosi appunto inconsistente – di fatti di rilevanza penale, con implicito rinvio alle corrispondenti (e sicuramente determinate) fattispecie legali. Ma una scelta del genere avrebbe evidentemente conservato un'ampia sfera di apprezzamento valutativo in capo al giudice, e per questo è stata scartata dal Governo, che ha così preferito la formula riportata nel testo, che quella discrezionalità vuole completamente eliminare bandendo il controllo di proporzionalità sulla sanzione.

[32] V. solo le dense e pungenti pagine di R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, Franco Angeli, Milano, 2013.

[33] «Una teoria giuridica senza il diritto», nella fulminante definizione critica di E.-J. Mestmäcker, *A Legal Theory without Law*, Walter Eucken Institut - Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.

[34] La più rigorosa illustrazione della tesi si trova in A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 415 ss., poi seguito – ancorché con significative sfumature – da altri autori, tra i quali: R. De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, pp. 1064 ss.; M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Argomenti dir. lav.*, 2012, pp. 613 ss.; M. Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, *ivi*, 2013, pp. 66 ss. (quest'ultimo, però, con posizione in certo modo intermedia tra le contrapposte tesi).

[35] Cfr. *ex multis* F. Carinci, *Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)*, in *Argomenti dir. lav.*, 2012, pp. 773 ss.; *Id.*, *Ripensando il nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, *ivi*, 2013, pp. 461 ss. A. Perulli, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, *ivi*, 2012, pp. 785 ss.; V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pp. 521 ss.; ma soprattutto E. Ghera, *Sull'ingiustificatezza aggravata del licenziamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, pp. 425 ss., e M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, pp. 1 ss., e *Id.*, *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a Costituzione*, in *Argomenti dir. lav.*, 2013, pp. 1345 ss.

[36] Ma un cenno adesivo era giunto, sia pure in *obiter dictum*, da Cass., sez. lav., 7 maggio 2013, n. 10550.

[37] Già a partire dalla primissima ordinanza del Tribunale di Bologna, 15 ottobre 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, pp. 1049 ss., con commenti, oltre che di R. De Luca Tamajo (*supra cit.* alla nota 34), di M.T. Carinci, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 St. lav. alla luce dei vincoli posti dal sistema*; R. Romei, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*. Una rassegna completa e aggiornata della giurisprudenza si trova in V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale*, *cit.*, spec. pp. 369 ss.

[38] V. infatti il commento di M. De Luca, *Fatto materiale e fatto giuridico nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di Cassazione*, in *Argomenti dir. lav.*, 2014, pp. 1279 ss.

[39] Così Cass., sez. lav., 6 novembre 2014, n. 23669, in *Argomenti dir. lav.*, 2014, pp. 1381 ss., qui p. 1385.

[40] V. anche F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità*, *cit.*, p. 77.

[41] Per evocare altrettanto liberamente il celebre e suggestivo giudizio di Croce sulla poetica dannunziana.

[42] V. soltanto F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007, pp. 17 ss.

[43] E nella radicale messa in discussione di principi fondativi del diritto del lavoro come l'eguaglianza sostanziale e solidarietà si compie davvero un «cambiamento di paradigma», che lo «sfregio della stabilità» già inferto dalla legge Fornero aveva solo avviato: cfr. M. Napoli, *Diritto del lavoro in trasformazione (2010-2014)*, Giappichelli, Torino, 2014, p. XI. Sulla stessa linea G. Loi, *Una Repubblica fondata sul lavoro*, in E. Ghera, A. Pace (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, Napoli, 2009, pp. 3 ss., commentando i potenziali effetti destrutturanti dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011.

[44] Come giustamente sottolinea F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità*, cit., p. 68, «cheché si creda e si dica sulla praticabilità di un duplice regime dei licenziamenti nel settore privato, con la coesistenza a fianco a fianco di dipendenti trattati diversamente solo in ragione della data di assunzione, questa sembra escludersi in radice per il settore pubblico privatizzato in forza dell'art. 97 Cost., chiamato a suo tempo in causa per legittimare *vis-à-vis* dell'art. 39, comma 4, Cost., la prevista efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi di comparto».

[45] Cfr. in termini M. Ainis, *La piccola eguaglianza*, Einaudi, Torino, 2015, p. 95.

[46] Cfr. *ex multis* F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., pp. 30 ss.; P. Loi, *La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, pp. 481 ss.

[47] V. *supra*, nota 10.

[48] Si rinvia al riguardo all'attenta analisi di G. Orlandini, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato*, cit., pp. 623 ss., che osserva come l'importante Convenzione n. 158 del 1982 dell'OIL in materia di licenziamento – non essendo stata ratificata dall'Italia – a rigore non possa avere invece rilievo nel nostro ordinamento, probabilmente neppure per il tramite del diritto dell'Unione europea (e, in particolare, della previsione di cui all'art. 6, par. 1, del TUE). L'autore avverte, peraltro, come «il dialogo tra gli organismi deputati a garantire il rispetto dei diritti fondamentali» (ivi, p. 625) – che nel caso della Carta sociale europea non hanno natura propriamente giurisdizionale – possa nondimeno favorire una circolazione di *standard* di tutela anche al di là dei limiti formali di applicazione che connotano i singoli strumenti utilizzati. Si tratta di tendenza ben nota, rafforzata dai processi di globalizzazione giuridica, indagata ormai da una ricca letteratura: v. più di recente tra gli altri G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010; V.C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

[49] Cfr. da ultimo S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma e Bari, 2014, spec. pp. 27 ss.

IL LAVORO NELLA COSTITUZIONE OGGI

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 *

di CHIARA TRIPODINA

Professore associato di Diritto costituzionale - Università del Piemonte orientale

Abstract

In questo studio l’autrice si impegna nella ricostruzione dei fondamenti costituzionali dello *ius existantiae*: del diritto ad avere garantita una vita libera e dignitosa, anche quando si versi in condizione di povertà e disoccupazione. In particolare la questione che viene posta al centro dell’analisi è se, quando manchi alla promessa del “lavoro per tutti”, sulla Repubblica gravi il dovere di garantire a tutti, altrimenti, l’esistenza. La lettura sistematica della costituzione, illuminata dall’intenzione originaria dei costituenti, conduce l’autrice a dare una risposta sicuramente positiva e a ritenere il reddito di cittadinanza – nella forma del reddito minimo garantito – uno strumento costituzionalmente necessario per la realizzazione di una democrazia realmente emancipante.

In this paper, the author reconstructs the fundamentals of *ius existantiae* in the Italian Constitution: the right to a free and dignified life, even in conditions of poverty and unemployment. The question is whether, when the Republic does not maintain the promise of “jobs for all”, it has a duty to ensure everyone the existence. The systematic interpretation of the Constitution, enlightened from the original intent, leads the author to give a positive answer and to consider the basic income - in the form of guaranteed minimum income - a means

constitutionally necessary for a truly “emancipatory democracy”.

Nessun uomo è un'isola, completo in se stesso;

ogni uomo è un pezzo del continente, una parte del tutto [...].

La morte di qualsiasi uomo mi sminuisce,

perché io sono parte dell'umanità.

E dunque non chiedere mai per chi suona la campana:

essa suona per te.

(John Donne, *Devotions upon Emergent Occasions and Death's Duel, XVII Meditation*, 1624)

Non la carità, ma un diritto,

non la generosità, ma la giustizia

è ciò che rivendico

(Thomas Paine, *Agrarian Justice*, 1791)

Sommario: 1. “Esistenza libera e dignitosa”: diritto di alcuni o di tutti? - 2. La lettura ergocentrica della costituzione economica e il buco nella rete della protezione sociale - 3. L'intenzione costituente: il “lavoro per tutti” come garanzia universale di un'esistenza libera e dignitosa - 4. La promessa tradita - 5. La lettura sistematica della costituzione: la costituzione economica alla luce dei principi fondamentali e il diritto a un'esistenza libera e dignitosa, in ogni caso, per tutti - 6. “Avere procurato un lavoro” o “avere garantita l'esistenza”: i due corni dell'alternativa - 7. Il «risarcimento per mancato adempimento dell'obbligo di procurare lavoro» secondo Mortati - 8. Il “reddito di cittadinanza”: l'altra via - 9. - Reddito minimo garantito: è l'Europa che ce lo chiede - 10. Una misura conforme a costituzione - 11. Una misura costituzionalmente necessaria - 12. Il Jobs Act e la riforma degli ammortizzatori sociali: la svolta mancata - 13. Contro il reddito di cittadinanza: quali argomenti - 14. Lavoro di cittadinanza vs reddito di cittadinanza - 15. Reddito di cittadinanza per consentire un'esistenza da “cittadini”

1. “Esistenza libera e dignitosa”: diritto di alcuni o di tutti?

Lo *ius existantiae*, da intendersi come “diritto a un'esistenza libera e dignitosa” - in inscindibile endiadi, giacché non v'è esistenza senza dignità e libertà -, è diritto solo di alcuni o di tutti?

È diritto solo di coloro che hanno un lavoro, retribuito in misura sufficiente a garantire a sé e la loro famiglia un'esistenza libera e dignitosa, o è diritto anche di coloro che un lavoro non l'hanno (o non retribuito in misura sufficiente)?

E - il retro della medaglia - è dovere della Repubblica garantire anche a coloro l'esistenza?

La questione si impone alla luce di un contesto economico e sociale, determinato anche - ma non solo - dalla "grande crisi", in cui sempre meno si può dare per scontato che tutti abbiano o possano avere un lavoro (e che a non lavorare siano solo "gli oziosi", come immaginavano i costituenti), e in cui si deve invece fare i conti con i bruti dati di realtà, che raccontano di un paese - il nostro - nel quale la disoccupazione è ai massimi storici[1]; nel quale anche chi lavora lo fa sempre più in modo precario e intermittente, e la "flessibilità" è spesso declinata in coppia con "insicurezza", anche di vita[2]; nel quale molti sono i *working poors*, un tempo ossimoro oggi diffusa realtà, coloro che, pur lavorando, restano sotto la soglia di povertà[3]; molti i "morti per crisi", coloro che si tolgono la vita per mancanza di lavoro e smarrimento di dignità[4].

Tutto ciò interroga - deve interrogare - la nostra costituzione: è essa impotente, o peggio indifferente, rispetto al concretizzarsi di una vita senza libertà e senza dignità a causa della mancanza di lavoro, o ha qualcosa da dire al riguardo, e qualcosa di opposto rispetto alla rassegnazione impotente o indifferente? Divenuto sempre più remoto l'obiettivo della piena occupazione e saltato il rapporto biunivoco lavoro-garanzia dell'esistenza[5], che si fa: si lavora o si muore? Oppure diviene un problema sociale, una responsabilità collettiva, di fronte al lavoro che viene meno, assicurare comunque la sopravvivenza di tutti, evitare che si muoia di stenti e di umiliazione, recuperando, per altre e ulteriori vie rispetto al lavoro, la garanzia universale di un'esistenza libera e dignitosa?

2. La lettura ergocentrica della costituzione economica e il buco nella rete della protezione sociale

Di "diritto a un'esistenza libera e dignitosa" la costituzione italiana parla espressamente solo nella sua parte intitolata *Rapporti economici*: la c.d. "costituzione economica"[6].

In particolare, l'articolo 36 afferma che "il lavoratore" «ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa».

Accanto a questo, l'articolo 38, nel suo secondo comma, riconosce che "i lavoratori" «hanno diritto a che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria».

La lettura di questi articoli - insieme ad altri nei quali è evidente il *favor* della costituzione italiana per i lavoratori, intesi soprattutto come lavoratori subordinati - ha condotto a parlare della costituzione italiana come di una

costituzione “lavorista”, “ergocentrica”, imperniata sull’“uomo lavoratore”[7]; disattenta, per converso, ai destini dell’“uomo non lavoratore”.

“Il non lavoratore”, infatti, non trova spazio nella costituzione italiana, se non nell’articolo 38, primo comma, nella specie dell’“inabile al lavoro”: l’«inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere» ha infatti «diritto al mantenimento e all’assistenza sociale». Inabile “e” sprovvisto di mezzi: tirannica congiunzione copulativa[8], che ha storicamente condotto in Italia a ritenere che, per avere accesso all’assistenza sociale, non sia sufficiente essere semplicemente poveri, ma occorra essere anche impossibilitati a lavorare per una qualche *inabilità soggettiva*; restando così esclusi da qualsiasi protezione sociale coloro che, poveri, non lavorano per l’*impossibilità oggettiva* di trovare un posto di occupazione, in ragione di contingenze di carattere generale di tipo economico, politico o sociale[9].

È la grande anomalia del sistema di protezione sociale italiano rispetto a quello degli altri paesi europei: manca in esso - pur nella pleora parcellizzata e categoriale degli interventi previdenziali e assistenziali previsti - «quella rete di sicurezza universale, quel “pavimento di protezione”», che consente di soccorrere anche il bisogno economico puro, la povertà *tout court*, non legata necessariamente all’inabilità al lavoro o ai rischi nei quali può incorrere il lavoratore. In altre parole, «chi non ha proprio niente, ma non ricade in una delle (pur numerosissime) categorie di bisogno specifico previste dalla normativa nazionale, regionale o comunale, rischia ancor oggi, in Italia, di cadere nel vuoto»[10].

La rete di protezione sociale ha, dunque, un vistoso buco, che la crisi economica non ha fatto altro che ampliare e mettere in risalto, e nel quale finiscono per cadere, a uno a uno, tutti coloro che non riescono a garantirsi un reddito adeguato con il proprio lavoro: gli inoccupati, i disoccupati di lungo corso, i lavoratori precari e intermittenti, i lavoratori poveri...

3. L’intenzione costituente: il “lavoro per tutti” come garanzia universale di un’esistenza libera e dignitosa

L’interpretazione ergocentrica della costituzione, benché storicamente consolidata, non è tuttavia la sola possibile. Essa può essere messa in discussione sia alla luce dell’intenzione che guidò i costituenti nel momento in cui redassero il testo costituzionale, sia alla luce di una sua lettura sistematica, tesa a tenere insieme la costituzione economica con i principi fondamentali.

Quanto all’intenzione dei costituenti, si può ritenere che la scrittura che essi impiegarono per indicare i soggetti ai quali la Repubblica doveva protezione, pur indubbiamente selettiva nelle parole (“i lavoratori”, “gli inabili al lavoro e sprovvisti di mezzi”), non fosse determinata dalla volontà di garantire un’esistenza libera e dignitosa solo a costoro e non ad altri.

Non si vuole con ciò dire che tali parole furono usate con leggerezza, senza coglierne la portata e i possibili esiti applicativi. Al contrario: la lettura degli Atti dell’Assemblea costituente[11] reca più di una testimonianza di come l’uso delle

parole corrispose a una scelta lucida e consapevole.

Ad esempio, la discussione che avvenne in prima Sottocommissione tra Lucifero e Dossetti sul progetto di testo che sarebbe divenuto l'articolo 36. Per Lucifero, il diritto a un'esistenza libera e dignitosa avrebbe dovuto essere garantito non al solo lavoratore e alla sua famiglia, ma all'«uomo in quanto tale»; e riconoscerlo rispondeva a un «imperativo morale e giuridico». In ragione di ciò egli poneva una questione di «collocamento dell'articolo», che non era solo sistematica: per lui, il «diritto dell'uomo a una vita dignitosa» doveva essere posto come «prima affermazione», «premessa assoluta» alla formulazione degli articoli in materia economico-sociale, e non dopo la dichiarazione del diritto al lavoro, in quanto «il diritto all'esistenza appartiene anche a coloro i quali non possono lavorare»^[12]. Ma la replica di Dossetti, confermata dal successivo voto della Sottocommissione, condusse a intraprendere la via più stretta: «il diritto ad avere i mezzi per una esistenza libera e dignitosa non deriva dal semplice fatto di essere uomini, ma dall'adempimento di un lavoro»; a meno che non si determinino condizioni da cui derivi l'impossibilità di lavorare, evenienze che però ricadono sotto gli articoli concernenti l'assistenza e la previdenza^[13].

Altresì dirimente la discussione che venne condotta in Assemblea costituente al momento di votare il testo definitivo di quello che sarebbe divenuto l'articolo 38. I progetti di questo articolo, tanto della prima^[14] che della terza^[15] Sottocommissione, erano decisamente inclusivi dal punto di vista dei soggetti garantiti: in entrambe le versioni – tramite l'uso della congiunzione disgiuntiva “o” – era riconosciuto il diritto all'assistenza sociale, e dunque all'esistenza, a chiunque si trovasse senza sua colpa nell'impossibilità di lavorare o a causa di un'inabilità o a causa di qualsiasi altra contingenza di carattere generale. Ma la formulazione che venne proposta al voto dell'Assemblea costituente da parte della Commissione dei Settantacinque – pressoché identica a quella poi approvata in via definitiva – prevedeva invece che «Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari alla vita ha diritto al mantenimento ed all'assistenza sociale», con l'uso della congiunzione copulativa “e”, dai potenziali esiti selettivi che si sono detti. Ma anche ciò non fu per caso, ma frutto di scelta consapevole, come testimonia il fatto che, quando Medi fece un estremo tentativo per modificare l'articolo 38 in senso più inclusivo – proponendo l'emendamento sostitutivo: «Ogni cittadino che non abbia la possibilità di provvedere alla propria esistenza, conforme alla dignità umana, ha diritto ad adeguate forme di assistenza»^[16] – e quando lo stesso tentò Colitto – con l'emendamento «Chiunque si trovi, senza sua colpa, per età, malattia, condizioni fisiche e mentali, congiunture economiche generali, nella incapacità di lavorare, ha diritto di avere assicurati dalla collettività i mezzi di sussistenza»^[17] –, Ghidini, nel suo intervento in qualità di vicepresidente della Commissione per la costituzione, bocciò entrambe le proposte – poi bocciate anche dal voto contrario della maggioranza dei costituenti – proprio perché parlavano di “ogni cittadino”, di “chiunque”, «mentre l'articolo 34 proposto dalla Commissione parla di “ogni cittadino inabile al lavoro”». C'è una differenza: gli emendamenti sono più ampi. Ma proprio «questa maggiore ampiezza è in contrasto collo spirito e coll'oggetto della disposizione. Il Titolo III è il titolo “Lavoro”». Andavano, dunque, rigettati, in quanto avrebbero potuto cagionare «incertezze di interpretazione»^[18], mentre non si voleva che il legislatore potesse intendere che aveva diritto all'assistenza ogni cittadino

privo di mezzi.

Ma qual fu la ragione di questa – dunque intenzionale e consapevole – “scrittura selettiva”?

Non certo la volontà costituente di escludere da qualsiasi protezione una parte dei soggetti deboli. Una lettura siffatta sarebbe in evidente contrasto con il progetto di “democrazia emancipante” che sorregge tutta la costituzione (su cui, in modo più esteso, più oltre).

La ragione risiedeva in una convinzione che solo il senno di poi ha rivelato come ottimisticamente distorsiva: i costituenti – la maggior parte dei costituenti (non tutti: alcuni parlavano a questo proposito di «vera irrisione»[19], di «promessa sulla carta»[20]) – erano convinti che tutti sarebbe stati, se avessero voluto, lavoratori, e che dunque un’esistenza libera e dignitosa sarebbe stata assicurata a tutti attraverso il lavoro per tutti; attraverso, cioè, una condizione di piena e stabile occupazione adeguatamente retribuita. Assicurare il diritto al lavoro sarebbe stato, così, al tempo stesso, assicurare il diritto alla vita; e garantire i lavoratori sarebbe equivalso a garantire tutti. «Lavoratori tutti»[21]: questa sarebbe stata la vera unica garanzia universale di un’esistenza libera e dignitosa[22].

Aveva un senso, in questa prospettiva, riservare all’assistenza un ruolo meramente residuale: solo chi, per un impedimento fisico o mentale, fosse stato inabile al lavoro andava assistito e mantenuto. Per tutti gli altri c’era – ci sarebbe stato – il lavoro.

Solo così possono spiegarsi le parole di alcuni costituenti: la frase di Dossetti per cui «la società non è tenuta a garantire un’esistenza libera e dignitosa a colui che, pur essendo cittadino, non esercita, per sua colpa, alcuna attività socialmente utile»; le parole di Simonini, che chiede che sia sancito il principio per cui «nessuno ha il diritto di vivere nella Repubblica se non lavora» (e Ghidini osserva: «su questo tutti sono perfettamente d’accordo»)[23]; o di Della Seta, che, riprendendo il detto paolino “chi non lavora non mangia”, rincara «chi non lavora non ha diritto alla vita»[24]. Solo se lette nella prospettiva per cui tutti coloro che vogliono lavorare lo potranno fare, e a non lavorare saranno solo gli “oziosi”, coloro che non esercitano, *per loro colpa*, alcuna attività socialmente utile - invisibili ai costituenti quanti altri mai, tanto da aver pensato di escluderli dal godimento dei diritti politici[25] -, queste parole si spiegano. Suonerebbero altrimenti crudeli e disumane.

4. La promessa tradita

Ma, calate nella realtà storica odierna, che suono assumono queste parole?

“Chi non lavora non ha diritto alla vita”.

Non intimidazione per gli oziosi, ma minaccia quotidiana per chi è senza

lavoro. E non perché non vuole lavorare, ma perché la promessa è stata tradita: il “lavoro per tutti” non c’è.

L’obiettivo della piena occupazione e di una retribuzione adeguata a garantire un’esistenza libera e dignitosa per tutti è fallito, o comunque lontano. E non solo e non tanto per ragioni contingenti come “la grande crisi”[26], ma per ragioni strutturali profonde, come le trasformazioni della produzione industriale e del mercato del lavoro - tecnologizzazione, globalizzazione, delocalizzazione, flessibilizzazione -, a esito delle quali la crescita economica e della produttività non si accompagna più alla crescita dell’occupazione, ma delle diseguaglianza (la *jobless growth*)[27]. Ma anche e soprattutto per l’inefficacia e la scarsa incisività delle politiche per l’occupazione poste in essere in Italia: soprattutto dopo i “trenta gloriosi”, l’obiettivo della piena occupazione è divenuto mero richiamo di stile da parte della politica economica italiana, al raggiungimento del quale né più si crede, né più si lavora.

È in questo contesto storico che va oggi calata la scrittura selettiva della costituzione economica, ed è alla luce di questo contesto che va reinterpretata la sua vocazione lavorista. Al di là delle intenzioni storiche dei costituenti, infatti, il lavoro, da fattore di inclusione e di protezione sociale universale, corre il rischio di trasformarsi *di fatto* in elemento di privilegio per alcuni, e di potenziale esclusione sociale per tutti gli altri, che sono poveri, senza lavoro e privi di qualsiasi altra rete di protezione sociale[28].

5. La lettura sistematica della costituzione: la costituzione economica alla luce dei principi fondamentali e il diritto a un’esistenza libera e dignitosa, in ogni caso, per tutti

Di fatto.

Il secondo comma dell’articolo 3 della costituzione pone in capo alla Repubblica un compito: «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando *di fatto* la libertà e l’uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del paese».

La breve locuzione “di fatto” fu oggetto di ampia discussione in Assemblea costituente; fortemente voluta e scientemente scritta, nella consapevolezza che l’introduzione di queste parole avrebbe conferito a tutto l’articolo «un più particolare e più pregnante significato, in quanto i limiti che sono posti oggi alla libertà e all’uguaglianza dei cittadini non sono limiti di ordine formale [...] ma sono appunto limiti di fatto che la Repubblica si impegna a superare»[29].

Cosa accade – cosa deve accadere – se *di fatto* oggi la piena occupazione non c’è: se non si può dire “c’è lavoro per tutti”; “non lavora solo chi non vuole lavorare”; “chi lavora ha assicurata un’esistenza dignitosa”? Cosa accade – cosa deve accadere – se *di fatto* oggi per alcuni la povertà, dovuta alla mancanza o alla precarietà del lavoro, rappresenta un ostacolo grande come un macigno alla libertà e dignità dell’esistenza, alla possibilità di pensare, parlare, agire, partecipare – esistere – “da cittadini”?

La costituzione è impotente, o peggio indifferente, rispetto al concretizzarsi *di fatto* di una vita senza libertà e senza dignità a causa della mancanza di lavoro, o i principi fondamentali della costituzione – il principio lavorista, il principio personalista, il principio di uguaglianza, il principio solidarista, saldati insieme a sistema nei primi quattro articoli per assicurare il «pieno sviluppo della persona umana» – dicono qualche cosa, e qualcosa di opposto alla rassegnazione indifferente e impotente, ponendo in capo alla Repubblica un preciso dovere – il primo dovere, il sacro dovere – di liberare *tutti* dall'oppressione del bisogno e garantire *a tutti* un'esistenza libera e dignitosa?

È sì vero che l'articolo 3, II comma, parla di “tutti i lavoratori” con riguardo a coloro ai quali deve essere assicurata l'eguaglianza sostanziale; ma dalla lettura degli atti dell'Assemblea costituente emerge senza spazi di ambiguità come nei principi fondamentali – a partire dall'articolo 1, I comma, che fonda la Repubblica italiana “sul lavoro” - per “lavoratore” non si intenda (solo) chi presti la sua opera in cambio di retribuzione, ma chiunque, in qualunque modo, a qualunque titolo, partecipi all'organizzazione politica, economica e sociale del paese, svolgendo, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società, (in una lettura integrata degli articoli 1, I comma, 3, II comma, e 4, II comma, della costituzione)[30]. Un significato dunque massimamente inclusivo, nel quale “lavoratore” è assunto come sinonimo di cittadino, non per dire che sono cittadini solo i lavoratori[31], ma, all'inverso, per dire che tutti i cittadini – qualunque attività o funzione svolgano - sono “lavoratori”: cittadinanza, lavoro, partecipazione sono impastati tra loro, sino a essere un tutt'uno. Se non vi è lavoro, non vi è partecipazione, non vi è cittadinanza e, in ultimo, non vi è democrazia[32].

Nei citati principi fondamentali, e nelle altre numerose disposizioni costituzionali che danno loro svolgimento fissando il volto sociale dell'Italia – basti pensare all'assistenza sanitaria e all'istruzione gratuita per tutti -, non può non vedersi, allora, una chiara aspirazione alla protezione universale dell'uomo in condizione di debolezza[33]; sintesi inequivocabile di un progetto di “democrazia emancipante”, teso a liberare tutti i cittadini dalla miseria e da ogni altro ostacolo a una vita libera, dignitosa, piena[34]. La “rivoluzione promessa”[35], anche nell'intenzione costituente, proprio nell'intenzione costituente, riguarda *tutti*.

«Contribuire a che la vita di *ogni persona* rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana» è compito – ha detto la Corte costituzionale - «cui lo Stato non può abdicare *in nessun caso*»[36]. Neppure quando le dure repliche della storia abbiano reso di carta le promesse costituenti di un lavoro per tutti. Deve, allora, la Repubblica farsi carico delle nuove debolezze, delle nuove povertà che di fatto ostacolano l'eguaglianza sostanziale, declinando il suo dovere alla liberazione universale dal bisogno secondo modalità di protezione anche differenti da quelle immaginate dai costituenti.

Per dirla con le parole di Leopoldo Elia: «se i costituenti pensavano ai lavoratori dipendenti, alla classe lavoratrice, occorre oggi considerare i non occupati, altri gruppi sociali in stato di emarginazione»; e occorre «immaginare nuovi

sacrifici collettivi, nuovi doveri se davvero non vogliamo rassegnarci a una società in cui i due terzi delle persone vivono dignitosamente e un terzo, invece, versa in gravi disagi» (ma la sproporzione è oggi ulteriormente aggravata). Perché «chi ha scelto i mezzi, ha scelto i fini; e se i mezzi sono impropri, gli obiettivi diventano inconsistenti. Questa è la lezione di razionalità pratica che in questi anni abbiamo potuto approfondire e che dobbiamo tenere sempre presente, se davvero crediamo nell'attuazione dello "stato sociale"».

«Senza fughe nell'utopia, ma anche senza rassegnarci all'esistente»[37].

Quando il lavoro per tutti non c'è, al fine di garantire comunque a tutti la libertà e la dignità dell'esistenza, *un'altra via* va allora esplorata, per non rassegnarsi all'esistente.

6. "Avere procurato un lavoro" o "avere garantita l'esistenza": i due corni dell'alternativa

L'"altra via" stava già nelle parole di alcuni costituenti, anche se rimasta implicita e sotterranea nel testo della costituzione: «il diritto al lavoro è un diritto vero e proprio», ma «se lo Stato non può garantirlo, deve provvedere a garantire altrimenti l'esistenza degli individui»[38].

Il diritto al lavoro e il diritto all'assistenza non sono, infatti, che «due aspetti di un unico diritto: del diritto alla vita, e quindi delle garanzie che lo Stato deve assumersi affinché di tale diritto ogni cittadino possa pienamente godere». Sicché la Repubblica deve riconoscere al cittadino «il diritto ad una occupazione continua e proficua o *almeno* ad un'assistenza che la surroghi»[39].

L'alternativa costruita su questi due corni - diritto al lavoro o, se non è possibile, diritto all'assistenza; con i reciproci doveri in capo alla Repubblica di perseguire la piena occupazione, ma di garantire in ogni caso l'esistenza a chi si trovi in condizione di povertà per mancanza di lavoro - non è per altro un'elaborazione originale dei costituenti italiani.

Già nella giacobina *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, premessa all'*Atto costituzionale francese del 24 giugno 1793*, viene sancito, all'articolo XXI, il dovere di garantire l'esistenza ai "cittadini disgraziati": «I soccorsi pubblici sono un debito sacro. La società deve la sussistenza ai cittadini disgraziati, sia procurando loro del lavoro, sia assicurando i mezzi di esistenza a quelli che non sono in condizione di poter lavorare». Il medesimo dovere ricorre nell'articolo VIII del preambolo della *Costituzione francese del 4 novembre 1848*: «La Repubblica [...] deve, con un'assistenza fraterna, assicurare l'esistenza dei cittadini bisognosi sia procurando loro del lavoro nei limiti delle sue possibilità, sia dando, in mancanza della famiglia, dei sussidi a coloro che non sono in condizioni di lavorare». E ancora, con un salto ai primi del Novecento, la *Costituzione di Weimar* dell'11 agosto 1919, all'articolo 151 afferma che «L'ordinamento della vita economica deve corrispondere alle norme fondamentali della giustizia e tendere a garantire a tutti un'esistenza degna dell'uomo»; e all'articolo 163, II comma: «Ad ogni tedesco deve essere

data la possibilità di provvedere al proprio sostentamento, con il suo lavoro produttivo. Ove non gli si possa procurare una occupazione adatta, deve essere provveduto a quanto necessario al suo sostentamento»[40].

In tutti l'alternativa è tra l'aver procurato un lavoro (e non il semplice lavorare) e l'aver, altrimenti e comunque, garantita l'esistenza, intesi entrambi come diritti individuali e doveri pubblici.

7. Il «risarcimento per mancato adempimento dell'obbligo di procurare lavoro» secondo Mortati

Sulla scorta di questi precedenti storici, Costantino Mortati – interprete autentico della costituzione – leggeva l'articolo 38, II comma, nel tentativo di rendere esplicito ciò che nel testo era rimasto implicito.

Ne *Il lavoro nella Costituzione* egli pare, a prima lettura, assai netto nell'escludere dal mantenimento e dall'assistenza sociale «coloro che mancano di mezzi di sussistenza pur essendo abili al lavoro»: ad essi «non compete alcuna pretesa di fronte allo Stato»[41], né di tipo previdenziale, né di tipo assistenziale. Ma dal prosieguito dello scritto risulta di assoluta evidenza come Mortati dedichi queste dure parole alla sola «categoria degli oziosi, volontariamente ed abitualmente tali», ai quali la costituzione riserva «una posizione differenziata di minorazione rispetto agli altri cittadini»: per essi «l'unica forma di assistenza che [...] deve ritenersi dovuta, secondo una interpretazione sistematica della costituzione, è l'offerta al bisognoso abile di un posto di lavoro a lui adatto»[42].

Per Mortati vi sono dunque: coloro che sono sprovvisti dei mezzi necessari per vivere e che sono inabili al lavoro, ai quali l'articolo 38, I comma, garantisce espressamente il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale; e coloro che sono sprovvisti dei mezzi necessari per vivere, abili al lavoro, e che tuttavia volontariamente non vogliono lavorare, ai quali l'articolo 4, I comma, garantisce “nulla più” che un lavoro a loro adatto (si noti: per Mortati, come già nella Costituzione di Weimar, non v'è la mera garanzia di un lavoro, ma di un “lavoro adatto”). Ma vi sono anche coloro che sono sprovvisti dei mezzi necessari per vivere, abili al lavoro, e che tuttavia «per circostanze non dipendenti dalla loro volontà» sono disoccupati: a costoro vanno riconosciute le tutele previdenziali proprie dell'articolo 38, II comma, essendo anche essi “lavoratori”.

La corrispondenza che il sistema previdenziale pone tra salario e assistenza al lavoratore parrebbe «a prima vista giustificare l'esclusione dall'ordinamento ordinario della previdenza di quegli eventi di bisogno (come nel caso della disoccupazione involontaria) che si verificano in proporzione eccedente la norma (impossibilità di trovare nuovo lavoro entro il limite massimo considerato quale rischio coperto dall'assicurazione), o che si producono a carico di chi non è ancora stato soggetto di un rapporto di lavoro e non sia perciò incluso nel congegno assicurativo»; la logica contributiva parrebbe dunque “a prima vista” escludere dalla protezione dell'articolo 38, II comma, i disoccupati di lungo corso e gli inoccupati. Ma «un'interpretazione in questo senso porrebbe il lavoratore che si trovi nelle condizioni ora considerate in una posizione peggiore rispetto al non lavoratore [inabile al lavoro], in quanto per il

fatto di essere abile al lavoro mancherebbe di ogni pretesa anche alla comune assistenza».

Ciò sarebbe, per Mortati, in evidente contrasto «non solo con la precisa dizione dell'art. 38 che considera la disoccupazione involontaria, in genere e senza limitazioni, come titolo ad una valida pretesa ad ottenere quanto è necessario alla vita», ma anche «con la più generale prescrizione dell'art. 4», che pone, sia pure implicitamente - a differenza della Costituzione di Weimar che lo fa esplicitamente -, «*l'alternativa fra l'obbligo di dare possibilità di lavoro oppure di provvedere al sostentamento del lavoratore non occupato senza sua colpa*»[43].

Sarebbe, dunque, il fallito soddisfacimento del primo corno dell'alternativa a dare luogo a un vero e proprio *diritto al «risarcimento per il mancato adempimento dell'obbligo di procurare lavoro»*[44], che lo Stato dovrebbe assicurare non solo ai “lavoratori” disoccupati involontari di breve e lungo corso, ma anche ai “lavoratori” in cerca di prima occupazione, «sorgendo nel cittadino il diritto alla speciale tutela di cui all'articolo 38 non appena egli raggiunga l'età ritenuta necessaria per essere assunto al lavoro»[45].

Tra le pretese direttamente azionabili, che discendono in via immediata dall'articolo 4, I comma, della costituzione – escluso «il conseguimento del posto di lavoro», e insieme alla «creazione delle predisposizioni o condizioni indirizzate a suscitare occasioni di lavoro, o l'imposizione a singoli datori dell'obbligo di assunzioni» –, Mortati include, dunque, espressamente «la determinazione delle provvidenze dirette a compensare del mancato conseguimento di un posto di lavoro», ponendo sullo stesso piano, quanto al perseguimento dell'«effettività» del diritto al lavoro», «la pretesa al lavoro o quella al risarcimento per mancato conseguimento del medesimo»[46].

Per Mortati è, insomma, fuor di dubbio che la costituzione, «in armonia con il principio di tutela della libertà e della dignità della persona posti a base dello Stato», abbia garantito «a tutti i cittadini (con esclusione degli oziosi volontari) il diritto alla protezione sociale in caso di bisogno»[47]. Senza buchi nella rete, secondo questa autorevole ricostruzione.

8. Il “reddito di cittadinanza”: l'altra via

Volendo raccogliere la preziosa eredità lasciata da Costantino Mortati, con la sua interpretazione autentica e sistematica degli articoli 4, I comma, e 38, II comma, della costituzione, e volendo tradurre con lessico contemporaneo la sua idea di “risarcimento per mancato procurato lavoro”, lo si potrebbe fare con il concetto di “reddito di cittadinanza”[48].

Il “reddito di cittadinanza”, nonostante sia oggetto di riflessione non da poco tempo[49], è solo di recente entrato nel dibattito politico e nel discorso pubblico italiano, sia pure in modo intermittente e non omogeneo[50]. Di esso mancano ancora definizioni stipulative, essendo più un'area di discussione - nella quale si cimentano sociologi, economisti, politologi, storici, filosofi, qualche più raro

giurista - che un concetto definito^[51].

Volendo tentarne una definizione minima, meramente descrittiva, il reddito di cittadinanza può essere definito come “*il reddito garantito da una comunità politica per assicurare a tutti il diritto all’esistenza*”.

Le diverse versioni del “reddito di cittadinanza” discendono, poi, dal modo nel quale i termini qualificanti di questa definizione – “tutti” ed “esistenza” – vengono declinati, se in senso restrittivo o estensivo: “esistenza” come diritto alla mera sopravvivenza materiale, oppure come diritto a un’esistenza appagante anche sotto il profilo morale, culturale, sociale, politico; “tutti” tra coloro il cui reddito e patrimonio personale non garantisce da solo il diritto all’esistenza, oppure inclusi coloro che sono in grado di garantirsi autonomamente il diritto all’esistenza.

La versione minimalista del reddito di cittadinanza, che si ottiene declinando in senso restrittivo sia il diritto all’esistenza che i beneficiari, consiste nell’erogazione di un sostegno economico pari al “minimo vitale”, destinato a tutti coloro, ma solo a questi, che versino in condizioni di effettivo bisogno (*reddito minimo garantito*, nella denominazione più diffusa).

La versione massimalista (utopica e radicale), ottenuta declinando in senso espansivo i due termini, consiste invece nell’attribuzione da parte di un’autorità pubblica, a tutti gli appartenenti a una determinata comunità – siano essi ricchi o bisognosi, lavoratori o non lavoratori, cittadini o non cittadini –, di risorse monetarie sufficienti a garantire un’esistenza rispondente ai propri progetti di vita (*reddito di base o basic income*).

Tra le due versioni estreme, ne esistono altre, che si ottengono combinando diversamente i termini qualificanti della definizione di reddito di cittadinanza: ossia la possibilità di erogare, alle sole persone che si trovino in condizione di debolezza economica e sociale, un reddito che consenta loro non la mera sussistenza materiale, ma un’esistenza piena anche sotto il profilo morale, culturale, sociale, politico; così come la possibilità di erogare universalmente a tutti, anche ai non bisognosi, un reddito appena sufficiente a garantire l’esistenza (in alcune versioni, che si pongono come transitorie verso il raggiungimento di un più pieno obiettivo, si prevede anche la possibilità di un reddito al di sotto del minimo vitale, sacrificando il diritto all’esistenza sull’altare dell’universalità).

Ulteriore elemento di variabilità è rappresentato poi dal porre o meno condizioni all’erogazione, chiedendo in cambio una prestazione lavorativa o altra attività di pubblica utilità: la versione minimalista di solito condiziona l’erogazione; la versione massimalista mai.

Naturalmente, dietro le diverse versioni del reddito di cittadinanza, stanno idee diverse – quando non antagoniste – di società, e vengono usati argomenti differenti a loro conforto.

9. Reddito minimo garantito: è l'Europa che ce lo chiede

Nei paesi nei quali il reddito di cittadinanza ha già trovato attuazione, questo è avvenuto nella forma del *reddito minimo garantito*[52] (l'unico paese al mondo nel quale si riconosce un reddito di base è l'Alaska, dove a ogni cittadino viene erogato un dividendo sociale con i proventi delle attività petrolifere[53]).

Una qualche forma di reddito minimo garantito è prevista anche in quasi tutti i paesi dell'Unione Europea: ciò in attuazione dell'articolo 34, III comma, della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, nel quale espressamente si riconosce il diritto a «un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti»; e, più specificatamente, in ottemperanza alle numerose raccomandazioni e risoluzioni che indicano il reddito minimo garantito come «uno dei modi più efficaci per contrastare la povertà, garantire una qualità di vita adeguata e promuovere l'integrazione sociale»[54].

In questo quadro, Italia e Grecia spiccano per essere gli unici paesi dell'Unione europea a 28 privi di misure universali a tutela dei minimi vitali, nonostante gli ormai reiterati richiami dell'Europa a provvedere in tal senso[55].

E tuttavia, quando in Italia, nel dibattito politico o nella discussione pubblica, fa la sua comparsa il tema del reddito minimo garantito, esso viene immediatamente bollato con la parola "utopia", nell'esibita ignoranza – o, peggio, nel colpevole occultamento – del contesto europeo. Come se l'austerità avesse avvinto non solo le esigenze di bilancio pubblico, ma anche l'immaginario politico collettivo..

Ma l'Europa non chiede solo austerità. A scorrere trattati, carte dei diritti, dichiarazioni, risoluzioni, raccomandazioni, l'Europa chiede *anche* solidarietà nei confronti dei cittadini in condizioni di bisogno tali da impedire una vita dignitosa; chiede *anche* l'introduzione di sistemi di reddito minimo garantito per superare la povertà e sostenere l'integrazione sociale.

Reddito minimo garantito: "è l'Europa che ce lo chiede"[56].

10. Una misura conforme a costituzione

Ma anche e prima ce lo chiede la nostra costituzione.

Un reddito minimo garantito, finalizzato alla garanzia di un'esistenza libera e dignitosa per tutte le (sole) persone in condizione di fragilità sociale ed economica (secondo i principi dell'*universalismo selettivo*), appare infatti senz'altro conforme all'aspirazione costituente di liberazione universale dall'oppressione dal bisogno, e dunque *secundum constitutionem*. Si tratterebbe, infatti, di una misura che rientrerebbe in modo paradigmatico tra quelle tese a 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 la sua effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del paese.

Un reddito di base garantito a tutti – come taluni autorevolmente auspicano[57] -, senza la condizione selettiva del bisogno (secondo il principio

dell'*universalismo assoluto*), rappresenterebbe un livello di protezione ulteriore rispetto a quello preteso dalla costituzione. Il che, naturalmente, non lo renderebbe per ciò solo a essa contrario: si tratterebbe di un'estensione di tutela *praeter constitutionem*, simile a quella che portò alla previsione per via legislativa di un Servizio sanitario nazionale globale nelle prestazioni, universale nei destinatari, uguale nei trattamenti, nonostante la costituzione prescriva solo «cure gratuite agli indigenti»[58]. Ma diverrebbe *contra constitutionem* se, per garantire l'estensione della provvidenza (a tutti) oltre la sfera dei beneficiari individuabili sulla base della costituzione stessa (i deboli), andasse a incidere pesantemente sul *quantum* della misura, rendendola insufficiente a garantire un'esistenza libera e dignitosa a coloro che si trovino sotto la soglia di povertà, nucleo essenziale di tutela costituzionalmente previsto[59].

Anche la condizionalità - ossia la possibilità di porre condizioni di tipo prestazionale al beneficiario del reddito minimo garantito, chiedendogli di accettare lavori o di svolgere altre attività di pubblica utilità -, se non viene concepita secondo una logica meramente contrattuale del *do ut des*, ma come misura promozionale di (re)inserimento sociale, diretta a rendere il soggetto attivo, autonomo e indipendente grazie al proprio lavoro, appare *secundum constitutionem*. In particolare, pare rispondente all'idea costituzionale di cittadinanza tanto sotto il profilo del diritto (ovvero il diritto, ex articolo 3, II comma, Cost., di partecipare effettivamente «all'organizzazione politica, economica e sociale del paese»), quanto sotto il profilo del dovere (ossia il dovere, ex articolo 4, II comma, Cost., «di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società»).

Anche se va sottolineato come il dovere di cui all'articolo 4, II comma, della costituzione non possa essere contratto nel "dovere di lavorare". L'amplessima e combattutissima discussione in Assemblea costituente, volta a indicare come dovere repubblicano lo svolgimento non solo di "attività", ma anche di "funzioni", e non solo di tipo "materiale", ma anche "spirituale" - e dunque «anche i lavori familiari delle donne di casa»[60], il lavoro «dello studioso [...], dell'archeologo, del bibliotecario»[61], «del sacerdote, del religioso, del missionario»[62], di coloro che si dedicano «ad un'attività spirituale o ad un'attività contemplativa»[63] - non può essere ignorata, riflettendosi chiaramente nel suo approdo testuale. E poi c'è l'inciso, anch'esso ineludibile, «secondo le proprie possibilità e la propria scelta»: l'eventualità che «La Repubblica [possa] richiedere ai cittadini la prestazione di un servizio del lavoro»[64] viene espressamente esclusa dai costituenti, con l'argomento che «nessuno può pensare oggi ad una coazione nei confronti del cittadino che vincoli la sua libertà, soprattutto nel campo in cui questa libertà gli è più peculiare come persona umana, e cioè nella scelta del lavoro»[65].

Allora, se il profilo del dovere non va trascurato, esso non può tuttavia dirsi soddisfatto dalle logiche del *workfare* che obbligano, in cambio di un sussidio, ad accettare *qualsiasi* lavoro, pena la decadenza dal beneficio al reddito. Anzi, questa prospettiva, che incentiva la diffusione di lavori con bassi salari e di bassa qualità, è da ritenersi in contrasto con la costituzione, oltre che con le norme di diritto internazionale che espressamente vietano il lavoro forzato od obbligatorio[66]. La condizione, allora, va condizionata essa stessa, chiedendo sì

la disponibilità ad accettare lavori, ma che siano il più possibile coerenti con la professionalità pregressa e le competenze acquisite (*principio di congruità del lavoro*). È se vero che spesso, pur di lavorare, ci si trova costretti a lavori che non corrispondono alle proprie aspirazioni e alle proprie capacità, questa è un'eventualità che è la vita – o più prosaicamente il mercato del lavoro – a imporre, ma che non può essere oggetto di imposizione da parte dello Stato[67].

E ancora e in ogni caso, il lavoro retribuito, per quanto congruo, non deve esaurire lo spettro delle possibilità per soddisfare la condizione al reddito minimo garantito, ben potendo il contributo al progresso e al benessere sociale essere dato anche con attività e funzioni diverse, a partire dai lavori di cura delle persone, della comunità, del patrimonio ambientale e culturale.

11. Una misura costituzionalmente necessaria

Un reddito di cittadinanza universale ma selettivo rispetto al bisogno, condizionato alla disponibilità a un lavoro congruo o ad altra attività o funzione socialmente utile, nonché volto al reinserimento sociale del beneficiario, sarebbe dunque conforme alla costituzione italiana e all'idea di cittadinanza in essa inscritta.

Ma sarebbe anche costituzionalmente necessario?

Sì è detto come una lettura sistematica e integrata della costituzione economica con i principi fondamentali conduca a riconoscere come diritto universale l'aver garantita un'esistenza libera e dignitosa, corredato dal corrispondente dovere in capo alla Repubblica. Di tale diritto-dovere si può dire che il "mantenimento sociale" dei soggetti privi di mezzi costituisca il contenuto minimo essenziale: quel nucleo irriducibile che, se manca di tutela o viene aggredito, conduce irrimediabilmente alla violazione del diritto stesso.

Lo ha affermato anche la Corte costituzionale, nella sentenza n. 10 del 2010, nella quale ha qualificato il «diritto a conseguire le prestazioni imprescindibili per alleviare situazioni di estremo bisogno» come «diritto fondamentale», «strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana». In quanto tale, per la Corte esso deve essere «garantito su tutto il territorio nazionale in modo uniforme, appropriato e tempestivo», e della determinazione dei suoi livelli essenziali - inclusa «la previsione della appropriata e pronta erogazione di una determinata provvidenza in favore dei singoli» - «deve farsi carico il *legislatore nazionale*», alla luce, non solo dell'articolo 117, secondo comma, lettera *m*), ma anche dei principi fondamentali enucleabili degli articoli 2, 3 II comma, e 38 della costituzione. Se ne ricava il dovere in capo al legislatore statale di tutelare, attraverso l'erogazione di «prestazioni imprescindibili», il «valore costituzionale insopprimibile» del diritto all'esistenza «in situazioni di estrema debolezza»[68].

La garanzia dell'esistenza è dunque "costituzionalmente necessaria". Tuttavia a oggi manca in Italia una misura che l'assicuri in modo universale. È il già denunciato "buco nella rete" della protezione sociale, che in termini giuridici si chiama "lacuna": il legislatore ha mancato di disciplinare qualcosa che, invece,

avrebbe dovuto; una lacuna che, come tale, va politicamente rimediata (o giudizialmente dichiarata[69]).

Il reddito di cittadinanza, garantendo in modo universale il diritto costituzionale all'esistenza, sarebbe idoneo a colmare la lacuna e potrebbe così esso stesso essere definito *costituzionalmente necessario*[70] (non anche "a contenuto costituzionalmente vincolato", come sarebbe se fosse l'unica misura atta a dare attuazione alla costituzione. Ma così non è: lo Stato potrebbe, ad esempio, porre in essere istituti per erogare direttamente cibo, vestiti, casa; oppure potrebbe predisporre erogazioni monetarie altre rispetto al reddito di cittadinanza, non universali, categoriali, ma in grado di coprire comunque tutte le situazioni di bisogno; oppure ancora – e come immaginavano i costituenti – potrebbe garantire a tutti un lavoro, e attraverso questo un reddito per vivere dignitosamente[71]).

Non un "nuovo diritto", dunque. Al più una "nuova misura", costituzionalmente necessaria, per garantire a tutti il diritto – antico quanto l'uomo – all'esistenza.

12. Il Jobs Act e la "riforma degli ammortizzatori sociali": la svolta mancata

Benché costituzionalmente necessario, tuttavia il discorso politico intorno all'introduzione di misure di reddito di cittadinanza langue ormai da tempo in Italia – chiusa l'esperienza della metà degli anni Novanta del Novecento del "Reddito minimo di inserimento" e falliti i tentativi regionali dei primi anni Duemila[72] -, non andando mai oltre la presentazione di disegni di legge lasciati a giacere negli archivi parlamentari, senza mai approdare alla dignità di una discussione in aula.

Di fronte all'emergenza crisi, gli unici provvedimenti con i quali il legislatore nazionale ha saputo rispondere sono state misure di carattere settoriale e occasionale dai nomi fantasiosi (*bonus famiglia, bonus bebé, bonus elettrico, voucher baby-sitting, social card, nuova social card sperimentale, bonus Irpef 80 euro in busta paga...*), scarsamente efficaci sia negli esiti redistributivi che nel contrasto all'esclusione sociale per la loro estrema selettività e per l'esiguità delle misure stesse.

Occorrerebbe, invece, una reale e profonda riforma del sistema assistenziale, nel segno del superamento della sua frammentazione e alla ricerca di una misura di sostegno del reddito e di contrasto alla povertà veramente generale e universale.

Nonostante nel discorso con il quale chiedeva la fiducia alle Camere l'attuale Presidente del Consiglio Matteo Renzi avesse fatto intravedere la possibilità di una svolta in tal senso, promettendo l'introduzione di uno «strumento universale a sostegno di chi perde il posto di lavoro»[73], in realtà dalla lettura del complesso normativo noto con il nome di *Jobs Act*[74] - e particolarmente del decreto legislativo intitolato *Nuova prestazione di assicurazione sociale per*

l'impiego (Naspi), nonché prestazioni ulteriori di sostegno al reddito, nel quale si concentra la riforma del sistema di protezione sociale^[75] -, emerge chiaramente come l'appuntamento con l'universalizzazione della protezione sociale sia stato ancora una volta mancato: ancora nessuna tutela per chi non è mai entrato nel mondo del lavoro; per chi non riesce a rientrarvi da troppo tempo; per chi non riesce a starvi abbastanza; per chi ha un lavoro ma è povero; per chi è povero è basta.

Ancora nessuna tutela universale.

12. Contro il reddito di cittadinanza: quali argomenti

Quali sono gli argomenti che vengono portati a giustificazione di questa mancanza di volontà politica di provvedere all'istituzione di una misura di reddito di cittadinanza, a garanzia di un'esistenza libera e dignitosa per tutti?

Parte degli argomenti si rifà a mali endemici dell'Italia, che la renderebbero – a differenza degli altri paesi europei – specificamente inadatta a porre in essere una misura siffatta. Oltre al retro-pensiero di una particolare predisposizione antropologica dell'*homo italicus* a dedicarsi all'ozio, in ciò favorito dal mite clima mediterraneo^[76], si avanzano “impedimenti strutturali” connessi alle peculiarità del contesto italiano: lavoro in nero, bassa legalità, forte disoccupazione, elevata evasione fiscale, corruzione, clientelismo, ridotta capacità amministrativa delle istituzioni... Si tratta di impedimenti reali, profondamente radicati in Italia, e che vanno presi molto sul serio. Eppure, l'uso fatto nel dibattito pubblico di tali ragioni appare sovente strumentale, «esclusivamente inteso a soffocare sul nascere le proposte miranti all'introduzione di un reddito minimo»^[77]. Lungi dal costituire la base empirica e conoscitiva per azioni di politica pubblica volte a superarli, l'esistenza di tali nodi problematici «sembra acquisire uno statuto superiore, quello di una condizione immanente, che strutturalmente non può essere modificata nel nostro paese, quasi si trattasse della dotazione di materie prime», di cui si può solo prendere atto «al mero scopo di giustificare l'inazione»^[78].

Ma le ragioni più forti, volte a stroncare sul nascere qualsiasi ipotesi di reddito di cittadinanza, sono sicuramente quelle dell'insostenibilità finanziaria. L'affermazione che dovrebbe essere la finanza a essere condizionata dai diritti e non viceversa non è ritenuta neppure degna di considerazione: in una congiuntura economica così duramente recessiva, in cui a crescere sono solo i tagli, immaginare di trovare risorse aggiuntive da dedicare alla spesa sociale appare impossibile, oltre che improponibile^[79]. È il tema classico dei diritti sociali che costano. Il discorso sembra già chiuso con il solo porre la domanda: «Può permettersi una misura del genere uno stato super indebitato come l'Italia?». Anche se, in realtà, la questione andrebbe rovesciata: perché, «nonostante il fatto che il nostro debito pubblico sia largamente superiore a quello dei paesi nordeuropei, noi non abbiamo misure di reddito minimo garantito e gli altri invece sì»^[80]?

Nelle proiezioni economiche di sostenibilità finanziaria, le stime di costo che sono state individuate per la realizzazione in Italia di una misura di reddito minimo garantito sono molto disomogenee tra di loro, oscillando tra i cinque e i quindici miliardi di euro[81]. Si tratta in ogni caso di cifre indubbiamente rilevanti, e tuttavia non impossibili da recuperare, se si immagina di contestualizzare il reddito di cittadinanza all'interno dell'auspicata riforma complessiva del sistema di assistenza sociale, che preveda una semplificazione e razionalizzazione delle diverse, ad oggi parcellizzate e categoriali, prestazioni economiche, nel senso del loro progressivo assorbimento in un'unica misura di contrasto alla povertà[82]. Altre vie di finanziamento potrebbero provenire dal prelievo fiscale, attraverso un'accentuazione della progressività delle imposte, la tassazione dei grandi patrimoni e delle rendite finanziarie, l'imposizione di tasse ecologiche[83]; dal reimpiego dei proventi recuperati dalla lotta all'evasione fiscale; dalla razionalizzazione della spesa pubblica, destinando le (pur poche) risorse alla garanzia dei bisogni primari, e riducendo per converso le altre spese[84].

Andrebbe inoltre considerato che impiegare risorse per garantire un reddito di cittadinanza a coloro che non hanno i mezzi per vivere in condizioni dignitose non costituirebbe solo una spesa, bensì anche una forma di investimento ai fini della crescita economica, civile e politica dell'intera società[85]. È di questo parere anche il Consiglio europeo, che, nella risoluzione n. 2039 del 20 ottobre 2010, ha espressamente riconosciuto come la misura del reddito minimo garantito non solo rappresenti un mezzo importante ed efficace «per superare la povertà sostenendo l'integrazione sociale e l'accesso al mercato del lavoro e consentendo alle persone di condurre una vita dignitosa», ma pure svolga «un ruolo di carattere anticiclico, soprattutto in tempi di crisi, fornendo risorse aggiuntive per rafforzare la domanda e i consumi nel mercato interno»[86]. Sicché non è peregrino, a fronte della domanda: «quanto costa il reddito di cittadinanza?», porre anche la questione: «quanto costa non averlo?»[87].

Dunque, ostacoli antropologici, strutturali, finanziari si frappongono all'introduzione del reddito di cittadinanza in Italia. Ma nessuno di questi pare davvero insormontabile. E, d'altra parte, il primo compito della Repubblica resta proprio quello di “rimuovere gli ostacoli” – siano essi di natura antropologica, strutturale, finanziaria, o di qualsiasi altro genere – che impediscono l'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale tra i cittadini.

14. Lavoro di cittadinanza vs reddito di cittadinanza

Ma la più profonda ragione di avversione al reddito di cittadinanza in Italia pare essere un'altra: il “tabù del lavoro”.

Si tratta del radicato timore che il reddito di cittadinanza possa tradursi in «insoddisfacente succedaneo al diritto al lavoro»[88]; «salario della subalternità», «carità istituzionale», «oppio dei popoli»[89]; «“compensazione *ex post*” dei disagi derivanti dalla mancanza di lavoro», anziché «“promozione *ex ante*” del lavoro»[90]. In estrema sintesi, fuga dalla “costituzione del lavoro”, piuttosto che suo rilancio.

Questo il radicato timore. Questo il vero tabù. Ed è alla luce di questo tabù che

si parla di “lavoro di cittadinanza” come priorità della politica economica, da contrapporre al “reddito di cittadinanza”.

Ma la dismissione delle politiche di sviluppo occupazionale non è nella logica del reddito di cittadinanza. Al contrario, sarebbe fortemente controproducente per il reddito di cittadinanza stesso, che rischierebbe di cadere «vittima di un sovraccarico funzionale», dal momento che, in assenza di politiche del lavoro, tale misura si troverebbe a «svolgere funzioni vicarie per le quali essa non è adatta, giacché non attrezzata in termini né infrastrutturali, né finanziari, neppure nel più virtuoso dei contesti», né per creare lavoro, né per reggere senza di esso[91].

Il reddito di cittadinanza non va dunque letto come giustificazione *ex post* delle politiche occupazionali che hanno condotto al tradimento della promessa del “lavoro per tutti” , e neppure *pro futuro* in vista della rinuncia a qualsiasi impegno in quella direzione; ma piuttosto come un *j'accuse* nei confronti di simili politiche del passato e del futuro, giacché è evidente che uno Stato, quando è costretto a dare denaro al posto di lavoro, è uno Stato che ha fallito.

Non è dunque in discussione che la Repubblica non debba tralignare d'un filo nel suo impegno di promuovere le condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro, come prescritto dall'articolo 4, I comma: il lavoro per tutti è - e resta - «un obiettivo costituzionale». Anzi *l'obiettivo costituzionale, perché «non raggiungere la piena occupazione è comunque contrario a costituzione»*[92].

Anzi, di più, “la piena e buona occupazione”. Non è infatti appagata la vocazione lavorista della costituzione dal “lavoro ad ogni costo”, se non è anche un lavoro dignitoso, “di qualità”: il *decent work* di cui parlano i documenti dell'Organizzazione internazionale del lavoro, e che riporta al tema dell'irriducibilità del lavoro a merce[93]. Ad esempio, andando nel senso del “lavorare meno, per lavorare tutti”[94]; promuovendo e organizzando “lavori socialmente utili”[95]; semplificando le tipologie contrattuali di lavoro, fino al “contratto unico” per tutti con pari diritti e pari tutele[96]; incentivando le imprese che perseguono comportamenti socialmente responsabili[97]... Tutte misure da leggersi, per quanto possibile, non in alternativa, ma in combinazione tra di loro. E soprattutto non in alternativa, ma in combinazione con il reddito di cittadinanza.

Perché il lavoro – il lavoro dignitoso – è insostituibile nella vita di un uomo: fonte non solo di sussistenza, ma anche di elevazione intellettuale e morale, di dignità, identità, socialità, partecipazione, oltre che di progresso economico e sociale. Per citare ancora Costantino Mortati, il lavoro, prima e oltre che strumento di sostentamento, è «mezzo necessario all'esplicarsi della personalità»[98]: «nel lavoro ciascuno riesce ad esprimere la potenza creativa in lui racchiusa, ed a trovare nella disciplina e nello sforzo che esso impone, insieme allo stimolo per l'adempimento del proprio compito terreno di perfezione, il mezzo necessario per soddisfare il suo debito verso la società con la partecipazione all'opera costitutiva della collettività in cui vive»[99]. E, in quanto tale, esso non è «in nessun modo surrogabile» da alcun'altra forma di sostegno al reddito che, pur «se provvede al diritto alla vita, lascia insoddisfatta quell'esigenza»[100].

Insomma, ancora attingendo alle parole dei costituenti, «assicurare ad ogni cittadino la libertà dal bisogno è una tappa, assicurargli il pieno sfruttamento della propria capacità di lavoro è la meta»^[101].

15. Reddito di cittadinanza per consentire un'esistenza da "cittadini"

Tuttavia, quando non si può lavorare perché il lavoro non c'è, non si può, per non cadere nella trappola della resa al fallimento delle politiche occupazionali, far gravare per intero il fardello di quel fallimento sulle spalle dei cittadini che, senza loro colpa, sono rimasti tagliati fuori dall'occupazione (o da un'occupazione stabile), relegandoli nel "ghetto dei superflui"^[102].

Per quanto si possa essere convinti che sia il lavoro di cittadinanza e non il reddito di cittadinanza il fattore decisivo per la realizzazione dell'individuo e per lo sviluppo della società, occorre prendere atto del dato di realtà per il quale la meta della piena occupazione è ancora (e sempre più) lontana. Occorre porsi come problema collettivo che la mancanza di un'occupazione stabile e dignitosa per tutti non si ripercuota sul diritto all'esistenza di alcuni. Occorre farsi carico delle situazioni esistenziali sempre più numerose in cui il lavoro non c'è, non si trova, si perde o è precario, e bisogna pur vivere.

Perché è l'esistenza preconditione del lavoro, e non, all'inverso, il lavoro preconditione dell'esistere. Se il lavoro non c'è, non per questo il diritto all'esistenza viene meno^[103].

Il reddito di cittadinanza, nella sua essenza, è dunque questo: un reddito teso a garantire l'esistenza, anche quando il lavoro non c'è.

Per consentire a tutti (anche a chi formalmente cittadino non è^[104]) un'esistenza "da cittadini". Non si vive – non si pensa, non si parla, non si agisce, non si partecipa - da cittadini, infatti, se non si ha garantita un'esistenza libera e dignitosa. Essendo libertà e dignità dell'esistenza contenuto minimo essenziale di cittadinanza.

Non una carità, ma un diritto.

Un "risarcimento per mancato procurato lavoro".

Per vivere liberamente e dignitosamente, nonostante la promessa tradita.

* Questo scritto – in una versione più ridotta - è destinato anche agli "Studi in onore di Gaetano Silvestri".

[1] Sul punto sono sufficienti i bruti dati statistici, reperibili su www.istat.it: a dicembre 2014 il numero dei disoccupati è pari a 3 milioni 322 mila (in aumento del 2,9% su base annua). Il tasso di disoccupazione si attesta al 12,9% (in aumento di 0,3 punti percentuali rispetto all'anno prima). Si vedano anche Commissione di indagine sull'esclusione sociale (CIES), *Rapporto sulle politiche contro la povertà e l'esclusione sociale, Anno 2010*, particolarmente Parte II, *Le dinamiche del mercato del lavoro*, p. 69 ss., su www.governo.lavoro.it: Idem, *Rapporto sulle politiche contro la povertà e l'esclusione sociale, Anni 2011-2012*, part. § 2.1. *Il mercato del lavoro durante la crisi*, p. 9 ss., su www.governo.lavoro.it.

[2] U. Beck, *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro. Tramonto delle sicurezze e nuovo impegno civile* (1999), Torino, Einaudi, 2000; M. Castells, *L'età dell'informazione* (1996), Milano, Egea Università Bocconi Editore, 2004; A. Gorz, *Metamorfosi del lavoro. Critica della ragione economica* (1988), Torino, Bollati Boringhieri, 1992; J. Rifkin, *La fine del lavoro* (1995), Milano, Baldini&Castoldi, 1995; R. Sennett, *L'uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale* (1998), Milano, Feltrinelli, 2001; e, nella letteratura italiana, J. Arriola, L. Vasapollo, *L'uomo precario nel disordine globale*, Milano, Jaca Book, 2005; F. Berton, M. Richiardi, S. Sacchi, *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, Bologna, il Mulino, 2009; M. Delfino, *Diritti sociali e flexicurity*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, III, p. 29 ss.; R. De Luca Tamajo, *Flexicurity: un improbabile ossimoro o un'utile mediazione?*, in *Foro italiano*, 2009, p. 193 ss.; L. Gallino, *Il costo umano della flessibilità*, Roma-Bari, Laterza, 2001; A. Perulli, *Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2012, p. 247 ss.; L. Zoppoli, *Flex/insecurity*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012.

[3] Il rapporto *La povertà in Italia*, 17 luglio 2013, su www.istat.it, segnala che, «oltre che tra le famiglie di operai (dal 7,5% al 9,4%) e di lavoratori in proprio (dal 4,2% al 6%), la povertà assoluta aumenta tra gli impiegati e i dirigenti (dall'1,3% al 2,6%) e tra le famiglie dove i redditi da lavoro si associano a redditi da pensione (dal 3,6% al 5,3%)».

[4] Ha scosso la coscienza sociale, per la carica di denuncia del gesto di riporre le sue ultime parole tra le pagine della Costituzione, il suicidio, il 2 febbraio 2013, di Giuseppe Burgarella, operaio sindacalista disoccupato dal 2010. Aveva annotato scrupolosamente, nel suo ultimo biglietto, l'elenco dei "morti di disoccupazione" degli ultimi due anni, al termine del quale aveva scritto il suo nome, destinato a non restare l'ultimo.

[5] Per L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, II, p. 392, «all'epoca di Locke, quando ancora esisteva un rapporto diretto tra vita e natura, la sopravvivenza ben poteva essere affidata all'autonomia dell'individuo». Oggi non è più così (p. 405): «l'antico rapporto tra autonomia e sopravvivenza, assicurato dallo scambio [...] tra lavoro e salario si è rotto».

[6] Sulla c.d. "costituzione economica", G. Bognetti, *La Costituzione economica italiana. Interpretazione e proposte di riforma*, Milano, Giuffrè, 1993; Idem, *La Costituzione economica*, A. Vignudelli (a cura di), *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, Modena, Mucchi, 2011, p. 170 ss.; S. Cassese, *La nuova Costituzione economica. Lezioni*, Bari-Roma, Laterza, 1995; G. De Vergottini, *La Costituzione economica italiana: passato e attualità*, in *Diritto e società*, 2010, p. 333 ss.; M. Luciani, *Economia nel diritto costituzionale* (voce), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. V, Torino, Utet, 1990, p. 376 ss.; C. Pinelli, *La Costituzione economica a sessant'anni dalla Costituzione*, in C. Pinelli, T. Treu (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, il Mulino, 2010.

[7] E. Ales, *Il lavoro di scarsa qualità*, in C. Pinelli (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, Libri di Astrid, Bagno a Ripoli

(Firenze), Passigli Editore, 2012, p. 217; E. Pugliese, *Le prestazioni sociali*, in M. Ruotolo (a cura di), *La costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, Atti del Convegno di Ascoli Piceno, 14-15 Marzo 2008, Quaderno n. 1 di Costituzionalismo.it, Napoli, Editoriale scientifica, 2008, p. 174; T. Treu, *La persistenza dell'impianto lavoristico categoriale*, in L. Guerzoni (a cura di), *La riforma del welfare. Dieci anni dopo la "Commissione Onofri"*, Bologna, il Mulino, 2008.

[8] In realtà, dal punto di vista dell'interpretazione meramente letterale, questa non è l'unica interpretazione possibile: grammaticalmente, infatti, non sarebbe implausibile sostenere che la "e" dell'articolo 38, I comma, possa essere intesa non in senso copulativo ma disgiuntivo. In questo senso, C. De Santis, *Congiunzioni*, in *Enciclopedia dell'Italiano*, diretta da R. Simone, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana Treccani, 2010, che ammette l'uso disgiuntivo della congiunzione *e*, sostenendo che essa ha «un potere di codifica molto debole».

[9] Il diritto al mantenimento e l'assistenza sociale è garantito in Italia in favore delle persone, cittadini e non, prive dei mezzi necessari per vivere, stabilmente residenti in Italia, con più di sessantacinque anni di età (il c.d. "assegno sociale": l. n. 153/1969; l. n. 335/1995) o che si trovino in condizione di inabilità al lavoro in quanto mutilati o invalidi civili (l. n. 118/1971). Un'impostazione universalistica dell'assistenza sociali si ritrova nella l. 328/2000 (*Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*), che predispone un sistema integrato di interventi e servizi sociali con «carattere di universalità» (sulla legge 328/2000, *ex multis*, E. Balboni, A. Mattioni, G. Pastori, B. Baroni (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 382/2000 e provvedimenti attuativi dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2003; L. Violini, *Assistenza sociale (voce)*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 463 ss.). Sull'articolo 38, I comma, *ex multis*, U. De Siervo, *Assistenza e beneficenza pubblica*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, vol. I, 1987, p. 449 ss.; L. Violini, *Art. 38*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, vol. I, 2006).

[10] Commissione per l'analisi delle compatibilità macroeconomiche della spesa sociale, *Relazione finale*, 28 febbraio 1997, su www.astrid-online.it, p. 6.

[11] Gli *Atti dell'Assemblea costituente* si trovano, nella versione ufficiale, sul sito della Camera dei Deputati, www.legislature.camera.it, ordinati per data delle sedute; si trovano ordinati per articoli della Costituzione sul sito a cura di F. Calzaretto, *La nascita della Costituzione*, su www.nascitacostituzione.it.

[12] Lucifero (Blocco Nazionale della Libertà), prima Sottocommissione, seduta dell' 8 ottobre 1946.

[13] Dossetti (gruppo Democratico Cristiano), prima Sottocommissione, seduta dell' 8 ottobre 1946.

[14] «Chiunque è inabile o per qualsiasi ragione, e senza sua colpa, è incapace di lavoro, ha diritto ad avere la sua esistenza assicurata dallo Stato».

[15] «Ogni cittadino che, a motivo dell'età, dello stato fisico o mentale, o di contingenze di carattere generale, si trovi nell'impossibilità di lavorare, ha diritto di ottenere dalla collettività mezzi adeguati di assistenza».

[16] Medi (gruppo Democratico Cristiano), Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 6 maggio 1947.

[17] Colitto (gruppo dell'Uomo Qualunque), Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 10 maggio 1947.

[18] Ghidini (gruppo Socialista dei Lavoratori Italiani), Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 10 maggio 1947.

[19] Colitto (gruppo dell'Uomo Qualunque), terza Sottocommissione, seduta del 10 settembre 1946.

[20] Nitti (gruppo dell'Unione Democratica Nazionale), Assemblea costituente, seduta dell' 8 maggio 1947.

[21] Della Seta (gruppo Repubblicano), Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 7 maggio 1947, «in una vera democrazia non v'è che una classe, la classe dei lavoratori. Lavoratori del braccio o della mente, ma lavoratori tutti».

[22] Nello stesso senso F. Pizzolato, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 18.

[23] Simonini (gruppo Socialista dei Lavoratori Italiani), terza Sottocommissione, seduta del 26 luglio 1946.

[24] Della Seta (gruppo Repubblicano), Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 7 maggio 1947.

[25] Così avrebbe dovuto essere in base al III comma dell'articolo 4, poi soppresso, che prevedeva l'adempimento del dovere di lavorare come «presupposto per l'esercizio dei diritti politici».

[26] Sull'impatto della crisi economica sulla tenuta dei diritti sociali, *ex multis*, F. Angelini, M. Benvenuti, *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Napoli, Jovene, 2012; I. Ciolli, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2012; A. D'Aloia, *I diritti sociali nell'attuale momento costituzionale*, in *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Atti del convegno del Gruppo di Pisa tenutosi a Trapani, l'8-9 giugno 2012, su www.gruppodipisa.it.; A. Ruggeri, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, su www.giurcost.org; C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, Relazione al XXVIII convegno annuale dell'AIC, in *Rivista AIC*, n. 4/2013; A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale, sostenibile*, in *I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano. Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema*, Atti del convegno tenutosi a Reggio Calabria il 5 novembre 2011, su *Rivista AIC*, n. 4/2011.

[27] M. D'Antona, *Le metamorfosi della subordinazione*, in F. Amato, G.

Bronzini (a cura di), *A 25 anni dallo Statuto: quale futuro per il diritto del lavoro?*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, n. 1/1996, p. 23; L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., II, p. 68; T. Piketty, *Il capitale nel XXI secolo* (2013), Milano, Bompiani, 2014.

[28] E. Ales, *Il lavoro di scarsa qualità*, cit., p. 222; G. Prosperetti, *Dall'art. 3 agli artt. 35 e seguenti della Costituzione*, in E. Ghera, A. Pace, *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Napoli, Jovene, 2009.

[29] Laconi (gruppo Comunista), Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 24 marzo 1947. La Commissione dei Settantacinque aveva portato in discussione e in votazione all'Assemblea costituente un testo privo delle parole "di fatto", nonostante queste fossero presenti nel testo licenziato dalla Prima Sottocommissione per la Costituzione, nella seduta dell'11 settembre 1946. Proprio questa omissione, nella seduta pomeridiana del 24 marzo 1947 dell'Assemblea costituente, fu oggetto di specifico emendamento aggiuntivo, sottoscritto da costituenti dei gruppi Democratico cristiano, Comunista e Socialista, con le motivazioni esplicitate da Laconi.

[30] In modo emblematico, Fanfani (gruppo Democratico Cristiano), Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 22 marzo 1947: dicendo che la Repubblica è fondata sul lavoro, «si esclude che essa possa fondarsi sul privilegio, sulla nobiltà ereditaria, sulla fatica altrui e si afferma invece che essa si fonda sul dovere, che è anche diritto ad un tempo per ogni uomo, di trovare nel suo sforzo libero la sua capacità di essere e di contribuire al bene della comunità nazionale». Questo significato dell'articolo 1 è per altro posto in evidenza dai molti commentatori del articolo primo della Costituzione italiana; *ex multis*, V. Crisafulli, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione italiana*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1951, p. 161 ss.; M. Dogliani, *La parola lavoro. La costituzione come nefas alle razionalità aggressive nei confronti del lavoro perché sistematicamente autodistruttive*, su www.spaziofilosofico.it, n. 1/2011; L. Elia, *Il primo articolo della Costituzione repubblicana*, in Aa.Vv., *Città dell'uomo. Una repubblica fondata sul lavoro*, Atti del convegno del 12-13 dicembre 1986, Roma, Ave, 1988, p. 8 ss.; C. Esposito, *Commento all'art. 1 della Costituzione* (1948), in C. Esposito, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, 1 ss.; G. Ferrara, *Il lavoro come fondamento della Repubblica e come connotazione della democrazia italiana*, in G. Casadio (a cura di), *I diritti sociali e del lavoro nella Costituzione italiana*, Roma, Ediesse, 2006, p. 199 ss.; E. Ghera, A. Pace (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Napoli, Jovene, 2009; M.S. Giannini, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1949, p. 3 ss.; M. Luciani, *Il lavoro nella Costituzione*, in B. Pezzini, M. Baronchelli (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana. Le radici, il cammino*, Bergamo, Istituto Bergamasco per la Storia della Resistenza e dell'Età Contemporanea, 2007, p. 139 ss.; M. Mazziotti, *Lavoro (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, p. 338 ss.; C. Mortati, *Commento all'art. 1*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, 1975, p. 1 ss.; M. Olivetti, *Commento all'art.1*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di),

Commentario della Costituzione, cit., vol. I, p. 5 ss.; C. Pinelli, «Lavoro» e «progresso» nella Costituzione, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2009, p. 401 ss.; G.U. Rescigno, *Lavoro e Costituzione*, in *Diritto pubblico*, 2009, p. 21 ss.; G. Silvestri, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in Aa.Vv., *Il sindacato e la riforma della Repubblica*, Roma, Ediesse, 1997, p. 76 ss.; G. Zagrebelsky, «Fondata sul lavoro». *La solitudine dell'articolo 1*, Torino, Einaudi, 2013.

[31] Come riteneva, per esempio, Mastrojanni (gruppo dell'Uomo Qualunque), Assemblea costituente, seduta del 5 marzo 1947: «se è vero che l'Italia è definita Repubblica democratica, è innegabile che in essa hanno diritto di asilo solamente coloro che sono lavoratori».

[32] Basso (gruppo Socialista), Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 6 marzo 1947: la Repubblica italiana «trae il suo senso e il suo significato solo dalla partecipazione effettiva di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale». E questa partecipazione «è appunto il lavoro». «Finché non sarà garantito a tutti il lavoro, non sarà garantita a tutti la libertà; finché non vi sarà sicurezza sociale, non vi sarà veramente democrazia politica; o noi realizzeremo interamente questa Costituzione, o noi non avremo realizzata la democrazia in Italia».

[33] In questo senso, *ex multis*, M. Ainis, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in A. Pace (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, Giuffrè, 1999, I, p. 11 ss.: nella Carta del '47 «c'è come una ricognizione delle molteplici situazioni di sofferenza sociale, di disagio, che oggi come ieri ci circondano, e al contempo c'è un programma di emancipazione, un disegno di giustizia sociale [...] in favore dei più deboli, dei diseredati, o comunque poste a tutela di chi incolpevolmente versò in una condizione di minorità sociale», con (p. 33) «un raggio d'escursione che trascende la semplice categoria dei lavoratori. Li comprende, ma non si esaurisce in essi».

[34] A. Di Giovine, M. Dogliani, *Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, in *Questione giustizia*, n. 2/1993, p. 321 ss. Per gli Autori, la «democrazia emancipante» è quella, propria delle costituzioni del secondo dopoguerra, «in cui il principio di eguaglianza in senso sostanziale è assunto come fondamentale principio normativo, ed in cui all'idea di cittadinanza è fortemente collegata la pretesa ad un intervento attivo dello Stato in chiave di politiche redistributive (e dunque – appunto – «emancipante» nei confronti dei settori più deboli della società)».

[35] È questa la famosa formula coniata da P. Calamandrei, *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*, in P. Calamandrei, A. Levi (diretto da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, G. Barbera Editore, 1950, p. XXXV, per descrivere in sintesi la Costituzione italiana.

[36] Corte cost., sent. n. 217/1988, con riferimento al diritto all'abitazione.

[37] L. Elia, *Si può rinunciare allo «Stato sociale»?*, in R. Artoni, E. Bettinelli, *Povertà e Stato*, Roma, Fondazione Adriano Olivetti, 1987, p. 107 s.

[38] Giua (gruppo Socialista), seduta del 9 settembre 1946.

[39] Fanfani (gruppo Democratico Cristiano), terza Sottocommissione, sedute del 9 e 10 settembre 1946. Nello stesso senso, nella seduta del 10 settembre 1946, sempre in terza Sottocommissione, Taviani (gruppo Democratico Cristiano): «Lo Stato provvede a porre le condizioni economiche e sociali per assicurare a tutti i cittadini il lavoro, oppure, ove questo non sia possibile, una assistenza che lo surroghi»; Merlin Angelina (gruppo Socialista): «Lo Stato riconosce il diritto ed il dovere dei cittadini al lavoro ed è tenuto a promuovere i piani economici che assicurino il minimo necessario alla vita, e se non è possibile, l'assistenza».

[40] Per questi documenti si veda *Archivio delle costituzioni storiche*, su www.dircost.unito.it.

[41] C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Il diritto del lavoro*, 1954, p. 242 s.

[42] *Ibidem*, p. 243.

[43] *Ibidem*, p. 243.

[44] *Ibidem*, p. 294.

[45] *Ibidem*, p. 295 s.

[46] *Ibidem*, p. 149 ss.

[47] *Ibidem*, p. 296.

[48] L'idea del «risarcimento per equivalente» in caso di mancato procurato lavoro da parte della Repubblica si trova raccolta e sviluppata anche in G.U. Rescigno, *La distribuzione della ricchezza socialmente prodotta*, in M. Ruotolo (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, Atti del Convegno di Ascoli Piceno, 14-15 Marzo 2008, Quaderno n. 1 di Costituzionalismo.it, Napoli, Editoriale scientifica, 2008, p. 300, che afferma che dovrebbe essere garantito «a qualunque cittadino maggiorenne che ha cercato lavoro e non lo ha trovato senza sua colpa un reddito sostanzialmente equivalente a quello che mediamente viene offerto da un lavoro retribuito». L'Autore è tuttavia scettico rispetto alla misura del reddito di cittadinanza, che concepisce «solo come rimedio temporaneo e transitorio [...] in quei brevi periodi nei quali, per motivi pratici, qualcuno sta cercando lavoro e non lo trova» (p. 301, nt. 3).

[49] Almeno dagli anni Settanta del Novecento, con il passaggio dal fordismo al post-fordismo, ma i presupposti storici sono assai più risalenti. Sia consentito il rinvio a C. Tripodina, *Il diritto a un'esistenza dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Torino, Giappichelli, 2013, cap. I, *Contesti, definizioni e argomenti*, e bibliografia ivi citata.

[50] Un'esperienza di «Reddito minimo di inserimento» (Rmi), si era avuta, sia pure in via sperimentale, temporalmente e geograficamente limitata, verso la metà degli anni Novanta, sotto il governo Prodi (art. 59, l. n. 449 del 1997, *Legge finanziaria 1998*, e d. lgs. n. 237 del 1998), e poi negli anni Duemila, in qualche esperienza di livello regionale (particolarmente rilevanti quella della

Regione Campania, Legge regionale 19 febbraio 2004, n. 2, *Istituzione in via sperimentale del reddito di cittadinanza*, e quella della Regione Lazio, Legge regionale 20 marzo 2009, n. 4, *Istituzione del reddito minimo garantito. Sostegno al reddito in favore dei disoccupati, inoccupati o precariamente occupati*). Dopo un lungo silenzio, il “reddito di cittadinanza” è stato uno dei protagonisti nell’ultima campagna elettorale nei programmi di diversi partiti e movimenti politici (tra i più espliciti: Sinistra Ecologia e Libertà; Movimento 5 Stelle), ed è oggetto di alcune proposte di legge nell’attuale XVII legislatura: Leva (PD) e altri, *Istituzione del reddito minimo di cittadinanza attiva* (C 720); iniziativa popolare, *Istituzione del reddito minimo garantito* (C 751); Migliore (SEL) e altri, *Istituzione del reddito minimo garantito* (C.1683); Pesco (M5S), *Disposizioni per l’introduzione del reddito di cittadinanza* (C 1750); Pesco (M5S) e altri, *Istituzione e disciplina del reddito di cittadinanza, nonché delega al Governo per l’introduzione del salario minimo orario* (C 2723); Catalfo (M5S) e altri, *Istituzione del reddito di cittadinanza nonché delega al Governo per l’introduzione del salario minimo orario* (S 1148); De Petris (Misto, SEL) e altri, *Istituzione del reddito minimo garantito* (S.1670). Anche i “saggi” del Gruppo di lavoro in materia economico-sociale ed europea, istituito il 30 marzo 2013 dal Presidente della Repubblica, nella loro *Agenda possibile* del 12 aprile 2013, su www.quirinale.it, tra le *Proposte con effetti prevalenti sulla dimensione sociale*, avevano affermato (p. 10, e più nel dettaglio p. 24) che occorre «valutare le diverse ipotesi relative all’eventuale introduzione di un reddito minimo di inserimento, da inserire in un quadro complessivo di revisione dell’assistenza».

[51] In alternativa a reddito di cittadinanza, si parla variamente di reddito minimo garantito, reddito minimo universale, reddito minimo di inserimento, reddito minimo di attivazione, reddito di autonomia, reddito di partecipazione, reddito di esistenza, sussidio unico di disoccupazione, reddito sociale minimo, dividendo sociale, reddito di base... a seconda dei profili che più si vogliono mettere in risalto.

[52] Fuori dall’Europa, particolarmente rilevante l’esperienza del Brasile, dove, in una complessiva politica di estensione della protezione sociale, nell’ottobre del 2003 è stata approvata un programma denominato *Bolsa familia*, per il quale tutte le famiglie con un reddito pro capite sotto un certo livello hanno diritto a un supplemento di reddito, più ulteriori incrementi per i figli a carico fino ai sedici anni.

[53] Nel 1976, con un emendamento costituzionale, è stato creato l’*Alaska Permanent Fund Dividend*, al quale affluiscono le *royalties* del petrolio e del gas, e da cui viene tratto un dividendo annuale per tutti i residenti dell’Alaska dai sei mesi in su (www.pfd.alaska.gov).

[54] *Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2010 sul ruolo del reddito minimo nella lotta contro la povertà e la promozione di una società inclusiva in Europa* (2010/2039(INI)), nella quale - ribadito che è diritto fondamentale della persona «disporre di risorse e prestazioni sufficienti per vivere conformemente alla dignità umana» e che «la povertà e l’esclusione sociale costituiscono violazioni della dignità umana e dei diritti umani fondamentali» - si afferma esplicitamente che «per garantire sistemi di

sicurezza e di protezione sociale di qualità» occorre che trovi riconoscimento «un reddito minimo garantito individualmente a livello nazionale», al fine di «garantire l'inclusione sociale e assorbire le conseguenze sociali della crisi economica». *Ex multis, Raccomandazione del Consiglio, del 24 giugno 1992, in cui si definiscono i criteri comuni in materia di risorse e prestazioni sufficienti nei sistemi di protezione sociale (92/441/CEE); Raccomandazione della Commissione, del 3 ottobre 2008, relativa all'inclusione attiva delle persone escluse dal mercato del lavoro (2008/867/CE); Risoluzione del Parlamento europeo concernente la lotta contro la povertà nella Comunità europea del 1988; Risoluzione del Parlamento europeo sulla lotta contro la povertà e l'esclusione sociale nella Comunità europea del 1993; Risoluzione del Parlamento europeo del 9 ottobre 2008 sulla promozione dell'inclusione sociale e la lotta contro la povertà, inclusa la povertà infantile, nell'Unione europea (2008/2034(INI)); Risoluzione del Parlamento europeo del 6 maggio 2009 sull'agenda sociale rinnovata (2008/2330(INI)).* Per un'analisi delle politiche di reddito minimo garantito in Europa, a livello di Unione europea e nei singoli stati, sia consentito il rinvio a C. Tripodina, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa*, cit., cap. III, *Reddito minimo garantito in Europa*, e bibliografia ivi citata.

[55] A partire da *Comunicazione della Commissione del 25 gennaio 1999 sui regimi nazionali di reddito minimo* [Com (98) 774 def.], che sottolinea le eccezioni di Italia e Grecia carenti di questo strumento; eccezioni rimarcate e stigmatizzate in tutti i documenti successivi (*Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni. Progetto di relazione congiunta sull'integrazione europea, del 10 ottobre 2001* [Com(2001) 565 def.]; *Comunicazione della Commissione del 12 dicembre 2003 – Relazione comune sull'integrazione sociale contenente una sintesi dei risultati dell'esame dei piani d'azione nazionali per l'integrazione sociale (2003-2005)* [COM(2003)773]; *Rapporto sul rispetto dei social rights previsti dalla Carta sociale Europea*, redatto dal Comitato europeo sui diritti sociali del Consiglio d'Europa nel 2010, per il 2009).

[56] Così anche Perazzoli G., *Reddito minimo garantito: ce lo chiede l'Europa!*, in *Micromega*, n. 3/2013.

[57] G. Bronzini, *Il reddito di cittadinanza. Una proposta per l'Italia e per l'Europa*, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2011, p. 15; L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., II, p. 407 (Idem, *Il futuro dello stato sociale e il reddito minimo garantito*, in Aa.Vv., *Ai confini dello Stato sociale*, Roma, Manifestolibri, 1995); S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 245.

[58] Il riferimento è naturalmente alla l. 23 dicembre 1978, n. 833, *Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale*.

[59] Nello stesso senso F. Pizzolato, *Il minimo vitale*, cit., p. 80.

[60] Moro (gruppo Democratico Cristiano), prima Sottocommissione, seduta del 4 ottobre 1946.

[61] Lucifero (Blocco Nazionale della Libertà), prima Sottocommissione, seduta del 4 ottobre 1946.

[62] Tupini (gruppo Democratico Cristiano), prima Sottocommissione, seduta del 4 ottobre 1946.

[63] Dossetti (gruppo Democratico Cristiano), prima Sottocommissione, seduta del 4 ottobre 1946.

[64] Secondo il testo dell'emendamento presentato da Foa (gruppo autonomista), Assemblea costituente, seduta del 8 maggio 1947.

[65] Laconi (gruppo Comunista), Assemblea costituente, seduta dell' 8 maggio 1947.

[66] Per tutte, *Convenzioni Oil n. 29/1930 (Sul lavoro forzato od obbligatorio)*, e n. 105/1957 (*Sull'abolizione del lavoro forzato*) e art. 4, comma 2, *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (con formulazione riprodotta identica nell'art. 5, comma 2, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*), per il quale «Nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato od obbligatorio».

[67] In questo senso anche M. Cavino, *Il lavoro politico come fondamento della Repubblica*, in M. Cavino, I. Massa Pinto, *Costituzione e lavoro oggi*, Bologna, il Mulino, 2013, p. 38. I imiti del *workfare* vengono evidenziate anche da European Anti-Poverty Network (Epan), *Adequacy of Minimum Income in the EU*, in *Epan Explainer*, n. 2/2010 che, circa l'obbligatorietà del lavoro, scrive: «pare che l'unico scopo sia quello di ridurre le percentuali statistiche dei tassi di disoccupazione e diminuire i costi dell'intervento sociale».

[68] La Corte costituzionale era stata chiamata a risolvere una questione di legittimità costituzionale instaurata in via principale dalle Regioni Piemonte, Emilia-Romagna e Liguria, che lamentavano l'intervento da parte dello Stato nella materia "politiche sociali", di competenza esclusiva regionale ex art. 117, IV comma, della Costituzione, attraverso la previsione della *Social card*, introdotta dall'art. 81 (commi 29, 30 e dal 32 al 38 bis) del d.l. n. 112 del 2008, recante *Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*, convertito con modifiche con l. n. 133 del 2008. La Corte, nella sentenza 10/2010, ha giudicato infondata la questione alla luce dell'articolo 117, II comma, lettera m) della Costituzione.

[69] Il problema che si pone, in questo caso, è quello di non facile soluzione della sanzionabilità delle omissioni legislative in materia di diritti sociali. Si potrebbe immaginare l'uso, da parte dei giudici comuni, di procedimenti cautelari e, da parte della Corte costituzionale, di sentenze additive di principio che dichiarino parzialmente incostituzionali le misure categoriali attualmente previste, al fine di estendere la platea dei beneficiari e dotarli di strumenti per l'esigibilità del diritto, almeno nel suo contenuto minimo essenziale. Ma la via della tutela del diritto fondamentale all'esistenza attraverso il controllo di costituzionalità per omissione, pur invocata in via residuale, non appaga appieno. Si tratta di una decisione politica fondamentale, che, come tale, dovrebbe spettare alla rappresentanza politica che siede in Parlamento: lo sforzo di riequilibrare le posizioni di svantaggio per edificare una società più giusta e più libera «è uno sforzo immane perché va contro natura, perché la vita stessa

è fonte perenne di diseguaglianze. Tuttavia questo compito spetta alla politica, non alla Corte costituzionale; un organo di garanzia come la Corte ha per vocazione di razionalizzare l'ordinamento vigente, ma non gli si può chiedere di progettare il futuro» (M. Ainis, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 52).

[70] Così anche F. Pizzolato, *Il minimo vitale*, cit., p. 108; A. D'Aloia, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, p. 1104.

[71] L'elaborazione della classificazione tra leggi a contenuto costituzionalmente vincolato (il cui nucleo normativo non può venire «alterato o privato di efficacia, senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti dalla Costituzione stessa», in quanto ne rappresentano l'unica modalità possibile di attuazione) e quelle costituzionalmente obbligatorie o necessarie (la cui esistenza è imposta in vista dell'attuazione di un diritto o di un istituto costituzionale, pur potendosi esse dotare di contenuti diversi al fine di realizzare il diritto o l'istituto stesso), come è noto, si deve principalmente alla giurisprudenza costituzionale in materia di referendum abrogativo, a partire dalla sentenza n. 16 del 1978.

[72] Si veda nt. 50. Sia consentito il rinvio a C. Tripodina, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa*, cit., cap. IV, *Esperienze di reddito minimo garantito in Italia*, e bibliografia ivi citata.

[73] Dal discorso al Senato della Repubblica, 24 febbraio 2014.

[74] “*Jobs Act*” è anglicismo che non compare nelle intitolazioni ufficiali delle disposizioni normative, ma che è stato scelto dal Presidente del Consiglio Renzi per presentare ai cittadini il “piano lavoro”: si veda *Comunicato stampa della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 12 marzo 2014*, su www.governo.it. Con il *Jobs Act*, il governo Renzi ambisce a trovare la quadratura del cerchio per dare soluzione contestuale a disoccupazione e povertà nel nostro paese, attraverso politiche di *flexsecurity*, volte, secondo la retorica del governo, a “garantire le persone e non i posti di lavoro”: spingendo, da un lato, per la flessibilità nel mercato del lavoro, sia in entrata che in uscita - attraverso la liberalizzazione dei contratti a termine; la previsione di agevolazioni con riguardo all'apprendistato; la revisione del regime delle tutele in caso di licenziamento -; tessendo contestualmente, dall'altro, una rete di protezione sociale nelle intenzioni più ampia, resistente e con meno buchi rispetto all'attuale, volta a sostenere con un “reddito di transizione” le persone anche nei tempi di non-lavoro, dovuti proprio alla maggiore flessibilità e mobilità. In particolare il *Jobs Act* si compone di: 1) un decreto legge 20 marzo 2014, n. 34 (convertito con legge n. 78 del 2014) recante *Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese*, in materia di contratti a termine e apprendistato (per la parte “flex-” in entrata); 2) una legge delega 10 dicembre 2014, n. 183, recante *Deleghe al governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*, alla quale è stata data attuazione con

due decreti legislativi, approvati dal Consiglio dei ministri il 20 febbraio 2015: 3) l'uno intitolato *Contratto di lavoro a tempo indeterminato e a tutele crescenti*, che reca la nuova disciplina in materia di licenziamento (per la parte “flex-” in uscita); 4) l'altro *Nuova prestazione di assicurazione sociale per l'impiego (Naspi), nonché prestazioni ulteriori di sostegno al reddito*, che reca la nuova disciplina in materia di ammortizzatori sociali (per la parte “-security”). Per un commento del *Jobs Act* nel suo complesso M. Miscione, “Jobs Act” con un primo decreto legge ed un ampio disegno di legge-delega, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n.4/2014, 305 ss.; M. Cataldi, *Jobs Act: L'incerto equilibrio tra flessibilità e sicurezza*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2014.

[75] La “Nuova prestazione di Assicurazione Sociale per l'Impiego” (NASpI), indennità mensile di disoccupazione, è volta a garantire «una tutela di sostegno al reddito» unica e uniforme per tutti i «lavoratori con rapporto di lavoro subordinato che abbiano perduto involontariamente la propria occupazione» (art. 1), purché «possano far valere, nei quattro anni precedenti l'inizio del periodo di disoccupazione, almeno tredici settimane di contribuzione», e «diciotto giornate di lavoro effettivo o equivalenti, a prescindere dal minimale contributivo, nei dodici mesi che precedono l'inizio del periodo di disoccupazione» (art. 3). Non si tratta, tuttavia, di un sostegno al reddito su cui fare stabile affidamento: a partire dal quarto mese «l'indennità è ridotta progressivamente» (art. 4) e, lungi dall'essere assicurata fino a quando persiste lo stato di disoccupazione, si prevede che la NASpI sia corrisposta «per un numero di settimane pari alla metà delle settimane di contribuzione degli ultimi quattro anni» ed «è in ogni caso limitata a un massimo di 78 settimane» (art. 5): la durata dell'indennità viene dunque proporzionata alla storia contributiva del lavoratore, a tutto danno dei lavoratori precari e intermittenti, che si vorrebbe invece apparentemente tutelare. L'erogazione è inoltre subordinata, a pena di decadenza, a una serie di condizioni, come «la regolare partecipazione alle iniziative di attivazione lavorativa, nonché ai percorsi di riqualificazione personale»; si prevede, inoltre, la determinazione di un «sistema di sanzioni» ulteriori in caso di inottemperanza agli obblighi di partecipazione alle azioni di politica attiva (art. 7).

Oltre alla NASpI è istituito, in via sperimentale, per l'anno 2015, anche l'“Assegno di disoccupazione” (ASDI), avente la «funzione di fornire una tutela di sostegno al reddito ai lavoratori precettori della NASpI», che abbiano fruito di questa misura per l'intera sua durata «senza trovare occupazione e si trovino in condizione di bisogno» attestata da valori ridotti dell'Indicatore di situazione economica equivalente (ISEE) (art. 15.1). Il decreto legislativo prevede dunque un sussidio di disoccupazione di secondo livello, destinato ai soli disoccupati poveri che abbiano prima goduto, poi perso il diritto alla indennità di disoccupazione standard senza aver trovato una nuova occupazione, restando ancora una volta esclusi da qualsiasi protezione “gli altri poveri”, «coloro che hanno carriere lavorative troppo frammentate per fruire del Naspi, o per fruirne per il massimo periodo possibile, e soprattutto coloro che sono poveri perché non hanno mai avuto la possibilità di avere un rapporto di lavoro regolare» (C. Saraceno, *La povertà continua a non essere in agenda*, su www.lavoce.info). Ma anche tra gli “ex-lavoratori poveri” la misura si rivela categoriale e non universale, essendo prevista come «prioritariamente riservata ai lavoratori appartenenti a nuclei familiari con minorenni e quindi ai lavoratori in età

vicina al pensionamento». Al termine del primo anno di applicazione, «*possono* essere stabilite modalità di estensione sino *eventualmente* a coprire l'intera platea dei beneficiari», ma in ogni caso la misura è subordinata a un vincolo di risorse (art. 15.2). Il godimento è inoltre condizionato, pena la perdita del beneficio, «all'adesione ad un progetto personalizzato redatto dai competenti servizi per l'impiego» contenete «specifici impegni in termini di ricerca attiva di lavoro, disponibilità a partecipare ad iniziative di orientamento e formazione, accettazione di *adequate* proposte di lavoro» (art. 15.6). In ogni caso l'impegno attivo e volenteroso non basta ad essere comunque garantiti, in quanto «l'ASDI è erogato per una durata massima di sei mesi» (art. 15.3); dopo di ciò, non c'è più alcuna rete di protezione.

In via sperimentale, per l'anno 2015, è prevista anche una "Indennità di disoccupazione per i lavoratori con rapporti di collaborazione coordinata e continuativa e a progetto" (DIS-COLL), destinata ai c.d. "co.co.co" «non pensionati e privi di partita IVA, che abbiano perduto involontariamente la propria occupazione» (art. 16.1). È questa l'"universalizzazione" in caso di disoccupazione, secondo il governo: certo, si tratta di un'importante estensione dell'indennità di disoccupazione (sia pure in via sperimentale e per la durata di un anno) che va a tutelare i "collaboratori a progetto"; ma ne restano comunque tagliati fuori la più parte delle figure di precari, nonché, ancora una volta ed esplicitamente, i lavoratori autonomi, il c.d. "popolo delle partite IVA".

Quanto al principio indicato nella legge delega di «eliminazione dello stato di disoccupazione come requisito per l'accesso a servizi di carattere assistenziale» (Art.1.2, lett. b.6 della legge delega 183 del 2014), esso non è svolto nel decreto legislativo nel senso di assicurare una protezione reddituale anche ai *working poors*, che, pur non in stato di disoccupazione, hanno redditi al di sotto della soglia di povertà. Il decreto applica il principio limitatamente al caso di quei lavoratori, già beneficiari di una delle misure di sostegno al reddito previste per il caso di disoccupazione, che poi trovino un lavoro, subordinato o autonomo, ma con reddito inferiore all'importo della misura stessa: in tal caso il sostegno è mantenuto, anche se opportunamente ridotto in ragione dell'integrazione con il reddito (artt. 9 e 10).

[76] Resta memorabile la frase dell'allora Ministro del lavoro e delle politiche sociali Elsa Fornero: «l'Italia è un paese ricco di contraddizioni, che ha il sole per nove mesi l'anno e con un reddito di base la gente si adagerebbe, si siederebbe e mangerebbe pasta al pomodoro». Nel dicembre 2011, il Ministro, rispondendo a una domanda circa le misure che il governo intendeva attuare per sconfiggere la povertà dilagante, affermò che il reddito minimo garantito «rappresenta[va] una direzione verso la quale il Governo [avrebbe lavorato]» (la notizia sulla stampa quotidiana del 1 e 2 dicembre 2011); ma pochi mesi dopo, sollecitato nuovamente da una domanda sull'argomento, diede la risposta riportata (la notizia sulla stampa quotidiana del 12-14 marzo 2012).

[77] Commissione di indagine sull'esclusione sociale (Cies), *Rapporto sulle politiche contro la povertà, Anno 2010*, cit., p. 179.

[78] *Ibidem*, p. 179.

[79] Lo denunciano in senso critico L. Carlassare, *Priorità costituzionali e*

controllo sulla destinazione delle risorse, *Costituzionalismo.it*, 1/2013, p. 2; F. Gabriele, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima (quella "intoccabile") della Costituzione*, in *Rivista AIC*, 3/2013, p. 3. Contro l'assunto che il *welfare* sia un lusso, da ridimensionare in tempo di crisi, F. Rampini, "Non ci possiamo più permettere uno Stato sociale". *Falso!*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

[80] Così, acutamente, G. Perazzoli, *Reddito minimo garantito: ce lo chiede l'Europa!*, cit., p. 175 ss.

[81] Ad esempio, Basic Income Network, *Bella, disarmante e semplice: l'utopia concreta del reddito garantito*, documento conclusivo del meeting organizzato a Roma il 9-10 giugno 2011, in G. Bronzini, *Il reddito di cittadinanza*, cit., p. 140, parla di «un costo complessivo, al netto dei sussidi al reddito già esistenti, pari a 5,2 miliardi per garantire un reddito minimo coincidente con la soglia di povertà relativa (euro 600 al mese). Per assicurare mezzi di sostentamento più elevati (superiori al 20% rispetto alla soglia di povertà relativa) la simulazione ha evidenziato la necessità di un impegno finanziario più consistente, pari a 15,7 miliardi di euro».

[82] D. Mesini, E. Ranci Ortigosa, *Le politiche di contrasto all'esclusione sociale: una proposta*, in C. Pinelli (a cura di), *Esclusione sociale. Politiche pubbliche e garanzie dei diritti*, cit., p. 377 ss.; G. Bronzini, *Il reddito di cittadinanza*, cit., p. 107.

[83] Nella duplice versione della *Energy tax*, tassa su tutte le attività inquinanti, e dell'*Earth Basic Incom (Ebi)*, tassa sulle emissioni dei gas serra, per finanziare un reddito di base per tutti gli abitanti del pianeta (G. Busilacchi, *Dai rifiuti può nascere un fiore: un reddito di base per salvare il pianeta*, in Basic Income Network Italia (a cura di), *Reddito per tutti. Un'utopia concreta per l'era globale*, Roma, Manifestolibri, 2009, p. 168 ss.; E. Christensen, *Un'argomentazione ecologica e globale a favore del basic income*, *ibidem*, p. 97 ss.).

[84] Per una panoramica di alcune proposte per il finanziamento del reddito minimo garantito, A. Fumagalli, *Relazione sulla sostenibilità, costo e finanziamento di un reddito di base incondizionato in Italia*, su www.bin-italia.org; A. Travaglini, *Reddito minimo, come si potrebbe fare*, su www.sbilanciamoci.info.

[85] Così anche L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., II, p. 70 e p. 397.

[86] *Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2010 sul ruolo del reddito minimo nella lotta contro la povertà e la promozione di una società inclusiva in Europa* (2010/2039(INI)), punti Y e Z.

[87] Pone in questi termini la questione A. Travaglini, *Reddito minimo, come si potrebbe fare*, cit.

[88] D. Bifulco, *Cittadinanza sociale, eguaglianza e forma di Stato*, in L. Chieffi, *I diritti sociali tra regionalismo e prospettive federali*, Padova, Cedam, 1999, p. 32.

[89] A. Gorz, *Metamorfosi del lavoro*, cit., p. 223 (anche se il suo pensiero subisce successivamente un'esplicita revisione in favore del reddito di cittadinanza in A. Gorz, *Miserie del presente, ricchezze del possibile*, (1997), Roma, Manifestolibri, 1998).

[90] L. Pennacchi, *Lavoro, e non reddito, di cittadinanza*, su www.sbilanciamoci.info, p. 1 (la sua critica, tuttavia, è circoscritta al reddito di base, e non anche al reddito minimo garantito). Nello stesso senso G. Lughini, *Reddito sì, ma da lavoro*, su www.sbilanciamoci.info, p. 3.

[91] Commissione di indagine sull'esclusione sociale (Cies), *Rapporto sulle politiche contro la povertà, Anno 2010*, cit., p. 179.

[92] G.U. Rescigno, *La distribuzione della ricchezza socialmente prodotta*, cit., p. 299. Nella giurisprudenza costituzionale, *ex multis*, Corte cost., sent. n. 105/1963, nella quale si afferma che l'articolo 4, I comma, impone allo Stato la determinazione e il mantenimento «di una situazione di fatto tale da aprire concretamente alla generalità dei cittadini la possibilità di procurarsi un posto di lavoro».

[93] L. Gallino, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Roma, Laterza, 2007.

[94] Tema ricorrente nel dibattito italiano è quello della riduzione dell'orario di lavoro come strategia per ridisegnare il mercato del lavoro e far tornare a crescere l'occupazione, sintetizzato nello slogan *d'antan* "lavorare meno, lavorare tutti". Il nodo problematico della proposta resta la garanzia della parità di salario, a fronte di una diminuzione delle ore lavorate. Sul tema della riduzione dell'orario di lavoro, G. Aznar, *Lavorare meno, per lavorare tutti. Venti proposte* (1993), Torino, Bollati Boringhieri, 1994; A. Caillè, *Tempo scelto e reddito di cittadinanza. Oltre il lavoro salariato universale*, in Aa.Vv. *La democrazia del reddito universale*, Roma, Manifestolibri, 1997, p. 107 ss.; A. Gorz, *Metamorfosi del lavoro*, cit.; G. Mazzetti, *Quel pane da spartire. Teoria generale della necessità di redistribuire il lavoro*, Torino, Bollati Boringhieri, 1997; G.U. Rescigno, *La distribuzione della ricchezza socialmente prodotta*, cit., p. 301.

[95] C. Lughini, *Reddito sì, ma da lavoro*, cit.

[96] In questo senso, tra gli altri, T. Boeri, P. Garibaldi, *Un nuovo contratto per tutti*, Milano, Chiarelettere, 2008.

[97] A. Pasetto, *Tra reddito e lavoro, il terzo settore*, su www.sbilanciamoci.info.

[98] C. Mortati, *Commento all'art. 1*, cit., p. 16.

[99] C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., p. 149 ss. Nella giurisprudenza costituzionale, *ex multis*, Corte cost., sent. n. 60/1991: «il cittadino, nel luogo di lavoro, dove si svolge tanta parte della sua vita di quasi tutti i giorni, non percepisce solo retribuzione contro prestazione, ma afferma e sviluppa la sua personalità nel complesso dei rapporti e dei valori che il mondo del lavoro sa esprimere».

[100] C. Mortati, *Commento all'art. 1*, cit., p. 16.

[101] Colitto (gruppo dell'Uomo Qualunque), terza Sottocommissione, seduta del 9 settembre 1946.

[102] U. Beck, *I giovani "superflui" delle periferie*, in *La Repubblica*, 3 gennaio 2006.

[103] Nello stesso senso L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., II, p. 405.

[104] Secondo un'idea di sostanziale e non formale di *cittadinanza sociale*, inclusiva anche di quei "non cittadini" che in Italia stabilmente risiedono. Benché, infatti, la Costituzione faccia espresso richiamo ai "cittadini" nell'attribuire il diritto all'assistenza, la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente affermato che, dal novero dei beneficiari delle prestazioni assistenziali, anche nella misura eccedente i limiti dell'"essenziale", non possono essere esclusi stranieri e apolidi (*ex multis*, Corte cost., sent. n. 432/2005).

IL LAVORO NELLA COSTITUZIONE OGGI

Precarietà del lavoro, occupazione e crescita economica: una ricostruzione critica del dibattito

di GUGLIELMO FORGES DAVANZATI* E GABRIELLA PAULÌ**

Università del Salento, Dipartimento di Storia, Società e Studi sull'Uomo

Abstract

Questo contributo intende offrire una ricostruzione critica del dibattito relativo agli effetti della deregolamentazione del mercato del lavoro sull'occupazione e la crescita economica. Verrà evidenziato che la visione dominante, secondo la quale le politiche che accrescono la flessibilità del lavoro riducono il tasso di disoccupazione, è estremamente discutibile sia sul piano teorico sia sul piano del riscontro empirico.

Keywords: labour flexibility, employment, economic growth

The aim of this paper is to provide a critical reconstruction of the debate on the effects of labour market deregulation on employment and economic growth. It will be shown that the mainstream view – i.e. policies devoted to increase labour flexibility reduce the unemployment rate – is highly disputable, both on the theoretical and on the empirical ground.

Sommario. 1.Introduzione; 2. La visione dominante. 3. La precarietà come freno alla crescita: l'approccio postkeynesiano; 4. Un'analisi critica delle recenti politiche del lavoro in Italia; 5. Considerazioni conclusive; Bibliografia

Keywords: labour flexibility, employment, economic growth

1 - Introduzione

Almeno a partire dagli anni novanta, è diventata convinzione diffusa che l'elevata disoccupazione in Europa era (ed è) imputabile all'eccessiva rigidità del mercato del lavoro e del contratto di lavoro. Del tutto coerentemente con questa diagnosi, si è proceduto – con particolare accelerazione soprattutto in Italia – ad attuare politiche di progressiva precarizzazione del lavoro. Convenzionalmente, il grado di “flessibilità del lavoro” è misurato da un indicatore, elaborato dall'OCSE e denominato *employment protection legislation*, che fa essenzialmente riferimento alla libertà accordata alle imprese di licenziare con i minimi costi[1].

Le “riforme” del lavoro messe in atto in Italia negli ultimi anni sono state propagandate ricorrendo ad una pluralità di argomentazioni economiche comunicate come inoppugnabili e allo stesso tempo ricorrendo ad argomenti *facilmente comunicabili*: si è più volte fatto ricorso all'argomento della “eccessiva protezione di alcuni lavoratori”, del conflitto tra generazioni[2], degli eccessi delle tutele dei lavoratori italiani rispetto ai Paesi *core* europei.

L'opinione dominante si fonda sulla convinzione che le politiche di deregolamentazione del mercato del lavoro siano necessarie per la crescita dell'occupazione[3]. Per contro, si mostrerà che le politiche di precarizzazione del lavoro favoriscono, di fatto, processi di moderazione salariale, funzionali alla crescita dei margini di profitto delle nostre imprese attraverso la compressione dei prezzi dei prodotti esportati, senza nessun effetto di segno positivo sull'occupazione (o addirittura accrescendo la disoccupazione). Sulla base dell'evidenza empirica, verrà mostrato che *i)* questa strategia non è risultata efficace almeno nel caso italiano; *ii)* le politiche di precarizzazione del lavoro hanno avuto il solo effetto di ridurre la quota dei salari sul Pil e di disincentivare modalità di competizione basate sulla crescita della produttività mediante introduzione di innovazioni.

Questo saggio si propone di fornire una ricostruzione critica del dibattito teorico sui nessi esistenti fra politiche di precarizzazione del lavoro, occupazione e crescita economica. L'esposizione è organizzata come segue. Nel paragrafo 2, si dà conto delle tesi dominanti. Nel par. 3 ci si sofferma sulle critiche formulate in ambito post-keynesiano; nel paragrafo 4 si propone un'analisi critica delle politiche del lavoro recentemente attuate in Italia. Il paragrafo 5 fornisce alcune considerazioni conclusive.

2 – La visione dominante

L'impostazione teorica che accoglie l'idea che una *maggiore flessibilità nel mercato del lavoro*[4] possa costituire una condizione per una maggiore occupazione si richiama alla "**scuola neoclassica marginalista**"[5], secondo la quale il livello di occupazione si determina nel mercato del lavoro. In questo *framework* teorico, **il mercato del lavoro è concepito in modo del tutto analogo al mercato delle merci** (*un mercato tra i mercati*). Nel caso del mercato del lavoro, il "prezzo" è il salario in termini reali. La quantità è invece il numero di occupati (come approssimazione delle ore lavorate). E' importante rilevare che, in condizioni di concorrenza perfetta, si assume che datori di lavoro e lavoratori abbiano il medesimo potere contrattuale, dal momento che, seguendo Samuelson (1957, p.894) "in a perfectly competitive market, it really doesn't matter who hires whom: so have labor hire 'capital'"[6].

Le tesi a sostegno delle politiche di precarizzazione del lavoro sono fondamentalmente le seguenti.

1) Nel modello neoclassico, in una condizione di concorrenza perfetta, il livello dell'occupazione è determinato dall'incontro fra la domanda di lavoro espressa dalle imprese e l'offerta di lavoro espressa dai lavoratori. Nel primo caso, si ritiene che il numero di lavoratori domandati dalle imprese si riduca al crescere del salario. Ciò a ragione dell'ipotesi stando alla quale le imprese operano con rendimenti marginali decrescenti, così che – per uno stock dato di capitale fisso – al crescere del numero di occupati, la loro produttività si riduce. L'offerta di lavoro viene considerata, in questo modello, come funzione diretta del salario reale. Questa relazione viene motivata considerando che al crescere del salario vi è maggiore incentivo a entrare nel mercato del lavoro. Se il salario può liberamente fluttuare in relazione a variazioni della domanda e dell'offerta di lavoro (ovvero, se il mercato del lavoro è perfettamente concorrenziale), nel punto di incontro fra domanda e offerta di lavoro si determinerà il salario reale di equilibrio e l'occupazione di equilibrio. In tale condizione, se esiste disoccupazione essa ha natura esclusivamente *volontaria*, riguardando individui che – dato il loro salario di riserva – non sono disposti a lavorare al salario corrente. Da ciò segue che *ogni intervento esterno di regolamentazione del mercato del lavoro (p.e. sotto forma di imposizione di minimi salariali) non può che generare disoccupazione involontaria*.

2) Una elevata flessibilità del lavoro può avere effetti positivi sui profitti e di conseguenza sugli investimenti e infine sulla occupazione. Questa variante dell'approccio neoclassico – che non ha necessità di poggiare sull'ipotesi di rendimenti marginali decrescenti e di sostituibilità dei fattori – è riassunta in questa sequenza. Un aumento del grado di flessibilità del mercato del lavoro accresce i profitti (in quanto comporta "moderazione salariale"), generando conseguentemente un aumento degli investimenti e dell'occupazione.

L'argomento ora presentato si presta a diverse obiezioni: *i)* non vi è alcuna ragione logico-teorica per esser certi che l'aumento dei profitti si risolva in un aumento degli investimenti. Proprio in quanto la *possibilità* di un accresciuto autofinanziamento è una precondizione per investimenti aggiuntivi, nulla implica che le imprese *vogliono* effettuarli. Perché la relazione postulata tra maggiori profitti per le imprese, maggiori investimenti e quindi maggiore occupazione sia certa, occorre porre ipotesi sulle *aspettative* imprenditoriali,

assumendo, in particolare, che l'aumento dei profitti *attuali* si rifletta in un aumento dei profitti *attesi*, e che – inoltre – le aspettative siano unicamente (o principalmente) influenzate dai profitti effettivamente realizzati. Vi è di più. Anche posto che le aspettative migliorino a seguito dell'aumento dei profitti realizzati, occorre anche che gli investimenti vengano effettuati *nella stessa area geografica* nella quale sono state attuate politiche di flessibilità, e che dunque non vi siano delocalizzazioni e che i profitti realizzati non vengano utilizzati per fini speculativi (o per consumi ostentativi); *ii*) Non vi è alcuna ragione logico-teorica per stabilire che l'aumento degli investimenti si traduca in un aumento dell'occupazione, potendo tradursi (ed è il caso della *jobless-growth*) in un aumento della dotazione di capitale fisso. La possibile controobiezione è nell' "effetto di compensazione", per il quale la disoccupazione (qui tecnologica) è un fenomeno di breve termine, destinato a essere ridotto o annullato tramite il riassorbimento dei (temporanei) disoccupati nei settori che producono beni capitale[7]. Come diffusamente riconosciuto in ambito non-neoclassico[8], tuttavia, questo meccanismo presuppone una perfetta capacità di riconversione dei disoccupati, i quali – senza costi – dovrebbero esser pronti ad acquisire conoscenze su processi tecnici adottati in settori industriali nei quali non sono mai stati utilizzati.

3) Si ritiene anche che le politiche di deregolamentazione del mercato del lavoro, in quanto associate a "moderazione salariale", sono funzionali alla crescita dell'occupazione per il tramite di un aumento delle esportazioni reso possibile dalla riduzione dei salari monetari e dei prezzi[9]. In altri termini, la riduzione del salario derivante da una politica di flessibilità determina una riduzione dei prezzi dei beni esportati, alla quale farebbe seguito un aumento dei profitti delle imprese esportatrici, dunque degli investimenti, della domanda interna e dell'occupazione. La sequenza aumento dei profitti, degli investimenti e dell'occupazione è suscettibile delle medesime obiezioni poste con riferimento al caso discusso *supra*. Due ulteriori obiezioni possono essere poste all'argomentazione che fonda la sequenza ora delineata: *i) sul piano teorico*, non vi è evidentemente nessuna ragione stringente che induca a considerare come effetto necessario l'aumento dei profitti a seguito della riduzione del prezzo, dal momento che la competitività internazionale attiene anche alla *qualità* dei prodotti esportati; *ii) sul piano empirico*, risulta ampiamente documentato che la maggiore flessibilità non necessariamente produce maggiori esportazioni[10].

Gli economisti che si riconoscono nella scuola neoclassico-marginalista ritengono che la flessibilità del rapporto di lavoro (la flessibilità numerica) possa favorire una maggiore occupazione. Si ritiene, infatti, che l'aumento del grado di discrezionalità delle imprese con riferimento a scelte che riguardano le assunzioni (flessibilità in entrata) e i licenziamenti (flessibilità in uscita) accresca l'occupazione, a ragione di questa circostanza. La rimozione dei vincoli normativi sulla libertà di licenziamento – si argomenta – avrebbe come effetto l'aumento della efficacia e della credibilità della "minaccia" del licenziamento stesso. A ciò dovrebbe far seguito un aumento del rendimento dei lavoratori, a ragione dell'operare di un "effetto di disciplina"[11] dunque della produttività, dei profitti, dell'occupazione. Si può sostenere che la flessibilità in uscita può al

più accrescere l'occupazione, ma non anche risultare efficace per il raggiungimento del pieno impiego. La rimozione dei vincoli normativi su assunzioni e licenziamenti – viene ancora osservato – potrebbe esercitare un effetto positivo sulle aspettative imprenditoriali, inducendo le imprese ad assumere. Detto diversamente: in questa ipotesi, è solo sapendo di poter licenziare che le imprese assumono.

Vi è di più. La flessibilità funzionale – anche intesa come demansionamento – viene ritenuta necessaria al fine di garantire la maggiore occupazione: si ritiene che l'aumento della discrezionalità attribuita all'imprenditore nella gestione dei movimenti interni all'impresa, dunque nella modifica anche continua delle mansioni dei suoi dipendenti, accresca la produttività totale dei fattori, dunque la produzione e i profitti, giacché – conoscendo l'imprenditore la struttura del processo produttivo meglio del legislatore – è in grado di allocare la forza-lavoro in modo efficiente all'interno dell'impresa. Questo argomento, tuttavia, non si presta – se non in modo molto indiretto – a ipotizzare una relazione positiva fra flessibilità funzionale e occupazione, giacché occorre assumere che la maggiore efficienza derivante dall'utilizzo dello "ius variandi" si traduca in maggiori profitti; che tali profitti vengano destinati a nuovi investimenti; che tali investimenti generino incrementi di occupazione.

3 – La precarietà come freno alla crescita: l'approccio postkeynesiano

La teoria postkeynesiana^[12] descrive il funzionamento del sistema economico a partire da assunti teorici molto diversi rispetto all'approccio di derivazione neoclassico-marginalista. In particolare, e per quanto qui conta, si ritiene che occupazione e salari non sono determinati *all'interno* del mercato del lavoro, attraverso fluttuazioni della domanda e dell'offerta in una condizione di piena parità contrattuale fra datori di lavoro e lavoratori, ma dipendono dalla domanda di beni di consumo e di beni di investimento. In più, il salario ha natura 'duale': è costo di produzione per le imprese (sul piano microeconomico) e componente della domanda aggregata per il tramite dei consumi (sul piano macroeconomico). Gli economisti postkeynesiani condividono la tesi (radicalmente contrapposta a quella neoclassica) secondo la quale un'economia di mercato deregolamentata tende spontaneamente a generare disoccupazione involontaria. La quale dipende essenzialmente dall'attuazione di politiche di bassi salari che, riducendo i consumi, riducono la domanda di beni e servizi e, conseguentemente, riducono la domanda di lavoro espressa dalle imprese.

Se pertanto dal punto di vista delle argomentazioni teoriche è possibile individuare una pluralità di obiezioni sul piano logico e sul piano teorico, l'eredità di Keynes^[13], raccolta dagli economisti postkeynesiani^[14] che al suo lavoro e alle sue argomentazioni si richiamano, consente di mettere in campo ulteriori argomenti teorici contrari a politiche di precarizzazione del lavoro e di moderazione salariale.

Gli economisti di orientamento postkeynesiano ritengono che la flessibilità

salariale costituisca una strategia o inefficace o finanche controproducente ai fini della riduzione della disoccupazione a partire dalle seguenti assunzioni generali: a) la contrattazione fra datori di lavoro e lavoratori ha ad oggetto il salario monetario, non il salario reale; b) il salario ha natura duale: è costo di produzione, ma anche elemento della domanda aggregata per il tramite dei consumi.

Dalla seconda ipotesi discende immediatamente che le decisioni di occupazione da parte delle imprese non sono prese sulla base (o soltanto sulla base) della tecnica con la quale operano (come accade nel modello neoclassico), e dunque, dei costi; ma principalmente sulla base della *domanda attesa* per i beni da esse prodotti. E' così possibile stabilire la relazione macroeconomica per la quale il livello di occupazione è funzione della domanda aggregata attesa[15]. In ottica postkeynesiana, una possibile schematizzazione degli effetti derivanti dall'introduzione di misure di flessibilità salariale è indicata in questa sequenza. La riduzione dei salari, derivante da politiche di deregolamentazione del mercato del lavoro, riduce i consumi e, a parità di investimenti, la domanda aggregata, con effetti di segno negativo sull'occupazione. La sequenza ricostruisce, in modo semplificato, il meccanismo keynesiano mediante il quale la riduzione del salario monetario, connesso alla rimozione di rigidità nel mercato del lavoro in presenza di disoccupazione, riduce la domanda per consumi, con effetti negativi sulla domanda aggregata e, conseguentemente, con effetti sostanzialmente nulli sull'occupazione.

In definitiva, nel modello postkeynesiano:

- l'operare spontaneo dei meccanismi di mercato non garantisce necessariamente il raggiungimento del pieno impiego[16].

- la flessibilità salariale non accresce l'occupazione e può tradursi unicamente in una riduzione della quota dei redditi da lavoro dipendente (il c.d. *labour share*);

Questi risultati sono generati dall'ipotesi-chiave secondo la quale il livello di occupazione non è determinato nel mercato del lavoro (che è qui un "mercato residuale"), ma dipende dall'ampiezza della domanda aggregata.

Alcuni sviluppi della ricerca in ambito postkeynesiano[17] hanno posto in rilievo il fatto che la flessibilità in uscita può *ridurre* l'occupazione. Il modello è fondato sulle seguenti ipotesi:

- a) La propensione al consumo si riduce al crescere della probabilità di licenziamento. Questa ipotesi è giustificata dal fatto che, ragionevolmente, l'obiettivo degli occupati è mantenere sostanzialmente stabile il proprio tenore di vita. La riduzione della propensione al consumo (ovvero l'aumento dei propri risparmi) costituisce, perciò, una risposta razionale all'introduzione di misure di flessibilità in uscita;

- b) La produttività del lavoro cresce al crescere della probabilità di licenziamento, a ragione dell'operare dell'effetto di disciplina, ovvero dell'incentivo a erogare maggior rendimento (*effort*) in una condizione nella quale è più alto il rischio di perdita del posto di lavoro[18].

Dal punto di vista *macroeconomico*, si verificano, dunque, i seguenti effetti.

Una maggiore flessibilità in uscita riduce la propensione al consumo, dunque la domanda aggregata, dunque l'occupazione. Parallelamente, sia a causa della riduzione della domanda, sia a causa dell'aumento della produttività del lavoro, si rende necessario un numero minore di occupati. D'altra parte, dal punto di vista *microeconomico*, vi è certamente convenienza ad avvalersi di misure di flessibilità in uscita, giacché queste, contribuendo alla riduzione dei costi di produzione (l'aumento della produttività a parità di salario), determinano una riduzione dei prezzi e la conseguente sottrazione – da parte delle imprese che *per prime* se ne avvalgono – di quote di mercato alle proprie concorrenti. E' questo un caso nel quale:

- vi è vantaggio nel “partire per primi” (*advantage of being first*);

- vi è divergenza fra convenienza privata (avvalersi della flessibilità in uscita, in quanto questa contribuisce alla crescita della produttività e dei profitti) e convenienza sociale (non avvalersi della flessibilità in uscita in quanto questa riduce la domanda aggregata, l'occupazione e non ha effetti positivi sui profitti aggregati).

In conclusione, è opportuno porsi la seguente domanda: posto che esistono numerosi rilievi critici di ordine teorico ed empirico riferiti ai presunti effetti positivi delle politiche di precarizzazione del lavoro sull'occupazione, sulla base di quali considerazioni tali politiche vengono reiteratamente attuate? In letteratura, sono state avanzate numerose risposte^[19] e non è questa la sede per dar conto della complessità del dibattito. Occorre, tuttavia, rilevare che la fase di attuazione di misure di politica del lavoro (e, più in generale, di politica economica) coinvolge numerosi attori, segnatamente: il Governo (il cui obiettivo si ritiene essere la massimizzazione del consenso), le imprese (alle quali conviene operare in un mercato del lavoro “flessibile”), i lavoratori occupati (che verosimilmente sono contrari alla flessibilità), i lavoratori disoccupati (che verosimilmente sono favorevoli alla flessibilità). Una tesi, accreditata soprattutto fra gli economisti di orientamento marxista^[20] è che le politiche del lavoro sono, in ultima analisi, orientate dalla minaccia che le imprese oppongono al Governo di disinvestire, ovvero di dislocare i propri investimenti all'estero (il c.d. “sciopero del capitale” o *Capital Strike*). Il disinvestimento costituisce una minaccia efficace per il Governo, poiché, riducendo il reddito nazionale, e quindi i redditi individuali, riduce la probabilità che i cittadini (ora impoveritisi) rinnovino il proprio consenso verso il Governo in carica. In più, seguendo la c.d. *power resources theory* (Korpi, 1998), si può sostenere che gli orientamenti di politica economica riflettono i poteri contrattuali nel mercato del lavoro, così che quanto maggiore è il tasso di disoccupazione, tanto minore è il potere contrattuale dei lavoratori *anche nella sfera politica* e tanto più agevole è l'attuazione di misure di precarizzazione del lavoro che redistribuiscono risorse a vantaggio dei profitti. In altri termini, l'esistenza di un ampio esercito di riserva è una precondizione per l'attuazione di misure finalizzate a comprimere i salari.

4 – Un'analisi critica delle recenti politiche del lavoro in Italia

Le “riforme” del lavoro messe in atto in Italia negli ultimi anni[21] sono state propagandate, come detto in premessa, con due assiomi: il mercato del lavoro italiano non premia il merito, ed è duale nel senso che vede contrapposti lavoratori iperprotetti e lavoratori precari. E’ bene chiarire che si tratta di due assiomi molto discutibili. In primo luogo, non è esattamente chiaro, al di là degli slogan, cosa si intende per merito. Non si tratta di una disquisizione sui massimi sistemi, ma di un passaggio tecnico ineludibile per impostare un’eventuale (ulteriore) riforma del mercato del lavoro. La capacità di un lavoratore di svolgere bene una determinata mansione può dipendere da una molteplicità di fattori che esulano del tutto dal suo personale impegno: il grado di scolarizzazione della famiglia di provenienza, a titolo esemplificativo, esercita un’influenza rilevante sulle abilità dei singoli, del tutto indipendentemente dal loro sforzo individuale. In secondo luogo, è vero che il mercato del lavoro italiano è duale, ma non nel senso che vede contrapposti lavoratori anziani iperprotetti e lavoratori giovani privi di garanzie. Il mercato del lavoro italiano è duale perché in esso sono presenti individui con reti relazionali forti, che riescono a ottenere più facilmente un’occupazione solo in virtù delle conoscenze che le loro famiglie hanno, e individui privi di relazioni informali tali da garantire loro facile accesso al mercato del lavoro, buone condizioni di lavoro ed elevate retribuzioni.

In quanto segue, ci si propone di mostrare che le basi teoriche sulle quali reggono le attuali politiche del lavoro[22] sono estremamente fragili e che la loro attuazione potrebbe dare luogo a esiti spesso controproducenti rispetto all’obiettivo che si dichiara di voler perseguire. I provvedimenti, che compongono il Jobs Act, sono stati promossi, nelle intenzioni del legislatore, allo di di favorire il *rilancio dell’occupazione e per la semplificazione a carico delle imprese* (come indicato nel D.L. 34 del 2014): questi provvedimenti intervengono (v. nota22) sulla flessibilità in uscita, considerata condizione necessaria per favorire l’occupazione. Si tratta evidentemente di una ragionamento economico passibile quanto meno di una messa in discussione.

Con riferimento al dibattito sull’abolizione articolo 18 e sull’occupazione, si può agevolmente argomentare che non è l’art.18 dello Statuto dei Lavoratori a frenare la crescita economica in Italia e a tenere alto il tasso di disoccupazione. Non lo è perché la sua applicazione interessa una platea ristretta di lavoratori e perché è già stato, di fatto, superato con la c.d. riforma Fornero[23]; non lo è perché le scelte di assunzione delle imprese non sono motivate da presunte ‘rigidità’ della normativa a tutela dei lavoratori, ma semmai dalle aspettative di profitto (e, dunque, dalla dinamica della domanda aggregata); non lo è – soprattutto – perché è ormai ampiamente provato che non è la deregolamentazione del mercato del lavoro ad accrescere l’occupazione. Per contro, vi è ampia evidenza empirica che mostra che all’aumentare della flessibilità del lavoro – misurata dall’EPL (*Employment protection legislation*) – l’occupazione non aumenta[24]. Ancora più certo, sul piano empirico, è il fatto che la flessibilità riduce i salari.[25]

In una fase di intensa e prolungata recessione, è davvero ardua impresa provare ad uscirne sottraendo diritti ai lavoratori. Anzi: è lecito attendersi che la sostanziale abolizione dell’art.18 non produrrà altri effetti se non ridurre ulteriormente il potere contrattuale dei lavoratori, con conseguente ulteriore

compressione dei salari, dei consumi e della domanda interna. La sola *ratio* economica che può motivare questa misura risiede nella convinzione – propria della Commissione Europea – in base alla quale la fuoruscita della crisi si rende possibile solo accrescendo la competitività sui mercati internazionali[26], secondo una sequenza che va dalla riduzione dei salari alla riduzione dei prezzi, all'aumento delle esportazioni, all'aumento dei profitti delle imprese esportatrici, al reinvestimento dei profitti e all'aumento dell'occupazione interna[27].

Uno studio recente della Commissione Europea, dal titolo “*Labour costs pass-through, profits and rebalancing in vulnerable Member States*”[28] sembra, tuttavia, almeno parzialmente smentire l'opinione dominante (e quella della Commissione stessa), ponendo in evidenza che, in particolare nei c.d. Paesi periferici dell'eurozona (Italia inclusa), *le politiche di deflazione salariale hanno generato il solo effetto di accrescere i margini di profitto*, con risultati pressoché insignificanti sull'andamento delle partite correnti e sull'occupazione[29].

Il punto in discussione è se la riduzione dei salari monetari implichi la riduzione del costo del lavoro per unità di prodotto (il rapporto fra salario e produttività del lavoro), dal momento che la competitività può aumentare solo a condizione che, a fronte di una riduzione dei salari, la produttività cresca o almeno rimanga costante, a parità di tasso di cambio. Ma, quantomeno nel caso italiano, le cose non stanno così. Da almeno un decennio, l'economia italiana sperimenta, contestualmente, una rilevante contrazione della quota dei salari sul Pil e un'altrettanto rilevante riduzione del tasso di crescita della produttività del lavoro, una delle cause principali del declino economico italiano[30].

La maggiore flessibilità in uscita e la moderazione salariale pone piuttosto le imprese nella condizione di competere comprimendo i costi e, per questa via, disincentiva l'introduzione di innovazioni, con effetti di segno negativo sul tasso di crescita della produttività[31]. I seguenti ulteriori meccanismi amplificano questa dinamica. Primo: la riduzione della domanda interna (imputabile, *in primis*, alla caduta dei salari e, dunque, dei consumi), in quanto riduce i mercati di sbocco, riduce i profitti monetari, a danno innanzitutto delle imprese che operano sul mercato interno[32]. Secondo: la riduzione dei profitti monetari riduce le fonti di autofinanziamento delle imprese e, soprattutto in un contesto di restrizione del credito, le pone nelle condizioni di non poter investire e, dunque, di non poter accrescere le loro dimensioni. Terzo: poiché all'aumentare delle dimensioni d'impresa, per l'operare di rendimenti crescenti, la produttività del lavoro aumenta, da ciò segue che la riduzione della domanda ha effetti negativi non solo in via diretta sull'occupazione, ma anche in via indiretta, “dal lato dell'offerta”, sulla tasso di crescita produttività[33]. Come documentato dall'Istat[34], il grado di internazionalizzazione delle imprese italiane è relativamente basso e, soprattutto, le imprese italiane presenti sui mercati internazionali sono quasi esclusivamente imprese di grandi dimensioni. Il che evidenzia il fatto che politiche che disincentivano la crescita dimensionale delle imprese si traducono in riduzioni del tasso di occupazione e riduzione dei salari.

La riduzione dei salari e la compressione dei diritti dei lavoratori tende ad associarsi a una bassa dinamica della produttività del lavoro. L'evidenza empirica, con riferimento all'Italia, mostra che quanto più si è reso flessibile il

mercato del lavoro, tanto più si è registrato un rallentamento del tasso di crescita della produttività. Come è stato rilevato[35], infatti, il tasso di crescita della produttività del lavoro ha cominciato a ridursi in modo rilevante proprio a seguito dell'approvazione del c.d. pacchetto Treu e della c.d. Legge Biagi. E' verosimile che ciò sia dipeso, oltre che dalla modesta dinamica degli investimenti e dalla sostanziale assenza di innovazioni, dal verificarsi di un effetto di 'scoraggiamento'. Effetto a sua volta derivante dalla bassa gratificazione derivante dal lavorare in condizioni precarie e con sottoutilizzazione del capitale umano, e dalla bassa probabilità di trovare impiego in caso di licenziamento[36]. In tal senso, le politiche di deregolamentazione del contratto di lavoro (e la connessa maggiore libertà di licenziamento), combinate con il peggioramento delle condizioni di lavoro e la scarsa valorizzazione delle competenze, hanno contribuito a ridurre l'impegno lavorativo e, per conseguenza, la produttività[37].

Si osservi che si tratta di un fenomeno soggetto a irreversibilità, dal momento che la riduzione dei salari deteriora la qualità della forza-lavoro in un orizzonte di lungo periodo[38]. Più bassi salari oggi implicano, infatti, minori possibilità di spese per istruzione, sanità, riduzione del tasso di natalità (e conseguente invecchiamento della popolazione), con effetti di segno negativo sulla produttività futura. In altri termini, l'indebolimento del potere contrattuale dei lavoratori, mentre può risultare conveniente per la singola impresa e nel breve periodo, risulta controproducente per la collettività delle imprese, e risulta controproducente nel lungo periodo. Non solo per le imprese, ma anche, e soprattutto, per le prospettive di crescita dell'economia italiana.

Più in generale, con riferimento ai recenti provvedimenti di politica del lavoro, vi è da dubitare che i due dispositivi più rilevanti delle riforme del mercato del lavoro del 2015, introdotte sia tramite il Jobs Act che attraverso alcune misure introdotte dalla Legge di Stabilità 2015 (l'adozione di un contratto di lavoro con tutele crescenti sia l'anticipo del TFR in busta paga)[39] possano contribuire a generare crescita economica e crescita dell'occupazione. A fronte dell'ampio dibattito in corso su questi temi, ci si soffermerà in quanto segue su alcune principali criticità di carattere generale.

1) Il contratto di lavoro a tutele crescenti, per il quale il costo del licenziamento individuale cresce al crescere dell'anzianità di servizio, presenta almeno due aspetti discutibili, alla luce dell'impostazione delineata *supra*. In primo luogo, se l'impianto dell'intera riforma del mercato del lavoro vuole fondarsi su basi meritocratiche, non si capisce per quale ragione un lavoratore anziano debba avere più tutele di un lavoratore giovane, solo appunto perché più anziano. In secondo luogo, e soprattutto, il contratto di lavoro a tutele crescenti verrà incentivato ma non sostituirà – per le nuove assunzioni – il tradizionale contratto a tempo determinato. In questo senso, l'introduzione del contratto unico a tutele crescenti non può essere letta come misura di contrasto alla precarietà.

2) L'anticipo in busta paga del TFR è anch'essa alquanto discutibile. Le criticità, in questo caso, sono fondamentalmente le seguenti. In primo luogo, come è accaduto per il provvedimento che ha aumentato di ottanta euro gli stipendi mensili di una platea ristretta di lavoratori, c'è da aspettarsi che l'aumento delle

retribuzioni non si traduca in misura significativa in un aumento dei consumi. Ciò a ragione del fatto che, con aspettative pessimistiche, l'aumento dei salari può tradursi semmai in maggiori risparmi a fini precauzionali. L'ISTAT attesta un aumento della propensione al risparmio e un aumento dei risparmi complessivi, che sono passati dai 20 miliardi del 2012 ai 26 miliardi di euro nel primo trimestre del 2014, con un incremento del 26.7% in termini reali, e a fronte della riduzione dell'1.2% dei redditi disponibili nel medesimo periodo e della riduzione del tasso di inflazione. Si tratta, con ogni evidenza di risparmio precauzionale finalizzato a far fronte a eventi futuri percepiti come sempre più incerti, soprattutto in considerazione del fatto che i tassi di interesse sui depositi a breve termine sono irrisori. A ciò si può aggiungere che, con tassazione effettiva o attesa in aumento, la probabilità del verificarsi di questo effetto è ancora maggiore[40]

In secondo luogo, il provvedimento si configura come anticipazione del salario differito e, dunque, non è una fonte *aggiuntiva* di reddito[41]. Si può osservare che l'impatto della misura potrebbe essere molto modesto, per quanto attiene alla crescita dei consumi, in considerazione della duplice constatazione che la propensione al consumo tende a essere più elevata per gli individui più giovani[42] e che, in Italia, è estremamente ristretta la platea di lavoratori giovani che potrebbero usufruire dell'anticipazione del TFR.

In terzo luogo, il TFR viene utilizzato da molte imprese come principale fonte di autofinanziamento degli investimenti. Soprattutto in un contesto di restrizione del credito bancario, privarle di questi fondi significa rendere ulteriormente difficile la realizzazione di nuovi investimenti, e, per quanto riguarda i lavoratori, tenere il TFR in azienda costituisce un deterrente al licenziamento, dal momento che è ragionevole attendersi che un'impresa che decida di licenziare opererà verosimilmente per i lavoratori ai quali non deve corrispondere la liquidazione[43].

Occorre poi sottolineare l'anticipo del TFR accresce la tassazione complessiva sul lavoro, dal momento che sul TFR si paga un'aliquota d'imposta inferiore rispetto a quella pagata sui redditi da lavoro[44]. Si stima, a riguardo, che nel caso in cui l'anticipazione riguardasse tutti i lavoratori occupati, le entrate fiscali ammonterebbero a oltre cinque miliardi[45].

Va anche ricordato che l'incidenza della produzione industriale sul Pil, in Italia, è in costante riduzione. Su fonte ISTAT, si registra una flessione della produzione industriale pari a -3.2% nel 2013 e pari a -6.4% nel 2012. In questo scenario, l'aumento dei consumi – nel caso si verifichi – potrebbe in larga misura tradursi in un aumento delle importazioni, riducendo ulteriormente la domanda interna. L'effetto esattamente opposto a quello che il Governo si attende[46].

Ma, al di là dei discutibili aspetti tecnici dell'operazione, vanno riconosciute al Governo notevoli competenze di *marketing* politico: impinguare la busta paga genera verosimilmente un immediato effetto di illusione monetaria che tende a indurre i lavoratori a identificare un incremento monetario del loro reddito in un incremento del loro reddito reale disponibile; a fronte del quale il Governo

otterrà maggiori entrate fiscali (via imposizione sul salario differito) e compirà un passo ulteriore verso quello che è stato definito il “capitalismo dei fondi pensione”[47].

5 – Considerazioni conclusive

In questo articolo si è proposta una ricostruzione critica del dibattito sugli effetti delle politiche di deregolamentazione del mercato del lavoro su occupazione e crescita economica e si è proposta una lettura critica dei recenti provvedimenti di politica economica attuati in Italia. Si è rilevato, in particolare, che le politiche di precarizzazione del lavoro *i)* esercitano effetti di segno negativo sulla domanda aggregata, dal momento che accrescono il grado di incertezza in ordine al rinnovo del contratto, riducendo, per conseguenza, la propensione al consumo; *ii)* agiscono come disincentivo alle innovazioni, dal momento che pongono le imprese nella condizione di competere comprimendo i costi di produzione (salari *in primis*); *iii)* non si associano a significativi incrementi delle esportazioni, dal momento che la precarietà del lavoro è anche associata a una bassa dinamica della produttività e, dunque, a un elevato costo del lavoro per unità di prodotto. Sulla base di questi tre effetti, e considerando l'evidenza empirica, si conclude che le politiche di deregolamentazione del mercato del lavoro hanno il solo effetto di ridurre la quota dei salari sul Pil, accrescendo (o comunque non riducendo) il tasso di disoccupazione e agendo come freno alla crescita economica.

Riferimenti bibliografici

ALESINA A., PEROTTI R., *The Welfare State and competitiveness*, National Bureau of Economic Research, Working paper n.4810, 1994, July.

BAUMOL W. (1962), *On the Theory of Expansion of the Firm*, in «The American Economic Review».

BELLIOFIORE F., *Il capitalismo dei fondi pensione*, pubblicato su Il Manifesto, del 10 ottobre 2000, rinvenibile al seguente link: www.larivistadelmanifesto.it/archivio/10/10A20001011.html.

BOERI V.T., *Il TFR di Pantalone*, in “La Repubblica”, 13 ottobre 2014.

BLANCHARD O., GIAVAZZI F. (2003), *Macroeconomic Effects of Regulation and Deregulation in Goods and Labour Markets*, in «The Quarterly Journal of Economics», 118, pp. 879-907.

BLANCHARD O. (2006), *European Unemployment: The Evolution of Facts and Ideas*, in «Economic policy» CEPR, CES, MSH, vol. 21, n. 45, pp. 5- 9, 01.

BLANCHARD O., AMIGHINI A., GIAVAZZI F. (2011), *Macroeconomia. Una prospettiva europea*, Il Mulino, Bologna.

BOWLES S. and GINTIS H. (1983), *The Power of Capital: On the Inadequacy of the Conception of the Capitalist Economy as "Private"*, in «The Philosophical Forum», XIV.

BRANCACCIO E., *Anti-Blanchard. Un approccio comparato allo studio della macroeconomia*, 2012, Franco Angeli, Milano.

CESARATTO S. (2005), *Pensions reforms and economic theory*, Northampton, Elgar.

CESARATTO S., *Il TFR in busta paga. Il danno oltre ala beffa*, rinvenibile al sito:

<http://www.controlacrisi.org/notizia/Lavoro/2014/10/3/42557-il-tfr-in-busta-paga-il-danno-oltre-la-beffa/>.

DAVIDSON P. (1994), *Post Keynesian Macroeconomic Theory*, Edward Elgar, Aldershot.

EUROPEAN COMMISSION (2011), *Assessing the links between wage setting, competitiveness and imbalances*, disponibile al seguente link:

http://www.epsu.org/IMG/pdf/Assessing_the_links_between_wage_setting.pdf).

ENLANDSEN S., NYOEN R., *Consumption and population age structure*, in «Journal of Population Economics», 2008, pp.505-520.

FONTANA G., SETTERFIELD M. (eds) (2010), *Macroeconomic Theory and Macroeconomic Pedagogy*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2010.

FORGES DAVANZATI G. (2005), *Distribuzione del reddito, istituzioni, moneta*, Pensa, Lecce.

FORGES DAVANZATI G. and REALFONZO R. (2003), *Labour Market Deregulation and Unemployment in a Monetary Economy*, in R.Arena and N.Salvadori (eds.), *Money, Credit and the Role of the State*, Asghate.

FORGES DAVANZATI G. and PACELLA A. (2008), *Minimum wage, credit rationing and unemployment in a monetary economy*, «European Journal of Economic and Social Systems», vol.XXII, n.1, pp.179-194.

FORGES DAVANZATI G. and PATALANO R. (2014), *Economic theory and economic policy in Italy at the beginning of the 20th century: the case of Francesco Saverio Nitti*, mimeo.

FORGES DAVANZATI G., *Attenti alla deflazione. E a come la si vuol fermare*, Micromega, 29 agosto 2014.

GRAZIANI A. (1992), *Teoria economica. Macroeconomia*, ESI, Napoli.

- GRAZIANI A. (1969), *Lo sviluppo di una economia aperta*, ESI, Napoli.
- GRAZIANI A. (1998), *Lo sviluppo dell'economia italiana*, Bollati Boringhieri, Torino.
- GRAZIANI A. (2002), *The Euro: an Italian perspective*, in «*International Review of Applied Economics*», (2002), n. 1.
- ISTAT (2013), *Rapporto sulla Competitività dei settori produttivi. Internazionalizzazione delle imprese e performance*, Roma, disponibile al link:
<http://www.istat.it/it/files/2013/02/Rapporto-competitivita%20C3%AO.pdf>.
- ISTAT (2014), *Rapporto annuale 2014. La situazione del Paese*, Istat, Roma
- KALDOR N. (1972), *The irrelevance of equilibrium economics*, in «*The Economic Journal*», 1972, vol.82, pp.1237-1255.
- KEYNES J.M. (1930) *A Treatise on Money*, London, Macmillan Publishers.
- KEYNES J.M. (1936), *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, 1994, Torino, UTET.
- KORPI W. (1998), *Power resources approach vs action and conflict: On causal and intentional explanations in the study of power. Power resources theory and the welfare state*, in «*Power resource theory and the welfare state*», pp. 37-69.
- LAVOIE M. (1992), *Foundations of Post Keynesian Economics*, Edward Elgar, Aldershot.
- LUNGHINI G., *Prefazione a: M. Dobb, Storia del pensiero economico: teorie del valore e della distribuzione da Adam Smith ad oggi*, Editori Riuniti, Roma, 1999.
- LUNGHINI G. (2012), *Conflitto, crisi, incertezza*, Torino, Bollati Boringhieri.
- MARX C. ([1967], 1980), *Il Capitale*, Editori Riuniti, Roma.
- NITTI F.S., *I problemi del lavoro*, prolusione al corso di Economia Politica fatta il 4 dicembre 1893 all'Università di Napoli, in «*Estratto della nuova rassegna*», 1893.
- OECD (2004), *Employment Outlook*, Paris.
- OECD (2008), *Growing Unequal? Income distribution and Poverty in OECD Countries*, OECD Paris.
- OECD (2011), *Divided we stand. Why inequality Keeps Rising*, OECD, Paris.
- PASINETTI L. (2010), *Keynes e i Keynesiani di Cambridge*, Laterza, Roma-Bari.
- PINI P. (1992), *Progresso tecnico e occupazione*, Il Mulino, Bologna.
- PINI P. (2013) *Minori tutele del lavoro e contenimento salariale favoriscono la*

crescita della produttività? Una critica alle ricette della BCE, in «Economia e Società Regionale», FrancoAngeli Editore, vol. 2013(1), pages 150-181.

PINI P., *Produttività e regimi di protezione del lavoro*, “Keynesblog”, 20.5.2013.

PINI P., ROMANO R. (2014), *DEF 2014: le fonti mancanti della crescita*, in «Economia e Società Regionale», FrancoAngeli Editore, vol. 2014(2), pages 88-125.

REALFONZO R., *Deregolamentare per crescere? EPL, quota salari e occupazione*, in «Rivista giuridica del lavoro», 2013, n. 3, pp. 487-502.

REES A. (1973), *The Economics of Work and Pay*, Harper & Row, New York.

RIVOT S. (2001), *The Evolution of the Concept of Involuntary Unemployment: From Keynes to the New Keynesians*, in «History of Economic Ideas», IX, 1.

ROBBINS L. (1932), *An Essay in the Nature and Significance of Economic Science*, McMillan, London, trad.it *Saggio sulla natura e l'importanza della scienza economica*, Utet, Torino, 1947.

RONCAGLIA A. (2012), *La ricchezza delle idee. Soria del pensiero economico*, Laterza Roma- Bari.

SAINT-PAUL.G. (2000), *The Political Economy of Labour Market Institutions*, Oxford University Press, Oxford.

SAMUELSON P. (1957), *Wages and Interest: A Modern Dissection of Marxian Economic Models*, «American Economic Review», V. 47 (Dec.)

SAMUELSON P. (1973), *Foundations of Economic Analyses*, Harvard University Press, Cambridge.

SHAPIRO C. and STIGLITZ J.E. (1984), *Equilibrium Unemployment as a Worker Discipline Device*, «American Economic Review», 74.

STIRATI A. (1994), *The Theory of Wages in Classical Economics*, Aldershot, Elgar.

STIRATI A. (2006), *Distribuzione del reddito e vincolo esterno alla crescita dei salari*, in Cesaratto S. e Realfonzo R., (a cura di), *Rive Gauche. Critica della politica economica*, 2006, Roma, Manifestolibri.

STIRATI A. (2008), *La flessibilità del mercato del lavoro e il mito del conflitto tra generazioni*, in Realfonzo, R. e Leon, P. (a cura di), *L'economia della precarietà*, Roma, Manifestolibri.

Guglielmo Forges Davanzati è professore associato confermato di Storia dell'analisi economica (con conseguita abilitazione scientifica nazionale per I fascia) e titolare dell'insegnamento di Economia Politica dei sistemi di Welfare presso la Facoltà di Scienze della Formazione, Scienze Politiche e Sociali dell'Università del Salento. Ha scritto su temi di Economia del Lavoro, anche in prospettiva storica, sull'Istituzionalismo e sulla teoria del circuito monetario. Fra le sue più recenti pubblicazioni, si segnala la monografia *Credito, produzione, occupazione: Marx e l'istituzionalismo*, Roma, Carocci 2011.

Gabriella Pauli è dottoranda di ricerca in Teoria e Ricerca Sociale presso il Dipartimento di Storia, Società e Studi sull'Uomo dell'Università del Salento. I suoi interessi di ricerca sono indirizzati alle teorie e politiche economiche eterodosse, in particolare all'istituzionalismo radicale, alla teoria postkeynesiana ed alla teoria economica femminista. Su questi temi in corso di dottorato ha pubblicato diversi contributi: Pauli G. (2013), *Soggetto e istituzioni. La critica alla razionalità occidentale in Thorstein Veblen*, in M.A. Toscano, Cirillo A. (a cura di), *Sulla razionalità occidentale. Processi, Problemi, dialettiche*, FancoAngeli, Milano; Pauli G. (2013), *Deregolamentazione del mercato del lavoro e genere. Una lettura post keynesiana*, in "AG About Gender - International Journal of Gender Studies", Volume 2, 4, 2013, pp.18-39; Forges Davanzati G., Pauli, G., *La retorica della crisi*, in "Hermes - Journal of Communication", ESE, pp.7-20; Pauli G. (2014), *Redistribution, recognition, power: Austerity or an alternative Kaleckian feminist macroeconomic model in the EU?* in "Partecipazione e Conflitto" Volume 7, (2), 2014, pp. 384-405; Pauli G. (2014), *Thorstein Veblen e le questioni di genere*, in "Itinerari di Ricerca Storica", Anno XXVII, n.2 del 2014.

* Università del Salento, Dipartimento di Storia, Società e Studi sull'Uomo. E-mail: guglielmo.forges@unisalento.it.

**Università del Salento, Dipartimento di Storia, Società e Studi sull'Uomo. E-mail: gabriella.pauli@unisalento.it.

[1]L'*Employment Protection Legislation (EPL)* si riferisce all'insieme di regole e procedure che disciplinano la possibilità di assumere e licenziare lavoratori nel settore privato. L'Ocse identifica alcuni indicatori sintetici che misurano il grado di EPL in vari paesi, a partire dalla considerazione di 21 fattori, classificati in tre aree principali: la prima area considera un gruppo di fattori (1-9) relativi alla normativa sui lavoratori a tempo indeterminato licenziati per motivi individuali o economici, ma senza giusta causa; la seconda area considera i fattori (10-17) relativi ai contratti a termine standard e al lavoro interinale (*temporary-work-agency employment*); nella terza area rientrano i fattori (18-21) che definiscono le regole specifiche da applicare nel caso di licenziamenti collettivi. Gli indicatori sintetici di EPL sono ottenuti attribuendo alle regole vigenti nei vari paesi – per ognuno dei 21 fattori – un punteggio su una scala che va da 0 a 6. Sulla base di questa metodologia di calcolo, l'Ocse elabora due principali

sotto-indicatori di EPL: l'EPRC misura il grado di protezione del lavoro a tempo indeterminato e considera fattori come i vincoli procedurali e temporali al licenziamento, il livello degli indennizzi, le difficoltà a licenziare (es. la definizione di licenziamento senza giusta causa, il periodo di prova, la disciplina del reintegro, ecc.) e la disciplina dei contratti collettivi; l'EPT misura invece il grado di protezione per i contratti a termine. In entrambi i casi, quanto *maggiore* è la flessibilità del mercato del lavoro, tanto *minore* è il valore dell'indice. Le misurazioni di questi indici sono cambiate nel tempo, ne esistono oggi tre versioni che riflettono mutamenti circa l'ampiezza e la disponibilità delle informazioni prese in considerazione. La prima versione è disponibile per molti paesi a partire dal 1985, mentre la terza versione – che comprende una gamma più ampia di fattori rispetto alle versioni precedenti – è disponibile soltanto a partire dal 2008. In quanto segue, i termini precarietà, flessibilità, deregolamentazione – per comodità espositiva – verranno considerati sinonimi.

[2] Per una trattazione critica del tema, si rinvia a A. Stirati, *La flessibilità del mercato del lavoro e il mito del conflitto tra generazioni*, in R. Realfonzo, P. Leon (a cura di), *L'economia della precarietà*, Manifestolibri, Roma, 2008.

[3] Si veda, fra gli altri, O. Blanchard, F. Giavazzi, *Macroeconomic Effects of Regulation and Deregulation in Goods and Labour Markets*, in «The Quarterly Journal of Economics», 2003, 118, pp. 879-907; O. Blanchard, *European Unemployment: The Evolution of Facts and Ideas*, in «Economic policy» CEPR, CES, MSH, 2006 vol. 21, n. 45, pp. 5- 9, 01.

[4] Dal punto di vista strettamente terminologico, la flessibilità nel mercato del lavoro rimane un concetto polisemico, al quale però si associa erroneamente e prevalentemente la facilità di assunzione e di licenziamento del lavoratore.

L'OECD distingue diverse forme di flessibilità: una distinzione è quella tra flessibilità del rapporto di lavoro e flessibilità salariale. Per ciò che attiene alla prima forma, la letteratura economica distingue ulteriormente: la *flessibilità esterna* si riferisce alla capacità da parte dell'impresa di variare il numero di lavoratori al suo interno, mentre la *flessibilità numerica interna* misura invece la capacità dell'impresa di variare l'input lavoro (le ore di lavoro per unità di tempo) senza licenziare o assumere lavoratori, come nel caso del lavoro straordinario; la *f. funzionale* misura la capacità dell'impresa di riorganizzare i propri lavoratori su diverse mansioni, differenti luoghi e tipi di lavoro. La *f. salariale* si riferisce, nei termini più tradizionali, alla misura in cui i salari, e specificamente quelli reali, sono reattivi rispetto a variazioni di domanda e offerta di lavoro. Consiste quindi nella capacità dei datori di lavoro di alterare la retribuzione pagata ai propri lavoratori quando le condizioni del mercato lo richiedano e in relazione all'andamento della produttività; essa è generalmente limitata dove la contrattazione salariale è fortemente centralizzata, mentre può essere favorita dalla contrattazione decentrata. La *f. di esternalizzazione*, infine, consiste nell'utilizzo, da parte delle imprese, di lavoratori esterni all'impresa instaurando rapporti di tipo commerciale anziché lavorativo; non è molto diffusa in Italia e prende le forme, per es., del telelavoro oppure del lavoro a distanza. Per una trattazione estesa di questi temi si veda G. Forges Davanzati, *Distribuzione del reddito, istituzioni, moneta*, Pensa, Lecce, 2005.

[5] Per un confronto tra le diverse teorie economiche si veda A. Roncaglia, *La*

ricchezza delle idee. Storia del pensiero economico, Laterza Roma- Bari, 2012 e a G. Lunghini , Prefazione a: M. Dobb, *Storia del pensiero economico: teorie del valore e della distribuzione da Adam Smith ad oggi*, Editori Riuniti, Roma,1999. Con la massima schematizzazione, si può affermare che la teoria neoclassica-marginalista, a partire dai lavori fondativi di Menger, Jevons, Walras elabora un metodo di indagine economica che, abbandonando la teoria del valore elaborata dagli economisti classici, propone una teoria alternativa del valore di tipo soggettivista basata sul concetto cardine di *utilità marginale* quale misura del valore dei beni, i quali pertanto hanno un valore in quanto sono utili, cioè servono a soddisfare un bisogno dell'uomo, e tale valore è tanto più elevato quanto maggiore è la scarsità dei beni e più intenso il bisogno; tale approccio fa propria inoltre l'assunzione del principio di scarsità per qualunque mercato (dei beni, del lavoro, della moneta) per il quale le risorse disponibili in aggregato sono limitate; ne consegue la rilevanza delle forze del mercato e della concorrenza perfetta *in primis*, in un contesto ipotetico in cui tutti gli attori economici sono perfettamente razionali (operando in condizioni di assenza di incertezza) e pertanto perfettamente informati al fine di consentire l'allocazione efficiente di risorse ritenute scarse, nel mercato dei beni così come nel mercato del lavoro, ritenuto al pari di un qualunque bene cedibile sul mercato; infine, dalla validità della nota "legge di Say" logicamente segue che non siano ipotizzabili crisi di mercato, dato che i beni prodotti sono totalmente venduti e i fattori produttivi completamente impiegati. Come osserva G. Lunghini, *Conflitto, crisi, incertezza*, Bollati Boringhieri, Torino, 2012, p. 29, la teoria neoclassica "ci descrive dunque il mondo in cui tutti noi vorremmo vivere, un mondo in cui l'homo oeconomicus dispone di razionalità perfetta e conoscenza illimitata e in cui non ci sono *né crisi, né conflitti distributivi*" (corsivo aggiunto). L'autore sottolinea che il fatto che la teoria neoclassica sia riuscita a conservare la sua egemonia culturale e politica in un mondo come mai agitato dal conflitto, dalla crisi e dall'incertezza, possa configurarsi come una classica *questione gramsciana*. Per una bibliografia essenziale che possa descrivere la contemporanea *macroeconomia mainstream*, si vedano: L. Robbins, *An Essay in the Nature and Significance of Economic Science*, McMillan, London, 1932, trad.it *Saggio sulla natura e l'importanza della scienza economica*, Utet, Torino, 1947; P. Samuelson, *Foundations of Economic Analyses*, Harvard University Press, Cambridge, 1973; per una bibliografia sul mainstream contemporaneo che accoglie il c.d. *approccio imperfezionista*, si veda, tra gli altri: O. Blanchard, A. Amighini, F. Giavazzi, *Macroeconomia. Una prospettiva europea*, Il Mulino, Bologna, 2011.

[6] Si tratta di una tesi che ignora il fatto che i datori di lavoro dispongono, all'atto della stipula del contratto di lavoro, di fondi per la propria sussistenza maggiori di quelli di cui dispongono i lavoratori. In tali condizioni, potendo aspettare più tempo per la stipula del contratto, dispongono di maggior potere contrattuale (come rilevato, fin dal 1776, da Adam Smith).

[7] Si osservi che l' "effetto di compensazione" riguarda anche l'aumento della domanda, e dunque dell'occupazione, conseguente alla riduzione dei prezzi che fa seguito all'aumento della produttività. Sul tema si rinvia a P. Pini, *Progresso tecnico e occupazione*, Il Mulino, Bologna,1992.

[8] Si rimanda a P. Pini, *op. cit.*

[9] La questione verrà ulteriormente approfondita *infra*. Per una critica a questa posizione si veda A. Stirati, *Distribuzione del reddito e vincolo esterno alla crescita dei salari*, in S. Cesaratto S. e R. Realfonzo (a cura di), *Rive Gauche. Critica della politica economica*, Manifestolibri, Roma, 2006.

[10] Il caso più noto, che contraddice questa relazione, è la Germania, per la quale il consolidarsi delle quote di mercato si verifica in concomitanza di una dinamica salariale maggiore rispetto agli altri Paesi (pure a fronte di riduzioni dei salari anche in Germania): si tratta di un risultato che ribalta sul piano fattuale e concreto l'aspettativa teorica del modello neoclassico secondo cui l'aumento delle esportazioni e l'incremento delle quote di mercato sono determinate dalla riduzione dei costi relativi e dei prezzi delle esportazioni. Nel caso concreto sembra ravvisarsi allora l'ipotesi, nota in letteratura come "paradosso di Kaldor", che nei rapporti di scambio internazionali, più del costo del lavoro pesino i fattori competitivi non di prezzo, quali la composizione merceologica e qualitativa dei prodotti esportati. Si rimanda su questi temi ai lavori di A. Graziani, *Lo sviluppo di una economia aperta*, ESI, Napoli, 1969; A. Graziani, *Lo sviluppo dell'economia italiana*, Bollati Boringhieri, Torino, 1998; A. Graziani, *The Euro: an Italian perspective*, in «*International Review of Applied Economics*», 2002, n. 1.

[11] Si rimanda a C. Shapiro C., J.E. Stiglitz, *Equilibrium Unemployment as a Worker Discipline Device*, in "American Economic Review", 1984, 74.

[12] E' possibile rilevare che tra gli elementi comuni e condivisi di questo approccio possono essere considerati i seguenti: a) il riconoscimento della *non neutralità* della moneta e della c.d. teoria della moneta endogena (stando alla quale il sistema bancario nel suo complesso può creare moneta-credito senza incontrare vincoli di scarsità); b) la convinzione che il livello di occupazione sia determinato dalla domanda effettiva (dove la domanda effettiva è data dalla somma di consumi, investimenti, spesa pubblica al netto della tassazione ed esportazioni al netto delle importazioni), in un assetto istituzionale nel quale non vi è parità di poteri contrattuali nel mercato del lavoro e nel quale vige incertezza radicale (così che non esistono agenti rappresentativi pienamente razionali). Una bibliografia minima consultabile per orientarsi rispetto alla ricchezza di questo approccio teorico è la seguente: M. Lavoie, *Foundations of Post Keynesian Economics*, Edward Elgar, Aldershot, 1992; P. Davidson, *Post Keynesian Macroeconomic Theory*, Edward Elgar, Aldershot, 1994; L. Pasinetti, *Keynes e i Keynesiani di Cambridge*, Laterza, Roma-Bari, 2010; G. Fontana, M. Setterfield (eds), *Macroeconomic Theory and Macroeconomic Pedagogy*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2010.

[13] In particolare ci si riferisce a J.M. Keynes, *A Treatise on Money*, Macmillan Publishers, London, 1930; J.M. Keynes, *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, UTET, Torino, [1936] 1994.

[14] E. Brancaccio, *Anti-Blanchard. Un approccio comparato allo studio della macroeconomia*, Franco Angeli, Milano, 2012.

[15] Dove – si ricordi – le aspettative sono puramente erratiche, essendo impossibile – in ottica keynesiana – attribuire probabilità al verificarsi di eventi futuri.

[16]A una conclusione più estrema si giunge con la c.d. *shock theory*. Viene fatto rilevare che la flessibilità salariale può rilevarsi una strategia *controproducente*, per la seguente ragione. Si parte dalla constatazione che, per ottenere i massimi profitti, il *management* di un'impresa deve erogare il massimo impegno e che l'erogazione di *effort* impone costi, in termini di disutilità del lavoro. Se – come accade per le grandi imprese – la proprietà è distinta dal *management*, dove solo i proprietari-azionisti hanno interesse alla massimizzazione dei profitti (cfr. Baumol, 1962), è l'aumento, non la riduzione, dei salari dei lavoratori ad incentivare il rendimento dei *manager*; i quali – per ottenere almeno il medesimo volume di profitti con costi di produzione accresciuti – devono ora introdurre miglioramenti nei processi organizzativi e/o produttivi al fine di accrescere la produzione e i ricavi. In tal caso, l'aumento dei salari esercita un effetto positivo di *shock* sulla produttività del *management*, e la flessibilità salariale è controproducente in quanto riduce il volume di produzione (cfr. Rees, 1973). Si rimanda a W. Baumol, *On the Theory of Expansion of the Firm*, in «The American Economic Review», 1962; A. Rees, *The Economics of Work and Pay*, Harper & Row, New York, 1973.

[17] Cfr. G. Forges Davanzati, R. Realfonzo, *Labour Market Deregulation and Unemployment in a Monetary Economy*, in R. Arena and N. Salvadori (a cura di), *Money, Credit and the Role of the State*, Asghate, 2003.

[18] E' opportuno sottolineare che questa ipotesi ha una radice fondamentalmente neoclassica, e che non è unanimemente accettata in ambito postkeynesiano. Si fa rilevare, in questo contesto teorico, che la precarizzazione del lavoro può semmai generare effetti di scoraggiamento, con conseguente *riduzione* della produttività del lavoro.

[19] Si rimanda a G. Saint-Paul, *The Political Economy of Labour Market Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

[20] S. Bowles, H. Gintis, *The Power of Capital: On the Inadequacy of the Conception of the Capitalist Economy as "Private"*, in «The Philosophical Forum», 1983, XIV.

[21] Le riforme attuate a partire dagli anni '90 hanno introdotto tipologie contrattuali nuove, con l'effetto di un aumento della flessibilità numerica esterna mediante la riduzione dei vincoli dell'impresa relativi ai propri lavoratori e la limitazione in alcuni casi della tutela del posto di lavoro, ma anche, in senso generale, offrendo all'impresa la possibilità di disporre del lavoratore per mansioni diverse, per periodi di tempo determinati, secondo orari particolari, in differenti luoghi. Si è assistito tanto alla flessibilizzazione *nell'accesso al lavoro*, quanto alla flessibilizzazione *in uscita*: la l. 56/1987 ha affidato alla contrattazione collettiva la facoltà d'individuare ulteriori ipotesi di apposizione del *termine* al contratto di lavoro; la l. 196/1997 ha introdotto, come noto, nel nostro ordinamento il lavoro interinale; il d. lgs. 61/2000 ha reso più flessibile l'utilizzo del contratto di lavoro a tempo parziale e il d. lgs. 368/2001 ha sostanzialmente ampliato le ipotesi di utilizzabilità del lavoro a termine; il d. lgs. 276/2003 ha ridefinito l'intera materia del mercato del lavoro apportando modifiche alla disciplina del lavoro autonomo e dell'apprendistato e introdotto la regolamentazione del lavoro in

somministrazione, del lavoro ripartito, del lavoro accessorio, del lavoro intermittente. Per ciò che riguarda la flessibilità in uscita, i più recenti provvedimenti legislativi hanno definitivamente eliminato i vincoli relativi all'art. 18 (vedi *infra*).

[22] Le riforme del mercato del lavoro promosse attraverso il **Jobs Act**, prevedono diversi provvedimenti legislativi varati tra il 2014 ed il 2015; le disposizioni emanate sono: il decreto Poletti - decreto legge 20 marzo 2014, n. 34, convertito con modificazioni dalla legge 16 maggio 2014, n. 78; la legge 10 dicembre 2014, n. 183, che delega il governo italiano a emanare alcuni decreti legislativi per modificare la normativa; il decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 22 che prevede alcune disposizioni in tema di ammortizzatori sociali, come la disciplina della nuova assicurazione per l'impiego (NASPI); il decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 che introduce un nuovo contratto di lavoro (*contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*) ed alcune innovazioni circa la disciplina del licenziamento. In particolare, quest'ultimo provvedimento, più che inserire tutele crescenti per il lavoratore, sembrerebbe, piuttosto, escludere ulteriormente il numero di lavoratori ai quali si applica l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori e tutelare *il diritto del datore di lavoro* a licenziare, attraverso varie misure contenute nella norma, tra cui: a) il depotenziamento ulteriore del diritto del lavoratore alla reintegrazione nel posto di lavoro (che si potrà richiedere solo residuamente nei casi di licenziamento orale, nullo o discriminatorio); b) la commisurazione dell'indennità, nei caso di licenziamento, non più al danno subito, secondo un orientamento originario dello Statuto dei lavoratori di tipo risarcitorio, ma legata all'anzianità di servizio (in tal modo, ponendo il datore di lavoro nella convenienza economica a contenere l'anzianità di servizio del lavoratore stesso, ovvero a licenziare, non incontrando vincoli di causalità).

[23] La riforma Fornero, al Capo III, si è occupata di “Disciplina in tema di flessibilità in uscita e tutele del lavoratore” ed in particolare con gli articoli 13 e 14, ha modificato le norme relative ai licenziamenti individuali, fattispecie tutelata dall'articolo 18 della legge 300 del 1970, lo Statuto dei Lavoratori.

[24] Si rinvia a riguardo ai diversi *Employment Outlook* pubblicati dall'OCSE, in particolare si rimanda a OECD, *Employment Outlook*, 2004, Paris, ed al secondo capitolo, *Employment Protection Regulation and Labour Market Performance*. Si veda inoltre R. Realfonzo, *Deregolamentare per crescere? EPL, quota salari e occupazione*, in «Rivista giuridica del lavoro», 2013, n. 3, pp. 487-502.

[25] Si vedano ILO, *Global Wage Report 2012/13, Wages and Equitable Growth*, ILO, Ginevra, 2013; OECD, *Growing Unequal? Income distribution and Poverty in OECD Countries*, Paris, 2008; OECD, *Divided we stand. Why inequality keeps rising*, OECD, Paris, 2011, p. 120, in cui si dà ampia rilevanza al segno negativo tra bassi indici di protezione dell'impiego e disuguaglianze, nel senso di compressione della c.d. *wage share*.

[26] Si veda il documento della Commissione Europea (2011), *Assessing the links between wage setting, competitiveness and imbalances*, disponibile al seguente link:

http://www.epsu.org/IMG/pdf/Assessing_the_links_between_wage_setting.pdf.

[27] Fra i primi studi sul tema, si segnala A. Alesina, R. Perotti, *The Welfare State and competitiveness*, National Bureau of Economic Research, Working paper n.4810, 1994, July.

[28] Il documento è disponibile al seguente link:
http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/qr_euro_area/2013/pdf/qrea3_section_1_en.pdf.

[29] La Commissione Europea imputa questo effetto all'eccessiva tassazione degli utili d'impresa, che impedirebbe più rilevanti contrazioni dei prezzi dei beni esportati. Ma va rilevato che se anche le politiche di moderazione salariale hanno (modesti) effetti di segno positivo sul saldo delle partite correnti, l'occupazione non aumenta *indipendentemente dalla tassazione sugli utili d'impresa*: nel caso italiano, in particolare, l'Istat rileva un miglioramento del saldo delle partite correnti a fronte di un aumento del tasso di disoccupazione di circa due punti percentuali nel trascorso biennio e di una flessione delle ore lavorate, attestando che non vi è alcun automatismo che garantisce che un incremento di esportazioni si traduca in un aumento dell'occupazione interna. Occorre poi considerare che il miglioramento del saldo dei conti con l'estero è principalmente imputabile all'aumento delle esportazioni di automobili intra-UE. Si può osservare che le esportazioni di automobili da parte della Germania sono sempre più indirizzate verso gli Stati Uniti e la Cina. Il che sembrerebbe suggerire che le imprese italiane si sono avvantaggiate della riduzione delle quote di mercato delle imprese tedesche nell'eurozona.

[30] Si rimanda su questi aspetti a P. Pini, *Minori tutele del lavoro e contenimento salariale favoriscono la crescita della produttività? Una critica alle ricette della BCE*, in «Economia e Società Regionale», FrancoAngeli Editore, vol. 2013(1), pp. 150-181; P. Pini, R. Romano, *DEF 2014: le fonti mancanti della crescita*, in «Economia e Società Regionale», FrancoAngeli Editore, vol. 2014(2), pages 88-125. Per un approfondimento, si rinvia a G. Forges Davanzati and R. Patalano, *Economic theory and economic policy in Italy at the beginning of the 20th century: The case of Francesco Saverio Nitti*, mimeo; G. Forges Davanzati and A. Pacella, *Minimum wage, credit rationing and unemployment in a monetary economy*, in «European Journal of Economic and Social Systems», 2008, vol. XXII, n.1, pp.179-194.

[31] Nel saggio *La questione degli alti salari* del 1930, Keynes scriveva a riguardo: “se si paga meglio una persona si rende il suo datore di lavoro più efficiente, forzandolo a scartare metodi e impianti obsoleti, affrettando la fuoriuscita dall'industria degli imprenditori meno efficienti, elevando così lo standard generale”. In altri termini, politiche di alti salari combinate con maggiore rigidità del rapporto di lavoro possono generare una condizione per la quale, non potendo ridurre le retribuzioni e/o licenziare senza costi e per l'obiettivo di non veder ridotti i propri margini di profitto, le imprese non possono che reagire a una più accentuata regolamentazione del mercato del lavoro cercando di accrescere la produttività. E, per farlo, devono introdurre innovazioni.

[32] Costituendo una concausa della deflazione in corso. Su questo aspetto si rimanda a G. Forges Davanzati, *Attenti alla deflazione. E a come la si vuol*

fermare, Micromega del 29 agosto 2014.

[33]Cfr. N. Kaldor, *The irrelevance of equilibrium economics*, in «The Economic Journal», 1972, vol.82, pp.1237-1255.

[34]Istat, *Rapporto sulla Competitività dei settori produttivi. Internazionalizzazione delle imprese e performance*, 2013, Roma, disponibile al link:

<http://www.istat.it/it/files/2013/02/Rapporto-competitivita%20C3%A0.pdf>.

[35]P.Pini, *Produttività e regimi di protezione del lavoro*, disponibile sul sito “Keynesblog” del 20.5.2013.

[36]Come scriveva Francesco Saverio Nitti, quando sono pagati poco e le ore di lavoro sono eccessive, “gli operai hanno il cuore in sciopero”. Cfr. F.S.Nitti, *I problemi del lavoro*, prolusione al corso di Economia Politica fatta il 4 dicembre 1893 all’Università di Napoli, in “Estratto della nuova rassegna”, 1893.

[37]La modesta crescita della produttività del lavoro in Italia è anche imputabile alle politiche di destrutturazione dei servizi di *Welfare*, con particolare riferimento all’accesso alla scolarizzazione e ai servizi sanitari. E’ del tutto evidente che individui istruiti e in buone condizioni di salute sono potenzialmente più produttivi di individui poco scolarizzati e in cattive condizioni di salute. I processi di privatizzazione messi in atto, in particolare, nell’ultimo ventennio hanno contribuito a ridurre la quantità e la qualità di servizi pubblici e, per questa via, a ridurre il potenziale produttivo dei lavoratori. Ciò è accaduto in un contesto di crescente invecchiamento della popolazione, e dunque in un contesto nel quale – anche per il solo obiettivo di non generare riduzioni di produttività – sarebbe stato necessario ampliare e riqualificare i servizi di *Welfare*, con particolare riferimento all’assistenza sanitaria.

[38] Come scriveva Marx, “il capitale, che ha così «buoni motivi» per negare le sofferenze della generazione di lavoratori che lo circonda, nel suo effettivo movimento non viene influenzato dalla prospettiva di un futuro imputridimento dell’umanità e di uno spopolamento incontenibile [...]. Ciascuno sa [...] che il temporale una volta o l’altra deve scoppiare, ma ciascuno spera che il fulmine cada sulla testa del suo prossimo non prima che egli abbia raccolto e portato al sicuro la pioggia d’oro”. La violazione dei limiti morali e fisici di lunghezza della giornata lavorativa “non dipende [...] dalla buona o cattiva volontà del capitalista singolo. La libera concorrenza fa valere le leggi immanenti della produzione capitalistica come legge coercitiva esterna nei confronti del capitalista singolo” (Marx, *Il Capitale*, Editori riuniti, Roma ,1980, p. 300).

[39] Nelle intenzioni, lo scopo di questa misura, dovrebbe essere quello quello di aumentare il reddito monetario disponibile per le classi di reddito medio basse, le stesse destinatarie **della erogazione integrativa degli 80 euro in busta paga**, ovvero i lavoratori con redditi al di sotto dei 24mila euro lordi.

[40]Istat, *Rapporto annuale 2014. La situazione del Paese*,2014, in particolare il capitolo 1, rinvenibile al sito: <http://www.istat.it/it/files/2014/05/cap1.pdf>.

[41] Per un inquadramento teorico della questione, si rinvia a S.Cesaratto, *Pensions reforms and economic theory*, Northampton, Elgar, 2005. Si veda anche l'articolo di Cesaratto, rinvenibile al sito

<http://www.controlacrisi.org/notizia/Lavoro/2014/10/3/42557-il-tfr-in-busta-paga-il-danno-oltre-la-beffa/>.

[42] Cfr, fra gli altri, S.Enlandsen, R.Nyoen, *Consumption and population age structure*, in «Journal of Population Economics», 2008, pp.505-520.

[43] V. T.Boeri, *Il TFR di Pantalone*, rinvenibile su “La Repubblica” del 13 ottobre 2014.

[44] Il prelievo sui rendimenti finanziari dei fondi pensione è dell'11.5%, mentre il TFR in busta paga sarebbe soggetto a una tassazione di circa il 23%.

[45] Desta, peraltro, molte perplessità l'ipotesi di far gestire questa operazione al sistema bancario, dal momento che non è affatto chiaro, al momento, per quale ragione un Istituto di credito dovrebbe farsene carico. Per quanto è possibile ora capire, le banche (le sole banche che aderiranno al protocollo siglato con il Governo) svolgeranno, per così dire, una funzione di 'tesoreria': erogheranno i finanziamenti alle imprese nel caso i loro dipendenti richiedano l'anticipazione del TFR, e, in caso di insolvenza, saranno rimborsate da un fondo di garanzia statale, che consentirà loro di non subire aggravii patrimoniali. E desta anche molte perplessità l'impatto che l'anticipazione del TFR potrebbe avere sulle detrazioni delle quali attualmente i lavoratori beneficiano, a ragione di un aumento del loro ISEE.

[46] Vi è poi una considerazione di carattere più generale, sulla quale occorre soffermarsi. La sostanziale abdicazione dell'operatore pubblico a farsi carico della retribuzione dei lavoratori all'atto della cessazione del rapporto di lavoro costituisce la certificazione del principio secondo il quale la gestione dei fondi pensionistici deve rientrare nella sfera delle libere scelte individuali, non solo con riferimento al *quando* spendere i propri risparmi, ma anche al *dove* allocarli, ovvero se destinarli alla previdenza pubblica o ai fondi pensione. Il Presidente Renzi ha legittimato questo indirizzo con il suggestivo argomento dello Stato non più “paternalista”, tacendo sul fatto che, nel primo caso, è lo Stato, non i singoli, a poter meglio pianificare l'allocazione dei risparmi a fini pensionistici (a ragione della “miopia” che può caratterizzare le scelte individuali) e, nel secondo caso, che la relazione fra singolo risparmiatore e Istituto privato di gestione dei fondi pensionistici non si svolge in condizioni di parità contrattuale, se non altro per la minore “alfabetizzazione finanziaria” del risparmiatore.

[47] Si rinvia all'articolo di R. Bellofiore, *Il capitalismo dei fondi pensione*, pubblicato su Il Manifesto del 10 ottobre 2000, disponibile al seguente link: <http://www.larivistadelmanifesto.it/archivio/10/10A20001011.html>.

IL LAVORO NELLA COSTITUZIONE OGGI

Il governo, il lavoro e la Costituzione nel c.d. "Jobs Act"*

di FRANCESCA ANGELINI

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico – Università "Sapienza" di Roma

Abstract

La riforma del c.d. Jobs Act viene analizzata nel quadro delle riforme strutturali del mercato del lavoro, le cui origini sono ricondotte alle decisioni assunte a livello dell'Ue piuttosto che alla crisi economica in atto. L'articolo ripercorre quindi le fasi di approvazione dei due atti che costituiscono la riforma del Jobs Act, mettendo in evidenza le ripetute forzature delle regole costituzionali e la emarginazione del ruolo del Parlamento. In particolare, l'esame diacronico della riforma permette di evidenziare anche gli elementi di scarsa coerenza e discontinuità fra le successive fasi attuative del Jobs Act. Nella parte conclusiva la riforma viene criticamente valutata alla luce dei principi costituzionali di diritto del lavoro.

The so-called Jobs Act is analysed within the framework of structural reforms of labor market, originated more by decisions taken at EU level than because of the economic crisis. The article deals with any procedural step of Jobs Act's reform adoption, highlighting the attitude of government decision repeatedly forcing constitutional rules and marginalization of Parliament. In particular, the diachronic examination of the reform's act also allows to check little consistency and discontinuity between it and its implementation. The essay analyses this reform's act in the light of constitutional principles about labor law.

Sommario: 1. Introduzione: un necessario inquadramento delle trasformazioni

del mercato del lavoro. 2. Il progetto di modifica del mercato del lavoro, il c.d. “*Jobs Act*”, una scelta di procedimento. 3. Il contenuto del d.l. n. 34/2014 e la sua conversione in l. n. 78/2014. 4. Un primo bilancio del *Jobs Act* parte prima (d.l. n. 34/2014) per valutare il *Jobs Act* parte seconda (l. n. 183/2014). 5. Conclusioni. Il lavoro nella Costituzione oggi.

*“Il prossimo grande compito è la lotta al provvedimento,
nell’usurpazione che questo compie nei confronti della legge”* (K.Binding)[1].

Introduzione: un necessario inquadramento delle trasformazioni del mercato del lavoro

Le connessioni tra la disciplina del mercato del lavoro e la crisi economica sono sicuramente molteplici ed evidenti[2], ma l’analisi delle dinamiche seguite dal Governo Renzi, nel corso del 2014, in materia di riforma del diritto del lavoro, non potrebbe limitarsi a ricondurre tali dinamiche alle sole ragioni della recessione economica, come pure vorrebbe la propaganda politica che l’ha accompagnata; infatti, una lettura così limitata finirebbe col trascurare un dato storico, oltre che giuridico, riconducibile alla “*bulimia regolativa*”[3] che ha caratterizzato il mercato del lavoro e, al suo interno, in particolare il contratto a tempo determinato[4] nel periodo compreso tra i primi anni del duemila ad oggi[5]. Gli interventi in materia di lavoro, dunque, più che essere ricompresi *sic et simpliciter* nelle urgenze determinate dalla crisi economica, devono essere ricondotti in un quadro più generale di modifiche “di natura strutturale” le cui origini possono essere rintracciate in anni lontani dall’inizio della recessione[6], a partire dal c.d. pacchetto Treu, l. n. 196/1997, e dalla riforma Biagi, l. n. 30/2003. Tali interventi hanno tratto origine da decisioni assunte dall’Ue finalizzate ad individuare politiche comuni per l’occupazione[7]; essi, dunque, hanno risposto piuttosto ad un’esigenza di adeguamento del mercato del lavoro - a fronte delle trasformazioni economiche sociali e politiche di dimensioni globali - che chiedeva l’abbassamento del costo del lavoro, e, dunque, la riduzione di tutte quelle tutele che hanno un costo, e che è giunta, proprio per questo, a ridimensionare gravemente la legislazione giuslavoristica nazionale[8] e il suo rilievo costituzionale[9]. Negli ultimi decenni, infatti, il binomio globalizzazione e integrazione economica ha sicuramente permesso la creazione di spazi di *dumping sociale* all’interno di ciascuna economia europea[10], il cui esito è stato il graduale affievolirsi, per ragioni di competitività, delle normative di protezione sociale e dei diritti nel mercato del lavoro interne ai singoli paesi[11]. Inoltre, in un sistema economico basato su un mercato unico e su una moneta unica, ma caratterizzato da finanze pubbliche separate e molto differenziate a causa dei singoli debiti pubblici, appare sempre più evidente che le possibilità di riequilibrio fra bilance dei pagamenti tra gli Stati dell’Ue, non potendo fare leva sui classici strumenti di politica monetaria (variazione dei tassi e immissione di moneta), sono affidate a meccanismi di riequilibrio dei livelli di competitività fra sistemi produttivi dei singoli Stati che si basano anche su politiche di contenimento salariale e del costo del lavoro[12].

Da ultimo, tuttavia, l'attivismo riformatore, in materia di lavoro, del legislatore italiano (*rectius*: Governo italiano) cui si è assistito soprattutto a partire dalla c.d. legge Fornero (l. n. 92/2012)[13], pur essendo espressione, per le ragioni dette, della volontà eterodiretta dalle istituzioni europee, come reso evidente, fra le altre cose, dal contenuto della irrituale lettera dell'11 agosto 2011 di Draghi e Trichet all'allora Presidente del Consiglio italiano[14], si è invece alimentato, nella discussione politica e istituzionale, anche della retorica del "ce lo chiede la crisi", tanto che l'aumento di flessibilità, sia in entrata sia in uscita nel mondo del lavoro, è stato presentato come "il fattore strategico" per risollevarne l'economia e l'occupazione in recessione, diventando la *soluzione* prioritaria rispetto a qualsiasi altra politica pubblica anticrisi. Spinta dall'urgenza della situazione economica, l'idea che la flessibilità del lavoro favorisca la crescita occupazionale, e quindi economica, ha condotto a far perdere di vista anche la globalità del progetto euro unitario di costruzione della c.d. "flexicurity", caratterizzata dalla creazione di un mercato comune del lavoro basato sull'implementazione di politiche di flessibilità unite a politiche di sicurezza[15].

A ben vedere infatti, in Italia, già prima dell'apertura della crisi, le riforme del mercato del lavoro avevano segnato un'accelerazione della sola flessibilità, cui non aveva corrisposto nessuna implementazione di nuovi o maggiori strumenti di sicurezza, in grado di ridefinire le forme di protezione sociale, in termini di maggiore stabilità, di sostegno al reddito e di accompagnamento al reimpiego dei lavoratori che perdono il lavoro. L'aggravarsi della situazione economica ha finito per accentuare ancora di più la tendenza all'incremento di forme di flessibilità del lavoro che si è affermata con gli interventi normativi dei governi della XVI e XVII legislatura. Tali interventi, nelle premesse giustificative, negli obiettivi, nelle modalità di proposta e di discussione e, infine, in quelle di approvazione, hanno mostrato diverse analogie fra loro[16], convergenti in due tendenze generali: da una parte una decisa forzatura, in nome delle urgenze create dalla crisi economica, delle regole costituzionali sulla produzione di fonti di origine governativa[17]; dall'altra il superamento dello statuto costituzionale del diritto al lavoro, oramai evidente nella crescente precarizzazione delle condizioni lavorative[18], cui fa da contraltare l'assottigliamento degli spazi di garanzia del lavoratore a fronte di una accresciuta discrezionalità del datore di lavoro.

Lo scopo di queste pagine, alla luce di tali premesse, è in particolare quello di ripercorrere l'approvazione della prima fase del c.d. piano *Jobs Act*, quel progetto cioè di modifica ampia del mercato del lavoro che il Governo Renzi, al suo esordio, ha proposto come una sorta di "manifesto" della sua azione di rilancio dell'economia e di risposta alla gravissima crisi occupazionale nei "cento giorni per cambiare il Paese", preparando, a tal fine, accuratamente il terreno sui mezzi di comunicazione, con promesse e sondaggi[19]. Più nel dettaglio l'obiettivo del lavoro è quello di soffermarsi sul procedimento di approvazione del primo atto attuativo del *Jobs Act*, costituito dal d.l. 20 marzo 2014, n. 34, *Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese*, meglio noto come "decreto Poletti", al fine di verificare gli elementi di coerenza e di sistema, così come quelli di discontinuità con le successive fasi attuative del *Jobs Act*, per giungere nelle conclusioni a valutare la riforma alla luce dei principi costituzionali sul diritto del lavoro.

2. Il progetto di modifica del mercato del lavoro, il c.d. "Jobs Act", una scelta di procedimento

Il valore fortemente simbolico del progetto di riforma del mercato del lavoro è percepibile nei toni propagandistici, già a partire dall'uso dell'espressione *Jobs Act*[20], che richiama le politiche USA anticrisi, in particolare la legge statunitense *JOBS Act (The Jumpstart Our Business Startups Act)*, che tuttavia riguarda il finanziamento per l'avvio di piccole imprese, e il discorso del Presidente Obama del 2011, trasmesso a reti unificate, sull'*American Jobs Act*. Questi semplici riferimenti, letti in connessione con la continua ricerca di parole d'ordine o di slogan che ha caratterizzato e continua a caratterizzare la strategia di comunicazione dell'attuale Presidente del Consiglio, danno anche l'idea della portata mediatica che ha assunto il piano *Jobs Act*, immediatamente presentato come una parte centrale dell'azione di Governo. Il rilievo della riforma del mercato del lavoro è inoltre accentuato dalle continue richieste che provengono dalle istituzioni europee, da ultimo, in particolare, dai Ministri dell'Eurogruppo e dalla BCE, i quali oltre a svolgere un controllo attento sulla gestione dei conti pubblici, hanno richiamato, ancora nel settembre del 2014, a quattro mesi dall'approvazione del decreto Poletti, il Governo italiano sulla necessità di attuare un programma dettagliato e scadenziato delle riforme considerate necessarie alla ripresa economica, quali la riforma della giustizia civile, la riforma della burocrazia o della p.a., ma soprattutto la riforma del mercato del lavoro[21], certificando evidentemente l'insufficienza non solo delle misure assunte dagli precedenti Governi, ma anche del decreto Poletti.

Il quadro appena descritto ci aiuta sicuramente a capire alcune scelte di procedimento operate dall'attuale Governo. Entrando nel merito del piano *Jobs Act*, esso è costituito da due parti cui corrispondono due atti: il primo adottato con il d.l. n. 34/2014 che, come già detto, ha anticipato una parte dell'intera riforma, introducendo, come vedremo, modifiche di rilievo al contratto di lavoro a termine e a quello di apprendistato; il secondo atto, approvato dal Parlamento, non senza difficoltà, nello scorso dicembre, consiste in un'ampia e per molti versi indeterminata legge delega (l. n. 183/2014), il cui disegno di legge è stato presentato dal Consiglio dei Ministri sempre nel marzo 2014, contestualmente all'adozione del d.l. n. 34/2014. La legge contiene ben cinque deleghe rispettivamente in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, di semplificazione delle procedure e degli adempimenti in materia di lavoro, di riordino delle forme contrattuali, con la previsione di un unico contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti e, infine, di miglioramento della conciliazione tra tempi di lavoro e tempi di vita.

L'intero impianto della riforma del sistema lavoro permette di evidenziare in via generale quella che apparirebbe, a prima vista, come una novità dal punto di vista procedurale del Governo attuale rispetto ai precedenti e in particolare rispetto ai due Governi che lo hanno precorso, rintracciabile nella scelta di non affidare totalmente ampi progetti di riforma alla sola strada della decretazione d'urgenza, pratica che ha portato all'approvazione di decreti legge omnicomprensivi che hanno finito per scavalcare completamente il ruolo del Parlamento.

La novità presentata in questo caso, come in quello relativo al progetto di riordino della p.a., consiste nell'anticipare le parti della riforma giudicate più urgenti in un decreto-legge e di concludere successivamente l'intero piano di revisione con l'approvazione di una legge delega. La procedura sembrerebbe, a prima vista, voler recuperare il ruolo del Parlamento almeno nella funzione di soggetto di "legislazione di principio", anche se appare comunque lontana dal risolvere la questione più generale della "crisi della funzione legislativa" e della minorità evidente del ruolo del Parlamento rispetto al Governo nella produzione normativa. In realtà, più che un parziale recupero del ruolo del Parlamento, questo procedimento sembra avere, per il momento, risposto ad esigenze di propaganda e di legittimazione del nuovo Esecutivo e, al contempo, ad esigenze di carattere tecnico. Quanto detto appare evidente in particolar modo se si riflette sulle modalità operative del Governo in carica al momento dei provvedimenti di cui si discute, che, soprattutto nei primissimi mesi dal suo insediamento, ha fatto della velocità di decisione e della "fretta" di dare risposte, nei primi cento giorni di governo, il proprio carattere connotativo; ma trova una conferma, sicuramente più concreta, nelle vicende che hanno interessato successivamente l'approvazione della legge delega sul *Jobs Act* e che hanno finito per svilire le procedure parlamentari nel tentativo, riuscito, di far approvare dal Parlamento, nella sostanza, una delega "in bianco" al Governo[22], svelando così come il ricorso alla legge delega abbia risposto soprattutto ad esigenze strumentali di carattere prettamente tecnico. La riforma, infatti, presuppone nella sua attuazione modifiche complesse che implicheranno interventi strutturali adattabili ai tempi tecnici di una delega[23]. Lo "spacchettamento" del "piano lavoro" e la scelta di affidarsi per la prima parte a un decreto-legge, di fatto, dunque, più che rispondere a veri e propri motivi straordinari di necessità ed urgenza legati alla situazione di crisi[24], nella sostanza, ha dato risposta ad un'esigenza tutta politica e promozionale del nuovo Governo[25], alla vigilia fra l'altro del voto europeo, di mostrarsi attivo e operoso di fronte al Paese.

In tale prospettiva più che ricorrere al "legislatore motorizzato", riprendendo l'immagine di Carl Schmitt[26], l'intento è stato quello di mostrare, ad un Paese in attesa di risposte anticrisi, un "Governo motorizzato" capace di decidere e di farlo con tempestività, nel richiamato programma dei cento giorni. La parte della riforma attuata per decreto-legge ha finito, tuttavia, per rivelarsi inadeguata a creare, come era nelle intenzioni annunciate dal Governo, nuova occupazione[27], anzi, come appare chiaramente dal primo bilancio effettuato a circa cinque mesi dell'adozione del decreto, l'effetto del decreto è stato quello di una sostanziale erosione dei contratti a tempo indeterminato a favore di contratti a termine, con la conseguenza che, anziché avere nuova occupazione, si è avuto un sostanziale travaso da forme di occupazione potenzialmente stabili ad occupazione precaria (cfr. *infra* § 4).

3. Il contenuto del d.l. n. 34/2014 e la sua conversione in l. n. 78/2014

Il d.l. n. 34/2014, soprattutto nella sua versione originaria, prima delle modifiche apportate in sede di conversione con la l. n. 78/2014, mostra un testo che, ancorché omogeneo nel contenuto, appare sbrigativo e lacunoso[28];

tuttavia esso introduce, in soli sei articoli, misure di sicuro impatto nel mercato del lavoro, molte a contenuto regressivo delle tutele dei lavoratori. A fronte di quanto detto, si deve rilevare, invece, l'assenza di ogni tipo di valutazione delle conseguenze di tali norme[29] e questo prescindendo dalle espresse previsioni legislative, introdotte dalla legge Fornero, che richiedono forme di monitoraggio e valutazione sugli effetti degli interventi sul mercato del lavoro, anche attraverso l'ausilio di strutture ed istituzioni specifiche e di dati forniti dall'Istat e da altri soggetti del Sistema statistico nazionale (Sistan), tra i quali è ricompreso anche l'Isfol[30]. Quanto al disegno di legge di conversione del d.l. n. 34/2014, va rilevato che esso non è stato corredato dalla relazione sull'analisi tecnico-normativa (ATN), né della relazione sull'analisi di impatto della regolazione (AIR)[31]; inoltre i veloci tempi di approvazione e di dibattito, soffocato come vedremo dal voto di fiducia in ognuno dei suoi tre passaggi assembleari, non hanno permesso certamente di effettuare, neppure in sede parlamentare, una valutazione, ancorché sommaria, degli effetti del decreto.

Queste modalità operative appaiono in tutta la loro problematicità - in relazione ai possibili effetti conseguenti al *Jobs Act* parte prima - se si tiene conto che proprio la valutazione delle analisi e degli studi effettuati dal Ministero del lavoro e dall'Isfol, successivamente alla riforma Fornero, "se presi in considerazione, avrebbero dovuto forse suggerire interventi riformatori di segno completamente diverso da quelli adottati"[32]; tali studi, infatti, unitamente a quelli forniti dall'OCSE[33], dimostrano come l'esperienza degli ultimi anni abbia ampiamente contraddetto l'idea, comunque diffusa in Europa e assecondata da ultimo dal piano *Jobs Act* del Governo Renzi, che l'aumento della flessibilità in entrata e in uscita del mercato del lavoro contribuisca all'aumento di occupazione[34]. In controtendenza, dunque, rispetto ai dati di evidenza empirica degli ultimi anni, la misura che più caratterizza il decreto Poletti è senza dubbio data dalla generale liberalizzazione del contratto a termine. La disciplina previgente, contenuta nel d.lgs. n. 368/2001, consentiva il ricorso al contratto a termine solo a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo; il d.l. *Jobs Act* rende invece il lavoro a tempo determinato completamente "acausale", questo consente ai datori di lavoro di stipulare, in piena libertà, contratti a termine per rispondere ad esigenze produttive anche a carattere stabile per l'impresa. La riforma, oltre che aumentare la flessibilità del mercato, mira anche naturalmente ad eliminare, nell'immediato, il diffuso contenzioso conseguente all'assenza di causa dei contratti a termine. Viene inoltre previsto, nella versione originaria del decreto, l'innalzamento, rispetto alla riforma Fornero, da uno a tre anni della durata del rapporto di lavoro a tempo determinato e la possibilità di poter operare nei trentasei mesi fino a un massimo di otto proroghe. Ovviamente questa misura di ulteriore flessibilizzazione ha neutralizzato per tali contratti, fra proroghe e rinnovi possibili, le tutele previste dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (l. n. 300/1970), anticipandone nella sostanza l'eliminazione, operata successivamente dalla legge delega in relazione al contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti. Alla flessibilità in entrata si è aggiunta, nella sostanza, anche la flessibilità in uscita.

La generale "semplificazione" del contratto a tempo determinato[35], attuata dal decreto Poletti attraverso l'introduzione dell'acausalità per qualsiasi contratto a termine[36], pone anche dei profili problematici di compatibilità con

il diritto dell'UE^[37] e, per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost., di costituzionalità^[38], che non sembrano essere stati valutati a pieno dal Governo^[39]. Il d.lgs. n. 368/2001 recepiva, infatti, la direttiva europea 1999/70/CE, che indicava il rilievo prioritario, nel rapporto di lavoro subordinato, del contratto a tempo indeterminato e, dunque, il confinamento nell'ambito dell'eccezione del contratto a tempo determinato, prevedendo quindi per quest'ultimo la necessaria indicazione di cause giustificatrici. La legge Fornero, pur attuando una parziale liberalizzazione del contratto a termine, attraverso la previsione dell'acausalità solo per il primo contratto e limitandone la durata massima ad un anno, ribadisce all'art. 1, comma 1, che il contratto a tempo indeterminato deve costituire la forma di "contratto dominante". In tale contesto la novità rappresentata dal d.l. *Jobs Act* appare quella di un'inversione dei due modelli negoziali, in base alla quale il contratto a termine, contrariamente da quanto previsto nella direttiva 1999/70/CE^[40], diventa la regola. L'unico argine a tale tendenza, nel tentativo di parziale compensazione dell'apertura all'acausalità, appare la previsione, nella versione approvata dal Governo del d.l. n. 34/2014, della fissazione di una quota pari al 20% del totale degli occupati, quale tetto massimo al ricorso ai contratti a termine, posta forse nel tentativo di evitare l'infrazione del diritto comunitario^[41].

Anche le modifiche relative al contratto di apprendistato mirano ad introdurre una maggiore liberalizzazione attraverso norme che, intervenendo sulla disciplina previgente posta dal d.lgs. n. 167/2011 e dalla l. n. 92/2012, agiscono sulla semplificazione e sulla stabilizzazione di tali contratti. La finalità dichiarata dal Consiglio dei ministri, anche in questo caso, è quella di rendere il contratto di apprendistato «più coerente con le esigenze attuali del contesto occupazionale e produttivo»^[42], ma il risultato appare sempre più quello di una caduta irreversibile di fondamentali garanzie dei lavoratori, attenuata solo, come vedremo, dagli emendamenti migliorativi introdotti nel percorso parlamentare di approvazione della legge di conversione (sui quali cfr. *infra* questo stesso paragrafo). Rispetto alla semplificazione del contratto di apprendistato, il d.l. *Jobs Act*, nel testo in origine, prevedeva l'eliminazione dell'obbligo di redazione scritta del piano formativo individuale; appare opportuno precisare che il piano formativo è determinante nella individuazione e nella garanzia delle attività formative che devono caratterizzare questo tipo di contratto; a tale proposito sia sufficiente sottolineare che il ricorso all'apprendistato, negli anni, ha finito per vedere sempre più ridotta l'attività di formazione. Proprio in tale prospettiva, l'eliminazione dell'obbligo di formalizzazione scritta del piano formativo individuale, previsto dal d.l. n. 34/2014, "spinge vigorosamente e spregiudicatamente nella direzione dell'occupabilità purchessia, marginalizzando ulteriormente, fin quasi a nullificarlo, il contenuto formativo"^[43]. Per ciò che concerne la stabilizzazione degli apprendisti, cioè la trasformazione del loro contratto di apprendista in un contratto di assunzione a tempo indeterminato, il decreto prevedeva, sempre nella versione approvata dal Consiglio dei Ministri, la soppressione di qualsiasi obbligo di stabilizzazione, a fronte di una disciplina previgente che garantiva l'obbligo di stabilizzazione del 30% degli apprendisti per le imprese con più di 10 dipendenti.

Certamente, alla luce di quanto detto, il profilo più problematico del decreto Poletti, e anche quello oggetto delle critiche maggiori, coincide con il deciso

aumento della flessibilità nel mercato del lavoro cui non corrisponde alcuna implementazione sul piano della sicurezza; se da una parte la liberalizzazione dei contratti a termine e la semplificazione dei contratti di apprendistato, valutati ad alcuni mesi dalla riforma, hanno contribuito alla diminuzione delle ragioni del contenzioso, che prima ad esempio trovavano terreno fertile nella, già ricordata, mancanza di causa del contratto a termine, oggi proprio il venir meno della garanzia della causalità, nel lavoro a termine, lascia campo libero ad un'ampia, se non totale, discrezionalità del datore di lavoro nella scelta di rinnovare il contratto (fino ad otto volte in tre anni nella versione originaria del decreto), che finisce nella sostanza per eliminare l'operatività dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Sul versante dell'apprendistato, in maniera più o meno speculare, il venir meno della garanzia di assunzione al termine dei 36 mesi, espone chiaramente l'apprendista ad un elevato rischio di perdita di opportunità lavorative di fronte a un datore di lavoro libero di non assumerlo stabilmente e di ripetere un nuovo contratto a termine.

Le misure introdotte dal decreto Poletti sembrano andare, in definitiva, nel senso di un radicale cambiamento del rapporto di lavoro subordinato, risultandone decisamente assottigliate le forme di garanzia. Si tratta, infatti, di misure che in via generale tendono ad ampliare i livelli di precarietà dei lavoratori e contestualmente segnano un'accentuazione della discrezionalità dei datori di lavoro nella definizione delle condizioni contrattuali. Di questi cambiamenti il Governo appare ben consapevole dal momento che tenta di porre degli argini ai limiti più evidenti del decreto, quelli conseguenti proprio alla progressiva precarizzazione del rapporto di lavoro, con l'ampio disegno di legge delega con il quale viene riscritto totalmente il diritto del lavoro e al quale viene affidato il compito di riequilibrare l'accentuata flessibilità in entrata ed in uscita con una serie di garanzie su ammortizzatori sociali, servizi e politiche attive per il lavoro.

Ciò che tuttavia sembra davvero interessare poco il Governo, pressato dall'esigenza di mostrare risultati, è la considerazione delle possibili conseguenze negative, nel breve o medio periodo, del decreto-legge in termini di maggiore precarizzazione delle condizioni di lavoro. Eppure negli ultimi anni l'esperienza soprattutto dei Governi della XVI e XVII legislatura hanno evidenziato chiaramente almeno due effetti che avrebbero dovuto essere valutati; il primo mostra come l'aumento di flessibilità del lavoro subordinato, cifra che ha caratterizzato le riforme dei due Governi precedenti, non ha portato alcun aumento dell'occupazione; il secondo, a carattere procedurale, mostra come la fretta di approvazione di un provvedimento, sperimentata nel caso delle legge n. 92/2012, e ancor più il ricorso alla decretazione d'urgenza, come nel caso del d.l. n.76/2013 del Governo Letta, non siano modalità adatte ad attuare riforme importanti del mercato del lavoro, dato che queste, andando ad incidere profondamente su un tessuto economico-sociale già profondamente provato dalla crisi economica, risultano particolarmente reattive su quel tessuto e richiedono quindi un'attenta ponderazione.

In considerazione del vertiginoso aumento della disoccupazione nel nostro Paese, conseguente anche alle riforme, evidentemente sbagliate degli ultimi anni, l'esperienza avrebbe dovuto guidare le scelte del Governo e avrebbe dovuto consigliare, al fine di evitare di ripetere errori pregressi, la ricerca di un

ampio dibattito parlamentare, il coinvolgimento e la condivisione delle parti sociali e, infine, l'assunzione di studi e monitoraggi sul mondo del lavoro effettuati da istituti competenti. Al contrario invece l'*iter* di approvazione della legge di conversione del d.l. n. 34/2014 mostra un Governo, per converso, addirittura poco interessato alla possibilità di un miglioramento nell'immediato del testo del decreto, attraverso il dibattito parlamentare. I tempi parlamentari, infatti, non sono stati compatibili con un esame approfondito del testo. Deve essere segnalato, inoltre, che la ripartizione dei lavori fra le due assemblee ha fatto profilare un monocameralismo di fatto teso a limitare sempre di più i tempi e l'attività del Senato^[44]. Nonostante tali limiti, la discussione parlamentare, già in Commissione lavoro alla Camera, ha fatto emergere immediatamente le parti più critiche della riforma^[45] e, a conclusione dell'*iter*, il testo che ne è seguito è stato sicuramente ampliato attraverso circoscritti, ma significativi, aggiustamenti, apportati nei passaggi parlamentari, che hanno permesso la reintroduzione di alcuni elementi di maggiore garanzia per i lavoratori^[46].

In particolare, sia alla Camera sia al Senato sono stati approvati emendamenti omogenei^[47] rispetto al testo iniziale, tesi ad attenuare l'eccessiva liberalizzazione della disciplina a riprova, proprio rispetto a quanto detto, dell'utilità del dibattito parlamentare e dell'importanza del ruolo stesso del Parlamento quale filtro degli interessi di tutti i cittadini anche di quelli economicamente più deboli. Nonostante quanto appena detto, la discussione nei passaggi parlamentari è stata interrotta dall'apposizione della fiducia sull'emendamento unico presentato dal Governo, non solo nella fase finale, ma per ben tre volte, durante l'approvazione del testo, col risultato che ogni fase dei lavori in assemblea si è conclusa con un voto di fiducia, che ha irrimediabilmente interrotto ogni ulteriore approfondimento.

Nel dettaglio, in relazione al contratto a tempo determinato, viene ridotto il numero di proroghe possibili nei trentasei mesi, da otto a cinque; il tetto massimo di ricorso ai contratti a termine diventa più restrittivo, passando dal 20% del totale degli occupati al 20% dei soli lavoratori a tempo indeterminato; vengono infine introdotte delle norme a tutela delle donne in congedo di maternità. Per ciò che concerne il contratto di apprendistato, viene reintrodotta la forma scritta del piano formativo sulla base di formulari stabiliti dai contratti collettivi o di accordi bilaterali fra enti; viene reintrodotta anche l'obbligo di stabilizzazione, benché in misura inferiore rispetto alla disciplina previgente in base alla quale, per le imprese con più di 10 dipendenti, l'obbligo di stabilizzazione era del 30% degli apprendisti, laddove oggi questo obbligo viene mantenuto per le sole imprese con più di 50 dipendenti, ma si riduce al solo 20% degli apprendisti.

Fra le modifiche apportate alla legge di conversione, desta sicuramente un certo interesse l'art. 1 recante una disposizione introduttiva, il cui tono è quello tipico del preambolo, volta a chiarire le finalità del decreto, ma anche ad anticipare la riforma successiva, quasi a voler rassicurare sulla volontà, oltre che necessità, di completare e compensare le mancanze del decreto-legge; detto in altre parole, la norma sembra giustificare, in nome della perdurante crisi, la necessità nell'immediato di interventi molto parziali di ulteriore liberalizzazione delle tipologie contrattuali a termine che verranno compensate e riequilibrate dalla

legge delega: "una riforma mancata in cambio di una riforma promessa"[48] del mercato del lavoro. La disposizione, proprio per la sua particolarità, merita di essere riprodotta:

«1. Considerata la perdurante crisi occupazionale e l'incertezza dell'attuale quadro economico nel quale le imprese devono operare, nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente e salva l'attuale articolazione delle tipologie di contratti di lavoro, vista la direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, sono apportate le seguenti modificazioni:».

L'articolo suscita una serie di riflessioni e sembra rivelare alcuni dati di rilievo; esso non specifica solo le finalità del decreto, con riferimento alla situazione particolare di crisi in cui si inserisce, ma sembra introdurre rassicurazioni sulla riforma futura quasi, come detto, a giustificare l'adozione di un testo limitato e problematico, ma che non è destinato a restare isolato, dovendosi completare nella riforma annunciata (o promessa appunto). La disposizione rivela la consapevolezza del Governo dei limiti del decreto; la stessa consapevolezza trova anche riscontro in alcuni interventi, nelle Commissioni lavoro e in aula, di alcuni esponenti della maggioranza[49], che insistono sulla lettura contestuale del decreto-legge e del disegno di legge delega, ben consci, tuttavia, del fatto che si tratta non solo di due atti distinti, ma anche destinati ad incidere sul mercato del lavoro in momenti diversi e dunque con effetti nel breve periodo non correlabili. In proposito sia sufficiente rimarcare il dato per cui il decreto Poletti ha anticipato i suoi effetti di circa un anno rispetto alla legge delega e ai decreti legislativi attuativi.

Per come è formulato, l'art. 1 del d.l. n. 34/2014 sembra, infine, richiamare, nel suo effetto annuncio, il problematico art. 3 del d.l. 138/2011 che giungeva addirittura a prevedere la revisione dell'art. 41 Cost. e che inaugurava una nuova tipologia di normazione, la decretazione d'urgenza che decide oggi in armonia con quello che (forse) sarà domani.

4. Un primo bilancio del Jobs Act parte prima (d.l. n. 34/2014) per valutare il Jobs Act parte seconda (l. n. 183/2014)

A circa cinque mesi dalla sua adozione, gli effetti del d.l. n. 34/2014 sono stati diffusi nel rapporto OCSE del settembre 2014[50]. Il dato evidente è la conferma, ancora una volta, che l'accentuazione della flessibilità del contratto di lavoro subordinato ha avuto effetti tutt'altro che positivi sull'occupazione; il mercato del lavoro è apparso sempre più depresso e basato per lo più su un'occupazione temporanea, precaria, destinata a sparire rapidamente e con effetti negativi sulla produttività media[51]. A fine settembre 2014, su 16.949 nuovi posti di lavoro, 12.000 erano a tempo determinato e solo il 13% si è localizzato al sud[52], segnali di un'evidente distanza dei risultati del d.l. *Jobs Act* rispetto agli obiettivi annunciati dal Governo[53]. Una volta di più le scelte politiche sono state orientate dalla convinzione che il problema principale del mercato del lavoro fosse la rigidità dei contratti, piuttosto che la carenza di

domanda[54]; appare chiara, conseguentemente, la volontà di giocare al ribasso dell'esecutivo nell'affidarsi a qualsiasi iniziativa volta a creare nuove possibilità di lavoro, anche se precario, di bassa qualità e poco tutelato, cui fa da contraltare l'assenza di valutazione del rischio, tutt'altro che astratto, di un aumento della precarietà a scapito delle posizioni potenzialmente stabili. Nella sostanza è stato proprio questo l'effetto del *Jobs Act* parte prima, un travaso di contratti a tempo indeterminato in contratti a termine, con basse tutele del rapporto, cui non si è accompagnato un incremento di tutele fuori dal rapporto attraverso l'implementazione di forme di sostegno del reddito.

Proprio i risultati non coerenti con le aspettative avrebbero dovuto spingere il Governo ad assumere una serie di correzioni, sia di carattere procedimentale che contenutistico, nel portare a termine la seconda parte del *Jobs Act*; invece la fase di approvazione parlamentare della legge delega n. 183 del 10 dicembre 2014 ha mostrato nuovamente un Governo propenso a ridurre gli spazi di discussione e di intervento delle assemblee, al punto da minacciare, nella fase di esordio dell'esame del d.d.l. delega in commissione, a fine settembre del 2014, il ricorso nuovamente alla decretazione d'urgenza[55], poi evitata. In generale l'esame del percorso di approvazione della l. n. 183/2014 ha finito per mostrare un' "analoga strategia politica"[56] con la legge Fornero: analogo è stato lo svilimento del lavoro parlamentare, soffocato dall'incedere "motorizzato" del Governo e dall'assenza di spazi di intervento, al punto che la delega è risultata ampiamente indeterminata. Se nel confronto fra le vicende della legge delega e quelle della legge Fornero l'impressione è quella emblematica del *déjà vu*[57], il confronto fra le due parti del *Jobs Act* restituisce per di più anche la sensazione del *déjà décidé* che il Governo pone di fronte al Parlamento.

Entrando nel merito, la legge delega, per il suo ampio ed indeterminato contenuto, apre persino alcuni problemi di legittimità costituzionale per la violazione dell'art. 76[58], in quanto risultano mancanti i criteri e i principi direttivi[59]; in conclusione la legge appare per buona parte una delega in bianco al Governo. Quanto ai percorsi di approvazione, questi hanno registrato sistematicamente il ricorso alla fiducia al Senato e la minaccia del ricorso alla fiducia alla Camera; deve sottolinearsi a tal proposito, inoltre, come il Senato sia stato nuovamente del tutto emarginato nella determinazione del contenuto della legge delega. Il Governo, infatti, probabilmente a causa della limitata maggioranza che ha in questa assemblea, pur di evitare modifiche al testo che erano state presentate da senatori appartenenti alla minoranza del Partito di maggioranza relativa, ha inizialmente introdotto un maxi emendamento modificativo dell'art. 4 del testo originario del disegno di legge, in materia del contestato contratto indeterminato a tutele crescenti, e successivamente ha posto la fiducia sul testo interamente riscritto dall'esecutivo; in tal modo il Governo per un verso ha privato il Senato della possibilità di intervenire sul disegno di legge, per l'altro ha creato in definitiva le condizioni per auto determinare la delega, "specificando i principi e i criteri direttivi, gli oggetti da legiferare ed i tempi entro cui operare"[60].

Di nuovo, si è agito in una situazione di monocameralismo di fatto, infatti il testo, discusso e modificato alla Camera, è stato approvato in seconda lettura al Senato nuovamente con la fiducia. Si è assistito per l'ennesima volta allo svuotamento del ruolo del Parlamento, ma questa volta il Governo ha agito in

maniera più colpevole, dato che il Parlamento avrebbe dovuto dare risposte all'insieme di quelle domande aperte dal primo decreto *Jobs Act*, quelle che chiedevano, a completamento e a garanzia della forte flessibilità introdotta con un provvedimento d'urgenza, la creazione di strumenti di maggiore sicurezza e tutela incidenti sui diritti dei lavoratori.

5. Conclusioni. Il lavoro nella Costituzione oggi

Alla luce del procedimento di approvazione, deve, ancor di più, essere sottolineato che, nella sostanza, la legge delega ha completamente rivoluzionato le fondamenta del diritto del lavoro, eliminando del tutto alcune storiche protezioni, considerate il cuore dello Statuto dei lavoratori. Sia sufficiente citare in questa sede la disciplina dei licenziamenti, *ex art. 18* dello Statuto dei lavoratori, e la disciplina dei demansionamenti[61], *ex art. 13* sempre dello Statuto[62]. La legge delega ha privato il lavoro subordinato di ogni garanzia e tutela interna al rapporto[63] e ha spostato, di fatto, le forme di protezione al di fuori del rapporto di lavoro, prevedendo nuovi strumenti di protezione sociale finalizzati a tutelare la temporanea uscita dal mondo dell'occupazione. La sostanza restituisce un rapporto di lavoro che viene del tutto privatizzato[64] e un diritto del lavoro che non ha più un oggetto. Ma soprattutto quello che appare più evidente è l'allontanamento da quella concezione del "Lavoro", inteso come strumento di realizzazione della persona e della sua dignità, sulla quale si fonda la Costituzione in base all'art. 1[65] e, in alternativa, il prevalere di un'idea di "lavori"[66] possibili ed eventuali, finalizzati solo al sostentamento dell'individuo, idea che i nostri costituenti rifiutarono di considerare[67]. Certamente una trasformazione così importante, che chiama in causa e mette in gioco, non solo i diritti fondamentali, ma la stessa idea costituzionale di "dignità" sociale[68] e di "libertà"[69], avrebbe dovuto, anche se messa potenzialmente in discussione dalle condizioni oggettive della crisi economica, richiedere una decisione consapevole e ponderata del Parlamento, piuttosto che affermarsi attraverso le manifestazioni di forza del "decisionismo" governativo che passano per il voto di fiducia[70].

Da ultimo l'approvazione del Governo degli schemi dei primi quattro decreti legislativi attuativi della l. delega n. 183/2014[71] e l'adozione dei primi due decreti legislativi[72] segnano la conclusione di una parte importante della terza e ultima tappa del piano *Jobs Act*, che può dirsi così la prima vera riforma di ampio respiro portata a termine nel biennio 2014-2015; appare chiaro, dunque, il peso specifico che tale riforma assume, non solo in relazione alla sua portata relativa, nel mercato del lavoro, ma più ampiamente in relazione al suo ruolo apri pista rispetto all'individuazione di un "metodo" per le riforme istituzionali e costituzionali del Governo in carica. La valutazione che se ne trae, anche alla luce di questa terza ed ultima fase del *Jobs Act*, mostra un Esecutivo, che, totalmente indifferente al ruolo del Parlamento, decide in maniera solitaria anche sui decreti legislativi, tanto che è stata la stessa Presidente della Camera, Laura Boldrini, a denunciare[73], all'indomani dell'approvazione dei primi decreti legislativi, l'emarginazione, ancora una volta, del ruolo delle Assemblee, evidente nella mancanza di considerazione, da parte del Governo, del parere parlamentare - in particolare si tratta del parere delle Commissioni lavoro - sui

decreti legislativi contrario, nello specifico, alla disciplina dei licenziamenti collettivi[74]. Tralasciando di fatto le motivazioni che hanno spinto il Governo ad allontanarsi dal parere del Parlamento[75], in dottrina c'è chi, oltre a ricordare che in questo caso siamo di fronte a un parere meramente consultivo e non vincolante per il Governo, cita i dati statistici sulla delega legislativa ed evidenzia come siano tutt'altro che rari i casi, relativi soprattutto a decisioni di particolare o strategico impatto politico, in cui il Governo non abbia tenuto conto delle osservazioni del Parlamento[76]. L'obiezione in difesa del Governo, ancorché bene argomentata, sembra, tuttavia, provare troppo; in questo caso, infatti vi era già una situazione comunque anomala a monte dei decreti, una delega praticamente priva dei criteri e dei principi direttivi[77] e votata dal Parlamento o con la fiducia, al Senato, o sotto la minaccia di un voto di fiducia, come è avvenuto alla Camera. Il risultato, dunque, è stato ottenuto tramite il reiterarsi di comportamenti del Governo tesi a neutralizzare l'attività del Parlamento, in una materia per giunta, quella del mercato del lavoro, che ha moltissime ricadute sui diritti costituzionali dei lavoratori e che giunge a mettere in discussione una legge fondamentale quale lo Statuto dei Lavoratori (l. n. 300/1970), attuativa di norme costituzionali[78]. Nel caso del *Jobs Act* non si decide soltanto di un settore strategico per l'indirizzo politico del Governo, ma si decide soprattutto dei diritti e delle tutele dei lavoratori. Dare ascolto, dunque, alle minoranze parlamentari e alle parti sociali, non avrebbe dovuto essere solo auspicabile, ma necessario[79]; quando si ha a che fare con i diritti, soprattutto con i diritti dei più deboli, non possono essere le logiche maggioritarie a prevalere.

La vicenda del *Jobs Act*, in tutte le sue differenti fasi, se letta in relazione ad alcuni elementi contestuali, come i dati sull'evoluzione dell'occupazione, o diacronici, come l'individuazione dei molti caratteri di continuità con le riforme del lavoro degli ultimi venti anni, permette di evidenziare, a conclusione di queste brevi riflessioni sul metodo, un risultato sicuramente di portata epocale: lo smantellamento delle acquisizioni e della complessiva tradizione giuslavoristica italiana degli ultimi quarant'anni realizzato pressoché in solitaria dal Governo[80].

Tale risultato porta a termine un cammino intrapreso, come è noto, a livello europeo, sin dai primi anni Novanta; l'obiettivo, da allora, era quello di diminuire le tutele, soprattutto quelle in materia di licenziamenti, per ridurre il costo del lavoro e rendere più omogeneo e competitivo, a livello europeo, il mercato dell'occupazione[81], neutralizzando le tutele riconducibili alle discipline del diritto del lavoro nazionale (*rectius*: costituzionale) e "consentire così all'Europa di affrontare la globalizzazione"[82]. Quel progetto oggi giunge a conclusione grazie ad una serie di "inganni"[83] che l'attuale Governo ha giocato. Primo fra tutti l'aver utilizzato la spinta dei morsi della crisi economica e la retorica delle politiche necessarie alla ripresa del mercato del lavoro per legittimarsi. A tal proposito l'inganno è evidente nei dati assolutamente poco incoraggianti sull'occupazione registrati nei mesi successivi al d.l. n. 34/2014[84], che, del resto, confermano gli andamenti evidenziati da ricerche ampiamente riconosciute negli ultimi anni e che sfatano il mito dell'equazione "flessibilità uguale lavoro".

In realtà, proprio da ultimo, nei mesi di gennaio e marzo del 2015, si è

registrato un aumento dell'occupazione, ma tale incremento, come è stato messo in evidenza immediatamente[85], è conseguente non tanto agli effetti del piano *Jobs Act*, quanto piuttosto ai rilevanti sgravi fiscali, contenuti nell'ultima legge di stabilità, applicati alle aziende in caso di nuova occupazione stabile, a riprova fra l'altro che sono ben altre le politiche sull'occupazione che il Governo avrebbe a disposizione.

Un altro esempio in cui il Governo sembra aver giocato un inganno è chiaramente individuabile nella seconda fase del *Jobs Act*. In questo caso il Governo avrebbe dovuto mantenere le attese, sia procedurali sia sostanziali, avanzate nel corso dell'approvazione della fase iniziale del piano lavoro con decreto-legge. Rispetto al primo profilo, quello procedimentale, la scelta dello strumento della delega legislativa, in base a quelle attese, avrebbe dovuto lasciare più spazio al dibattito e alla decisione parlamentare. Rispetto al secondo profilo, quello sostanziale, va rilevato che proprio l'emarginazione del ruolo del Parlamento ha permesso al Governo di approvare la parte più importante ed attesa della riforma, quella relativa al contratto a tempo indeterminato – la cui promessa di approvazione era stata persino anticipata, come visto, nell'art. 1 della l. n. 78/2014 – aderendo ad un modello di contratto a tutele crescenti “totalmente trasfigurato nella sua funzione e nella sua natura”[86], rispetto al modello proposto inizialmente. Innanzitutto ci si sarebbe aspettati, seguendo indicazioni di buon senso, l'implementazione delle due parti del piano *Jobs Act* realizzata attraverso l'introduzione di alcune modifiche al decreto Poletti, come la riduzione della durata massima dei contratti a termine da tre a due anni, unitamente all'abbassamento del numero delle proroghe possibili dello stesso contratto, questo al fine di favorire ovviamente la preferenza per l'avvio immediato del nuovo contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti; appare chiaro, infatti, che se l'incentivo fiscale all'assunzione a tempo indeterminato, previsto nella legge di stabilità rende preferibile, nel corso del 2015, il contratto a tempo indeterminato, la possibile eliminazione di questa misura il prossimo anno porterebbe sicuramente le imprese ad optare per il nuovo contratto indeterminato a misure crescenti, solo a conclusione dei tre anni con il contratto a termine, con il rischio di allungare fino a sei anni il periodo per l'accesso alle tutele[87]. Altra questione, la più macroscopica a parere di chi scrive, che dà prova dell'interpretazione trasfigurata del Governo del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, è quella relativa alle qualità delle tutele. L'idea originaria del contratto a tutele crescenti a rigore prevedeva, secondo lo schema riconducibile ai suoi ideatori[88], la promozione dell' “inserimento stabile nel mercato del lavoro attraverso una temporanea attenuazione della tutela contro i licenziamenti, in una prima fase (per quanto lunga) del rapporto, salva comunque l'applicazione della ordinaria tutela ex art. 18 dello Statuto dei lavoratori al termine di essa”[89]. Questa versione del contratto a tutele crescenti sarebbe risultata anche più aderente al principio di eguaglianza, e avrebbe evitato quella contrapposizione generazionale fra lavoratori che possono accedere al reintegro e lavoratori che si devono accontentare della tutela indennitaria. La riforma attuata dal Governo, invece, cancella l'art. 18 e sostituisce, in caso di licenziamento illegittimo, la tutela reale, cioè il reintegro, con un indennizzo che cresce al crescere degli anni di lavoro[90].

L'assenza dei caratteri appena individuati porta la riforma a tradire il suo

principale intento, quello cioè di ridurre la precarizzazione del lavoro, che invece si ripropone nella lunghezza del periodo senza tutela e nell'impossibilità del reintegro che espone a facili licenziamenti. La stessa sostituzione dell'indennizzo alla tutela reale sottende, inoltre, l'abbandono di quell'idea di lavoro, fondante la nostra Costituzione, per cui non può esserci altro che il reintegro a fronte di un licenziamento non giustificato o per motivi economici, dato che il lavoro è inteso come un bene che trascende il solo fine del mero sostentamento del lavoratore. Il lavoro nella sua dimensione inclusiva, nella Costituzione, diviene parte integrante di quella condizione che sola consente il rispetto per la dignità sociale del lavoratore[91] e della sua famiglia secondo l'interpretazione sistematica degli artt. 1, 3, 4, 36 e 41 Cost.: in tal senso il lavoro è a pieno titolo un diritto[92] e non merce monetizzabile.

Appare proprio questo il punto di maggiore attrito della riforma appena varata; essa si pone in contrapposizione con la visione costituzionale del lavoro come diritto strettamente connesso a una "funzione eminente di emancipazione e socializzazione"[93] del lavoratore, funzione alla quale si collega la garanzia costituzionale non solo della semplice occupazione, ma della "stabilità" dell'occupazione[94].

Le forme di tutela oggi apprestate dal *Jobs Act* rompono evidentemente questo schema, sostituendo la tutela reale, che mira proprio a garantire quella stabilità, con la tutela obbligatoria nella forma dell'indennizzo monetario, che svela una mera finalità di sostegno al reddito, non rappresentando alcun deterrente verso forme di precarizzazione dell'occupazione. Ma vi è di più; già il decreto Poletti rendendo il contratto a termine completamente acausale ha praticamente eliminato una ragione, sicuramente diffusa, di intervento del giudice a tutela di diritti dei lavoratori contro il ricorso ampio a forme contrattuali più convenienti dal punto di vista economico per il datore di lavoro; ora la conclusione della riforma sancisce definitivamente l'eliminazione della decisione giudiziale finalizzata al reintegro in caso di licenziamento illegittimo, previsto dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. L'idea che ha portato a sottrarre alla tutela giurisdizionale il rapporto di lavoro subordinato è evidentemente quella in base alla quale è necessario evitare che decisioni di carattere economico, che incidono sull'attività aziendale, siano affidate al giudice estraneo alle ragioni dell'efficienza economica e alle scelte di strategia imprenditoriale[95]; si dimentica, tuttavia, che l'altra faccia delle medaglie di questa scelta è che si affida la decisione che incide sulla garanzia di un diritto costituzionale a chi, per conto della direzione aziendale, è chiamato a valutare per mestiere esclusivamente le ragioni dell'efficienza economica e considera il lavoro esclusivamente come merce.

Si è sottolineato da ultimo come la crisi economica abbia causato una serie di riforme che costringono i giuspubblicisti a fare i conti, nelle analisi di alcune tematiche, con "interferenze categoriali tra diritto ed economia anche in ambiti che tradizionalmente ne erano esenti"[96], e la riforma dei licenziamenti individuali sembra, a chi scrive, rientrare pienamente in quelle tematiche. L'idea che la reintegrazione e la tutela indennitaria siano due tipologie di risarcimento o tutela fungibili[97] cela, in realtà, un'operazione discutibile di semplificazione della grande diversità delle posizioni giuridiche sottese, che viene, invece, più efficacemente disvelata se ad esse si applicano le categorie

dell'analisi economica del diritto; quest'ultima diventa, dunque, un approccio importante nella comprensione di cambiamenti di rilievo, proprio perché consente una "valutazione degli istituti giuridici in chiave di efficienza rispetto al mercato"[98] e ne mostra la concretezza in termini economici. Applicando, dunque, tale approccio appare chiaro che la reintegrazione viene riservata ai casi in cui sia in gioco un "diritto assoluto della persona"; l'indennizzo viene invece riconosciuto quando è in gioco solo "un interesse economico e professionale del lavoratore"[99]. Alla luce di quanto detto deve essere sottolineato, tuttavia, come la riduzione in termini strettamente quantitativi delle norme giuridiche può essere strumentale ad evidenziare immediatamente interessi in gioco, ma non deve far dimenticare che il diritto, in quanto strumento di mediazione sociale, non può prestarsi ad essere ricondotto ad un sistema mercantile[100], in cui ogni cosa ha un prezzo. Rimane, invece, chiaro a tutti che la sostituzione della tutela obbligatoria con la tutela reale del posto di lavoro, producendo una monetizzazione del rimedio, segna l'abbandono della tutela costituzionale, ex artt. 4 e 35, della stabilità del lavoro e della sua funzione sociale[101], sacrificata in nome dell'interesse economico dell'impresa.

Traluce in questa nuova disciplina dei licenziamenti un'operazione interpretativa che è stata considerata incompatibile con nostra Costituzione e in particolare con l'art. 35, comma 1, che afferma "*La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni*". L'ampiezza e l'ambiguità letterale della disposizione, che sembrerebbe riferirsi, a prima vista, a un concetto generale e omnicomprensivo di "lavoro", ha condotto gran parte dei glossatori della stessa[102] a chiarire *ab initio* la specificità del suo contenuto, che, in stretta connessione con le norme immediatamente successive della Costituzione, gli artt. 35, 36, 37, non può che riferirsi a una tipologia delimitata di lavoro, coincidente prevalentemente con il "lavoro subordinato"[103]. Non solo, ma nell'interpretazione prevalente, l'art. 35 Cost. appare introduttivo di un gruppo di norme che "presuppone l'imprenditore come contro-parte storica dei lavoratori singoli e organizzati e ne delimita in varia misura i poteri"[104]; l'interpretazione trova conferma anche nella lettera dell'art. 41, comma 2, Cost. che individua limitazioni alla libertà di iniziativa economica (sicurezza, libertà, dignità umana e utilità sociale) che "si pongono come contenuti essenziali di quella stessa tutela prevista dal 35, 1° comma"[105]. La disciplina attuale del licenziamento, invece, nel riconoscere spazi prima inediti alla possibilità di licenziare illegittimamente, appare chiaramente far prevalere le ragioni dell'impresa sulle ragioni del lavoro subordinato[106], la cui perdita può essere compensata solo dall'indennizzo, e sembra riproporre, per tale motivo, quella lettura che, "con evidente mistificazione", vede l'art. 35 Cost. essenzialmente coincidente con l'art. 2060 cod. civ. "che accomuna la disciplina del lavoro subordinato e autonomo con quella dell'impresa"[107]. Appare chiaro che un'interpretazione di tal fatta sia in evidente contrasto con il *favor* che il costituente ha accordato ai lavoratori subordinati[108] e che si pone alla base di quella "funzione civilizzatrice del costituzionalismo democratico"[109] le cui tracce sono evidenti in tutte quelle disposizioni della prima parte della Costituzione che pongono il raggiungimento di fini sociali o di utilità sociale come strumenti di contrasto alle diverse forme del privilegio.

Nel commento all'art. 4 Cost. G.F. Mancini, giusto quarant'anni fa, in relazione

alla possibilità di sostituire la tutela reale ex l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori con altre forme di tutela così scriveva: "Scendere dal tutto - *che corrisponde alla direttiva politica contenuta nella norma* - al poco, specie se questo, com'è nel caso in esame, somiglia più al niente che al tutto (i limiti obbligatori non intaccano l'efficacia del licenziamento, aumentano solo il costo del suo esercizio), è una cosa affatto diversa. E, a mio avviso, contestabile sul piano della correttezza costituzionale"^[110].

* Questo lavoro costituisce una versione ampliata ed aggiornata della relazione al Seminario di studi di Diritto costituzionale Unitelma Sapienza, "*Legislazione governativa d'urgenza e crisi*", svolto il 18 settembre 2014, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

[1] La frase, tratta da una lettera di Karl Binding a Heinrich Triepel e citata da quest'ultimo al congresso dei giuristi tedeschi del 1921, è riportata da C. Schmitt, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, in Id., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin, 1958 (trad. it. di L. Cimmino, «*La condizione della scienza giuridica europea*», in *Diritto e cultura*, 1995, 24).

[2] Sia sufficiente riflettere sul fatto che l'effetto sociale più grave della crisi economica, che si è aperta nel 2007, è proprio l'impennata della disoccupazione. In Italia i disoccupati sono più che raddoppiati fra il 2007 e il 2014 arrivando a superare i 3,2 milioni; si veda, anche per maggiori dati, R. Realfonzo, G. Tortorella Esposito, *Gli insuccessi della liberalizzazione del mercato del lavoro*, in <http://www.economiaepolitica.it/primo-piano/gli-insuccessi-nella-liberalizzazione-del-lavoro-a-termine/#sthash.jWFJxISm.dpuf>. Sugli effetti che la crisi economica ha avuto sui sistemi nazionali di diritto del lavoro si rinvia a: E. Ghera, *Il contratto di lavoro oggi: flessibilità e crisi economica*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2013, 687 ss.; S. Giubboni, *I diritti sociali alla prova della crisi: l'Italia nel quadro europeo*, ivi, 2014, 269 ss.; T. Treu, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, ivi, 2013, 597 ss.; S. Sciarra, *L'Europa e il lavoro, Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Roma-Bari, 2013, *passim*.

[3] A. Lo Faro, *Compatibilità economiche, diritti del lavoro e istanze di tutela dei diritti fondamentali: qualche spunto di riflessione dal caso italiano*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2014, 284.

[4] A partire dal d.lgs. n. 368/2001; sul contratto a termine si veda, da ultimo, E. Gragnoli, *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera opposizione del termine*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2014, 429 ss.; Id., *La nuova regolazione del contratto a tempo determinato e la stabilità del rapporto di lavoro: introduzione*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2014, 679 ss.; G. Leone, *L'utilizzo vincolato del contratto a tempo determinato: cronaca di una morte annunciata*, ivi, 729, ss.; R. Romei, *La nuova disciplina del lavoro subordinato a termine*, in *Giornale di diritto del*

lavoro e di relazioni industriali, 2014, 675 ss.

[5] Si veda, in tal senso, A. Lo Faro, *Compatibilità economiche, diritti del lavoro e istanze di tutela dei diritti fondamentali: qualche spunto di riflessione dal caso italiano*, cit., 284 ss. L' "abbondante" e "frenetica" produzione legislativa che ha interessato il nostro diritto del lavoro è sintetizzata da E. Ghera, *Il contratto di lavoro oggi: flessibilità e crisi economica*, cit., 2 ss. Più in generale sulla riforma del mercato del lavoro negli ultimi anni, e in particolare sulla c.d. riforma Fornero, si rinvia a F. Fontanarosa, *La riforma del mercato del lavoro tra flessibilità e sicurezza: come cambia la tutela giuridica del lavoratore nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012, 1 ss.

[6] E. Paparella, *Il lavoro e la sua dimensione costituzionale*, in F. Angelini - M. Benvenuti (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Napoli, 2012, 61 ss.

[7] E. Paparella, *Il lavoro e la sua dimensione costituzionale*, cit., 61- 62, che sottolinea come la natura "tutt'altro che congiunturale" della riforma del mercato del lavoro è resa evidente dal fatto che già i provvedimenti assunti nel corso della XIII e XIV legislatura in materia di riforma del lavoro, il c.d. pacchetto Treu, l. n. 196/1997, la riforma Biagi, l. 30/2003 e il conseguente d.lgs. n. 276/2003, rispondono ad impegni assunti a livello dell'Ue e formalizzati nei Consigli europei di Lussemburgo del 20.11.1997, di Cardiff del 15.06.1998 e di Colonia del 04.06.1999, finalizzati a individuare una strategia comune, fra i Paesi membri, per la crescita e l'occupazione.

[8] "Gli istituti fondamentali del diritto del lavoro e delle relazioni industriali – dalla legge ai contratti collettivi – costruiti per regolare la concorrenza nei mercati nazionali e proteggerne i protagonisti, sono progressivamente spiazzati per il fatto che la concorrenza supera le barriere dei singoli Stati. Tale spiazzamento è visibile già al tornò del secolo, quando le economie europee sono rallentate, ma ancora in crescita. La crisi aggrava ma non causa le difficoltà.

Il superamento della dimensione nazionale della nostra materia non solo ne indebolisce le strutture regolative, ma ne mette in discussione le stesse funzioni. Spinge il diritto del lavoro e le relazioni industriali a occuparsi della competitività e a misurare la convergenza fra regole del lavoro e parametri di efficienza dei singoli sistemi nazionali nei confronti di quelli concorrenti. Si tratta di un cambiamento epocale che rende inutilizzabili gran parte dei materiali con cui si è costruita la nostra materia e impone di ripensarne le modalità di impiego". Così: T. Treu, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, cit., 599 ss. In tema si vedano ampiamente anche S. Sciarra, *L'Europa e il lavoro, Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, cit., *passim*, e R. De Luca Tamajo, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2013, 715 ss.

[9] Al rilievo costituzionale del "lavoro" è dedicato l'ultimo paragrafo, per ora ci si limita, dunque, a rinviare a M. Mazziotti, *Lavoro (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, vol. XXIII, 1973, 338 ss. e, da ultimo, a M. Benvenuti, *Lavoro (principio costituzionale del)*, in *Enciclopedia giuridica*,

Roma, agg. 2009, 1 ss. Il ridimensionamento del ruolo svolto dalla disciplina giuslavoristica nazionale, legislativa e costituzionale, si è reso particolarmente evidente negli ultimi anni nelle vicende che hanno interessato la regolamentazione del distacco temporaneo di lavoratori nell'ambito di prestazioni transnazionali di servizi, sulle quali sia consentito rinviare a F. Angelini, *L'Europa sociale affidata alla Corte di Giustizia: «sbilanciamento giudiziale» versus «omogeneità costituzionale»*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Napoli, 2010, vol. II, 1501 ss.

[10] B. Amoroso, *Dumping sociale e integrazione europea*, in A. Amos – B. Veneziani (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, Roma, 2009, 72.

[11] “A far data dalla entrata in vigore del Trattato di Maastricht, ma con una storia che affonda le proprie radici fino alle origini del processo di integrazione comunitaria, le disposizioni costituzionali relative al lavoro hanno subito una forte pressione distorsiva quanto ad effettività delle garanzie in esse presupposte”: F. Bilancia, *Il valore del lavoro come principio costituzionale di integrazione*, in G. M. Salerno (a cura di), *I diritti dell'altro. Un'analisi comparata dei processi di integrazione nell'area euromediterranea*, Macerata, 2008, 16. In tema si vedano le considerazioni di L. Patruno, *La caduta del «principio lavorista». Note a margine di Laval e Viking: un'innovativa giurisprudenza CE fondata su antiche disuguaglianze*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 524 ss.

[12] Le complesse dinamiche create dalle asimmetrie fra politica monetaria (unica) e politica economia e finanziaria (ancora affidata ai singoli stati membri) sui diritti sociali e, più in generale, sulla forma di Stato sono spiegate in due recenti lavori di F. Bilancia, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e Unione monetaria*, in *Rivista Aic*, n. 2/2014, 1 ss. e Id., *Spending Review e pareggio di bilancio. Cosa rimane dell'autonomia locale*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2014, 61 ss.

[13] Cui è seguito, nel 2013 con il Governo Letta, il d.l. n.76/2013, convertito in l. n. 99/2013.

[14] Nella quale si chiedeva espressamente una “profonda revisione della disciplina relativa alle assunzioni ed ai licenziamenti dei lavoratori, prevedendo un sistema di assicurazione contro la disoccupazione ed un insieme di politiche attive del lavoro tali da facilitare la ricollocazione dei lavoratori nelle imprese e nei settori più competitivi”. Sulla lettera, con particolare riferimento al diritto del lavoro, si veda A. Perulli, V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la «rivoluzione di agosto del Diritto del lavoro»*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, <http://csdle.lex.unict.it>, 133/2011, 7 ss.; S. Sciarra, *Monitoraggio e valutazione: la riforma nella prospettiva delle politiche occupazionali europee*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro: commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Bari, 2013, 37, che nota come “l'intervento anomalo della BCE, che con difficoltà si può annoverare fra le fonti europee dotate di una precisa vincolatività nei confronti dei destinatari, ha attratto oltre misura l'attenzione dell'opinione pubblica e ha quasi esclusivamente polarizzato il dibattito politico, oltre che tecnico-giuridico,

sull'urgente necessita di riformare la disciplina dei licenziamenti". In generale, sulla portata della lettera nel dibattito costituzionalistico, cfr. le considerazioni di G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi*, Napoli, 2012, 82 ss. e di E. Olivito, *Crisi economico finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della BCE al Governo italiano*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014, 1 ss.

[15] Sulle declinazioni della flessibilità nel diritto del lavoro, si veda E. Ghera, *Il contratto di lavoro oggi: flessibilità e crisi economica*, cit., 689 ss.; sulla "flexisicurezza" si rinvia, più in generale a: T. Treu, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, cit., 610 ss., che sottolinea in particolare la diversità della sua applicazione fra gli Stati europei a cominciare dall'equilibrio fra i due termini flessibilità e sicurezza; F. Fontanarosa, *La riforma del mercato del lavoro tra flessibilità e sicurezza: come cambia la tutela giuridica del lavoratore nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, cit. 1 ss.; M. Cataldi, *Jobs Act: l'incerto equilibrio tra flessibilità e sicurezza*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2014, 1 ss.

[16] Si veda a proposito A. Guazzarotti, *Riforme del mercato del lavoro e prescrittività delle regole costituzionali sulle fonti*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 3/2014, 1 ss.

[17] Come messo ben evidenziato da A. Guazzarotti, *Riforme del mercato del lavoro e prescrittività delle regole costituzionali sulle fonti*, cit., *passim*, in relazione alla legge delega di attuazione della seconda parte del *Jobs Act*. Sul tema, più in generale, si veda R. Calvano, *La crisi e la produzione normativa del Governo nel periodo 2011-2013*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 3/2013, 1 ss.

[18] L'aspetto è ampiamente trattato da: E. Ghera, *Il contratto di lavoro oggi: flessibilità e crisi economica*, 687 ss.; S. Sciarra, *L'Europa e il lavoro, Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, cit., 2013, *passim*; R. De Luca Tamajo, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, cit., 715 ss.; T. Treu, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, cit., 597 ss.

[19] Così M. Miscione, «Jobs Act» con un primo decreto legge ed un ampio disegno di legge-delega, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2014, 305.

[20] Il decreto-legge appena approvato è stato chiamato subito "Jobs Act" dallo stesso Consiglio dei Ministri, si veda il *Comunicato stampa della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 12 marzo 2014*, in www.governo.it/Governo/ConsiglioMinistri/dettaglio.asp?d=75126.

[21] Si veda A. Bonanni, *Riforme, scatta il controllo Ue sull'Italia "subito lavoro, giustizia e burocrazia"*, in *la Repubblica* del 13.09.2014, 1.

[22] A. Guazzarotti, *Riforme del mercato del lavoro e prescrittività delle regole costituzionali sulle fonti*, cit., 1.

[23] M. Miscione, «Jobs Act» con un primo decreto legge ed un ampio disegno di legge-delega, cit., 305.

[24] A proposito, si rinvia, fra l'altro, alla sent. n. 10/2015 della Corte costituzionale, nella quale, proprio in relazione alla predeterminazione dei

requisiti di necessità ed urgenza per il ricorso al decreto-legge, la Corte sembra ammorbidire il proprio controllo grazie al ricorso all'argomento della crisi economica; il giudice delle leggi non solo ribadisce che il sindacato di costituzionalità si limita ai casi di «evidente mancanza» di tali presupposti, ma appare indirettamente ricavare la loro esistenza implicita nella «notoria situazione di emergenza economica» che sembrerebbe creare una situazione che consente per lo meno di escludere che il decreto-legge censurato «sia stato adottato in una situazione di evidente mancanza dei requisiti di necessità ed urgenza». In generale, sull'uso dell'argomento della crisi economia nella giurisprudenza della Corte costituzionale, cfr. M. Benvenuti, *La Corte costituzionale*, in F. Angelini - M. Benvenuti (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, cit., 375 ss.

[25] Si veda, in tema, la riflessione relativa al d.l. n. 34/2014 di G. Azzariti, *Audizione presso la Commissione Affari costituzionali della Camera dei Deputati sulla decretazione d'urgenza*, in *Federalismi.it*, Focus Fonti, n. 1/2014, 2: «La scelta del Consiglio dei ministri se adottare un decreto legge ovvero un disegno di legge appare dettata puramente da ragioni di opportunità o convenienza politica. Sì, il tempo di entrata in vigore della normativa può essere rilevante al fine di operare la scelta tra decreto o disegno, ma non necessariamente questa è legata all'urgenza di provvedere, semmai alla necessità del fare intanto qualcosa, per lasciare al dopo, alla via ordinaria del disegno di legge, il resto. Lo spaccettamento dei provvedimenti – in parte adottati con decreto, in parte con disegni di legge per una medesima materia – appare emblematico».

[26] C. Schmitt, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, cit., 23.

[27] Si veda ancora il *Comunicato stampa della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 12 marzo 2014*, cit.

[28] La lacunosità del testo approvato dal Governo emerge chiaramente anche dal solo confronto con il testo della legge di conversione (per il quale si veda *infra*), che reintroduce alcuni elementi importanti di garanzia per i lavoratori.

[29] Proprio l'assenza di tali valutazioni porta a dire che siamo di fronte a «riforme, motivate da esigenze soprattutto di “immagine” nel contesto politico»: V. Speciale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *WP CSDLE “Massimo D'Antona”*, <http://csdle.lex.unict.it>, 233/2014, 5.

[30] Si veda l'art. 1, comma 2, della l. n. 92/2012, che prevede espressamente: «Al fine di monitorare lo stato di attuazione degli interventi e delle misure di cui alla presente legge e di valutarne gli effetti sull'efficienza del mercato del lavoro, sull'occupabilità dei cittadini, sulle modalità di entrata e di uscita nell'impiego, è istituito presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, in collaborazione con le altre istituzioni competenti, un sistema permanente di monitoraggio e valutazione basato su dati forniti dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) e da altri soggetti del Sistema statistico nazionale (Sistan). Al sistema concorrono altresì le parti sociali attraverso la partecipazione delle organizzazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale dei datori di lavoro e dei lavoratori». Più ampiamente, su tale sistema di monitoraggio, si veda S.

Sciarra, *Monitoraggio e valutazione: la riforma nella prospettiva delle politiche occupazionali europee*, cit., 37 ss.

[31] Come rilevato dal Comitato per la legislazione nel parere reso sul decreto alla Commissione parlamentare competente il 26.03.2014, il cui testo è reperibile all'indirizzo

<http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2014/03/26/leg.17.bolo206.data20140326.com48.pdf>.

[32] Così V. Speciale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, cit., 6.

[33] Il database sulla flessibilità del mercato del lavoro messo a disposizione dall'OCSE utilizza l'*Employment Protection Legislation Index* (EPL), "l'indice che misura il grado di protezione dell'occupazione previsto dalla legislazione di un Paese. L'EPL, utilizzato in tutta la letteratura scientifica su questi temi, è attualmente il migliore indicatore esistente sul grado di rigidità del mercato del lavoro. Dopo una serie continua di affinamenti e aggiornamenti, oggi l'EPL viene elaborato dall'OCSE sulla base di 21 indici sintetici che, con una serie di pesi, consentono di stimare i due sottoindicatori che contribuiscono a comporre l'EPL: l'indicatore di protezione per i contratti a tempo indeterminato (EPRC) e l'indicatore di protezione per i contratti a tempo determinato (EPT). Complessivamente, tanto più la legislazione accentua la flessibilità del mercato del lavoro – eliminando protezioni, vincoli e costi per le imprese, intervenendo sulla disciplina dei contratti a tempo indeterminato e su quella dei contratti a tempo determinato – tanto minore è l'indicatore EPL. Dunque: più flessibilità significa meno EPL": R. Realfonzo, G. Tortorella Esposito, *Gli insuccessi della liberalizzazione del mercato del lavoro*, cit.

[34] Si veda ancora T. Treu, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, cit., 612: "in particolare l'OCSE conferma l'importanza di politiche universali di tutela dei lavoratori contro gli "economic downturns", appoggiate da efficaci politiche di attivazione".

[35] A proposito della quale, in senso critico, si è detto che più che parlare di una "semplificazione" bisognerebbe parlare di un vero e proprio "snaturamento" di una forma contrattuale: M.V. Ballestrero, *Così si cambia l'eccezione con la regola*, in *Lavoro Welfare*, edizione online, n. 4/2014, 14.

[36] Sparisce, dunque, anche il requisito del "primo rapporto" di lavoro introdotto per il contratto "acausale" dalla riforma Fornero (l. n. 92/2012), possibile, fra l'altro, solo con una durata del contratto non superiore a 12 mesi.

[37] Si veda, in tal senso, M. Miscione, «Jobs Act» con un primo decreto legge ed un ampio disegno di legge-delega, cit. 307, "L'Europa è un rischio, ma positivo se impone una garanzia contro gli «abusi»".

[38] Come evidenziato da M. Cataldi, *Jobs Act: l'incerto equilibrio tra flessibilità e sicurezza*, cit., 8 ss.

[39] Fra l'altro proprio la compatibilità del decreto Poletti con la disciplina dell'Ue è stata fatto oggetto di un ricorso alla Commissione europea da parte della CGIL; si veda la *Denuncia alla Commissione Europea per la violazione da parte della Repubblica Italiana di obblighi derivanti da fonti normative*

dell'Unione Europea, il cui testo è reperibile al sito http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_929442410.pdf.

[40] La direttiva 1999/70/CE definisce il lavoratore a tempo determinato come «una persona con contratto e un rapporto di lavoro definiti direttamente tra datore di lavoro e lavoratore e il cui termine è determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico», tanto che, alla luce di tale definizione i dubbi di compatibilità fra direttiva e il d.l. n. 34/2014 appaiono più che giustificati; cfr. ancora sul punto, M. Cataldi, *Jobs Act: l'incerto equilibrio tra flessibilità e sicurezza*, 9, che richiama, a sostegno della tesi, anche alcune sentenze della Corte costituzionale e della Corte di giustizia dell'Ue sul ricorso abusivo al contratto a termine non compatibile con la disciplina dell'Ue. Sulla compatibilità della nuova disciplina del contratto a termine, ex d.l. n. 34/2014, al diritto eurounioniale, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, si rinvia a V. Leccese, *La Compatibilità della nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato con la Direttiva n. 99/70*, in *Rivista Giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2014, 709 ss. Da ultimo, una decisa presa di posizione da parte della Corte di giustizia dell'Ue contro l'abuso del lavoro a termine nella scuola si è avuta con la sentenza 26.11.2014, cause riunite C-22/13, C-62/13, C-63/13, C-418/13, R. Mascolo e a. c. Ministero dell'Istruzione dell'università e della Ricerca scientifica, sulla quale si veda la scheda di F. Fontanarosa su *Menabò di Etica ed Economia*, in www.eticaeconomia.it, 15.01.2015 e il commento di R. Calvano, *L'abuso dei contratti a tempo determinato nella scuola italiana, tra norme costituzionali e diritto dell'Unione europea*, in corso di pubblicazione su *Giurisprudenza costituzionale*.

[41] In realtà la fissazione di un tetto massimo di contratti a termine andrebbe a rafforzare l'altro limite, quello temporale dei tre anni; la direttiva dell'Ue, infatti, prescrive che, al fine di evitare abusi della contrattazione a termine, gli Stati membri sono tenuti ad introdurre almeno una tra tre misure espressamente indicate: «a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti»; così la clausola n. 5, Misure di prevenzione degli abusi, direttiva 1999/70/CE. In realtà, al di là di tali misure, la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Ue appare comunque riconoscere una valenza particolare al requisito della causalità dovuta a ragioni obiettive. Si veda, da ultimo, in particolare quanto riaffermato a proposito nella sentenza *Mascolo*, cit., (pt. 101-103): «Nell'applicazione della disposizione del diritto nazionale di cui trattasi, le autorità competenti devono quindi essere in grado di stabilire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia atto a raggiungere lo scopo perseguito e sia necessario a tal fine (v., in tal senso, sentenza Küçük, EU:C:2012:39, punto 34 e giurisprudenza ivi citata). Orbene, come la Corte ha già dichiarato in numerose occasioni, il rinnovo di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, non è giustificato ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro. Infatti, un utilizzo siffatto dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo

determinato e direttamente in contrasto con la premessa sulla quale si fonda tale accordo quadro, vale a dire il fatto che i contratti di lavoro a tempo indeterminato costituiscono la forma comune dei rapporti di lavoro»; e ancora «l'esistenza di una «ragione obiettiva» ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro esclude quindi, in linea di principio, l'esistenza di un abuso, a meno che un esame globale delle circostanze sottese al rinnovo dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato di cui trattasi riveli che le prestazioni richieste del lavoratore non corrispondono ad una mera esigenza temporanea (sentenza Küçük, EU:C:2012:39, punto 51)». In tema si rinvia a M. Casola, *Come è possibile abusare di contratti a termine legittimi?*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2013, 546 ss.

[42] *Comunicato stampa della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 12 marzo 2014*, cit.

[43] G. Balanti, *Apprendistato: La formazione, questa sconosciuta*, in *Lavoro Welfare*, edizione online, n. 4/2014, 13.

[44] Sia sufficiente confrontare i tempi concessi alle due assemblee per l'esame: Camera in prima lettura dal 20 marzo al 24 aprile e in seconda lettura dal 7 maggio al 15 maggio; Senato unica lettura dal 24 al 30 aprile. Il ruolo limitato del Senato, ma in relazione all'approvazione della legge delega costitutiva della seconda parte del *Jobs Act*, è sottolineato anche da V. Speciale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, cit., 10.

[45] Se ne veda la chiara sintesi del Presidente della XI Commissione Lavoro della Camera dei Deputati Cesare Damiano in C. Damiano, *Un decreto da correggere*, in *Lavoro Welfare*, edizione online, n. 4/2014, 4 ss.

[46] Di "significative novità" parla E. Gragnoli, *Ulteriori novità sul contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2014, 529.

[47] Da ultimo, sul requisito dell'omogeneità fra decreto-legge e legge di conversione, dopo la sent. Corte cost. n. 32/2014, si vedano i contributi di: P. Carnevale, *Giuridificare un concetto: la strana storia dell'«omogeneità normativa»*; A. Celotto, *Uso e abuso della conversione in legge*; A. Franco, *L'evidente disomogeneità tra decreto legge e legge di conversione nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale (a margine di Corte cost. n. 32 del 2014)*, tutti pubblicati in *Federalismi.it – Focus fonti*, n.1/2014.

[48] Parafrasando P. Calamandrei, *Cenni introduttivi sulla costituente e sui suoi lavori*, in Id., *Scritti e discorsi politici*, a cura di N. Bobbio, vol. II, Firenze, 1966, 461, che, come è noto, si riferì al concetto di rivoluzione.

[49] Si vedano in particolare gli interventi alla Camera di R. Speranza, seduta del 24 aprile 2014, in <http://www.camera.it/leg17/410?idSeduta=0218&tipo=stenografico#sedo218.stenografico.tito0040.sub00010.int00420>, e al Senato di P. Ichino, relatore di maggioranza del disegno di legge di conversione, e di C. Sacconi, Presidente della commissione lavoro, nella seduta del 29 aprile 2014, in <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=17&id=763017>.

[50] Si veda: *OECD Employment Outlook 2014*, L'Italia a confronto con altri paesi, Settembre 2014, <http://www.bollettinoadapt.it/litalia-confronto-con-gli-altri-paesi-settembre-2014/>. Dati sostanzialmente concordanti si possono trovare nel *focus* pubblicato su *Il Mattino* il 13.09.2014, 3.

[51] Emblematica, in tal senso, appare l'esperienza spagnola dove la liberalizzazione dei contratti a termine ha causato nel medio periodo un aumento dei contratti a termine, una perdita di giorni di lavoro e un progressivo abbassamento dei salari: T. Boeri, *Tanti contratti, poco lavoro*, in *Lavoce.info*, 28.03.2014.

[52] Si vedano i dati riportati su *Il Mattino* del 13.09.2014, 3.

[53] Si rinvia ancora al *Comunicato stampa della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 12 marzo 2014*, cit.

[54] Così: C. Saraceno, *Renzi, il Jobs Act e la precarietà infinita*, in *Lavoce.info*, del 18.03.2014.

[55] Si veda F. Bei, *Matteo contro tutti "non mi fermeranno"*, in *la Repubblica*, del 19.09.2014, 1 e 2.

[56] A. Guazzarotti, *Riforme del mercato del lavoro*, cit., 1.

[57] Così A. Guazzarotti, *Riforme del mercato del lavoro*, cit., 3, che ricorda come anche la legge Fornero è stata approvata "a tappe forzate, attraverso una compressione delle procedure", ricorrendo a voti di fiducia e in entrambi i casi con l'assillo di permettere ai relativi Governi di presentarsi "al tavolo europeo con l'ambita "riforma" del mercato del lavoro approvata"; infatti nel caso della legge Fornero, l'appuntamento era quello del Consiglio europeo del 28.06.2012, nel caso della legge delega sul *Jobs Act* era il vertice europeo sull'occupazione dell'8.10.2014, tenutosi a Milano; cfr. su quest'ultimo punto F. Bei, *Matteo contro tutti "non mi fermeranno"*, cit.

[58] V. Speciale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, cit., 9, secondo il quale il testo "è carente nella puntuale identificazione degli oggetti da regolare oltre che generico nei settori di intervento".

[59] Sia sufficiente rinviare al contenuto dell'art. 1, comma 7, lett. a) e i) della l. n. 183/2014, che in difetto di qualsiasi principio e criterio direttivo affida al Governo l'ampio mandato di «individuare e analizzare tutte le forme contrattuali esistenti, ai fini di poterne valutare l'effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale, in funzione di interventi di semplificazione, modifica o superamento delle medesime tipologie contrattuali», e di operare l'«abrogazione di tutte le disposizioni che disciplinano le singole forme contrattuali, incompatibili con le disposizioni del testo organico semplificato, al fine di eliminare duplicazioni normative e difficoltà interpretative e applicative». In argomento, si veda quanto precisato, a suo tempo, da A.A. Cervati, *Legge di delegazione e legge delegata*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, vol. XXIII, 1973, 950 che individuava nei principi delle "norme programmatiche realmente utilizzabili con riferimento all'ambito degli «oggetti definiti»", e nei criteri direttivi delle

“enunciazioni di finalità da perseguire o di specifiche modalità idonee a guidare l’attività normativa del Governo”. Occorre precisare che, nonostante nella prassi “le leggi di delega generalmente rispettano le condizioni richieste dall’art. 76 Cost., anche se spesso con un tasso elevato di vaghezza ed elasticità”, ampiamente tollerato dalla Corte costituzionale (A. Celotto, E. Frontoni, *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Enciclopedia del Diritto*, agg., Milano, vol. VI, 2002, 703-704), nel caso richiamato, ci si trova di fronte a una totale assenza di tali principi e criteri direttivi. Sull’erosione dei limiti costituzionali imposti dall’art. 76 Cost. e sulla relativa giurisprudenza costituzionale, oltre all’opera da ultimo citata, si vedano: E. Frontoni, *Il decreto legislativo al cospetto della Corte costituzionale: vecchie questioni e nuovi profili problematici*, in M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzanella (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, 2012, 37 ss.; F. Politi, *Delega legislativa* (agg.), in *Enciclopedia giuridica*, Roma, vol. XI, 2006, 1 ss.

[60] V. Speciale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, cit., 10.

[61] Sulla quale ci si limita a rinviare, in questa sede, a F. Fontanarosa, E. Paparella, *Il demansionamento nel Jobs Act: rischi di rioggettivizzazione del lavoro e diritti inviolabili*, in *Menabò di Etica ed economia*, in www.eticaeconomia.it, 16.03.2015.

[62] Appare utile ricordare come “gli artt. 13 e 18 dello Statuto dei lavoratori sono i prodotti normativi più penetranti che in venticinque anni di storia il 1° comma dell’art. [4 Cost.] in esame abbia generato”: G.F. Mancini, *Art. 4*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna-Roma, 1975, 241.

[63] In base, infatti, all’art. 1, comma 7, lett. c) la tutela interna al rapporto appare estremamente circoscritta limitandosi «il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato».

[64] Sul punto si vedano le osservazioni di S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 1/2015, 2, che mette ben in evidenza come il contratto a tutele crescenti per come viene configurato dalla l. n. 183/2014, che si riferisce genericamente “alle nuove assunzioni a tempo indeterminato”, consente “una sovrapposizione (e, per così dire, una tale «confusione tipologica») col formante contrattuale basilare del lavoro subordinato”, ex art. 2094 cod. civ.

[65] “Nel lavoro si realizza pertanto la sintesi fra principio personalistico (che implica la pretesa all’esercizio di un’attività lavorativa) a quello solidarista (che conferisce a tale attività carattere doveroso”: C. Mortati, *Art. 1*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, cit., 12). Sulle strette connessioni fra lavoro e Costituzione si rinvia anche a M. Mazziotti, *Lavoro*, cit., 355 ss. Da ultimo, per l’affermazione che nella Costituzione sia accolta una nozione estremamente ampia di lavoro nella quale si compie “quella saldatura tra realizzazione individuale e riconoscibilità sociale su cui si gioca la capacità di progresso di una comunità”, vedi R. Nania, *Riflessioni sulla «costituzione economica» in Italia: il «lavoro» come «fondamento», come «diritto», come*

«*avere*», in E. Gnera - A. Pace (a cura di) *L'attuata dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Napoli, 2009, 68. Per una visione che tenga conto della difficile attuazione delle disposizioni costituzionali sul lavoro, anche alla luce delle problematiche dell'integrazione europea si vedano: G. Loy, *Una Repubblica fondata sul lavoro*, ivi, 3 ss.; G. Ferrara, *Il lavoro come fondamento della Repubblica e come connotazione della democrazia italiana*, in G. Casadio (a cura di), *Diritti sociali e lavoro nella Costituzione italiana*, Roma, 2006, 199 ss.; G. Rescigno, *Lavoro e Costituzione*, in *Diritto pubblico*, 2009, 21 ss.

[66] Sulla contrapposizione fra la nozione ampia di lavoro, accolta nella Costituzione, e la nozione multiforme di lavori, coincidente con le "singole forme di manifestazione del lavoro", si sofferma M. Luciani, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2010, 629.

[67] Sul lavoro inteso, non solo come strumento di sostentamento, ma anche come strumento di affermazione e sviluppo della propria personalità, si vedano M. Luciani, *La produzione della ricchezza nazionale*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2008, 6; M. Benvenuti, *Lavoro*, cit., 4, che richiama in tal senso la sentenza della Corte costituzionale n. 60/1991. Nello stesso senso, D. Bifulco, *Art. 35*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 722: "dal momento che la Costituzione italiana non si ispira ad una visione economicistica della vita umana... il principio di tutela del lavoro ex art. 35 deve coordinarsi con (e anzi, ritenersi subordinato al) principio di tutela della persona umana".

[68] "Se è vero che la connotazione che identifica la condizione umana è il lavoro, è vero anche che è il lavoro che la qualifica. È vero anche che riconoscere dignità alla condizione umana equivale a riconoscere dignità alla condizione umana di lavoratrice e di lavoratore": G. Ferrara, *Il lavoro come fondamento della Repubblica e come connotazione della democrazia italiana*, cit., 200.

[69] "Il lavoro (...) traccia le coordinate del campo possibile (in quanto eticamente accettabile) della libertà umana, sicché non v'ha libertà (accettabile) al di fuori di quel campo. Fondare la Repubblica democratica sul lavoro, dunque, significava soprattutto manifestare la volontà di *fondare la Repubblica su un elemento profondamente egualitario e addirittura universalistico*, su un dato insuperabilmente umano"; così M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, Relazione al Convegno annuale AIC 2011, in *Diritto e Società*, 2011, 679, corsivo dell'autore, che precisa, ivi, 680, come "la libertà che si radica nel lavoro è anzitutto quella politica (evocata dal riferimento alla natura democratica della Repubblica)".

[70] Ad un "accentuato 'decisionismo' del Governo Renzi" nei confronti delle Assemblee parlamentari, che "testimonia il totale esautoramento della funzione parlamentare", si riferisce V. Speciale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, cit., 10. Sul punto si veda anche il giudizio ampiamente critico di S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, cit., 3,

secondo il quale l'approvazione del *Jobs Act* ha fatto venir meno "qualunque traccia" di «dialogo sociale».

[71] Si tratta dei decreti legislativi su: "tutele crescenti", "ammortizzatori sociali", "conciliazione dei tempi vita-lavoro", "tipologie contrattuali", i cui testi, pubblicati il 20 febbraio 2015, sono reperibili o sul sito:<http://www.governo.it/Notizie/Palazzo%20Chigi/dettaglio.asp?d=77932>, o su quello www.lavoce.info, sezione documenti.

[72] Si tratta del d.lgs. n. 23 del 04.03.2015, *Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183* e del d.lgs. n. 22 del 04.03.2015, *Disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in caso di disoccupazione involontaria e di ricollocazione dei lavoratori disoccupati, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*, in G.U. n. 54 del 06.03.2015.

[73] La Presidente Boldrini, sfiorando lo scontro istituzionale, ha accusato il Presidente del Consiglio di essere "solo al comando", si vedano *la Repubblica* e *Il Sole 24 Ore* del 22.02.2015, 2.

[74] Il parere favorevole, ma approvato con condizioni, è reperibile al sito:
[http://www.camera.it/leg17/824?](http://www.camera.it/leg17/824?tipo=A&anno=2015&mese=02&giorno=17&view=filtered_scheda&commissione=11ata.20150217.com11.allegati.allo0010)

http://www.camera.it/leg17/824?tipo=A&anno=2015&mese=02&giorno=17&view=filtered_scheda&commissione=11ata.20150217.com11.allegati.allo0010.
Nelle specifico si chiedeva al Governo rivedere la disciplina dei licenziamenti collettivi mantenendo la validità dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

[75] A proposito dell'intervento delle commissioni parlamentari nel procedimento di formazione dei decreti legislativi è utile ricordare che tale prassi si è andata sempre più affermando negli ultimi anni; infatti "il primo elemento che ha contribuito a modificare la struttura della delegazione legislativa è rappresentato dalla stabile previsione nelle leggi di delega di disposizioni che impongono al Governo l'obbligo di acquisire il parere delle commissioni parlamentari competenti, o di commissioni istituite *ad hoc*, sugli schemi di decreti legislativi": E. Frontoni, *Pareri e intese nella formazione del decreto legislativo*, Napoli, 2012, 15.

[76] S. Ceccanti, *I decreti del Jobs Act, nessun vulnus alla democrazia parlamentare*, in *Huffigton post*, del 24.02.2015, che cita i dati statistici relativi al periodo 28 aprile 2006 - 22 dicembre 2012, contenuti nel volume a cura di L. Duilio, *Politica della legislazione, oltre la crisi*, Bologna, 2013: "I rilievi sono di due tipi: soft (le cosiddette osservazioni) e hard (le cosiddette condizioni). L'accurato studio distingue ognuna di queste due tipologie in quattro sotto-tipologie: di richiamo alla delega, tecnico procedurali, di drafting e sostanziali. Se ci concentriamo solo su queste ultime, le medie statistiche sono le seguenti: sono state accolte il 43,4% delle osservazioni sostanziali Camera e il 45,2% di quelle Senato; il 63,5% delle condizioni sostanziali Camera e il 61,3% delle condizioni sostanziali Senato. A questi dati quantitativi di medie statistiche lo studio aggiunge però anche un'osservazione qualitativa, secondo cui ci sono fortissimi sbalzi di recepimento tra deleghe diverse. Ad esempio si segnala che in due casi di forte rilievo politico, gli impianti di energia nucleare e il ricorso collettivo per l'efficienza della Pubblica amministrazione e dei concessionari di servizi pubblici, ben poche osservazioni e condizioni sono state recepite dal

governo .

[77] Si deve sottolineare come l'inserimento di ulteriori passaggi parlamentari e di ulteriori occasioni di dialogo fra legislatore delegante e legislatore delegato attraverso i pareri consultivi delle commissioni parlamentari sugli schemi di decreto si pone "in stretta connessione con la formulazione di leggi di delega, da un lato, prive (o quasi) di principi e criteri direttivi e, dall'altro, caratterizzate da un'eccessiva ampiezza dell'oggetto del potere delegato. Il Parlamento insomma rinuncia a delimitare il potere del Governo in sede di adozione della delega, pensando di recuperare nella fase dell'attuazione del decreto legislativo"; E. Frontoni, *Pareri e intese nella formazione del decreto legislativo*, cit., 18.

[78] Sia sufficiente richiamare due decisioni della Corte costituzionale relative all'ammissibilità di quesiti referendari sull'art. 18 dello Statuto dei lavoratori in cui appare chiaro come la l. n. 300 del 1970 sia qualificata come direttamente attuativa di norme costituzionali; nella sent. n. 46/2000 la Corte, chiamata a valutare l'ammissibilità di un quesito referendario finalizzato all'abrogazione dell'art. 18 dello Statuto, come modificato dalla l. n. 108/1990, riconosce che «la disposizione oggetto del quesito è indubbiamente manifestazione di quell'indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 della Costituzione»; successivamente, nella sent. 41/2003, chiamata a valutare un quesito referendario finalizzato questa volta ad ampliare la portata dell'art. 18 della l. n. 300/1070, la Corte sottolinea nuovamente come «la materia dei licenziamenti individuali è oggi regolata, in presenza degli artt. 4 e 35 della Costituzione, in base al principio della necessaria giustificazione del recesso e del potere di adire il giudice (...) in caso di licenziamento arbitrario»; in entrambe le pronunce la Corte rimette la decisione sulle «forme di garanzia» alla discrezionalità del legislatore o all'intervento referendario. Sul punto, si rinvia alle ampie considerazioni di M. Benvenuti, *Lavoro*, cit., 13.

[79] L'assenza di "qualsiasi forma di dialogo sociale" nella gestazione della nuova legislazione del lavoro è sottolineata da F. Carinci, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in F. Carinci - M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, e-Book ADAPT, Modena, 2015, 4.

[80] Se si pensa che la riforma mette in discussione la possibilità per il lavoratore di mantenere le mansioni per cui si è stati preparati, ma soprattutto elimina la principale garanzia della stabilità dell'occupazione nella forma della tutela reale del posto di lavoro contro il licenziamento illegittimo, "trascurando l'incommensurabilità costituzionale di tale forma di tutela a fronte di quella c.d. obbligatoria, perché solo la prima e non la seconda (...) consente l'esercizio di quella funzione fondamentale di emancipazione e di socializzazione che proprio il lavoro – e non un'indennità, per quanto cospicua – può svolgere": M. Benvenuti, *Lavoro*, cit., 13.

[81] Ad una "strategia di «svalutazione interna competitiva»" si riferisce S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, cit., 3.

[82] V. Speciale, *Contratto a tutele crescenti e nuova disciplina dei licenziamenti*, relazione tenuta al seminario organizzato dalla CGIL Lazio il 2 febbraio 2015, dal titolo: *Jobs Act. La tutela decresce*, 2 del dattiloscritto. La

relazione e reperibile sul sito <http://www.lazio.cgli.it>.

[83] Di “commedia degli inganni” parla S. Giubboni, *Il contratto a tutele crescenti e la Costituzione*, in *Menabò di etica ed economia*, www.eticaeconomia.it, 16.02.2015, ora anche in Id., *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, cit., 2; ma si veda anche T. Boeri, *Perché i giovani si sentono beffati*, in *la Repubblica* del 20.12.2014, 37.

[84] Oltre a quelli già forniti relativi all’OCSE, si veda anche quanto afferma T. Boeri, *Perché i giovani si sentono beffati*, cit., che sottolinea come nel mese di novembre 2014, nonostante una situazione economica sicuramente migliorata rispetto all’anno precedente, i dati dei contratti di lavoro a tempo indeterminato abbiano registrato una flessione del 15% rispetto allo stesso mese dell’anno prima.

[85] Si veda quanto riportato da *Il Sole 24 Ore* del 31.01.2015, 1, 3, che segnala in un mese novantatremila posti di lavoro in più con un + 0,4 % di incremento dell’occupazione in base a dati rilevati dell’ISTAT, che individua segni chiari di ripresa del PIL con un recupero della domanda interna, ma si sottolinea immediatamente, da parte di A. Orioli, *Buon segnale in attesa del Jobs Act*, ivi, 1, che in questa ripresa “il Jobs Act non c’entra”, individuando altre ragioni di ripresa della domanda: euro debole, inondazione di liquidità da parte della BCE, prezzo basso del petrolio, ma soprattutto i forti incentivi in sgravi fiscali per i nuovi assunti introdotti dalla legge di stabilità, e che permettono un risparmio pari a 8000/9000 euro all’anno per ogni nuovo assunto a tempo indeterminato. Per capire l’entità del vantaggio economico introdotto dalla legge di stabilità per le imprese che assumono a tempo indeterminato, anche con una comparazione con le cifre che dovrebbero indennizzare in caso di licenziamento illegittimo dei nuovi lavoratori assunti, si rinvia a F. Patriarca, M. Raitano, *Nelle pieghe del Jobs Act: sgravi fiscali, occupazione e oneri per il bilancio pubblico*, in *Menabò di etica ed economia*, www.eticaeconomia.it, 01.04.2015. Va inoltre segnalato come, a fronte del dato positivo di gennaio 2015 sull’occupazione, l’ISTAT, abbia rilevato dati molto meno incoraggianti sull’andamento dell’occupazione nel mese di febbraio 2015; si evidenzia, infatti, in quel mese un + 1,3 della disoccupazione giovanile e un aumento generale della disoccupazione dello 0,2, dati che segnano una drammatica battuta d’arresto dei segnali ottimistici dei due mesi precedenti. Le cifre sono reperibili su: http://www.repubblica.it/economia/2015/03/31/news/disoccupazione_istat_il_tasso_a_febbraio_risale.

[86] S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, cit., 2, che imputa proprio tale aspetto come centrale in quella “commedia degli inganni” consumata dal Governo con il piano *Jobs Act* cui si è fatto ripetutamente riferimento.

[87] Sono stati proprio Tito Boeri e Pietro Garibaldi, che possono essere indicati come gli ideatori in Italia del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (si veda: P. Garibaldi, T. Boeri, *Dal vicolo cieco della stabilità*, in *Lavoce.info*, 06.11.2006), a sollecitare in più occasioni tali modifiche; cfr.: T. Boeri, *Perché i giovani si sentono beffati*, cit., 37; P. Garibaldi, *Il contratto a tutele crescenti è legge. Una buona notizia?*, in *Lavoce.info*, 24.02.2015.

[88] P. Garibaldi, T. Boeri, *Dal vicolo cieco della stabilità*, cit.

[89] S. GIUBBONI, *Il contratto a tutele crescenti e la Costituzione*, cit., 1.

[90] Tanto che il segretario generale della CGIL, Susanna Camusso ha ribattezzato tale contratto “il contratto a monetarizzazione crescente”, *la Repubblica* del 20.12.2014, 30.

[91] “La definizione sociale della dignità concretizza il significato del riconoscimento perché lo rapporta alla condizione permanente in cui è situato il soggetto come termine di relazione con le condizioni, le forme ed i modi in cui si struttura la società”: G. Ferrara, *La pari dignità sociale*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, tomo II, Milano, 1974, 1099.

[92] Sul lavoro come diritto ci si limita a rinviare a M. Benvenuti, *Lavoro...*, cit., 6.

[93] M. Benvenuti, *Lavoro...*, cit., 7.

[94] Un’occupazione che “fosse saltuaria e intermittente assumerebbe un carattere aleatorio che lascerebbe non soddisfatta la pretesa”: C. Mortati, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, (1953), in Id., *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 147.

[95] A proposito si rinvia alle belle pagine di S. Niccolai, *E il giudice che ne sa? L’art. 18 e i modi di ragionare degli assolutismi di ieri e di oggi*, in *Menabò di Etica ed Economia*, www.eticaeconomia.it, 03.11.2014.

[96] F. Bilancia, *Spending Review e pareggio di bilancio. Cosa rimane dell’autonomia locale*, cit., 47,

[97] Idea che appare non contrastata dalla recente giurisprudenza costituzionale. Deve essere sottolineato, infatti, che il diritto alla stabilità e alla continuità del posto di lavoro contro i licenziamenti illegittimi, come diritto desumibile dell’art. 4 Cost., sia stato affermato dalla Corte costituzionale in molteplici pronunce, si vedano le sentenze: n. 106/1062, nella quale sulla base dell’art. 4 Cost. si chiede al «legislatore di emanare norme che, direttamente o mediatamente, incidono nel campo dei rapporti di lavoro»; nn. 45/1964 e 194/1970, nelle quali l’art. 4 «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»; n. 2/1986, in base alla quale «dall’art. 4 Cost. discendono principi che esprimono l’esigenza di un contenimento della libertà di recesso del datore di lavoro e l’ampliamento della tutela del lavoratore quanto alla conservazione del posto di lavoro». Questa giurisprudenza rappresenta il momento più alto della tutela della stabilità del posto di lavoro poiché a partire da decisioni che si collocano in anni più recenti - si vedano le già citate sentt. nn. 46/2000 e 41/2003, relative al giudizio di ammissibilità di *referendum* sull’art. 18 l. n. 300/1970 - la Corte costituzionale manifesta un nuovo orientamento, in base al quale la tutela reale può anche non essere l’unico modo per tutelare il lavoratore contro di licenziamento illegittimo, essendo rimessa, in tali casi, alla discrezionalità del legislatore la scelta sulle «forme di garanzia». Appare chiaro come le recenti decisioni dei giudizi della Consulta lascino trasparire quello che è stato definito “una sorta di

agnosticismo costituzionale in tema di stabilità del lavoro che disconosce l'incisività e l'ineguagliabilità della tutela affidata al reintegro nel posto di lavoro nel caso di licenziamento illegittimo: così, M. Benvenuti, *Lavoro...*, cit., 13.

[98] Sulla complessa questione dell'analisi economica del diritto applicata al licenziamento individuale, si rinvia all'ampio lavoro di V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 3/2012, 530 ss., per la citazione 531.

[99]V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., 530.

[100] In questi termini ancora V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., 531.

[101] “Non v'è dubbio che il diritto a conservare il posto divenga «effettivo», come esige l'art. [4] in esame, solo quando i limiti al potere di recesso abbiano carattere reale”: G.F. Mancini, *Art. 4*, cit., 241.

[102] Si vedano: T. Treu, *Art. 35*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, cit., 1979, 2 ss.; D. Bifulco, *Art. 35*, cit., 721 ss.; C. Tripodina, *Art. 35*, in *Commentario breve alla Costituzione a cura di S. Bartole - R. Bin*, Padova, 2008, 346 ss.

[103] Si veda quanto sostenuto già da C. Esposito, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, (1948), in Id., *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 14: “negli articoli 35 e seguenti, il lavoratore si contrappone al datore di lavoro ed in genere è il lavoratore subordinato”. Negli stessi termini: T. Treu, *Art. 35*, cit., 3 e 4; C. Tripodina, *Art. 35*, cit., secondo la quale “la collocazione sistematica dell'articolo 35 accredita l'idea per cui il soggetto tutelato sarebbe il lavoratore «contraente debole» (...); non anche il datore di lavoro-imprenditore”. Sostiene che “nel raggio di azione del principio di tutela del lavoro ex art. 35, 1° co., non possa ritenersi compreso anche il datore di lavoro” D. Bifulco, *Art. 35*, cit., 723, che richiama tuttavia l'attenzione sul fatto che parte della dottrina e la giurisprudenza costituzionale abbiano esteso il principio di tutela ex art. 35, comma 1, anche ai lavoratori autonomi e agli artigiani, ivi 724.

[104] Così T. Treu, *Art. 35*, cit., 4.

[105]D. Bifulco, *Art. 35*, cit., 723.

[106]In particolare, già in riferimento alla l. n. 92 del 2012 si è sottolineato come il licenziamento per motivi economici sottratto alla tutela reale abbia riconosciuto “una più forte protezione rispetto al passato agli interessi del datore di lavoro, C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, relazione al XXVIII convegno annuale dell'Aic, in *Rivista Aic*, fasc. 4/2013, 17. Più in generale è al diritto dell'Ue e, in particolare, alla Carta dei diritti dell'Ue, che considera il lavoro “un diritto tra i tanti, da tutelare insieme a quelli dell'impresa”, che imputa la sostanziale equiparazione fra i diritti dei lavoratori e dei datori di lavoro G. Azzariti, *Brevi notazioni sulle trasformazioni del diritto costituzionale e sulle sorti del diritto del lavoro in Europa*, in *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, cit., 152; l'Autore, inoltre, sottolinea come da tale situazione emergano due differenze di rilievo

con la tutela costituzionale: è impossibile per i lavoratori di vedersi riconosciuta la “possibilità di «statuto» privilegiato” e il venir meno delle “distinzioni tra diritti fondamentali e non”. Sottolinea, infine, la vaghezza e l’indeterminatezza della Carta dei diritti dell’Ue proprio in relazione ai diritti sociali. M. Barbera, *Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, <http://csdle.lex.unict.it>, 95/2012, 6-7.

[107] Così T. Treu, *Art. 35*, cit., 2, che aggiunge: “la qualificazione dell’attività dell’imprenditore come lavoro oggetto di tutela nell’art. 2060 cod. civ. è una diretta derivazione dell’ideologia corporativa, che voleva così sottolineare, con evidente mistificazione, l’omogeneità del contributo imprenditoriale e dei lavoratori subordinati all’impresa comunità e al superiore comune interesse della produzione nazionale”.

[108] D. Bifulco, *Art. 35*, cit., 723.

[109] G. Ferrara, *Il lavoro come fondamento della Repubblica e come connotazione della democrazia italiana*, cit., 205.

[110] G.F. Mancini, *Art. 4*, cit., 241.

Il principio di rappresentanza politica tra progressivo decadimento ed esigenze di rivisitazione*

di PAOLO STANCATI

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico - Università della Calabria

Abstract

La attuale crisi del principio di rappresentanza politica si riconnette, essenzialmente, al progressivo degrado del rapporto elettorale. Per restare al caso italiano i mali maggiori sono quelli che derivano dal “voto di scambio” nonché dal collegamento e dalla dipendenza degli eletti nei confronti delle élites affaristiche o, peggio, affaristico-criminali. Il presente lavoro intende analizzare criticamente, anche alla luce degli apporti provenienti da alcune democrazie avanzate, la vigente disciplina in materia di ineleggibilità, incompatibilità e, soprattutto, incandidabilità. Ciò al fine di individuare i punti di criticità e i possibili rimedi attraverso i quali restituire al principio in parola la sua originaria dignità. E', ovviamente, all'interno della Costituzione che occorre rinvenire i parametri cui la legge deve ispirarsi nel disciplinare, in particolare, la incandidabilità. Ed è alla luce delle norme costituzionali che può facilmente desumersi la differenziabilità dell'elettorato passivo rispetto a quello attivo e il diverso (e minore) grado di tutela del primo rispetto all'altro. Ciò si evince dalla presenza di una serie di norme che presuppongono la natura strumentale del “diritto ad essere eletti”, quali, innanzi tutto, gli artt. 51 e 54, Cost. Il primo abilita la legge a fissare i “requisiti” necessari all'accesso alle cariche elettive. Il secondo impone che il mandato elettivo si svolga nel rispetto del duplice canone, ivi enunciato, della “disciplina” e dell’“onore”.

The crisis currently affecting the principle of political representation mostly

relates to an increasing deterioration of the relationship between voters and elected representatives.

The Italian experience shows that the problem lies in the phenomenon of vote-buying and in connection and dependence of elected representatives towards business elites or, even worse, criminal organizations. The present study examines (also through a compared analyses of the most advanced western democracies) the body of current rules regulating the incompatibility and, above all, the ineligibility in order to identify the most crucial elements that shall define the principle of political representation in its core connotations. The parameters that shall inspire the rules regulating the ineligibility to the elective office will be identified within the Italian Constitution. In this regard, in the Italian Constitution there are different rules regulating passive and active voting right and, in particular, it establishes a lower degree of guarantees granted to the passive voting right. This is further confirmed by the presence of a set of constitutional rules establishing the instrumental nature of the "right to be elected". As a matter of example, we recall that Article 51 of the Italian Constitution enables the Parliament to set all the "requirements" to join the elective office. Likewise, we also recall that Article 54 of the Constitution establishes that the holder of a representative office shall always act, in the execution of its mandate, with "discipline" and "honor".

Sommario. 1. *L'accesso alle cariche elettive e la indifferibilità di un più efficace regime conformativo: posizione dei problemi.*- 2. *L'elettorato attivo e passivo: loro collocazione in Costituzione e loro differenziabilità in ordine al rispettivo regime protettivo.* - 3. *La centralità del parametro ex artt. 51, co. 1 e 54, co. 2, Cost.: il diritto ad essere eletto tra "eguale accessibilità" e "requisiti" necessari all'accesso e alla permanenza nelle cariche elettive.*- 4. *Il progressivo degrado del sistema politico-rappresentativo italiano e i possibili rimedi per farvi fronte: la contiguità (rousseauviana) fra elettori ed eletti.*- 5. *L'idem sentire (elusivo) del legislatore nazionale e regionale in ordine alla disciplina dei "requisiti" necessari all'accesso e alla permanenza nelle cariche elettive: in materia di ineleggibilità.* - 6. ... segue: *In materia di incompatibilità.*- 7. *Dei possibili esiti della crisi del principio di rappresentanza politica: presunta attualità dello Herrschmittiano e inipotizzabilità di nuovi "reggitori dello Stato in tempo di crisi".*- 8. *La rappresentanza politica come "male minore": attualità della fictio kelseniana (a malgrado dell'inarrestabile declino della centralità del parlamento e dell'annichilimento della originaria funzione dei partiti politici).*- 9. *Rappresentanza politica e difettosità del d.d.l. costituzionale in itinere (A.C. 2613): il superamento della rappresentanza della Nazione ex art. 67.*- 10. ... segue: *La ondivaga composizione (e denominazione) del "nuovo" Senato.*- 11. *Rappresentanza politica, cumulo di mandato ed esemplarità degli eletti: l'esempio francese della Loi organique n. 2014-125, "interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur".* - 12. *Forme eccentriche della rappresentanza politica negli enti territoriali "in via di estinzione": la sopravvivenza delle Province per opera di una legge ordinaria (certa) e in attesa della definitiva espunzione delle medesime per opera di una legge di revisione (incerta).*- 13. *Della (presunta) pertinenza ed estensibilità applicativa dei presidi ex art. 25, co. 2 e 27, co. 2, Cost. alla normazione in materia di incandidabilità, con particolare riguardo ai problemi suscitati dal*

a.lgs. 31 dicembre 2012 n. 235 (c.d. legge Severino): proflui ricostruttivi.- 14. ... segue: La (confusiva) ricomprensione, entro il medesimo ambito, di incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità, con particolare riguardo alla (opinabile) qualificazione della incandidabilità come species del genus ineleggibilità.- 15. Incandidabilità e garanzie ex art. 25, co. 2 e 27, co. 2, Cost.: analisi della giurisprudenza costituzionale (con particolare riguardo ai precedenti che inducono a ritenere esenti da vizi di legittimità le norme in materia di incandidabilità contenute nella c.d. legge Severino).- 16. ... segue: Brevi notazioni critiche sul c.d. caso De Magistris.- 17. ... segue: Gli apporti del giudice amministrativo e della Corte di cassazione.- 18. La (ragionevole) commisurazione delle cause ostative alla candidabilità e l'ampiezza del bilanciamento esperibile dal legislatore.- 19. Incandidabilità sopravvenuta del parlamentare in assenza di giudicato definitivo e (presunta) "opponibilità" del regime inerente allo status garantito ex art. 68 Cost.(ed ex art. 66 Cost.).

1. L'accesso alle cariche elettive e la indifferibilità di un più efficace regime conformativo: posizione dei problemi.

Le innovazioni recentemente introdotte in Italia^[1] per garantire la integrità ed esemplarità^[2] nello svolgimento delle funzioni pubbliche, segnatamente di quelle rappresentative, non paiono sufficienti, così come del resto quelle *in itinere*^[3], a garantire il rispetto dell'essenziale presupposto enunciato in Costituzione dall'art. 54, co. 2^[4], e desumibile da una serie di altre norme-principio ivi presenti, prima fra tutte quella ex art. 51, co. 1, introduttiva di una riserva assoluta di legge in relazione alla fissazione dei "requisiti" necessari ai fini dell'accesso alle cariche elettive e della permanenza nelle medesime^[5]. Tali due disposizioni, come meglio si vedrà più avanti, vanno costantemente lette in combinato e rappresentano, con gli artt. 65, co. 1, 67, e 122, co. 1, della Costituzione, l'asse portante dell'impianto normativo alla cui stregua, da un punto di vista logico-sistematico, si struttura il regime volto a salvaguardare la tenuta del principio di rappresentanza politica all'interno del vigente assetto ordinamentale.

La indifferibilità d'un nuovo e più severo regime, tale da soddisfare il fondamentale presupposto che si situa alla base del rapporto che intercorre fra elettore ed eletto, postula, prima d'ogni altra cosa, l'apprestamento d'una serie di misure atte ad indurre la compresenza, nel rapporto elettorale, della integrità degli eletti e degli elettori, ovvero della "disciplina" ed "onore" dei primi (ex art. 54, co. 2, Cost.) e della "dignità morale" dei secondi (ex art. 48, ult. co., Cost.)^[6]. E' allora evidente la necessità d'introdurre, *in primis* da parte della legislazione in materia di incandidabilità, rimedi assai più drastici e capillari volti - più che alla "moralizzazione" della vita politica, che è canone valoriale di incerta e ardua conterminazione precettiva, così come quello della "probità"^[7] - alla puntuale individuazione di un più esteso *corpus* di cause ostative all'accesso e alla permanenza nelle cariche elettive^[8], ovvero alla esclusione (ed espunzione) di quei candidati (e di quegli eletti) inidonei ad esser parte del rapporto elettorale; e la cui presenza in seno agli organismi rappresentativi (centrali e territoriali) diviene pernicioso in ordine al perseguimento dei fini primari sopra enunciati. Ciò, fermo restando, stante l'elevatissimo rango e la

deicatezza dell'ambito in esame, che il parametro del regime conformativo in discorso è - e deve permanere - quello desumibile dalle norme-principio costituzionali; e che la fonte primaria esplicitativa di tale assetto deve rinvenire all'interno di queste ultime, e non altrove, le matrici del proprio intervento.

2. L'elettorato attivo e passivo: loro collocazione in Costituzione e loro differenziabilità in ordine al rispettivo regime protettivo.

Alla stregua delle norme della Costituzione contenute nel Titolo IV della Parte seconda, e disciplinative dell'elettorato attivo e passivo, parrebbero più rigidi e severi i criteri introdotti nei confronti degli elettori - al fine di rendere attuabili i principi sopra cennati della integrità ed esemplarità - di quelli apprestati nei confronti degli eletti, dal momento che per i primi è previsto il triplice, e più conchiuso, parametro *ex art. 48, ult. co.*, e per i secondi quello, più vago, della "disciplina" e dell'"onore" *ex art. 54, co. 2*. Tale conclusione è, tuttavia, affrettata. Le norme che trattano della rappresentanza politica, e in specie della condizione del rappresentante (*artt. 51, co. 1, 54, co. 2 e 65, co. 1, Cost.*), sono, infatti, introduttive di una riserva assoluta di legge^[9], mentre dall'*art. 48, ult. co.*, può agevolmente desumersi la presenza di una vera e propria riserva rinforzata; e ciò, verosimilmente, a fini di garanzia in confronto all'esercizio del diritto elettorale attivo. Avendo riguardo alla disciplina attuativa del primo dei due plessi normativi in parola, il legislatore può, come si vedrà meglio fra breve, operare per il tramite di un apprezzamento discrezionale sufficientemente ampio - con particolare riferimento alla fissazione del significato dei richiamati concetti di "disciplina" e "onore" e della portata precettiva del termine "requisiti" (di cui all'*art. 51, co. 1*) - ma non può, come avverrebbe in presenza di una riserva relativa, circoscrivere il proprio intervento alla mera introduzione di una normazione di principio, abilitandone la prosecuzione alla fonte regolamentare^[10].

La indubbia duttilità prescrittiva rinvenibile nella formula contenuta nell'*art. 51, co. 1, cit.*, induce a ritenere che il Costituente abbia volutamente operato nel senso di legittimare un bilanciamento dai margini ampi. Si vuol dire che il riferimento ai "requisiti" contenuto nella norma in discorso postula una espansa attitudine innovativa in capo al legislatore, il quale è in tal senso abilitato ad approntare un regime conformativo dell'accesso alle (e della permanenza nelle) cariche elettive che prende luogo e sostanza dalla situazione "sottostante". Ciò che presuppone, a sua volta, la liceità della costante attualizzazione del regime sopra detto - e il suo eventuale irrigidimento - al fine di individuare quelle cause che inducono lo scadimento del rapporto elettorale e il degrado di quelle sue essenziali e necessarie connotazioni che il Costituente riconduce ai concetti di "disciplina" e "onore". E' poi ovvio, e deve in ogni caso permanere per fermo, che il cennato ampio potere conformativo da riconoscere alla fonte primaria nella materia *de qua* dovrà necessariamente sottostare al presidio di garanzia affermato nel primo inciso dell'*art. 51, co. 1, cit.*, per cui questa non potrà mai operare in termini violativi del precetto che presuppone (ed impone) l'accesso alle cariche elettive "in condizione di eguaglianza".

Diversa, e più ridotta, appare la attitudine innovativa della fonte primaria alla

stregua dell'art. 48, un. co., cit., in quanto la legge è obbligata ad attenersi, nel caso di specie, ai più puntuali elementi parametrici individuati dal disposto costituzionale ed a perseguire le sole finalità ivi espresse, "che circoscrivono la discrezionalità del legislatore in una o più direzioni"[11]. E' pur vero che l'accento alla "indegnità morale" del votante potrebbe far presumere anche qui la sussistenza di un grado di discrezionalità esteso, ciò che discenderebbe dall'essere, quello in parola, un criterio a sua volta essenzialmente valoriale che si potrebbe prestare, così come gli altri che si riconnettono alla "qualità" del rappresentante, ad un dinamico bilanciamento[12]. Si crede, tuttavia, che il riferimento al canone in parola debba leggersi in stretta correlazione con gli altri due riferimenti contenuti nell'ultimo comma dell'art. 48, cit.; per cui tale causa ostativa all'esercizio del diritto elettorale attivo deve reputarsi parte - insieme alle altre che attengono alla "incapacità civile" e alla "sentenza irrevocabile di condanna" - di un *unicum* normativo. In tal senso il canone della "indegnità morale" non assume una configurazione eccessivamente "autonoma" rispetto a queste ultime; mentre pare evidente, quanto alle cause ostative *ex art. 54, co. 2, cit.*, che il criterio ivi individuato, proprio perché sganciato da qualsivoglia altro presupposto parametrico, possa essere interpretato (e sviluppato in sede attuativa) in modo più ampio e dinamico.

Tal conclusione pare poi suffragata da un motivo assorbente, e cioè dal fatto che l'art. 48 si riferisce ad una situazione soggettiva di vantaggio la quale, sebbene afferente all'ambito dei diritti politici, va intesa - ai fini del trattamento e dell'eventuale regime limitativo introducibile da parte della legge - alla medesima stregua di un diritto inviolabile *stricto sensu* inteso, e come tale tutelata e garantita; e, in ogni caso, assai più garantita dell'altra, concernente il "diritto individuale di elettorato passivo"[13], la quale ultima, pur se a sua volta ascrivibile al novero delle garanzie in parola, manifesta una sua intrinseca minorità rispetto all'altra, soprattutto in virtù della più diretta - e formalizzata in Costituzione - connotazione funzionalistica. E' in forza di tali presupposti che la riserva rinforzata dovrebbe intendersi introdotta dal Costituente in relazione all'elettorato attivo; essendo la *ratio* della stessa, appunto, quella della sostantiva marginazione dell'intervento conformativo della legge. In tal senso non pare dubbio che il diritto attivo elettorale, in quanto *pleno iure* diritto originario e inviolabile[14], sia qualificabile alla stessa stregua dei diritti di libertà civile[15]. Ciò, ovviamente, solo avendo riguardo alla tendenziale omogeneità del rispettivo regime protettivo e, in specie, alla cennata limitata attitudine conformativa della fonte primaria; e ferma, in ogni caso, la differenziabilità dei diritti politici in esame rispetto alle libertà individualistiche in senso proprio.

Si è poc'anzi accennato al fatto che la situazione soggettiva che si collega all'elettorato passivo, pur potendo a sua volta esser definita come di vantaggio - ovvero come "diritto ad essere eletti"[16] -, non è integralmente assimilabile all'altra per il fatto che la Costituzione ne assume chiaramente la più diretta - e prevalente - strumentalità in confronto ad un interesse naturalmente e "necessariamente" alieno[17]: quello che, per i membri delle Camere parlamentari, discende dall'art. 67 Cost. e dalla raffigurazione, ivi contenuta, dell'eletto come rappresentante della Nazione[18] ed *a principio* estraneo ai condizionamenti riconnessi al mandato imperativo. E si badi che, mentre il principio riguardante la rappresentanza della Nazione subisce alcune

mutazioni, in specie in quegli organismi in cui la Costituzione stessa ne abilita la mutazione in quello della rappresentanza delle autonomie territoriali - situazione che si verifica, con ancora maggior evidenza, in riferimento agli interessi che debbono, o dovrebbero, esser perseguiti da coloro che ricoprono cariche elettive all'interno degli organismi rappresentativi regionali e locali -, il divieto di mandato imperativo va inteso in termini assoluti e "trasversali"[19]. A conferma di quanto ora detto si veda il disposto contenuto nell'art. 4, co. 1, lett. c), l. 2 luglio 2004, n. 165, il quale, in riferimento alla attitudine espansiva del principio in parola, qualifica il divieto di mandato imperativo come principio fondamentale cui debbono adeguarsi le Regioni nella disciplina della materia elettorale e, più in generale, degli ambiti di competenza concorrente collegati alla attuazione dell'art. 122, co. 1, Cost.

Va qui segnalato, a proposito della collocazione del regime di garanzia ascrivibile al diritto ad essere eletti, che la giurisprudenza costituzionale, anche recente, rimarca la detta strumentalità, in particolare laddove afferma che limiti al contenuto di tale diritto sono ammissibili in quanto "finalizzati alla tutela di un interesse generale, che presuppone un bilanciamento che deve operare tra il diritto individuale di elettorato passivo e la tutela delle cariche pubbliche, cui possono accedere e permanere solo coloro che sono in possesso delle condizioni che tali cariche, per loro natura, appunto richiedono" (ord. n. 276/2012).

3. La centralità del parametro ex artt. 51, co. 1 e 54, co. 2, Cost.: il diritto ad essere eletto tra "eguale accessibilità" e "requisiti" necessari all'accesso e alla permanenza nelle cariche elettive.

Il presupposto ineludibile che si desume dalla Costituzione in riferimento alla tutela del diritto ad essere eletto - e che rappresenta l'essenziale tratto comune ai due diritti politici, attivo e passivo - permane quello, contenuto nell'inciso dell'art. 51, co. 1, cit., evocativo (e confermativo) del principio di eguaglianza formale. E' soprattutto alla stregua di tale presidio, e in funzione della tutela della "eguale accessibilità" alle cariche elettive, che il diritto in questione può dirsi ascrivibile - come afferma costantemente la stessa Corte costituzionale - al *genus* dei diritti inviolabili. Quanto ora cennato, tuttavia, si crede valga per le limitazioni più gravi ed evidenti del diritto in esame, ovvero per quelle discriminazioni che determinano la lesione immediata del principio di eguaglianza formale. Ciò in quanto la presenza degli artt. 51, co. 1 e 54, co. 2, Cost. rende comunque esperibile un ampio bilanciamento da parte della legge; che dovrà tuttavia non discostarsi e, anzi, dovrà necessariamente perseguire, per ciò che concerne l'ipotesi in esame, gli scopi - collocabili, a tal stregua, su d'un livello equiordinato rispetto a quello della pari (o eguale) accessibilità - prefigurati dalle norme costituzionali ora evocate; interessi che potranno essere reputati contrapposibili all'esercizio e godimento del diritto e che, in particolare, non dovranno esser pretermessi dalla legge nella configurazione dell'eventuale assetto limitativo dell'elettorato passivo. Di tal che la legge che introducesse fattispecie conformative estranee al perseguimento degli interessi ora detti sarebbe, per ciò solo, lesiva del parametro costituzionale.

Si vuol dire che il diritto ad essere eletti, se non qualificabile come avente un "duplice volto" o una doppia natura (il che sarebbe inammissibile, in quanto un diritto o è tale nella sua integralità o non è un diritto), è, in ragione della sua natura funzionale, e della cennata sua strumentalità al perseguimento di interessi supraindividualistici, assoggettabile ad una serie di limiti assai più estesi di quelli che possono reputarsi leciti in confronto all'assetto di garanzia di una libertà individualistica in senso stretto, ovvero di un diritto di libertà civile. Se così non fosse, non si comprenderebbe la *ratio* che sottostà al riferimento ai "requisiti", la quale, invece, induce a ritenere possibili, e del tutto legittime, quelle limitazioni che prendono luogo, a loro volta, da un interesse situabile in Costituzione, quale quello della integrità dell'eletto (ex art. 54, co. 2), e tale da consentire finalità d'intervento non così tassative ed univoche, in ordine alla individuazione dei "casi" e dei "modi" di esercizio e godimento del diritto, quali dovrebbero rappresentarsi in presenza d'uno dei sopra richiamati diritti inviolabili di libertà civile *stricto sensu* intesi.

La situazione ora detta non è, alla fin dei conti diversa, quanto al regime che presiede alle eventuali limitazioni, da quella di altri diritti tipicamente funzionali, quali quelli di libertà economica. Come questi ultimi, il diritto ad essere eletto non perde la propria connotazione e qualificazione di diritto inviolabile per il fatto che la Costituzione ne ricollega l'esercizio (anche) agli interessi alieni sopra cennati. Ed è l'afferenza all'ambito dei diritti funzionali che legittima l'introduzione di un assetto restrittivo assai più intenso, ed individuabile in termini di più estesa discrezionalità da parte della fonte primaria[20]. La condizione ora vista può, allora, dirsi non dissimile da quella che si suole identificare ricorrendo al concetto di nucleo o contenuto essenziale; condizione che è tipica di quelle situazioni soggettive di vantaggio che, pur rappresentando un connotato ineliminabile all'interno dell'ordinamento costituzionale, sono passibili d'una serie intensa di limitazioni senza che ciò determini la incostituzionalità della legge. Il che presuppone che il diritto in esame debba comunque reputarsi insuscettibile d'esser inciso, nella sua natura e consistenza, in termini così elevati da determinare la irrimediabile espunzione di quegli elementi che ne costituiscono il corredo necessario e, appunto, "essenziale"; e che ne consentono la ascrivibilità all'ambito dei diritti propriamente "inviolabili". In altri termini - e volendo esemplificare - ciò per la proprietà privata o l'iniziativa economica privata è rappresentato, rispettivamente, dal riferimento alla "funzione sociale" e alla "utilità sociale", ovvero agli "scopi" che la stessa Costituzione identifica al fine di abilitare la azione conformativa della legge, per l'elettorato passivo è rappresentato dal riferimento alla "disciplina" e all'"onore", ovvero a quegli altri "scopi", a loro volta individuati in Costituzione (dall'art. 54, co. 2) e che valgono ad indurre analogo effetto in confronto all'intervento del legislatore.

Laddove, in particolare, non si faccia questione di limitazioni così ingenti ed estreme da provocare la immediata lesione del principio di eguaglianza, il diritto in rassegna può, dunque, tollerare una serie di vincoli e condizionamenti, purché questi ultimi trovino, a loro volta, fondamento in Costituzione. E, come s'è già avuto modo di sottolineare, l'elemento parametrico che assume rilievo affatto centrale nel bilanciamento effettuabile dal legislatore è, nella specie, quello che si desume dal combinato disposto degli artt. 51, co. 1 e 54, co. 2. E' la stessa lettera della Costituzione che si pone a supporto di tale conclusione, dal

momento che la formula contenuta nell'art. 51, co. 1, cit., manifesta un assetto dicotomico ed esprime due distinte attitudini precettive: il contenuto del primo inciso è quello in cui appare centrale il riferimento al presidio rappresentato dalla eguaglianza formale, l'altro è quello in cui assume significato prevalente il riferimento ai "requisiti". I due frammenti normativi vanno, se non scissi drasticamente, riguardati nel loro specifico portato; nel senso che, mentre il primo è evocativo del rigido criterio sopra cennato, il secondo è abilitativo, nei confronti della fonte primaria, d'un grado assai più espanso di discrezionalità. Se così non fosse non si comprenderebbe il ricorso all'inciso "secondo i requisiti stabiliti dalla legge". Si vuol dire che, se la disposizione costituzionale in esame fosse volta a sancire la operatività di un assetto protettivo improntato al solo principio d'eguaglianza, sarebbe stato sufficiente, da parte del Costituente, "fermarsi" al primo inciso. E', invece, la presenza del secondo frammento normativo che legittima – ed, anzi, impone – una interpretazione nei termini cennati. Non pare dubbio, infatti, che l'inciso in parola, se non contrapporsi all'altro che lo precede, il che sarebbe illogico presumere, induca una *deminutio* e un affievolimento, quanto meno rispetto al modo di strutturarsi del regime di garanzia del diritto in esame quale si sarebbe dovuto presumere sussistente in assenza della locuzione evocativa dei "requisiti".

Non è lecito, dunque, supporre che la porzione ora analizzata del disposto costituzionale sia da reputarsi ridondante o addirittura *inutiliter data*. Pertanto può senz'altro assumersi che il riferimento a tal elemento parametrico – e la riserva di legge assoluta che ad esso si riconnette – esprima un significato suo proprio e possieda una sua specifica attitudine prescrittiva; il che, poi, trova conferma nei numerosi altri disposti costituzionali che, a loro volta, sono introduttivi di una riserva di legge in ambiti *lato sensu* liminari (ancorché, come si vedrà, non confondibili) a quelli cui si riferisce l'art. 51, co. 1; con particolare riguardo agli artt. 65, co. 1 e 122, co. 1, Cost., ovvero a quelle norme-principio nelle quali è rinvenibile analoga *ratio* espansiva rispetto a quella inducibile dall'art. 51, co. 1, ed attraverso le quali la Costituzione ha inteso affidare alla legge la esplicitazione delle condizioni che legittimano l'accesso alle (e la permanenza nelle) cariche elettive.

Appare centrale, a proposito di quanto ora affermato, la *ratio* che sottostà all'art. 54, co. 2, Cost. E' tale disposto, infatti, che non solo legittima la ricostruzione qui accolta ma rafforza quanto detto in ordine alla maggiore duttilità dei canoni valutativi utilizzabili in riferimento al diritto in esame e, quindi, alla liceità di un bilanciamento più dinamico e di un utilizzo del criterio di ragionevolezza cui consegue la possibilità di uno scrutinio meno "stretto" da parte del giudice delle leggi. Sicché, ferma la incapacità del legislatore di prevedere ipotesi di discriminazioni del tutto "sganciate" dal parametro sopra detto della "pari accessibilità", ed in quanto tali immediatamente lesive del primo inciso dell'art. 51, co. 1 (oltre che dell'art. 3, co. 1, Cost.), si dovrà ritenere che, per ciò che concerne la normazione attuativa dei "requisiti" ricollegabili ai concetti di "disciplina" e – soprattutto – di "onore", il legislatore possa operare con quel grado di apprezzamento discrezionale ragionevolmente ampio più volte richiamato.

Mette conto segnalare, in proposito, la linea interpretativa accolta in seno alla giurisprudenza costituzionale, la quale sembra, in buona sostanza, non

discostarsi da quanto ora sostenuto (pur se, come si avrà modo di segnalare, non esente da alcune incongruenze). Invero, seppure è costante, in specie nelle pronunce che concernono la portata precettiva dell'art. 51, co. 1, Cost., la sottolineatura degli effetti che tal parametro produce in ordine ai limiti che la fonte primaria incontra nella individuazione dei "requisiti" - limiti che presuppongono, essenzialmente, un intervento normativo comunque insuscettibile di ledere il presidio consistente nel divieto di discriminazioni all'accesso alle cariche elettive (v. la sent. n. 235/1988) -, altrettanto costantemente la Corte costituzionale ammette una serie di interventi conformativi, purché supportati da "motivi adeguati e ragionevoli, finalizzati alla tutela di un interesse generale" (così, infatti, le sentt. nn. 25/2008 e 288/2007). E' sulla base di tale ultimo argomento che diviene inevitabile il ricorso ad un bilanciamento del tipo sopra cennato. Sicché, pur se le limitazioni all'elettorato passivo "devono essere contenute entro i limiti rigorosamente necessari al soddisfacimento delle esigenze di pubblico interesse, ricollegantisi alla funzione elettorale" (v. le sentt. nn. 306/2003, 132/2001, 141/1996), deve riconoscersi che l'art. 51, co. 1, cit., "sottintende il bilanciamento di interessi, cui le legislazioni statale e regionale, per quanto di rispettiva competenza, sono direttamente chiamate dalla Costituzione; bilanciamento che deve operare tra il diritto individuale di elettorato passivo e la tutela delle cariche pubbliche, cui possono accedere solo coloro che sono in possesso delle condizioni che tali cariche, per loro natura, appunto richiedono" (v. le sentt. nn. 25/2008 e 306/2003).

Semmai, una qual certa incoerenza del percorso argomentativo fatto proprio dalla giurisprudenza costituzionale, in ordine al tema qui trattato della graduazione dell'attitudine innovativa attribuibile alla fonte primaria, è, come s'avvertiva, riscontrabile avendo riguardo allo specifico profilo logico-sistematico. Nella ord. n. 276/2012, in particolare, nonché nelle sentt. nn. 25/2008 e 288/2007, la Corte qualifica con nettezza quello in esame come diritto individuale, oltre che inviolabile (si vedano pure, in termini analoghi, le sentt. nn. 141/1996, 571/1989 e 235/1988)[21]. Anche la sent. n. 306/2003 qualifica esplicitamente quello in esame come "diritto individuale di elettorato passivo". Ma è, appunto, la distanza che intercorre fra il presupposto - la natura propriamente individualistica del diritto - e la ampiezza della abilitazione nei confronti dei modi d'intervento della legge che lascia perplessi. S'è, infatti, poc'anzi cercato di sottolineare la estraneità dell'aggettivazione (e qualificazione) "individuale" ad una situazione di vantaggio che, seppur soggettiva, non possiede, in forza della sua chiara caratterizzazione funzionalistica, i caratteri tipici dei diritti di libertà civile. E si badi che quello in parola non è solo un rilievo d'ordine formale o, peggio, formalistico; poiché sottintende la collocazione "sostanziale" del diritto in esame e, dunque, i margini della sua possibile incidibilità. Se si è di fronte ad un diritto non già solo inviolabile ma propriamente individualistico non pare lecito sostenere la latitudine ed espansività dell'azione conformativa della legge nei termini esplicitati, in particolare, nelle sentt. nn. 25/2008 e 306/2003; azione che, nelle pronunce in discorso, presuppone sì un bilanciamento, ma non così "stretto"[22] e rigido quale dovrebbe reputarsi in presenza d'una forma di garanzia di tipo assoluto e che possiede, in quanto tale, il più elevato livello di protezione in Costituzione.

Le censure ora formulate paiono trovare conferma nel passo della cit. ord. n. 276/2012 in cui si assume che “spetta al legislatore, nel ragionevole esercizio della sua discrezionalità, attuare l’art. 51 della Costituzione, stabilendo il regime delle cause di ineleggibilità e incompatibilità”, dal momento che “possono accedere e permanere solo coloro che sono in possesso delle condizioni che tali cariche, per loro natura, appunto richiedono”. Tale ultima affermazione – che, peraltro, riproduce pressoché testualmente il passo, sopra riportato, presente nelle C. cost. nn. 25/2008 e 306/2003 – pare, poi, più una tautologia che un modo di definire esaustivamente i margini d’intervento della fonte primaria. E si ponga attenzione, in specie, a quanto affermato nella medesima ordinanza in ordine alla necessità di rinvenire, da parte della legge, “motivi adeguati e ragionevoli” che legittimino il regime restrittivo. Pare arduo ritenere che un diritto individualistico propriamente tale possa subire, per ciò che riguarda i modi di godimento e d’esercizio, limitazioni indotte da motivi “adeguati e ragionevoli”, e che tali limitazioni possano trovare la propria *ratio* giustificativa in determinate “condizioni”. Ciò che è, invece, lecito sostenere avendo riguardo al diritto (funzionale) ad essere eletto, poiché è dalla stessa Costituzione che si desume la condizione ora detta (e non da “insiemi” evanescenti di norme-principio chissà dove e chissà come enucleabili, che, peraltro, la giurisprudenza in rassegna neppure si fa carico di definire). Nelle pronunce sopra richiamate manca, poi, pressoché costantemente, il riferimento al più diretto elemento parametrico utilizzabile ai fini ora detti, ovvero alla più essenziale fra le norme-principio da cui desumere le condizioni in parola, cioè al disposto dell’art. 54, co. 2, Cost. e alla ineludibile raffigurazione del rappresentante quivi formalmente esplicitata.

E’, dunque, la (presunta) “ingombrante” presenza di un diritto non solo inviolabile ma assoluto e individualistico – e ciò che se ne dovrebbe derivare – che la Corte pare non tenere nel debito conto. Poiché se tale dovesse essere la natura del diritto in questione non sarebbe ammissibile quella lettura che sottintende un modo di rappresentarsi del regime di garanzia in termini troppo esili rispetto alle premesse date; né, tanto meno, l’esteso grado di innovatività consentito alla legge[23]. E sono questi i motivi per cui si ritiene che la linea interpretativa più adeguata sia quella, qui espressa, che, in riferimento al contenuto prescrittivo dell’art. 51, co. 1, letto in combinato con quello dell’art. 54, co. 2, Cost., s’incentra sulla compresenza dei due elementi parametrici – quello riferibile ai “requisiti” e quello inducibile dalla evocazione dei concetti di “disciplina” e “onore” – e, conseguentemente, sulla tipica caratterizzazione, nella ipotesi di specie, del bilanciamento; quanto meno rispetto al bilanciamento che sarebbe ammissibile in un contesto coperto dalle garanzie tipiche di un diritto individualistico di libertà civile.

4. Il progressivo degrado del sistema politico-rappresentativo italiano e i possibili rimedi per farvi fronte: la contiguità (rousseauviana) fra elettori ed eletti.

L’esigenza, palesata in avvio del presente lavoro, di un irrigidimento della disciplina che inerisce all’accesso e alla permanenza nelle cariche elettive[24], si mostra in modo ancor più evidente – sì che appare ormai indifferibile

l'apprestamento dei mezzi necessari per far fronte allo stato di crisi ora cennato - in un contesto, quale quello italiano, in cui la degenerazione del circuito politico-rappresentativo è un dato acquisito e "scientificamente" provato[25]; ed in cui la competizione elettorale è assoggettata, segnatamente in alcune aree geografiche e in alcuni bacini elettorali, alla primazia del voto di scambio[26] o, peggio, alla perversa collusione fra rappresentanza politica e criminalità organizzata[27]. Ma ciò che pare ancor più preoccupante, al di là di tali caratterizzazioni propriamente delittuose del rapporto intercorrente fra elettore ed eletto, è l'emersione all'interno del detto circuito e, in particolare, in seno a quello svolgentesi a livello regionale e locale, di veri e propri sistemi lucrativi che prendono forza e vigore dalla specialità del rapporto in parola, ovvero dalla contiguità e connivenza dei soggetti politici con gli esponenti della classe economico-imprenditoriale.

E' soprattutto in tali episodi, in forza della "normalità" e frequenza con cui essi si manifestano, che la posposizione, a seconda dei casi, dell'interesse della Nazione e di quello delle istituzioni territoriali - e il perseguimento dell'altro, personale ed egoistico - da parte dell'eletto, si muta nel vero e proprio dispregio del modello cui s'ispirava il Costituente, esplicitato e formalizzato, oltre che nell'art. 54, co. 2, nell'art. 67 Cost. Sì che si potrebbe ritenere che il divieto di mandato imperativo, ivi affermato - e implicitamente ribadito, per ciò che concerne la rappresentanza negli organismi elettivi regionali, dall'art. 122, co. 1[28] -, più che veder indebolita la propria originaria connotazione l'abbia definitivamente perduta, subendo una vera e propria mutazione genetica, e ribaltandosi in quello che potrebbe qualificarsi come divieto di mandato imperativo "altro da quello dei diretti referenti del rappresentante"; un vincolo di mandato, dunque, che accomuna, in un *pactum sceleris*, gli eletti alla rispettiva base affaristico-clientelare; come dimostra ormai incontestabilmente il moltiplicarsi degli episodi di corruzione che si caratterizzano per il rilievo e la centralità che in questi ultimi assume la partecipazione dei (presunti) rappresentanti della Nazione e delle istituzioni territoriali (in spregio alla funzione loro propria).

Gli è che la degradazione sopra detta del sistema politico-rappresentativo ha attinto in Italia un grado così espanso che è ormai arduo rinvenire una attività o iniziativa economica pubblica o privata - che presupponga una decisione politica o, comunque, il coinvolgimento e la "mediazione" d'un organismo elettivo - che possa dirsi immune, nonostante i recenti tentativi posti in essere per cercare di porvi rimedio, dai guasti indotti dal progressivo cedimento di quel canone essenziale che è rappresentato dalla integrità dell'eletto. Mette conto, a tal proposito, sottolineare che la progressiva erosione dei principi ora evocati sottintende un "crimine" di ancor più dirompente gravità, dal momento che gli episodi di "mala politica" poc'anzi cennati, sottintendono l'abiura di quella linea di pensiero, filosofica prima ancora che giuridica, che prende le mosse dalla raffigurazione platonica del rappresentante per come mirabilmente esplicitata nel III e V Libro della "Repubblica". Quivi, in effetti, trova la propria matrice l'idea, che avrà un seguito notevolissimo e che giunge fino al tempo presente, alla cui stregua il rappresentante è - e deve permanere - soggetto necessariamente "altro" e "distante" dal popolo della *ἀγορά*, e investito d'un compito quasi "sacrale". Da qui la necessità d'un severo e arduo percorso

d'apprendistato alla fine del quale soltanto – e solo a seguito del conseguimento delle arti e dei talenti che si riconnettono alla funzione di reggitore dello Stato – è dato accedere alle cariche pubbliche; il che presuppone, per inciso, oltre che la probità e statura morale (e la autorevolezza che è propria del governante-filosofo, e che lo rende capace di determinare razionalmente le scelte che ineriscono all'esercizio del potere), la riconosciuta "deità" del rappresentante. La raffigurazione platonica ora cennata subirà, com'è noto, interpretazioni le più varie, ma l'idea originaria da cui essa scaturisce permane a tutt'oggi; e, per ciò che qui interessa in particolare, traspare dai disposti dell'art. 54, co. 2 e, soprattutto, dell'art. 67, Cost., il quale ultimo appare, a sua volta, rivolto a caratterizzare la figura del rappresentante, se non certamente in termini "divinizzati", pur tuttavia con i tratti della cennata "alterità"; la quale ultima condizione è immediatamente desumibile – si crede - dal divieto di vincolo di mandato ivi sancito[29].

Ad avvalorare la definitiva abiura dell'idea platonica e il devastante quadro delineato in avvio di par., causa prima della crisi del principio di rappresentanza politica, valgano soprattutto le analisi provenienti dalla Magistratura contabile[30]. E' sufficiente scorrere, in proposito, le annuali relazioni del Procuratore generale della Corte dei conti, in cui si dà conto dei continui ed estesi episodi che si ricollegano, segnatamente in ambito regionale e locale, non soltanto al deplorable governo dei conti pubblici, con specifico riguardo alla gestione degli appalti e all'affidamento delle opere pubbliche, ma – ciò che qui particolarmente rileva - alla "dolosa appropriazione" e allo "spreco di risorse pubbliche" da parte degli eletti[31].

Il quadro ora fuggevolmente esposto induce a una pessimistica considerazione. Il fatto è che i rimedi sopra cennati per cercar di ovviare ai problemi che si riconnettono alla profonda crisi in cui versa il principio di rappresentanza politica - con particolare riguardo al progressivo e inarrestabile declino del ruolo compositivo e mediatorio che la Costituzione affida ai partiti politici – possono soltanto mitigare, ma non eliminare in radice, il vero e più profondo dei dilemmi connessi al principio in parola: che, cioè, l'eletto è inscindibilmente legato al "suo" elettore; e che è il corpo elettorale che deve, prima d'ogni altra cosa, esser posto in grado d'autonomamente emendarsi, segnatamente dal punto di vista culturale e morale. Non a caso l'art. 48, ult. co., Cost. introduce, fra le cause ostative all'esercizio del diritto elettorale attivo, quella che prende luogo dalla "indegnità morale" del votante. In tal senso le difettosità e manchevolezze riscontrabili all'interno dei corpi rappresentativi sono le medesime presenti all'interno del corpo elettorale. Quanto ora detto a proposito della necessaria autonoma *redemptio* del corpo elettorale, a riguardo del modo di manifestarsi della democrazia rappresentativa in Italia, deriva, poi, da un presupposto che non pare suscettibile d'esser contraddetto: quello per cui non v'è – né può esservi – scissura idealizzata tra elettore ed eletto; e per cui quest'ultimo è, necessariamente e inevitabilmente, null'altro che la rappresentazione (dei vizi e delle virtù) del primo. Che la rappresentanza politica sia, poi, non confondibile con quella "civilistica" - e che l'eletto possa e, anzi, debba prescindere dal necessario perseguimento degli interessi dei "propri" elettori in forza del principio espresso dall'art. 67 Cost. - è altra questione; che non inficia quanto ora rimarcato.

Qui, infatti, non si vuole affermare che debba esservi, sempre e comunque, identità d'interessi fra elettore ed eletto (o, peggio, che tale identità debba essere imposta in forme e modi "autoritari"), ma che si ha naturale contiguità e identità di matrici – segnatamente storiche, culturali e antropologiche – fra l'uno e l'altro; e che ogni organismo elettivo manifesta le medesime attitudini, segnatamente ideali e morali, che gli provengono dalle matrici ora dette. Qualche elemento che potrebbe dirsi conferente alla realtà attuale è possibile trarre dalla riflessione leibholziana sulle basi costitutive del principio di rappresentanza, seppur intesa in termini laici e purgata d'ogni connotazione "calvinista", in specie avendo riguardo a quel presupposto alla cui stregua, laddove la democrazia rappresentativa non "disponga di un sostegno interno spirituale ed etico", una simile evenienza è distruttiva "per il permanere di ogni comunità, ed anche per la democrazia"[32].

Quanto ora cennato in ordine alla (naturale) omologazione di rappresentato e rappresentante trova, poi, la sua più autorevole conferma nell'idea rousseauviana della democrazia, intesa come "identità morfologica tra dirigenti e diretti". Tal presupposto ha avuto, com'è noto, una prosecuzione deteriore in Carl Schmitt[33], il quale lo trasfigura in una rappresentazione deformata ed ideologica della "identità di stirpe", teorizzata dallo stesso Rousseau. Ed è da tale deformazione che prende corpo la raffigurazione della politica alla stregua della dicotomia amico-nemico, poiché l'esigenza della identità presuppone, a sua volta, la espunzione del "diverso" dal circuito politico e la vanificazione d'ogni forma di mediazione sociale che non sia quella autoritariamente diretta. In Schmitt, in particolare, lo stato di crisi si risolve per il tramite della assunzione autoritaria di un potere di comando che postula sì la identità del rappresentante e del rappresentato, ma per il tramite della eliminazione di tutte le cause che possano costituire un intralcio a tal processo omologante. In tal senso il potere di comando si esprime, e può realizzarsi, soltanto nei confronti dell'"amico", in quanto "naturalmente" assoggettabile (e assoggettato) alle decisioni del detentore del potere in forza del legame identitario sopra detto.

I cenni ora espressi non sono volti a palesare il *favor* nei confronti della teoria schmittiana della rappresentanza, né, ovviamente, e tanto meno, ad auspicare l'avvento d'un autoritario "reggitore dello Stato in tempo di crisi"; essi non hanno altra pretesa se non quella di raffigurare una "corrispondenza": quella che si desume da una serie di comportamenti e di evenienze statisticamente verificabili, ovvero dalla molteplicità di episodi di "mala politica" che, si crede, non sono imputabili esclusivamente ai rappresentanti ma trovano un fertile terreno di coltura nei bacini in cui il "governo" dell'elettorato viene esercitato nei modi anomali già sopra evocati, primo fra tutti quello che si esprime attraverso il voto di scambio. E' in tali casi, soprattutto, che elettore ed eletto appaiono inscindibilmente legati e, anzi, parti d'un univoco sistema. E, del resto, si ha ragione di ritenere che del possibile deterioramento del principio di rappresentanza - e dell'avvento di un processo quale quello ora accennato - fossero ben consci gli stessi Costituenti. Quale significato avrebbe, infatti, l'evocazione della "indegnità morale", di cui all'art. 48, ult. co., Cost., se non quello di presupporre la necessaria sussistenza, in capo a chi è titolare del diritto di voto, d'una condizione in assenza della quale il rapporto elettorale è destinato a corrompersi. Sicché è proprio la carenza di "dignità morale" dei rappresentati che, per solito, s'accompagna alla carenza di "disciplina" e di "onore" ex art. 54,

co. 2, dei rappresentanti, costituendo un *unicum*.

5. *L'idem sentire (elusivo) del legislatore nazionale e regionale in ordine alla disciplina dei "requisiti" necessari all'accesso e alla permanenza nelle cariche elettive: in materia di ineleggibilità.*

S'avvertiva, al par. precedente, che lo scadimento delle basi ideali e morali, oltre che giuridiche, che dovrebbero porsi a fondamento della rappresentanza politica si rivela con particolare evidenza in ambito locale e, soprattutto, regionale. Verrebbe, allora, immediatamente da riflettere circa la inanità (o, comunque, insufficienza) dell'assetto prefigurato dall'art. 122, co. 1, Cost.[34], che presuppone l'adeguamento della legislazione regionale, per il tramite delle norme-principio introdotte dalla legge cornice, a quei parametri costituzionali[35] che dovrebbero permeare, nella materia *de qua*, tanto la normazione statale quanto quella regionale. Tale è, in effetti, la *ratio* che si situa alla base dell'art.122, co. 1, cit., ovvero la liceità della diversificazione della disciplina che inerisce al "sistema di elezione" e ai "casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale nonché dei consiglieri regionali", ferma restando, tuttavia, la necessità d'un univoco regime volto a garantire l'integrità del rapporto elettorale. Il che discende, oltre tutto, anche secondo la lettura offerta dalla Corte, dalla (ovvia) estensibilità all'ambito regionale del regime di cui all'art. 51, co. 1, Cost. e, dunque, dalla necessità di una lettura combinata di tale disposto e di quello *ex art. 122, co. 1, cit.*[36].

E' a proposito della esigenza ora prospettata che è lecito presumere che né la disciplina statale né quella regionale di dettaglio, di questa esplicitativa, abbiano, fino ad ora, operato in modo da rimediare ai guasti provocati dagli episodi di degrado del rapporto elettorale cennati al par. precedente, sì da ripristinare un assetto ordinamentale che possa dirsi degno d'una democrazia avanzata. Il primo elemento da esaminare criticamente è, a tal proposito, la legge cornice 2 luglio 2004, n. 165, recante "Disposizioni di attuazione dell'articolo 122, primo comma, della Costituzione"; la quale appare, invero, assai poco incisiva in ordine al perseguimento dello scopo ora detto, segnatamente in ragione della esiguità e genericità delle norme-principio da essa fissate. In effetti soltanto una serie di riferimenti dalla attitudine precettiva assai scadente è rinvenibile nella legge in parola e, in specie, negli artt. 2 e 3, i quali avrebbero dovuto esplicitare, rispettivamente, i principi fondamentali in materia di ineleggibilità e incompatibilità.

Si veda, innanzi tutto, quanto espresso dall'art. 2, cit. Ciò che va rimarcato non è tanto il fatto che la norma in questione operi un richiamo (e imponga alla fonte regionale di adeguarsi) alla normazione statale per ciò che concerne "le disposizioni legislative [...] in materia di incandidabilità per coloro che hanno riportato sentenze di condanna o nei cui confronti sono state applicate misure di prevenzione". La disciplina concernente il regime di incandidabilità è, infatti, ritenuta di competenza esclusiva statale[37]. L'attenzione andrebbe, invece, rivolta a quell'altro segmento normativo contenuto nella disposizione in commento che, pur prefigurando alcune situazioni di ineleggibilità, non pare

incidere sulla vera sostanza del problema; ovvero, se non scongiurare, quanto meno tentar di porre argine alle distorsioni indotte dal perverso connubio fra mandato elettivo e “mala politica”. Basti, a conferma del rilievo critico ora espresso, osservare quanto emerge dal disposto contenuto nell’art. 2, co. 1, lett. a), l. n. 165/2004, cit., il quale dovrebbe rappresentarsi come il più incisivo ai fini del perseguimento della integrità ed esemplarità del rapporto elettorale; ed in cui, all’inverso, appare evidente la scadente caratterizzazione prescrittiva della norma-principio. Da tali premesse deriva, come diretta conseguenza, il vasto spazio d’intervento consentito alla normazione regionale a riguardo della disciplina che inerisce alle cause di ineleggibilità e, dunque, la possibilità di eludere - il che si è puntualmente verificato - quella finalità essenziale, e costituzionalmente sancita, che presuppone l’introduzione d’un regime conformativo - da parte delle fonti statale e regionale - tale da garantire la sussistenza, in seno agli organi elettivi regionali, d’un assetto rappresentativo che possa presumersi immune da distorsioni, deviazioni e inquinamenti; riconducibili, questi ultimi, alla condotta collusiva dei membri degli organi elettivi regionali all’interno dei rispettivi bacini elettorali.

La disposizione in questione prevede, infatti, che la Regione, nell’esercizio della potestà legislativa concorrente ad essa riconosciuta, debba attenersi al presupposto secondo cui la sussistenza delle cause di ineleggibilità va sancita “qualora le attività o le funzioni svolte dal candidato, anche in relazione a peculiari situazioni delle Regioni, possano turbare o condizionare in modo diretto la libera decisione di voto degli elettori ovvero possano violare la parità di accesso alle cariche elettive rispetto agli altri candidati”[38]. Come si vede, s’è di fronte ad una disposizione, più che fissativa d’un principio, attributiva d’uno spazio d’intervento normativo tendenzialmente indeterminato. Poiché è evidente che alla vaghezza della norma in esame (e delle altre ad essa assimilabili contenute nella l. n. 165/2004) può farsi corrispondere la duttilità ed espansività della normazione di dettaglio; e consente, altresì, come sopra s’accennava, la lettura parziale e “riduttivistica” del disposto contenuto nella norma medesima.

E’ questa la ragione per cui la situazione ora descritta, e in specie l’esteso apprezzamento discrezionale consentito dalla legge cornice, sembra evocativa d’una sorta d’implicito consenso - da parte della norma statale in confronto alle scelte dell’organo legislativo regionale - volto al contenimento ed immiserimento di quelle cause ostative che dovrebbero presiedere alla costituzione e prosecuzione del mandato elettivo. In tal modo la genericità delle norme-principio espresse dalla legge cornice, invece di valere come presidio posto a garanzia dell’autonomia regionale, sembra palesare un (perverso) *idem sentire* fra i due indirizzi politico-legislativi, statale e regionale; e sembra manifestare, in particolare, l’intento di lasciare pressoché sgombra di normazione - e, dunque, “alla mercé” della Regione - un ambito, quale quello inerente alla disciplina dei limiti apportionabili all’elettorato passivo, che sarebbe, come sopra rammentato, il più abbisognevole d’un apparato disciplinativo esente da compromessi, e tale da imporre la *restitutio* d’una rappresentanza “esemplare”. Nel caso di specie si assiste ad un vero e proprio ribaltamento della *ratio legis* desumibile dalle norme costituzionali concernenti la disciplina dell’elettorato passivo. Le riserve di legge sono, infatti, previste in Costituzione al fine di consentire l’introduzione di un regime quanto più possibile incisivo e

puntuale in ordine alla disciplina delle cause ostative all'accesso e alla permanenza nelle cariche elettive. Dall'art. 2, l. n. 165/2004, cit., si evince, invece, che gli ampi margini d'azione sopra detti siano utilizzati "alla rovescia", ovvero allo scopo di determinare la sussistenza d'una zona grigia in cui la fonte regionale sia legittimata ad operare in modo elusivo ed "utilitaristico".

6. ... segue: *L'idem sentire (elusivo) del legislatore nazionale e regionale in ordine alla disciplina dei "requisiti" necessari all'accesso e alla permanenza nelle cariche elettive: in materia di incompatibilità.*

A conferma delle deficienze segnalate nel par. precedente, rinvenibili nella l. n. 165/2004, si esamina quanto previsto dall'art. 3, co. 1, lett. d), questa volta in materia di incompatibilità. La norma in questione abilita la legge regionale a disciplinare nel dettaglio quelle cause che abbiano per presupposto una lite pendente d'un membro dell'organo elettivo regionale nei confronti della Regione; e stabilisce che, laddove decida di dare attuazione al disposto, la Regione debba attenersi a due essenziali principi. Il primo è quello che impone di prevedere come necessario l'effetto scaturente dalla (eventuale) introduzione, da parte della legge regionale, di una causa di incompatibilità collegata alla ipotesi della litispendenza; ed è quanto si verifica nel caso in cui il soggetto sia "parte attiva della lite"; per cui diviene obbligata, in tale ipotesi, la previsione della incompatibilità da parte della fonte regionale. Il secondo principio presuppone, invece, un effetto condizionato o relativo; il che si verifica laddove il soggetto non sia parte attiva della lite. In tal caso, infatti, la incompatibilità può insorgere "esclusivamente nel caso in cui la lite medesima sia conseguente o sia promossa a seguito di giudizio definito con sentenza passata in giudicato".

Già la previsione dell'intervento normativo regionale come meramente eventuale, ovvero il carattere non cogente dell'art. 3, co. 1, lett. d), cit., desta non poche perplessità. La norma stabilisce, infatti, la operatività del principio fondamentale da essa espresso solo nel caso in cui la Regione decida di dar seguito al disposto in parola ("in caso di previsione della causa di incompatibilità per lite pendente con la Regione"). Ed, invero, pur nel rispetto del livello di autonomia che attiene all'esercizio di una competenza legislativa assimilabile a quella concorrente, la l. n. 165/2004 bene avrebbe potuto imporre quanto meno l'obbligo di disciplinare la fattispecie in esame, lasciando semmai alla discrezionalità dell'ente regionale la disciplina di dettaglio delle cause di incompatibilità connesse alla litispendenza; così come la legge in discorso fa in riferimento ad altre ipotesi di ineleggibilità e incompatibilità. E, del resto, avendo sempre riguardo all'art. 3, co. 1, l. n. 165/2004, cit., la carenza di prescrittività della norma-principio, del tutto analoga a quella ora vista, si desume anche dai disposti contenuti nelle lett. c) ed f); laddove si prevede che la fonte regionale possa introdurre, anche qui in via meramente eventuale, una causa di incompatibilità tra la carica di assessore regionale e quella di consigliere regionale e possa differenziare la disciplina della incompatibilità "nei confronti del Presidente della Giunta regionale, degli altri componenti della stessa Giunta e dei consiglieri regionali".

E' in riferimento a fattispecie quali quelle ora passate in rassegna che, come già

ruevato al par. precedente avengo riguardo alla disciplina della ineleggibilità, non sembra eccessivo presumere una sorta di cointeressenza, se non una vera e propria “connivenza”, fra l’indirizzo politico-legislativo manifestato dalla normazione di principio statale e quello espresso dalla normazione regionale di dettaglio; dal momento che dal contesto normativo in esame, e in specie dalla cennata incompiutezza della fonte statale, pare lecito desumere un intento non indotto dal rispetto dei margini di competenza legislativa regionale, quanto, invece, da una sorta di “*laisser faire*” e da una *ratio* propriamente abdicativa. Il che ha prodotto, ancora una volta, la inattuazione dei più volte richiamati principi di rango costituzionale che imporrebbero un più severo e intransigente regime delle cause ostative in discorso, anche e soprattutto in ambito regionale.

Ancora una volta, dunque, sembra prevalere una lettura parziale del disposto costituzionale e, in specie, dell’art. 122, co.1, Cost.; e ciò attraverso il presunto ossequio ai presupposti della competenza concorrente. Né si può mancar di sottolineare, segnatamente a riguardo di quanto previsto dall’art. 3, co. 1, lett. d), n. 2, cit., l’uso eccentrico, da parte della legge statale, del principio che attiene al giudicato definitivo; il quale ultimo, come si vedrà meglio *infra*, par.13, non ha attinenza alcuna né estende la sua valenza precettiva nei confronti di ipotesi, quali quelle in discorso, che attengono alla incompatibilità e che non hanno altro scopo se non quello di garantire il regolare ed esemplare esercizio delle pubbliche funzioni “mediante il divieto di cumulo del mandato” con altre cariche^[39]; o, come nel caso di specie, di scongiurare ogni possibile commistione fra l’interesse personale dell’eletto e quello dell’organo cui lo stesso conferisce. Bene avrebbe potuto, allora, la legge cornice, senza incorrere in alcun vizio di legittimità, svincolare la causa di incompatibilità dal presupposto rappresentato dalla sentenza passata in giudicato e consentire alla Regione di prevederne la operatività anche a seguito di pronuncia non definitiva. Il presupposto della integrità ed esemplarità dell’eletto, inciso a chiare lettere negli artt. 51, co. 1 e 54, co. 2, Cost., non tollera, infatti, eccezioni di sorta, né può essere pretermesso assumendone la subalternità e recessività in confronto a principi - quali quello *ex art. 27, co. 2* o quello *ex art. 25, co. 2, Cost.* - che, pur essenziali e fondativi di ogni ordinamento democratico, non pertengono in alcun modo all’ambito in discorso né possono essere invocati a presidio di un diritto, quale quello ad essere eletto, che è, per sua natura, assoggettabile ad una serie vincoli e condizionamenti assai espansi, e comunque assai più ampi di quelli ammissibili in confronto alle fattispecie penali propriamente dette cui si rivolgono le garanzie *ex artt. 25 e 27, citt.* Alla luce di quanto sopra illustrato, e stante la situazione attuale, è, invece, la stessa legge statale che impedisce la estensione della causa di incompatibilità fino a che non sopravvenga la sentenza definitiva; per cui la Regione, nell’omettere di disciplinare le cause di incompatibilità nella ipotesi di specie, non fa altro che adeguarsi a quanto imposto dalla l. n. 165/2004. La norma statale in esame non consente, infatti, margini di adattamento in sede prosecutiva; sicché la legge regionale che estendesse la causa di incompatibilità derivante da litispendenza anche in assenza di giudicato definitivo dovrebbe ritenersi illegittima in quanto violativa del principio fondamentale sopra detto.

La plausibilità di quanto segnalato circa *l’idem sentire* di Stato e Regioni - ovvero circa l’omologo intento svalutativo in materia di ineleggibilità e incompatibilità - trova conferma, oltre che nelle rilevate deficienze della

normazione di principio statale, nella azione prosecutiva posta in essere da parte della Regione. Mette conto segnalare, in proposito, la difettosità della normazione regionale che avrebbe dovuto “riempire” di contenuti i vuoti presenti nella l. n. 165/2004. Con riferimento alle ipotesi poc’anzi passate in rassegna - in cui la legge cornice abilita, nei modi eccentrici e parziali evidenziati, la normazione di dettaglio - si veda, in via esemplificativa, quanto preveduto dalla l. reg. Basilicata 21 gennaio 2014, n. 2[40]. La legge in questione ha suscitato non poche polemiche in quanto l’intento da essa palesato è sembrato esser quello di provocare la insuscettibilità di applicazione della causa di “incompatibilità per lite pendente con la Regione” nei confronti dei consiglieri regionali risultati eletti, e in particolare di coloro che erano rimasti coinvolti in una di quelle frequenti distorsioni del circuito elettorale che nel gergo giornalistico vengono ascritte al fenomeno “rimborsopoli”.

Si badi, innanzi tutto, alla “tempestività” dell’intervento normativo in questione, il quale è stato varato con la procedura d’urgenza ed è entrato in vigore a distanza di soli due mesi dalle elezioni regionali del 17 e 18 novembre 2013; mentre l’attuazione della l. cornice n. 165/2004 era, fino ad allora, “rimasta nel cassetto”. A parte ciò, deve segnalare che la Regione Basilicata ha inteso dare attuazione al principio esplicitato dall’art. 3, co. 1, lett. d), l. n. 165/2004, cit., attraverso il disposto contenuto nell’art. 1, cit. l. reg. n. 2/2014. Quivi si prevede che “è incompatibile con la carica di Consigliere regionale, di componente della Giunta e di Presidente della Regione, colui che è parte attiva di una lite con l’Ente”. Fin qui *nulla quaestio*, dal momento che trattasi della mera riscrittura di un frammento normativo dell’art. 3, co. 1, lett. d), l. n. 165/2004, cit. Il che vale anche per quell’altro inciso contenuto nell’art. 1, l. reg. n. 2/2014 alla cui stregua, qualora il soggetto non sia parte attiva della lite, sussiste incompatibilità esclusivamente nel caso in cui la lite medesima sia conseguente o sia promossa “a seguito di giudizio definito con sentenza passata in giudicato”. Anche a tal riguardo non si tratta che di mero recepimento della previsione contenuta nella legge cornice. E’, invece, l’ultimo inciso dell’art. 1 della legge regionale - “La presente disposizione si applica anche ai procedimenti in corso” - che merita attenzione, dal momento che esso manifesta un intento marcatamente strumentale. Discende, infatti, dalla estensione applicativa del disposto “ai procedimenti in corso”, che i soggetti che ricoprivano al momento della entrata in vigore della legge regionale la carica di consigliere regionale, di componente della Giunta e di Presidente della Regione, e che avevano in corso un procedimento riconducibile a malversazioni connesse all’esercizio della rispettiva carica politica, non erano incisi dalla disposizione in quanto la causa di incompatibilità non poteva operare se non a seguito del giudicato definitivo dichiarativo della responsabilità dei soggetti medesimi (e del conseguente promovimento della lite da parte della Regione).

Sembrerebbe che la Regione abbia mostrato di agire in modo “irreprensibile”, adeguandosi a un principio fondamentale che avrebbe anche potuto non rendere operativo. S’è, infatti, già avuto modo di segnalare che l’art.3, co. 1, lett. d), cit. l. n. 165/2004, è meramente facoltizzante la introduzione, da parte della legge regionale, della previsione della causa di incompatibilità che si ricollega alla ipotesi della litispendenza. Ma il paradosso è proprio in ciò: che la Regione ha dato attuazione alla norma-principio contando sulla pressoché certa inapplicabilità della disposizione ai “propri” membri elettivi. Essendo, infatti,

l'applicazione della causa incompatibile condizionata al sopravvenire del passaggio in giudicato, ed essendo tale accadimento di pressoché impossibile verifica prima della conclusione della legislatura, stanti le endemiche tortuosità della giustizia italiana, quelli fra i membri elettivi che avevano un procedimento pendente (collegato, ad esempio, a “spese pazze”, “rimborsopoli”, *et similia*) sono risultati sostanzialmente immuni a riguardo della operatività della causa di incompatibilità in discorso fino allo spirare della legislatura.

Oltre tutto, quella sorta di interpretazione autentica esplicitata attraverso l'inciso in esame potrebbe apparire finanche pleonastica. Invero, anche in assenza della formula che prevedeva l'applicazione della disposizione “anche ai procedimenti in corso”, la causa di incompatibilità sarebbe risultata, in confronto ai soggetti che ricoprivano una carica elettiva in seno alla regione al momento di entrata in vigore della legge, inapplicabile nei medesimi termini ora visti. La disposizione in parola, allora, manifesta probabilmente, non altro che la volontà di apprestare una sorta di scudo preventivo, “a scampo di equivoci”, segnatamente nei confronti di quei giudici che avessero potuto ritenere non applicabile il disposto ai neoeletti in mancanza di esplicita previsione. In ogni caso, comunque lo si interpreti, quello in esame non è che l'ennesimo caso di attuazione *pro domo propria* delle norme-principio espresse dalla legge cornice nella materia *de qua*.

Si è dato ampio spazio al caso ora passato in rassegna perché esso pare paradigmatico in ordine alla improbabilità di una *redemptio* per virtù propria, nel caso di specie in ambito regionale. L'unico elemento di “innovatività” sotteso all'intervento normativo posto in essere dalla Regione Basilicata rimane, infatti, quello che consiste nella volontà di riaffermare con perentorietà, e al fine di evitare “brutte sorprese”, la riduzione della portata applicativa delle cause ostative sopra dette per i propri membri. La Regione ha fatto, dunque, proprio quello che non doveva fare; non tanto omettendo di sviluppare i (già tenui) principi fondamentali espressi dalla legge quadro, quanto perseguendo un fine precipuo: l'abbassamento delle “soglie” di operatività dei presidi riconducibili alle cause di incompatibilità.

Un ulteriore episodio di scadente prosecuzione, da parte della legge regionale, dei già insufficienti principi immessi dalla l. cornice n. 165/2004 - oltre che dal d.lgs. n. 18 agosto 2000, n. 167 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) - è quello che si è verificato a seguito della apparizione della l. reg. Calabria n. 34/2010. Anche la legge in parola, come quella poc'anzi esaminata della Regione Basilicata, non manifesta altro intento se non quello di eludere un “principio ispiratore” - così come lo definisce la Corte costituzionale nella sent. n. 310/2011- che dovrebbe, invece, porsi a fondamento della normazione di dettaglio. Si tratta, nel caso di specie, del (tentato) aggiramento del divieto di cumulo fra cariche elettive di cui all'art. 65, comma 1, del d.lgs. n. 267/ 2000 (e di cui, sia pur in termini più vaghi ed “ellittici”, all'art. 3, l. cornice n. 165/2004). L'art. 46 della l. reg. n. 34/2010 è, in particolare, introduttivo di una deroga a quanto esplicitamente previsto dall'art. 65 TUEL in ordine alla incompatibilità della carica di Presidente e assessore della Giunta provinciale (o di sindaco e assessore dei Comuni compresi nel territorio della Regione) con la carica di consigliere regionale^[41]. Tale intento è, poi, fatto palese dalla lettera stessa della legge regionale in discorso, la quale qualifica, appunto, come deroga

ia previsione contenuta nell'art. 40, cit.[42]. E ciò fa, verosimilmente, in forza del sopravvenire della nuova normativa introdotta dalla l. cornice n. 165/2004, la quale, avendo riguardo al contenuto dell'art. 3, almeno testualmente non contiene una previsione di tenore precettivo analogo a quello della cit. norma del TUEL. La causa efficiente della disciplina derogatoria altra, poi, non è se non quella di consentire la permanenza presso gli enti locali sopra elencati dei soggetti che ricoprivano la carica di consigliere regionale a seguito delle elezioni regionali del 2010.

Deve subito dirsi che la norma regionale in esame è stata condotta innanzi alla Corte costituzionale, la quale ne ha dichiarato la illegittimità con la cit. sent. n. 310/2011. Sebbene l'esito della questione sia pienamente condivisibile, la pronuncia merita, tuttavia, un approfondimento critico. Invero, il motivo principale esplicitato dalla difesa della Regione nel corso del giudizio di costituzionalità possedeva una sua qual certa congruenza; ciò in quanto esso si basava sulla più volte segnalata scadente precettività dell'art. 3, co. 1, lett. a), l. n. 165/2004 e, quindi, sulla liceità d'una interpretazione estensiva dello stesso. E', come sopra evidenziato, la vaghezza della norma in parola che consente un espanso apprezzamento discrezionale, in particolare laddove affida alla legge regionale la disciplina delle cause di incompatibilità "anche in relazione a peculiari condizioni delle regioni"; inciso, quest'ultimo, che può essere inteso come non dissimile da una vera e propria "norma valvola", e produttivo dei medesimi effetti. Ed, infatti, deve rimarcarsi che la Consulta ha sì reputato inaccoglibile la linea argomentativa ora esposta, che si basa sulla cennata latitudine prescrittiva della fonte regionale, ma ha dichiarato la illegittimità dell'art. 45, l. reg. n. 34/2010 non già rilevando la diretta violazione dell'art. 3, l. cornice, bensì traendo i motivi di incostituzionalità *aliunde*, ovvero da quello che la Corte stessa definisce un "principio ispiratore". Si veda, in proposito il passo più significativo della pronuncia in esame, in cui si sottolinea che la fondatezza della questione "prima ancora che dalla violazione di una specifica prescrizione normativa, discende dal contrasto con il principio ispiratore, che sta a fondamento sia dell'art. 65 del d.lgs. n. 267 del 2000, sia dell'art. 3 della l. n. 165 del 2004". Già in altra pronuncia, del resto, la Corte aveva seguito tale percorso argomentativo, allorché aveva affermato che "non la regola dell'art. 65 del decreto legislativo n. 267 del 2000 [...] deve assumersi come limite alla potestà legislativa regionale, ma il principio ispiratore di cui essa è espressione" (sent. n. 201/2003). La motivazione ora cit. rischia dunque, a sua volta, se non palesare un vero e proprio *escamotage* interpretativo utilizzato per sfuggire alle difficoltà indotte dalla cennata indeterminatezza della legge cornice statale, quanto meno di confermare la veridicità dei rilievi concernenti le lacune presenti nella legge cornice medesima; dal momento che è proprio la cennata insufficiente attitudine prescrittiva di quest'ultima che induce il giudice delle leggi a "rifugiarsi" in una serie di affermazioni che rasentano la tautologia. Il che pare evidente laddove la Corte reitera il presupposto del "principio ispiratore" (altrimenti definito "principio del non cumulo") assumendone la desumibilità, in modo eccentrico, da una norma probabilmente non più applicabile (l'art. 65 del d.lgs. n. 267 del 2000) e da un'altra norma che pare quanto meno legittimare una valutazione discrezionale, da parte della Regione, proprio circa l'eventuale previsione del "non cumulo" (l'art. 3 della l. n. 165 del 2004).

Al di là del caso di specie, ciò che mette conto ribadire è il fatto che le manchevolezze rinvenibili nelle norme-principio della l. cornice n. 165/2004 inducono una serie di difficoltà interpretative, rischiano di pregiudicare la esaustiva individuazione della cause di incompatibilità da parte della normazione di dettaglio e possono operare a mo' di esimente in quei casi, purtroppo assai frequenti, in cui la Regione tenta di affrancarsi dai vincoli che attengono al divieto di cumulo.

Alla luce delle censure espresse in questo e nel precedente par. – e per concludere sul punto – è lecito, allora, ribadire che la possibilità di un autonomo *revirement* in ordine alle scelte politico-legislative nella materia *de qua* – che è così strategica al fine di scongiurare la conservazione e prosecuzione di un rapporto elettorale distorto e affaristico – appare una chimera e un mero vagheggiamento. Da qui la necessità di innalzare l'ambito entro cui deve esser prefigurato ed imposto il drastico mutamento d'indirizzo in parola; il quale non può che essere quello entro cui si situa la fonte di revisione costituzionale (prima ancora che quello della legge cornice); sempre che in questa elevatissima sede si sia disposti ad agire in tal senso, cosa di cui è lecito dubitare. Quanto ora detto, vale anche (e soprattutto) avendo riguardo al divieto di mandato imperativo, e pur se la l. n. 165/2004 parrebbe muoversi in modo "illuminato" in proposito, estendendo all'ambito regionale il presidio la cui vigenza ed operatività l'art. 67 Cost. circoscrive e stabilisce nei confronti dei soli membri del Parlamento. Ora, è pur vero che nella l. n. 165/2004, cit., appare ribadito tale divieto - si veda, infatti, quanto preveduto dall'art. 4, co. 1, lett. d) –, e tuttavia la reiterazione operata dalla fonte primaria sembra, nella condizione in cui versa attualmente il rapporto elettorale, non sufficiente a provocare la reviviscenza delle caratterizzazioni ideali e dei canoni di comportamento che connotavano, in origine, la rappresentanza politica; sicché s'imporrebbe, anche in questo caso, la introduzione di una puntuale, e non eludibile, norma-principio esplicitativa del canone in discorso non solo - o non tanto - da parte della legge cornice statale, quanto invece, ed ancor prima, da parte della legge di revisione.

7. Dei possibili esiti della crisi del principio di rappresentanza politica: presunta attualità dello Herr schmittiano e inipotizzabilità di nuovi "reggitori dello Stato in tempo di crisi".

E' in ragione del progressivo degrado del sistema politico-rappresentativo italiano che taluno potrebbe reputare gli esiti dell'analisi schmittiana come i più confacenti al momento di crisi del tempo presente; poiché ivi risalta, in riferimento al concetto di rappresentanza, la posizione - più che di estraneità ed alterità - di supremazia del rappresentante; il quale non fa gli interessi di chi lo ha eletto né è "servitore dei cittadini" ma semmai "loro signore, senza mandati né istruzioni"[43], come già aveva preconizzato Max Weber[44]. E si badi che nella teoria in parola la funzione del rappresentante non può essere in alcun modo paragonata a quella accolta nell'art. 67 Cost., dal momento che lo Herr schmittiano non è qualificabile come mero rappresentante della Nazione ma, invece, come attributario d'un compito e detentore di poteri che legittimano la adozione di atti e comportamenti destinati a salvaguardare un bene dalla

varenza ben più assoluta, ovvero la unità del popolo come totanta politica”[45]; concetto, quest’ultimo, centralissimo in tutta la riflessione di Carl Schmitt e che, a sua volta, non può confondersi, per gli esiti estremi cui conduce, con quello di “unità nazionale” ex art. 87, co. 1, Cost.[46].

Con precipuo riguardo agli scenari che ineriscono all’attuale stato di crisi politico-istituzionale, tuttavia, si ha ragione di ritenere che l’apparizione di un nuovo “risolutore” e di una “*acclamatio populi*”[47] siano eventi non solo inipotizzabili ma inconcepibili; per il fatto che i presidi giuridici e culturali che sorreggono le democrazie avanzate contemporanee sono ormai così radicati e consolidati da rendere qualunque tentativo nel senso ora detto un mero e grottesco azzardo.

Non sono questi, si crede, i veri pericoli che, all’oggi, corre la democrazia e, dunque, il principio di rappresentanza politica, ma altri: i mali maggiori sono, infatti, quelli che riducono la rappresentanza per un verso a sistema personalistico-clientelare (segnatamente attraverso il “voto di scambio” e i meccanismi di cooptazione indotti dalla legge elettorale) e per l’altro a strumento di collegamento e dipendenza nei confronti delle *élites* affaristiche o, peggio, affaristico-criminali (per cui il rappresentante in tanto è eletto in quanto operi in funzione di tali interessi particolaristici).

Volendo permanere al caso italiano, deve segnalarsi che si sono recentemente levate voci, non tanto in seno alla dottrina costituzionalistica quanto soprattutto presso gli scienziati della politica, le quali, prendendo spunto da talune distorsioni manifestatesi a far data alle dimissioni dell’ultimo Governo Berlusconi e dal sopravvenire più aspro della crisi economico-finanziaria, presumono d’intravedere nell’evolversi dei rapporti intercorrenti fra organi di vertice dell’ordinamento elementi che confermerebbero una qual certa liminarietà agli esiti della teoria poc’anzi evocata, ovvero la definitiva consunzione del rapporto intercorrente fra elettori ed eletti “in tempo di crisi” ed il connesso sopravvenire di assetti che postulano l’assunzione, segnatamente da parte del Capo dello Stato, di atti e decisioni preveduti in contesti costituzionali assai “lontani” da quello italiano: i “*pouvoirs de crise*” francesi[48] o, addirittura, i “poteri d’eccezione” weimariani connessi allo *Ausnahmezustand*[49].

Ci si riferisce al (presunto) manifestarsi, in Italia, della c.d. deriva presidenzialista, ovvero alla apprensione e all’esercizio, da parte del Presidente della Repubblica, di poteri ultronei rispetto a quelli che sarebbero esercitabili da un organo “neutro” all’interno di una forma di governo parlamentare; e, dunque, lesivi delle competenze attribuite ad altri organi costituzionali - in specie a quelli titolari della funzione d’indirizzo politico[50] - e, per ciò che qui interessa in particolare, fortemente incidenti sulle basi costitutive del circuito politico-rappresentativo. Ora, a parte la assoluta non comparabilità di tale situazione con quella, che si riconnette al sopra cennato “stato d’eccezione”, che postula il sopravvenire inarrestabile del “*pouvoir préserveur*” esercitato dal “custode della costituzione” in periodo emergenziale[51] (e a parte la sua evidente inaccogliabilità alla stregua del vigente assetto ordinamentale), la indubbia espansione della attività compositiva svolta dal Presidente Napolitano non pare assimilabile alla “deriva presidenzialista” neppure alla luce degli

accadimenti più recenti. E ciò in quanto si crede che non si possa parlare di un tal modo di rappresentarsi della azione presidenziale, se non in termini generici ed atecnici; in specie laddove, come in questo momento in Italia, l'azione posta in essere dal Capo dello Stato sia espressiva non già di un indirizzo politico del tutto "autonomo", assimilabile all'"indirizzo politico di maggioranza", bensì di quell'indirizzo politico-costituzionale[52] il cui esercizio è a tale organo riconosciuto anche nei sistemi parlamentari; e attraverso cui il Capo dello Stato assume non certamente la veste del "custode della costituzione" né quella del "reggitore dello Stato in tempo di crisi"[53], bensì persegue quei fini ch'egli reputa essenziali e necessari alla tenuta dell'assetto ordinamentale e che, in tal senso, sovrastano quelli, parziali e contingenti, perseguiti dalle maggioranze di governo[54]. Di tal che, se v'è stato un deperimento dell'azione svolta dagli organi titolari della funzione d'indirizzo politico, questo non è dipeso dalla autoassunzione della funzione salvifica sopra detta, né dalla "autoritaria" incisione di poteri altrui da parte del Capo dello Stato; ma dalla circostanza che è il circuito democratico stesso che ha avvertito il bisogno costante della mediazione dell'organo e della sua azione "intromissiva"[55]. La – per molti versi paradossale – vicenda della rielezione del Presidente Napolitano rappresenta, a tal proposito, l'esempio forse più eclatante; da cui si può comprendere che è la condizione di "vuoto" che connota lo scenario politico-istituzionale italiano – e non l'esito ultimo della presunta "deriva presidenzialista" – che esaspera il ruolo e la "presenza" politica del Capo dello Stato; ciò restando per fermo che gli atti e i comportamenti posti in essere dal medesimo non inducono affatto la sostanziale incisione o trasformazione del carattere originario della funzione presidenziale per come espressa in Costituzione né, ovviamente, configurano il reato di attentato alla Costituzione.

Né conclusioni diverse da quelle ora esposte potrebbero – si crede – derivarsi prendendo spunto da quegli atti, posti in essere dal Presidente Napolitano in quest'ultimo scorcio d'anni, e relativi allo svolgimento delle consultazioni, all'affidamento dell'incarico, alla nomina del Presidente del Consiglio e, più in generale, alla detta azione mediatrice e compositiva svolta a riguardo della formazione delle tre ultime compagini governative. Invero, seppur non possa esser revocato in dubbio che il ruolo assunto dal Capo dello Stato sia stato centrale nella presente congerie istituzionale, e che lo stesso abbia influito in modo rilevantissimo, segnatamente attraverso la *moral suasion*, sulle scelte che hanno condotto alla formazione dei Governi Monti, Letta e Renzi; e seppur non vi sia dubbio che quanto ora detto trovi conferma nella configurazione dei c.d. Governi "tecnici" e di quelli delle "larghe intese"; tutto ciò ammesso, non si ritiene che la funzione presidenziale abbia subito una così radicale trasmutazione da incidere, in modo irreparabile, sulla conformazione del principio qui in esame, ovvero sulle basi costituzionali che connotano il vigente assetto democratico-rappresentativo. Tal cosa risulta evidente - ad avviso di chi scrive – alla luce di un essenziale elemento: quello che discende dal permanere tuttora integra la funzione essenziale che la Costituzione attribuisce al Parlamento, ovvero dal fatto che tale organo può, in qualunque momento, esprimersi sulla azione politica condotta dal Governo ed eventualmente decidere di porvi termine (per il tramite del voto di sfiducia). Fino a quando, dunque, le Camere parlamentari potranno disporre ed esercitare del potere ora detto, e potranno, in particolare, opporsi e far valere la propria volontà –

eventualmente in confronto a quella del Presidente della Repubblica che pretendesse di imporre un “suo” Governo -, non si potrà assumere, se non in termini impropri, la cennata rottura “autoritaria” dell’assetto costituzionale, e della forma di governo parlamentare in specie; né, tanto meno, evocare l’avvento di un *modus operandi* assimilabile a quello, espositivo, del “reggitore dello Stato in tempo di crisi” o a quello, schmittiano, del “custode della costituzione”.

Vanno, dunque, comprese ed apprezzate le ragioni della vasta azione “mediatrice”, se non propriamente “preservatrice”, svolta dal Presidente Napolitano, finalizzata alla “sopravvivenza” prima della XVI e poi della XVII Legislatura. In particolare, anche se la strada maestra da intraprendere, in una congerie instabile quale quella attuale, sarebbe dovuta essere quella dello scioglimento anticipato, segnatamente a seguito della apparizione della sent. n. 1/2014, hanno ragionevolmente prevalso, nella valutazione del Capo dello Stato, altre e altrettanto serie ragioni, fra cui, prima di tutto, il fondato timore che un immediato scioglimento avrebbe indotto un ulteriore elemento di instabilità e di “sbandamento”[56], dal punto di vista della tenuta delle istituzioni, nella intricata situazione post-elettorale susseguita alle consultazioni politiche del 24 e 25 febbraio 2013. Il che avrebbe, a sua volta, provocato pressoché inevitabili ripercussioni sul governo dei conti pubblici e, in particolare, sull’adeguamento delle manovre in ambito economico-finanziario ai parametri e agli “imperativi” provenienti dalla Unione Europea.

8. La rappresentanza politica come “male minore”: attualità della fictio kelseniana (a malgrado dell’inarrestabile declino della centralità del parlamento e dell’annichimento della originaria funzione dei partiti politici).

La drammatica crisi in cui versano in Italia le istituzioni rappresentative potrebbe far ritenere obsoleta la teoria kelseniana della rappresentanza, e proprio nella misura in cui i “correttivi” quivi individuati al fine di superare quella che Kelsen definisce una *fictio* non paiono aver attinto risultati confortanti; ciò, con specifico riguardo alla essenzialità del ruolo dei partiti e a quel processo, che pare ormai irreversibile, che ne sta determinando la progressiva estraniamento rispetto alla centralissima funzione di mediazione ad essi affidata dall’art. 49 Cost. Il punto di partenza di Kelsen non è, peraltro, distante da quello schmittiano, e l’approccio dell’uno è altrettanto dubbioso e pessimistico quanto quello dell’altro. Nella “ideologia democratica”, afferma Kelsen, “l’elezione - e quindi la democrazia che su di essa riposa - sarebbe una impossibilità logica interna; la volontà non è infatti trasferibile, *celui qui délègue, abdique*. Come Rousseau ha giustamente insegnato, non è possibile farsi rappresentare nella volontà”[57]. Basterebbe citare, poi, quei passi della *Teoria generale del diritto e dello stato* che trattano, in particolare, del divieto di mandato imperativo, ovvero del “feticcio” – come Kelsen lo definisce – formalizzato, nel modo più “sacrale” ed enfatico, a principiarsi dalla *Déclaration* del 26 agosto 1789 e dalla *Constitution* del 3 settembre 1791[58]. Per Kelsen la “formula che il membro del parlamento non è il rappresentante dei suoi elettori ma di tutto il popolo, o, come taluno scrive, di tutto lo Stato, e che perciò non è vincolato da nessuna istruzione dei suoi elettori e non può venire revocato, è

una funzione politica [59]. La raffigurazione ideologica del divieto di mandato imperativo è, poi, presente in modo *tranchant*; e ciò in quanto la “funzione di questa ideologia è di nascondere la situazione reale, di mantenere l’illusione che il legislatore sia il popolo nonostante il fatto che, in realtà, la funzione del [...] corpo elettorale sia limitata alla creazione dell’organo legislativo”[60]. E’ evidente, nei passi ora richiamati, l’eredità rousseauviana e, in specie, l’eco della raffigurazione della inattività e “superfluità” del corpo elettorale, nelle democrazie che si autoproclamano rappresentative, a far data dal giorno successivo a quello delle elezioni. Secondo Rousseau, infatti, “il popolo che reputa d’esser libero per il fatto di possedere la titolarità dell’elettorato attivo “s’inganna gravemente; non lo è che durante l’elezione dei membri del parlamento: appena questi sono eletti, esso è uno schiavo, è un niente”[61].

E, del resto, una attualizzazione della idea rousseauviana è forse quella che può ricondursi al sopravvenire dell’evo globalizzato. Non pare dubbio che quivi si raffiguri, in termini finanche più esasperati ed estremi di quanto Rousseau avesse preconizzato, la inattività dei corpi elettivi; e ciò in forza della sovrachianta influenza, e dei “soprusi”, che il moderno demiurgo che assume il nome di globalizzazione induce sulle “cause prime” di ogni democrazia rappresentativa. Il quale demiurgo, poi, altro non è che quel *monstrum* che, sotto le spoglie della *global governance* e della *european governance*, detta le regole che vigono all’interno di un espanso ed indeterminato assetto ordinamentale, senza più confinazioni geografiche né distinzioni ascrivibili all’idea di sovranità; e sulla base di principi - e per il tramite di processi decisionali - la più parte inconoscibili agli stessi reggitori degli stati e, ancor più, ai cittadini di questi[62].

Pur tuttavia, e a malgrado del fosco scenario ora tratteggiato, in Kelsen la democrazia rappresentativa è intesa come il “male minore”; ed è tale aspetto che deve far privilegiare la lettura kelseniana della rappresentanza rispetto a quella schmittiana. Laddove Schmitt risolve la “equazione impossibile” della non trasferibilità della volontà popolare nei termini autoritari - quelli che Kelsen definisce “autocratici” - che si sono riassunti *supra*, par. 7, quest’ultimo ne assume il superamento per il tramite dei correttivi sopra evocati; i quali sono, essenzialmente, la centralità della mediazione dei partiti, la temporaneità e caducità dei rappresentanti e delle rispettive cariche elettive, l’utilizzo del principio di maggioranza, la procedimentalizzazione dei lavori parlamentari, la pubblicità dei medesimi.

Kelsen definisce, dunque, la rappresentanza come l’unica delle scelte possibili e in particolare come l’assetto da privilegiarsi nel confronto fra democrazia e autocrazia. Risiede in ciò il dissenso tra Kelsen e Schmitt. Nel primo la identità fra elettore ed eletto permane una *fictio* ma è vista comunque come l’unico strumento che si possa opporre ad una opzione autoritaria, e in specie, a un modo d’intendere il principio di rappresentanza che s’incentra sulla autoassunzione di quel ruolo salvifico che Kelsen definisce totemico e, ricorrendo alla psicoanalisi, “paterno”. In effetti Kelsen si serve di Weber e di Freud per censurare il concetto di rappresentante inteso come *Herr*, dal momento che egli intravede nella propensione schmittiana alla risoluzione autoritaria dello stato di crisi una sorta di complesso edipico, ovvero la esplicitazione di quella interna contraddizione che affligge il rappresentante schmittiano e che è indotta dal sentimento di soggezione e dipendenza nei

confronto del corpo elettorale e, proprio in forza di ciò, dal desiderio e dalla volontà di liberarsene in termini estremi e “violenti”[63].

I correttivi e i rimedi poc'anzi enumerati sono, poi, intesi da Kelsen come gli unici che possano, se non risolvere, cercar di superare il problema essenziale che inerisce alla scelta delle “personalità che concorrono al posto di comando”[64]. Kelsen stesso si pone l'interrogativo - si vedano, in proposito, soprattutto le pagine del saggio *Demokratie* - se il metodo democratico e il principio di rappresentanza garantiscano “l'ascesa dei migliori”, e rileva, correttamente, che è una questione che, seppur messa continuamente sul tappeto, “sembra priva d'importanza, in quanto, nel suo significato più profondo, non ammette una risposta”. La lezione kelseniana impone, dunque, di tener per fermo il presupposto per cui sarebbe vano presumere d'ovviare ad un periodo di crisi, anche profonda, per il tramite di rimedi situabili al di fuori del circuito democratico rappresentativo. Occorrerà, allora, avendo riguardo alle congiunture del tempo presente, non abbandonare le strade consuete ed auspicare che, attraverso il confronto ed il compromesso, “che fa parte della natura stessa della democrazia”[65], si rinvengano le soluzioni più adeguate[66].

Sempre in riferimento alla teoria kelseniana si potrebbe presumere che, tra i correttivi destinati a salvaguardare la tenuta dell'ordinamento democratico-rappresentativo in tempo di crisi, sia ipotizzabile non già, e non tanto, l'assunzione e l'esercizio di poteri emergenziali da parte di “reggitori” e “custodi”, bensì l'avvento di forme “eccentriche” di rappresentanza, pur tuttavia non tali da determinare la rottura dell'assetto ordinamentale. Ci si riferisce, in particolare, alle ipotesi “salvifiche” che si ricollegano all'avvento dei Governi c.d. tecnici. In altri termini si potrebbe ritenere che la *fictio* più volte evocata presupponga il ricorso a rimedi “ordinari” nei periodi di stabilità politico-istituzionale ed, invece, a strumenti drastici, e comunque più “esasperati”, purché finalizzati alla tenuta dei presidi democratici sopra detti, “in tempo di crisi”. Il Governo tecnico sarebbe uno di tali espedienti, in difetto dei quali si rischierebbe lo stallo della direzione politica dello Stato. Cose non dissimili potrebbero assumersi a proposito di quelle altre tipologie, poc'anzi definite eccentriche, quali i Governi del Presidente e i Governi delle larghe intese. L'apparizione di Esecutivi del tipo ora detto costituirebbe, dunque, una sorta di baluardo, oltre il quale si rischierebbe, segnatamente nei casi più gravi, l'avvento delle “derive” autocratiche e il ricorso ai sopra detti “risolutori” dello stato di crisi di stampo schmittiano.

Non basta. La composizione “tecnica” (o, ancor meglio, “tecnocratica”) dei Governi in discorso potrebbe finanche sottintendere la tollerabilità e liceità di una forma “edulcorata” di selezione; quella che, nella sua accezione “ordinaria”, dovrebbe, invece ritenersi inammissibile e che si è recisamente esclusa al par. precedente, segnatamente alla stregua dell'art. 48, co. 1, Cost. In altre parole, laddove la teoria montesquieuviana appare *ictu oculi* lesiva dei processi instaurativi della rappresentanza politica – e immediatamente violativa dei principi che in Costituzione si situano a fondamento del rapporto intercorrente fra Parlamento e Governo -, l'Esecutivo tecnico, essenzialmente in virtù della sussistenza della causa di legittimazione rappresentata dal voto di fiducia, non manifesterebbe le difettosità ora dette e si atterrebbe, nella sostanza, al modello

costituzionale di riferimento. Per tal modo la concezione della rappresentanza politica che postula - ai fini dell'accesso alle cariche pubbliche, ed a quelle elettive in specie - il possesso di specifiche attitudini e "competenze", si trasformerebbe da "elitaria" in democratica, e da "aristocratica" - o, peggio, "autoritaria" - in "autorevole"; potendosi sostenere che, in ogni caso, quello in parola non sarebbe altro che un ultimo ed estremo modo di raffigurarsi della *factio* che, inevitabilmente, permea ogni forma di democrazia rappresentativa. A tal stregua, laddove i correttivi sopra evocati - della mediazione partitica, della temporaneità e mutabilità delle cariche elettive, della procedimentalizzazione e pubblicizzazione delle decisioni politiche -, non fossero più sufficienti ad arginare la deriva indotta dalla incapacità dei rappresentanti di dar corso alle scelte finalizzate al perseguimento dell'interesse nazionale, diverrebbe lecito affidare tali scelte ad un organo caratterizzato da un maggior distacco dal corpo elettorale; distacco che, sebbene più intenso rispetto a quello degli Esecutivi "ordinari", sarebbe comunque attenuato dalla adesione delle Camere parlamentari. In tal senso il Governo tecnico potrebbe persino - e paradossalmente - reputarsi funzionale alla evoluzione e all'attuale punto d'arrivo delle democrazie rappresentative; e, ciò, in forza della immediatezza e puntualità delle decisioni che esso è in grado d'assumere all'interno d'uno scenario globalizzato, contrassegnato dal declino della centralità delle sedi decisionali statuali e dalla conseguente espansione di quelle sovrastatali.

Le considerazioni ora espresse non debbono, in ogni caso, far presumere - come già poc'anzi cennato - la liceità d'una raffigurazione del rappresentante alla stregua del "notabile" di matrice montesquieuviana, mirabilmente descritta ne *De l'esprit des lois* e, in specie, nel capitolo III - "*Du principe de la démocratie*" - del libro III. E, ciò, pur se non si può fare a meno di rimarcare l'attualità e la straordinaria pregnanza di quel richiamo alla rettitudine e alla probità ivi presente: "*Les politiques grecs, qui vivaient dans le gouvernement populaire, ne reconnaissaient d'autre force qui pût les soutenir que celle de la vertu. Ceux d'aujourd'hui ne nous parlent que de manufactures, de commerce, de finances, de richesses et de luxe même*". Parole, queste ultime, che davvero s'attagliano alla crisi che sta investendo pressoché tutte le democrazie contemporanee, ovvero allo scenario presidiato dalla finanza globalizzata; la quale esprime il suo "imperio" non solo nell'ambito che dovrebbe essere suo proprio - dei rapporti economici -, ma anche in quello che attiene al governo della cosa pubblica e ai rapporti propriamente politici. Sicché la finanza stessa, invece di permanere subalterna alle decisioni dei governanti, ne è divenuta l'oscuro ed autoritario *Herr*, quanto e ancor più di quello prefigurato nell'idea schmittiana della rappresentanza; giungendo ad erodere molti degli spazi in cui s'esprimeva la volontà dei governanti medesimi (e, ancor prima, del corpo elettorale) e ad incidere sul concetto stesso di sovranità. Quanto ora detto in ordine alla attitudine intrusiva dei nuovi poteri che si ricollegano all'avvento dell'evo globalizzato appare evidente laddove si pensi alla ormai irreversibile perdita di centralità degli organi parlamentari e, ancor prima, allo svilimento - e, anzi, alla pressoché definitiva consunzione - del ruolo che la Costituzione assegna ai partiti politici.

E pur tuttavia, fermo il dovuto ossequio a quanto nel 1758 scriveva Charles de Secondat de Montesquieu, appare *ictu oculi* inaccettabile ciò che si cela dietro la ricostruzione ora cennata, ovvero, la raffigurazione elitaria del principio di

rappresentanza politica. Il canone essenziale che deve reputarsi atto a determinare e disciplinare l'accesso e la permanenza nelle cariche pubbliche non può essere, infatti, quello che si basa sulla selezione del rappresentante: intesa, quest'ultima, come privilegio e *favor* nei confronti dei "migliori" o "virtuosi" nel senso platonico sopra cennato. E la ragione di tale inammissibilità discende, ovviamente, dalla lettera stessa Costituzione e dalla inesistenza, in essa, di qualunque riferimento che abiliti il legislatore a valutare la attitudine del soggetto privato a ricoprire il mandato elettivo in funzione della sua (presunta) maggioranza intellettuale e morale; condizione, questa, cui si associerebbe la capacità del rappresentante, proprio in quanto "distante" dal corpo elettorale, di perseguire il superiore interesse della Nazione[67].

Né la liceità di un regime della incandidabilità fondantesi sulla primazia "meritocratica" e "curriculare" del rappresentante potrebbe farsi discendere dall'art. 54, co. 2, Cost. E' pur vero che tale disposto contiene il riferimento alla "disciplina" e all'"onore", ovvero a quell'essenziale elemento qualificativo che deve essere assunto a parametro dal legislatore ordinario; e tuttavia tale norma-principio non consente né tollera la introduzione di discipline volte a determinare la esclusione dell'eligendo e dell'eletto sulla base di criteri che non siano certi ed oggettivi, e comprovati da elementi non suscettibili di valutazione discrezionale (quali, primi fra tutti, quelli che si ricollegano alla "integrità penale" del soggetto privato). L'art. 54, co. 2, cit. - così come l'art. 51, co. 1, Cost., che pure affida alla legge la determinazione dei "requisiti" necessari all'assunzione e al mantenimento della carica elettiva - impone, dunque, che le cause ostative alla candidabilità si rappresentino - e vengano prevedute dalla fonte primaria - alla stregua di un "presupposto oggettivo"; il quale, pur se si ricollega ad un giudizio di indegnità morale a ricoprire la carica elettiva - come affermato costantemente dalla Corte costituzionale[68] - va comunque raffigurato (e deve intendersi fissato dalla legge) nei termini certi e "tassativi" sopra detti; sì che la incandidabilità diviene una conseguenza diretta ed "automatica", e tale da escludere qualsiasi apprezzamento discrezionale del "valutatore".

E, del resto, non si può mancar di rimarcare che un intento selettivo quale quello poc'anzi evocato si porrebbe in immediata violazione dell'art. 48, co. 2, Cost., dal momento che tale norma presuppone (ed impone), prima d'ogni altra cosa, che il rapporto elettorale si costituisca sulla base di una manifestazione di volontà libera, ovvero non suscettibile d'esser indirizzata o diretta dalla legge in funzione del perseguimento di interessi che non siano quelli rinvenibili all'interno della stessa Costituzione. Inoltre, e prima ancora dei motivi ora cennati, sono l'art. 3, co. 1 e lo stesso art. 51, co. 1, Cost. (quest'ultimo nella parte in cui ribadisce che l'accesso alle cariche elettive debba avvenire "in condizioni di eguaglianza") che precludono al legislatore la possibilità di introdurre regimi conformativi della incandidabilità che implicino discriminazioni, nella specie fondate sulla presunta primazia intellettuale o morale del rappresentante.

La severa opera di selezione ora cennata - e che si è visto non poter in alcun modo essere assegnata alla legge introduttiva dei "requisiti" ex art. 51, co. 1, Cost. - dovrebbe, invece, effettuarsi in un momento antecedente a quello della competizione elettorale e dovrebbe essere operata, essenzialmente, dai partiti

poneri. Ciò che appare, nel momento di crisi attuale e alla luce del cennato progressivo decadimento della centralità dei partiti medesimi, evenienza, più che opinabile, di pressoché impossibile verifica[69]; in specie ove si abbia piena consapevolezza del fatto che la originaria prospettazione espressa dall'art. 49 Cost. è venuta via via corrompendosi[70] in virtù del perverso connubio tra connotazione leaderistica e personalistica dei partiti medesimi e legislazione elettorale improntata al meccanismo delle c.d. liste bloccate[71]. Né è dato presumere che ai guasti indotti dal c.d. *porcellum*, e censurati dalla sent. n. 1/2014 della Corte cost.[72], si voglia porre rimedio, nella sede propria parlamentare, per il tramite del c.d. *italicum*; dal momento che il d.d.l. *in itinere*, attualmente all'esame della Camera dei deputati, parrebbe, a sua volta, esprimere una disciplina non esente dalle difettosità già evidenziate dal giudice delle leggi nella pronuncia sopra richiamata[73]. E' noto, a proposito di quanto ora detto, che quello dell'approntamento del nuovo sistema elettorale è, assieme al varo della riforma costituzionale, il problema che più assilla il Governo attualmente in carica; ed è in ordine alle scelte che ineriscono alla determinazione di tale impianto che si potrà verificare la tenuta - o, come è più probabile che avvenga, la definitiva perenzione - del c.d. Patto del Nazareno, "stipulato" il 18 gennaio 2014 tra il Presidente del Consiglio Matteo Renzi e Silvio Berlusconi nei modi eccentrici e nei termini equivoci più volte messi in rilievo dalla stampa.

Alla luce delle considerazioni ora espresse, e con specifico riguardo alla progressiva estraniamento dei partiti dal compito loro assegnato dall'art. 49, si potrebbe poi ritenere più attuale di altre la riflessione schmittiana, dal momento che quella in parola è la più incisiva fra le "teorie antipartito"[74]. Tali accadimenti inducono, poi, a meditare sul definitivo tramonto della ideale conformazione del ruolo di mediazione del partito politico[75], che ebbe così gran spazio e centralità nella riflessione mortatiana e negli apporti di questi in seno alla Costituente[76]; sì che taluno potrebbe finanche scorgere, nei dibattiti cui s'è quotidianamente costretti ad assistere, il riapparire di quella "rissa dannosa" che, nell'evo bismarckiano, veniva spregiativamente additata allo scopo precipuo di marginalizzare la centralità dei partiti nel confronto politico[77].

E' per i motivi ora cennati che ancor più distante dalla realtà, a causa della progressiva attitudine disaggregante manifestata dal partito politico in quest'ultimo scorcio d'anni, deve reputarsi la pretesa d'una ideale raffigurazione dello "stato dei partiti integrato" per come esplicitata nella riflessione leibholziana[78]. Se v'è, infatti, una "mistica" che ha perduto - si crede in modo irrimediabile - la sua primitiva ragion d'essere, se mai n'abbia posseduta alcuna, questa è proprio quella che si ricollega all'idea d'un organicismo fondantesi essenzialmente sullo "stato dei partiti"[79].

Mette conto, infine, rimarcare, per concludere sul punto qui in esame, che pare assai opinabile che alla condizione di progressiva delegittimazione dei partiti - e, conseguentemente, dello stesso principio di rappresentanza politica - si possa porre rimedio, quanto meno in modo significativo, per il tramite dell'approntamento dei c.d. codici etici. Ciò, essenzialmente, a causa della carenza di precettività di tali atti; la qual cosa induce a ritenere che i codici in parola non possano offrire un sostantivo apporto in termini di moralizzazione

una vita politica ne suscitare un classico *revirement* all'interno del circuito politico-rappresentativo. Ci si riferisce, in particolare, al testo del codice di autoregolamentazione accluso alla "Relazione in materia di formazione delle liste delle candidature per le elezioni europee, politiche, regionali, comunali e circoscrizionali", che è stato deliberato, insieme alla detta relazione, in data 23 settembre 2014 dalla Commissione parlamentare antimafia[80]. Sebbene, infatti, non si possa non convenire con l'intento palesato dall'atto in parola e, segnatamente, con quanto dallo stesso formalizzato in ordine al drastico irrigidimento delle cause ostative all'accesso e alla permanenza nelle cariche elettive, rimane il fatto che il codice di autoregolamentazione non possiede alcuna efficacia prescrittiva né sanzionatoria, in quanto si limita ad "impegnare", sul piano morale, i partiti politici a non candidare soggetti che risultino coinvolti in reati di criminalità organizzata, contro la pubblica amministrazione, di estorsione ed usura, di traffico di sostanze stupefacenti, di traffico illecito di rifiuti e altre gravi condotte[81].

9. Rappresentanza politica e difettosità del d.d.l. costituzionale in itinere (A.C. 2613): il superamento della rappresentanza della Nazione ex art. 67.

Non è rinvenibile, nell'articolato del disegno di legge costituzionale d'iniziativa governativa approvato dal Senato in prima deliberazione l'8 agosto 2014 ed attualmente in corso d'esame alla Camera (A.C. 2613)[82], alcun elemento o riferimento normativo che possa collocarsi all'interno della linea d'indirizzo qui accolta e che persegua, come intento prioritario, lo scopo di ovviare ai mali che affliggono e contaminano, nel tempo presente - e in Italia con particolare virulenza - il principio di rappresentanza politica. Emergono, anzi, esaminando i contenuti del d.d.l. in parola - e, in specie, gli artt. 1, 2 e 8, rispettivamente modificativi degli artt. 55, 57 e 67 Cost. - scelte di fondo che paiono contrapporsi alle ragioni ora cennate. E' quanto può derivarsi, innanzi tutto, dalle norme dell'articolato finalizzate al "superamento del bicameralismo paritario" e disciplinatrici delle funzioni e della composizione del nuovo Senato della Repubblica; le quali dispongono, come diretta conseguenza di tale intento, la radicale scissura tra deputati e senatori proprio in ordine ad uno dei tratti essenziali del principio di rappresentanza, dal momento che, alla stregua di tali previsioni, solo i primi, e non i secondi, "continuano" a essere rappresentanti della Nazione[83]; e dispongono, altresì, la cumulabilità della carica di senatore con quella di consigliere regionale (e di Provincia autonoma) e di sindaco.

Era proprio necessario - viene immediatamente da domandarsi - apportare, ad un sistema politico-rappresentativo già così debilitato in riferimento alla tenuta dei suoi originari presupposti ideali, tal drastica modificazione; e non potrebbe produrre, la legge di revisione in questione, ulteriori e ancor più gravi turbative? Si ha, infatti, ragione di ritenere che - ferma la necessità di ridurre il numero di deputati e senatori - la scelta ora cennata possa risultare quanto meno inattuale, non sufficientemente meditata e, soprattutto, foriera di ulteriori effetti degenerativi avendo riguardo al problema della liminarità fra rappresentanza e "cattiva politica".

Ci si dovrebbe, poi, domandare se non appaiano più urgenti di quelle in discorso

alcune altre modifiche, sempre merite di vigente assetto costituzionale della rappresentanza, prima fra tutte quella, che pare indifferibile, concernente la circoscrizione estero; la quale è attualmente prevista dall'art. 48, co. 3, Cost. per entrambe le Camere e induce una ricorrente distorsione in quanto ammette all'esercizio del diritto elettorale attivo soggetti che poco o nulla sanno e comprendono della (già di per sé complicata) realtà politica del paese, sovente ignorando la stessa lingua italiana ed avendo ottenuto la cittadinanza sulla base di una normativa desueta e per esigenze meramente utilitaristiche (e tutt'altro che "patriottiche"). Il testo del d.d.l. di revisione licenziato dal Senato in prima lettura mantiene, infatti, la circoscrizione estero per il nuovo Senato; mentre sarebbe opportuno eliminarla del tutto[84].

A parte i rilievi ora espressi, stante la prevalente situabilità degli episodi degenerativi poc'anzi richiamati all'interno degli organi elettivi regionali e locali[85], ovvero il manifestarsi in maniera dirompente di quello che potrebbe definirsi come decentramento della "mala politica", è lecito presumere che la trasmutazione della rappresentanza, per i membri del nuovo Senato, da quella della Nazione a quella delle autonomie (o delle "istituzioni territoriali")[86], possa indurre un aggravamento dello stato di degrado in discorso; implicando, il disposto dei nuovi artt. 55, co. 5 e 57, co. 1 e 2, Cost., come primo effetto la "duplicazione" delle contaminazioni sopra dette e, dunque, la possibilità, per gli eletti, di deviare dalla propria missione a livello centrale oltre che a quello territoriale. Tutto ciò a prescindere da quell'altra serie di censure, pur esse fondate e condivisibili e a loro volta basantesi sulla "doppia veste" della quasi totalità dei componenti il nuovo Senato[87] - cioè sulla mancata adesione alla "regola aurea" del divieto di cumulo di mandato - le quali attengono al razionale espletamento della duplice funzione nella sede centrale e territoriale; presupposto, quest'ultimo, che pare a molti[88] compromesso dalla previsione sopra detta.

E' sulla base del nuovo assetto prefigurato dal d.d.l. di revisione attraverso la riscrittura degli artt. 55 e 57, Cost. - con particolare riguardo alla fissazione, in tali disposizioni, del principio alla cui stregua ciascun "membro della Camera dei deputati rappresenta la Nazione" e dell'altro secondo cui i senatori sono "rappresentativi delle istituzioni territoriali" - che diviene, poi, obbligato il *maquillage* dell'art. 67, il quale, come s'accennava, "perde" la sua originaria connotazione e viene mutilato del suo frammento normativo iniziale, risultando monco d'uno dei principi che si situano alla base dell'originario impianto costituzionale[89].

Si dirà che la eliminazione del riferimento normativo ora evocato si rende necessaria, e "si tiene" da un punto di vista logico-sistematico, in quanto è strumentale alla introduzione di una "Camera delle autonomie". E che tale scelta si giustifica laddove si volga lo sguardo ai disposti costituzionali di quelle democrazie contemporanee che ineriscono alla composizione e alla conformazione funzionale degli organi parlamentari equiparabili a quello ipotizzato dal d.d.l. costituzionale *in itinere*. Ma è proprio tale ultima giustificazione che pare non appagante; e, se ben si vede, proprio sul piano squisitamente logico. Ciò che, infatti, emerge dall'articolato in esame, e che è fonte di gravi perplessità - a parte il probabile ulteriore imbarbarimento dei rapporti politici indotto dal cumulo delle cariche elettive, cui s'è già accennato

—, e il fatto che la mutazione generica dei membri del nuovo Senato della Repubblica e il conseguente affrancamento da uno dei due principi espressi dall'attuale art. 67 appaiono per nulla "proporzionati" e s'inseriscono in modo tutt'altro che equilibrato ed armonico sia in confronto all'assetto ordinamentale previgente sia a quello che residuerebbe all'indomani della entrata in vigore della legge di revisione. Si vuol dire che, rimanendo nella gran parte inalterati gli elementi originari caratterizzanti l'ordinamento costituzionale, e in specie quelli che attengono alla forma di governo, e rappresentando la revisione in esame un intervento parziale (seppur tutt'altro che irrilevante), le innovazioni introdotte non potrebbero esprimere una attitudine così dirompente, e tale da porre nel nulla un principio fondativo del vigente assetto costituzionale quale quello espresso dal primo inciso dell'art. 67[90]. E' pur vero, infatti, che il d.d.l. costituzionale in esame prevede la cennata "separazione" funzionale dei due rami del Parlamento, con conseguente drastico immiserimento delle competenze legislative del Senato della Repubblica, assegnazione alla sola Camera dei deputati dell'esercizio della funzione legislativa ed attribuzione a quest'ultima, in via esclusiva, di quella che inerisce al rapporto di fiducia[91]; e tuttavia non si crede che tali innovazioni siano bastevoli a determinare l'espunzione del principio suddetto, stante la ancor piena "attualità" ed il vigore del medesimo.

L'altro profilo, strettamente connesso a quello ora esaminato e che suscita, a sua volta, non poche perplessità, è quello che attiene alla composizione derivata o indiretta del nuovo Senato, la cui conseguenza immediata è il cennato cumulo di funzioni. E', in particolare, l'introduzione di un meccanismo di secondo grado per l'elezione dei membri dell'organo parlamentare in discorso che appare opinabile quanto alla sua *ratio*, dal momento che pare del tutto inattuale e inopportuno, alla luce della situazione di crisi in cui versa il principio di rappresentanza politica, la abrogazione dell'art. 58 Cost.[92] ed il connesso superamento, per ciò che attiene al Senato, del sistema elettorale ispirato al suffragio universale e diretto. La relevantissima mutazione in discorso si pone in netto contrasto con le ragioni che indurrebbero, nel tempo presente, a scongiurare ogni occasione di "confusione" e commistione a riguardo delle cariche istituzionali; e, ciò, per il tramite di un - quanto più possibile severo ed esteso - regime di incompatibilità che mantenga estranee le une alle altre le cariche rappresentative centrali e territoriali. Il problema nodale in questo momento in Italia è, ad avviso di chi scrive, quello di operare una scissura, e la più netta possibile, con le cause che hanno più di altre intorbidito il circuito politico-rappresentativo in questi ultimi anni. E si è già avuto modo di rimarcare la più rilevante di tali cause è rappresentata dal radicamento in seno alle istituzioni territoriali dei maggiori episodi degenerativi. E' a riguardo di tal situazione che occorrerebbe, allora, apprestare i rimedi più incisivi, dal momento che ciò che conferma il rapporto fra rappresentante e rappresentato è, in non pochi bacini elettorali, il "voto di scambio", la connivenza clientelare, la dipendenza dai gruppi di interesse aventi maggiore valenza "affaristica", nonché, non di rado, la liminarità - se non la vera e propria appartenenza - ad una delle "elitarie" associazioni cui si riferisce l'art. 416-bis, c.p.

E' questo il motivo per cui si ritiene che non sia bastevole a rendere esente da difettosità il contenuto normativo del d.d.l. costituzionale *in itinere* la avvenuta

nominazione dell'art. 2 di quest'ultimo (da parte del Senato in prima deliberazione) rispetto a quella originaria (per come risultante dal testo deliberato dal Consiglio dei Ministri). Ci si riferisce alla espunzione del riferimento ai Presidenti delle Giunte regionali (e delle Province autonome) dal primo comma del nuovo art. 57 Cost., con conseguente ridefinizione della composizione del nuovo Senato[93]. Poiché è il primitivo impianto che è rimasto inalterato, anche all'indomani del primo dei quattro passaggi innanzi alle Camere, ovvero l'intento di strutturare la rappresentanza in seno al nuovo Senato in via "indiretta" ed in termini esclusivamente territoriali e "localistici"(fatto salvo il piccolo drappello dei membri di nomina presidenziale); il che, invece di apportare un beneficio in termini di maggior rappresentatività, rischia di determinare un ennesimo "malessere politico e istituzionale"[94]. Ciò che conta non è, allora, prevedere che del nuovo Senato debbano far parte soltanto i sindaci e i consiglieri regionali e non anche i Presidenti delle Regioni; ma sancire che nessuno di costoro – pur se svolgenti funzioni non esecutive ma meramente politiche - debba sedere in Senato; poiché è proprio il cumulo in discorso che può, inevitabilmente, "indurre in tentazione". E ciò a prescindere dai profili di criticità, a loro volta centralissimi, indotti dal "doppio lavoro" e che attengono alla improbabilità d'un esercizio compiuto ed efficiente del duplice mandato.

E', dunque, un falso ed errato modo d'affrontare il delicatissimo tema della rappresentanza territoriale in seno al nuovo Senato quello che s'incentra sulla "ristrutturazione" dell'assetto dell'organo parlamentare sulla base di un sistema elettorale di secondo grado. Si crede, infatti, che la rappresentanza territoriale sopra detta possa e, anzi, debba continuare ad essere espressa nel modo "ordinario", inciso a chiare lettere in Costituzione, del suffragio universale e diretto. E che il cumulo delle funzioni elettive valga soltanto, quanto meno in questo momento storico, solo ad importare nell'organo parlamentare centrale il sistema di sprechi e di personalismi – o, peggio, di corrottele - che connotano la politica regionale e locale.

Un profilo assai delicato, che suscita una ulteriore serie di dubbi circa la congruità del modello delineato dal d.d.l. costituzionale *in itinere*, è, poi, quello che concerne i "frammenti" della funzione d'indirizzo politico-legislativo che permarrebbero (residualmente) riconosciuti al nuovo Senato. In effetti, anche a tal riguardo deve segnalare una qual certa approssimazione, segnatamente dal punto di vista sistematico, nella redazione dell'apparato normativo dell'atto; e proprio laddove non si configura con la dovuta compiutezza l'apporto del Senato in ordine all'*iter legis* e, in particolare, non si prevede con maggior nettezza, come immediata conseguenza delle premesse date, la recessività dell'apporto deliberativo dell'organo in parola rispetto a quello della Camera dei deputati. Le conseguenze che l'assetto prefigurato dal d.d.l. costituzionale potrebbe provocare sono quelle della possibile conflittualità fra i due rami del Parlamento, quanto meno in ordine ad alcune scelte e decisioni di rilievo tutt'altro che secondario; ed in cui la funzione d'indirizzo s'esprime ai massimi livelli. Ci si riferisce, in particolare, alla permanenza, in capo al Senato, di competenze ancora assai corpose e, comunque, intersecanti l'attività legislativa della Camera[95]. Si veda, a tal proposito, la formula del nuovo art. 70[96] e, quivi, la previsione della estesa capacità intromissiva ora evocata.

non è tanto la concreta del collettivo esercizio della funzione legislativa, di cui al primo comma della disposizione, che preoccupa – con specifico riguardo alla compartecipazione “obbligata” in seno al procedimento di revisione e a quello che inerisce alle altre leggi costituzionali, il che pare opportuno prevedere -, quanto, invece, i disposti del quarto e quinto comma, i quali espandono notevolmente il ruolo partecipativo dell’organo e, per tal modo, rischiano di determinare, se non vere e proprie situazioni di stallo legislativo, quanto meno una serie di “incidenti di percorso”. E’ pur vero che le norme in parola raffigurano gli atti partecipativi del Senato come non vincolanti (sebbene un “appesantimento” della interferenza dell’organo sia possibile rinvenire nel quarto comma cit., che impone la maggioranza assoluta alla Camera laddove questa non intenda conformarsi alle modifiche proposte dal Senato); e tuttavia, se si vuole imboccare la strada del bicameralismo differenziato e, soprattutto, se si vuole improntarlo alla efficienza e alla speditezza delle decisioni politiche, il primo canone cui adeguarsi dovrebbe esser quello della tendenzialmente drastica separazione delle due Camere a riguardo della funzione d’indirizzo-politico legislativo.

Ma è proprio questo il problema che permane sullo sfondo, e che s’è già avuto modo di segnalare; poiché è lecito domandarsi se, a fronte di una riforma che incide solo parzialmente (e sovente irrazionalmente) sulla forma di governo, sia lecito operare una radicale scissura, nei termini perentori ora detti, fra le funzioni dei due organi rappresentativi centrali. E’ proprio a causa della frammentarietà e incompiutezza della riforma costituzionale in riferimento alla “riscrittura” della forma di governo che, ad esempio, si rappresenterebbe come un vero fuor d’opera la eventuale immissione, nel d.d.l. costituzionale, di una norma analoga a quella dell’art. 45 della Costituzione della V Repubblica francese, alla cui stregua, laddove si abbia disaccordo tra i due rami del Parlamento in ordine alla approvazione di un progetto di legge, il Governo può affidare alla sola Assemblea nazionale “*de statuer définitivement*”.

Si osservino, poi, restando all’esempio francese, gli accadimenti intervenuti nella materia *de qua* nel passaggio dalla IV alla V Repubblica. Nella Costituzione gollista del ’58, in cui è presente un bicameralismo se non del tutto zoppo quanto meno di tipo *mixte*, è sì rinvenibile una norma - l’art. 24, co. 4 - non dissimile, quanto al suo contenuto, da quella che si vorrebbe introdurre in Italia (“*Le Sénat [...] assure la représentation des collectivités territoriales de la République*”)[97]; pur tuttavia tale previsione si pone all’interno di una forma di governo, di tipo semi-presidenziale (o tendenzialmente presidenziale), distante rispetto a quella italiana e all’interno della quale i freni e i contrappesi, in particolare quelli relativi alla (difesa e rappresentanza della) unità nazionale, sono delineati per bilanciare le possibili distorsioni indotte (anche) dalla previsione sopra riportata. Il riferimento è, come si sarà inteso, soprattutto alla funzione, alla posizione ed al ruolo del Presidente della Repubblica francese rispetto a quello italiano, e alla ampiezza dei poteri – in specie desumibili dagli artt. 16[98] e 19, Cost. V Repubblica - riconosciuti a tale organo; con particolare riguardo a quelli, aventi più rilevante valenza politica, adottabili in assenza di controfirma[99]. Se, allora, la scissura tra le due Camere parlamentari - e la connessa diversa connotazione e disciplina del principio di rappresentanza - pare confacente all’assetto costituzionale francese, ciò è possibile assumere alla luce della strumentalità di tale distinzione in confronto a quella forma di

governo; la qual cosa non può darsi in presenza di un contesto oramai, riconfigurato nei modi “raffazzonati” già messi in luce, quale si strutturerebbe all’indomani della entrata in vigore della legge di revisione; ed in cui coesisterebbero, affastellati in modo approssimato, elementi del vecchio e del nuovo sistema di governo.

Ai rilievi ora espressi val la pena, poi, d’aggiungerne un altro, dal momento che un’altra deficienza della riforma costituzionale *in itinere* si crede sia rappresentata dalla introduzione di quella ulteriore scissura fra Camera e Senato che attiene all’esercizio della funzione di controllo. A norma del quarto comma del nuovo art. 55, infatti, è la sola Camera dei deputati che esercita la funzione “di controllo dell’operato del Governo”^[100]. Invero, anche in ordine a tale profilo, dovrebbe ripetersi quanto detto sopra a proposito della liceità del ridimensionamento del ruolo partecipativo del Senato solo in presenza di una complessiva e “organica” revisione della forma di governo. E si badi che, avendo riguardo al profilo ora evocato e, in particolare, alla necessità di rendere quanto più possibile estesa ed efficace la funzione di controllo ora detta, la esperienza costituzionale francese, poc’anzi presa in esame, manifesta una sorta di ripensamento proprio in ordine alla competenza del Senato, e ciò attraverso la “riespansione” della funzione ora detta in capo all’organo parlamentare e la conseguente riconfigurazione della stessa in termini “duali”. E’, quella in discorso, una innovazione introdotta dalla *loi constitutionnelle n. 2008-724*. Non era, infatti, presente, nella precedente versione dell’art. 24 Cost. V Repubblica, il riferimento al potere di controllo “comune” di Assemblea nazionale e Senato. Si veda, a tal proposito, la attuale formulazione dell’art. 24, co. 1, cit., alla cui stregua è il Parlamento nella sua intierezza, e non la sola Assemblea nazionale, che “*contrôle l’action du Gouvernement*”.

Alla luce dei rilievi ora espressi verrebbe da notare, in termini spicci ma forse più immediati, che una riforma della Costituzione, e in specie una riforma che incida su aspetti della forma di governo, o la si fa tutta o non la si fa affatto^[101]; e che la pretesa di porre nel nulla presupposti che, in quanto principi fondativi, ineriscono al modo primigenio di configurarsi del principio di rappresentanza politica all’interno del vigente ordinamento costituzionale, postula un ben più esteso consenso di quello che ci si può attendere da un Governo e da un Parlamento il cui dato caratterizzante è costituito dalla precarietà e instabilità; originate, l’una e l’altra, dalla - non superabile, neppure per il tramite di “patti” e di intese più o meno conoscibili nel loro esatto contenuto^[102] - carenza di legittimazione^[103].

Al tentativo di operare un così esteso *maquillage* costituzionale osta, prima di ogni altra causa, quella che discende dalla sostantiva (anche se non formale) delegittimazione delle attuali Camere parlamentari, indotta dalla affermata incostituzionalità del sistema elettorale che ne ha definito la rispettiva composizione; e, ciò, a malgrado delle ragioni che si situano alla base del principio di “continuità” dell’organo parlamentare (succintamente) esplicitate dalla Corte costituzionale nella sent. n. 1/2014^[104]. Seppure si possa ammettere che il “principio fondamentale della continuità dello Stato” autorizzi a ritenere che la pronuncia in discorso “nessuna incidenza è in grado di spiegare [...] neppure con riferimento agli atti che le Camere adotteranno prima di nuove consultazioni elettorali”^[105], non pare dubbio che dovrebbe rimanere

per fermo il dato, essenziale e insuperabile, della annunciata attuazione operativa (e innovativa) sopra detta; il che imporrebbe cautela e circospezione quanto meno avendo riguardo a quelle scelte e decisioni che provocherebbero, in confronto al vigente assetto ordinamentale, i rivolgimenti sopra passati in rassegna.

Sono proprio i motivi che si traggono dalla condizione di precarietà delle Camere parlamentari che inducono a denunciare come impropria, oltre che scarsamente tollerabile in termini politici, la “spavalderia” con cui il Governo in carica – e, per esso, soprattutto il Presidente del Consiglio dei Ministri e il Ministro per le Riforme costituzionali e i rapporti con il Parlamento - tratta la materia in questione; la quale di tutto avrebbe bisogno salvo che d’esser maneggiata alla stregua d’un “involto” da confezionare e licenziare quanto più celermente possibile. Tutto ciò, più che bizzarro, appare preoccupante; segnatamente laddove dagli organi titolari del potere d’indirizzo politico-legislativo provengano assunzioni di principio del tipo “l’Italia può e deve mettere il turbo nelle riforme”^[106]; affermazioni, queste, che, più che pittoresche, denotano l’impazienza e l’approssimazione ora cennate, oltre alla scarsa consapevolezza delle nefaste conseguenze che una revisione mal condotta - e soprattutto mal predisposta nei suoi contenuti - può comportare. Di ben altro supporto avrebbe bisogno un processo di revisione; e comunque non certamente di quello proveniente da un Parlamento perennemente scosso dalle divisioni interne alle forze politiche di maggioranza e da un Governo - più che risoluto - “sbrigativo” nelle sue decisioni; nonché dai sopra cennati e più o meno eccentrici - dal punto di vista istituzionale - “patti” intercorsi tra il Presidente del Consiglio e il *leader* d’uno dei partiti d’opposizione; quest’ultimo, a sua volta, più che delegittimato, sfigurato nella sua funzione di “negoziatore” e nella sua dignità istituzionale dal sopravvenire dei noti accadimenti di natura penale; i quali, in una qualunque democrazia salvo che in quella italiana, avrebbero già determinato la immediata e definitiva estraniamento dello stesso dal circuito politico, ancor prima della decadenza dal mandato elettivo deliberata dalla Camera d’appartenenza e dell’interdizione temporanea dai pubblici uffici comminata dal giudice^[107].

Si vedrà se la riforma in discorso avrà buon esito e, in particolare, se sarà deliberata da una maggioranza la quale si struttura e si sostiene più sui buoni uffici e sulla *moral suasion* del Capo dello Stato^[108] che sul consenso del corpo elettorale; consenso che, in una situazione quale quella attuale, è - e permane - presunto. Oltre tutto, stante la artificiosità e fragilità del quadro politico attuale, diviene a sua volta aleatorio l’esito del *referendum* costituzionale, cui si dovrà quasi certamente ricorrere dal momento che appare pressoché inevitabile l’approvazione della legge di revisione in seconda deliberazione senza la maggioranza dei 2/3 e il sopravvenire della richiesta *ex art. 138, co. 2, Cost.* Sono i motivi ora espressi che si oppongono non già solo alle scelte frammentarie e spesso non coerenti operate dal Governo, e di cui è traccia nel d.d.l. di revisione *in itinere*, ma, e ancor più, alla eventualità d’un intervento eventualmente più dirompente. Invero, ciò che si è poc’anzi accennato in ordine alle difettosità di una riforma costituzionale “fatta a metà”, ed alla opportunità d’un più drastico ed esteso intervento da parte della legge di revisione - ad esempio, e per restare al tema specifico qui trattato, abolendo *tout court* il Senato per approdare ad un monocameralismo puro^[109] -, cozza con il *deficit*

di legittimazione ora rimarcato e con quanto ne deriva avendo riguardo all'impervio percorso ed all'esito della legge di revisione.

10. ... segue: *La ondivaga composizione (e denominazione) del "nuovo" Senato.*

S'è già accennato, a riguardo delle manchevolezze del d.d.l. di revisione *in itinere*, al disposto del nuovo art. 57, il cui contenuto appare del tutto inconferente e, anzi, probabilmente apportatore di ulteriori guasti in ordine al modo di manifestarsi del principio di rappresentanza politica; e ciò, in particolare, laddove è introduttivo del c.d. cumulo fra cariche elettive centrali e territoriali, ovvero, nella specie, della compresenza del mandato di senatore e di quello di consigliere regionale o di sindaco; profilo, quest'ultimo, che sarà ampiamente trattato al par. successivo.

Prima ancora di esprimere le ragioni che inducono a dissentire in riferimento alla mancata introduzione del regime di incompatibilità, va segnalato un altro punto di debolezza rinvenibile nella disposizione in parola. Invero, esaminando il percorso fin qui seguito dal d.d.l. costituzionale in esame, emerge la approssimazione – se non il vero e proprio pressapochismo – nella redazione della norma introduttiva del cumulo in discorso. Ci si riferisce al *modus operandi* del Governo (e, *pro parte*, del Parlamento) che, in un ambito di così pregnante centralità e delicatezza, pare improntato alla estemporaneità. Il fatto è che il testo del d.d.l. risulta instabile e transeunte al massimo grado proprio nella parte che ha per oggetto la disciplina della composizione (e, in specie, dei criteri di individuazione dei membri) del nuovo Senato. Nella stesura originaria, per come approvata in Consiglio dei Ministri il 31 marzo 2014, la disposizione volta a riscrivere l'art. 57 Cost. appare, invero, ancor più pregiudizievole in confronto al presupposto di garanzia rappresentato dalla incompatibilità fra cariche elettive centrali e territoriali. Quivi, infatti, la norma imponeva, quanto ai rappresentanti provenienti dalle Regioni (e dalle Province autonome), la presenza non già solo dei membri dei consigli regionali, bensì dei Presidenti di tutte le Giunte regionali (e delle due Province autonome), nonché dei sindaci di tutti i Comuni capoluogo di Regione e di Provincia autonoma.

Ma, cosa ancor più paradossale, il sistema di rappresentanza risultava disciplinato in termini differenti - ancor prima delle sostantive modificazioni operate dal Senato nel corso della prima lettura, conclusasi con la deliberazione finale dell'8 agosto 2014 - all'interno dello stesso documento licenziato dal Governo. Ed infatti la primigenia versione del d.d.l., resa pubblica e diffusa in data 12 marzo 2014, era diversa, e in modo tutt'altro che irrilevante, in confronto al testo successivamente approvato in Consiglio dei Ministri in data 31 marzo 2014 (e comunicato l'8 aprile successivo alla Presidenza del Senato) [110]. Il documento in questione, nella parte che qui interessa (che inerisce al contenuto del nuovo art. 57 Cost.), recitava, infatti: "L'Assemblea delle autonomie è composta dai Presidenti delle Giunte regionali e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, nonché, per ciascuna Regione, da due membri eletti, con voto limitato, dai Consigli regionali tra i propri componenti e da tre Sindaci eletti da una assemblea dei Sindaci della Regione".

Non è, poi, neppure il caso di sottolineare, ad ulteriore prova della scarsa

ambiguità, se non del disordine e della incertezza, nella redazione di un testo normativo di così elevato rango e rilievo, la instabilità e mutevolezza dello stesso *nomen iuris* assegnato al Senato, ovvero della intitolazione dell'organo in parola: la quale nella prima versione del nuovo art. 57^[111] risultava essere "Assemblea delle autonomie", diveniva successivamente "Senato delle Autonomie"^[112], per poi tornare ad essere "Senato della Repubblica"^[113].

Ora, non si vuol qui contestare - né è, ovviamente, in discussione - il potere d'assoggettare un testo normativo ad interventi modificativi ed emendativi anche rilevanti; la qual cosa vale soprattutto per le Camere parlamentari. Ciò che si vuol porre in rilievo - e censurare - è, semmai, quanto emerge dai passaggi ora visti, e cioè la scarsa chiarezza di idee, il "procedere a tentoni" e, in specie, il modo ondivago e malfermo con cui viene trattata una materia così delicata, segnatamente da parte del Governo. Tal cosa si evince, *ictu oculi*, non tanto (o non solo) dalla presenza delle discrasie testuali poc'anzi evidenziate concernenti la denominazione del nuovo Senato, quanto dalla "distanza" che intercorre fra le varie versioni di cui s'è dato conto avendo riguardo ai rispettivi contenuti normativi. Il che fa immediatamente pensare che scelte politico-legislative di così elevato spessore, che dovrebbero esser più di altre meditate, non siano frutto di adeguata riflessione; e che i contenuti del documento che a tali scelte s'ispirano vengano, per dir così, gettati sull'arena politico-parlamentare a mo' di *ballon d'essai*^[114], allo scopo d'ostentare e rendere pubblico un solo intento: quello d'avviare e portare a termine l'*iter* relativo alle riforme costituzionali prescindendo dagli esiti che a tale iniziativa possano conseguire.

11. Rappresentanza politica, cumulo di mandato ed esemplarità degli eletti: l'esempio francese della Loi organique n. 2014-125, "interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur".

Quanto accennato al par. che precede in ordine alla opportunità del divieto di cumulo delle cariche elettive per i membri del nuovo Senato - anche all'indomani della trasformazione di questo in Camera rappresentativa "delle istituzioni territoriali" - trova conferma laddove si esamina la evoluzione della disciplina inerente a tale profilo all'interno di alcune democrazie contemporanee in cui era *ab origine* preveduta la presenza - in una delle due Camere - di membri provenienti dagli organi elettivi sub-statali e cumulanti l'uno e l'altro mandato.

Il caso senza dubbio più significativo è quello rappresentato dal *revirement* recentemente verificatosi in Francia in ordine al presupposto che imponeva la necessaria presenza, in seno al Senato, dei membri provenienti dagli organi elettivi regionali e locali^[115]. Il mutamento d'indirizzo in discorso e la necessità d'una drastica rivisitazione dei principi che si situano alla base del corretto svolgimento del rapporto elettorale - a fini di salvaguardia e tenuta del principio di rappresentanza politica - emerge assai chiaramente dalla disciplina espressa dalla *Loi organique n. 2014-125, "interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur"*. La riforma in discorso è intervenuta a livello legislativo e non costituzionale, ma ciò è derivato

non già da una scelta in tal senso da parte degli organi attribuiti della funzione d'indirizzo politico-legislativo, bensì dal disposto dell'art. 25, co. 1, Cost. V Repubblica, il quale è introduttivo di una riserva di legge organica nella materia *de qua*[116]. In ogni caso la legge in questione - a parte le sostanziali differenze, duole ammetterlo, fra la condizione del contesto politico-istituzionale francese rispetto a quello italiano - è espressiva del proposito di restituire al circuito elettorale la sua originaria dignità.

Ci si riferisce a quella onorabilità ed integrità che permeava, anche in Italia, l'esercizio del mandato elettivo nei primi anni della esperienza repubblicana; qualità che si sono via via dissolte nel passaggio da un assetto ordinamentale originario (e "sano") - quello uscito dalla Costituente e sorretto dalla rettitudine di "rappresentanti della Nazione" tali nel senso proprio della locuzione - ad un altro, che è la risultante del transito dalla (primigenia) Repubblica a quelle altre più tarde e imbarbarite "repubbliche"[117] che nel lessico giornalistico si è soliti identificare utilizzando i numeri ordinali. Sicché, in Italia, con l'espressione "II Repubblica", e con l'altra "passaggio dalla I alla II Repubblica", non si individua, come in Francia, la transizione da un modello anacronistico e obsoleto, dal punto di vista ordinamentale e della forma di governo, ad uno più efficiente e razionale, segnatamente avendo riguardo alla celerità e immediatezza delle scelte inerenti all'indirizzo politico-legislativo, bensì, invece, il passaggio da un sistema irrimediabilmente deteriorato ad un altro *in fieri* e alla ricerca d'una sua nuova legittimazione. Traguado, quest'ultimo, peraltro mai attinto; per cui si auspica, nel tempo presente, un ennesimo, e più o meno prossimo, transito: quello alla terza delle repubbliche in discorso. La qual cosa sarebbe, a sua volta, indotta dal deperimento e, anzi, dalla acclarata e irrimediabile dissoluzione dei presupposti ordinamentali che si situavano alla base della precedente[118]. Si vedrà se il processo riformatore innestatosi a far data dall'apparizione dei Governi "tecnici" e "delle larghe intese" - e fatto proprio, nei modi spicci più volte rimarcati, dall'attuale Governo "patteggiato" - avrà un esito positivo; con particolare riguardo ai profili che appaiono determinanti ai fini ora cennati: la meditata e razionale - e non approssimativa e affrettata - conclusione dell'*iter* di revisione avviato con la presentazione del d.d.l. costituzionale (attualmente all'esame della Camera dei deputati a seguito della approvazione in prima lettura da parte del Senato in data 8 agosto 2014); il varo di una legge elettorale esente dalle difettosità rilevate dal giudice delle leggi con la sent. n. 1/2014; la *restitutio* di una rappresentanza politica coerente con le sue originarie connotazioni costituzionali per il tramite di un più concluso e severo regime delle cause ostative all'accesso e alla permanenza nelle cariche elettive.

A parte le considerazioni ora espresse, e tornando al punto da cui s'era partiti, il primo dato su cui occorre riflettere è quello che attiene alla distanza che intercorre fra la *ratio* della *LO n. 2014-125* e quella che permea il d.d.l. costituzionale *in itinere*, dal momento che la riforma operata in Francia si pone in perfetta e radicale antitesi rispetto al contenuto di quello che dovrebbe essere il nuovo art. 57 Cost., con specifico riferimento al regime di incompatibilità e al cennato divieto del cumulo di mandato. E ciò in quanto tale ultimo disposto non solo non elimina il cumulo ma lo presuppone come necessario ai fini della composizione del nuovo Senato della Repubblica.

Quanto ai contenuti salienti della *LO n. 2014-125*, cit., va subito detto che questa è espressiva di un regime di incompatibilità assai più incisivo rispetto a quello che precedentemente vigeva in Francia e, in particolare, è impositiva della non cumulabilità del mandato di deputato o senatore con l'esercizio di "funzioni esecutive locali"[119]. Si veda, infatti, quanto preveduto dall'art. 1 della legge in rassegna, introduttivo dell'art. 141-1 all'interno del *Code électoral* francese allo scopo di elidere la possibilità di esercitare contemporaneamente la funzione di parlamentare e – fra le altre - quella di sindaco, di sindaco di *arrondissement*, di vice-sindaco, di presidente e vicepresidente degli enti pubblici di cooperazione intercomunale (EPCI), di presidente e vicepresidente del consiglio dipartimentale, di presidente e vicepresidente del consiglio regionale[120]; e ciò a far data dal 2017, anno in cui si terranno le elezioni della Assemblea nazionale e quelle per il rinnovo parziale del Senato[121]. E' opportuno segnalare, a proposito di quanto ora detto, che l'art. 141-1, cit., si riferisce testualmente ai soli deputati ma, in forza dell'art. 297, cit. *Code électoral*, il regime d'incompatibilità ivi previsto si estende anche ai senatori.

Come si vede, l'art. 141-1 stabilisce la incompatibilità del mandato di parlamentare con l'esercizio di quelle sole funzioni quivi definite come "esecutive locali" (prime fra tutte quelle di sindaco e di presidente dell'ente dipartimentale e regionale); pertanto la *LO n. 2014-125* non dispone il divieto di cumulo avendo riguardo a funzioni quali, essenzialmente, quelle esercitate dai consiglieri di un organo elettivo territoriale. L'art. 151, *Code électoral* consente, infatti, la coesistenza di tali cariche con il mandato parlamentare. Tuttavia, come si vedrà fra breve, lo stesso art. 151 impone un limite al cumulo in parola, stabilendo che per i soggetti che siedono negli organi elettivi degli enti territoriali svolgendo funzioni meramente politiche (e non propriamente esecutive) vale comunque una incompatibilità qualificabile come di tipo parziale o limitato; il che importa la liceità dell'esercizio, accanto a quello di parlamentare, di un solo ulteriore mandato elettivo.

Altro punto caratterizzante il regime di incompatibilità in esame è quello che attiene alla opzione, ovvero ai modi e ai termini attraverso i quali il parlamentare deve manifestare la propria volontà in ordine al mandato cui intende rinunciare. L'art. 151, § 1, co. 1, *Code électoral* (come risultante a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 6, *LO n. 2014-125*) stabilisce un preciso vincolo in ordine al profilo ora detto, sì che, in effetti, non si potrebbe neppur parlare di vera e propria opzione né, tanto meno, di scelta. Il parlamentare che versa in una delle situazioni d'incompatibilità previste dall'art. 141-1, *LO n. 2014-125* – prima fra tutte quella che inerisce al divieto di cumulo della carica di parlamentare con quella di sindaco - è, infatti, tenuto a rinunciare al mandato (o alla funzione) ch'egli deteneva anteriormente "alla data di proclamazione dei risultati dell'elezione che lo ha messo in situazione d'incompatibilità"[122]. Si tratta, pertanto, di una decisione obbligata. Conseguentemente, l'art. 151, § 1, co. 2, *Code électoral* prevede che, nel caso in cui il parlamentare non manifesti la sua volontà nei sensi ora detti entro un dato termine – cioè nei trenta giorni dalla data di proclamazione dei risultati della elezione che lo ha posto in situazione di incompatibilità -, cessa di diritto quello fra il mandato o la funzione acquisito in data anteriore. Quanto previsto nel § 1 dell'art. 151 – e il vincolo che questo introduce – vale per le situazioni d'incompatibilità individuate alla stregua dell'art. 141-1, *Code électoral*; mentre

per le ipotesi individuate dall'art. 141, cit., si deve fare riferimento al disposto dell'art. 151, § 2. S'è, infatti, poc'anzi accennato che, già prima della apparizione della *LO n. 2014-125*, vigeva un divieto parziale di cumulo, che è tuttora previsto dal cit. art. 141. Il primo comma di tale disposizione stabilisce, infatti, che il mandato di parlamentare è incompatibile con l'esercizio di "più d'uno" di quei mandati che la disposizione stessa elenca (e che sono, ovviamente, diversi da quelli elencati dal primo comma dell'art. 141-1, per i quali vige, come si è visto, il divieto assoluto di cumulo). I più rilevanti fra i mandati cui s'applica il divieto parziale di cumulo sono quelli di consigliere regionale, consigliere dipartimentale, consigliere della città di Parigi, consigliere di Comuni con oltre 3.500 abitanti. In tali casi, dunque, il parlamentare può effettivamente optare, individuando quale carica elettiva, oltre a quella di parlamentare, continuare a detenere, così come previsto dall'art. 151, § 2, co. 1, *Code électorale*. Anche nel caso ora visto, laddove il parlamentare non esprima alcuna opzione entro trenta giorni dalla data di proclamazione dei risultati della elezione che lo ha messo in situazione di incompatibilità, l'art. 151, § 2, co. 2, *Code électorale* dispone la decadenza automatica dal mandato "locale" più risalente.

Si badi, poi, che la *LO n. 2014-125* opera una rilevante riforma anche in riferimento al regime di incompatibilità concernente gli organi di vertice degli enti pubblici. L'art. 4 della *Loi organique* è, infatti, introduttivo dell'art. 147-1, *Code électorale*, che dispone il divieto di cumulo fra l'esercizio del mandato parlamentare e della funzione, fra le altre, di presidente o vice-presidente del consiglio di amministrazione d'un "*établissement public local*"^[123]. Mette, poi, conto di segnalare l'introduzione di quella ulteriore norma fortemente "moralizzatrice" che inerisce al divieto di cumulo delle indennità connesse all'esercizio di più funzioni elettive. Stabilisce, infatti, il secondo comma dell'art. 141-1, che l'eletto, fino alla formalizzazione delle opzioni volte a rimuovere il cumulo (assoluto o relativo), percepisce esclusivamente l'indennità connessa al mandato parlamentare.

E' alla luce dei contenuti ora cennati che non si può non consentire con la vasta opera di attualizzazione del regime che inerisce alla incompatibilità per come espresso dalla *LO n. 2014-125*^[124]. Come s'accennava in avvio di par. gli apporti di tal drastico intervento sono permeati da una *ratio* assai diversa rispetto a quella palesata dal d.d.l. di revisione *in itinere*; con particolare riguardo alla formulazione iniziale del nuovo art. 57 Cost. che ha preceduto la deliberazione in prima lettura del Senato (quella, cioè, risultante dal testo del d.d.l. approvato dal Consiglio dei Ministri in data 31 marzo 2014 e comunicato l'8 aprile successivo alla Presidenza del Senato). Quivi, infatti, era preveduto il cumulo del mandato parlamentare non solo per i sindaci (opzione tuttora accolta, seppur con qualche variazione rispetto alla primitiva formulazione del d.d.l. costituzionale) ma soprattutto per i Presidenti delle Giunte regionali e delle Province autonome. Veniva, in tal modo, superata la preclusione derivante dall'art. 122, co. 2, Cost., che risultava conseguentemente riformulato nel senso di riaffermare il divieto di cumulo nei confronti della sola Camera dei deputati. Il nuovo testo dell'art. 122, co. 2, cit., infatti, così recitava: "Nessuno può appartenere contemporaneamente a un Consiglio o a una Giunta regionale e alla Camera dei deputati, ad un altro Consiglio o ad altra Giunta regionale, ovvero al Parlamento europeo".

Gli è che, stante la voluttà del contenuto prescrittivo dell'atto parlamentare in questione, nel breve lasso di tempo che è intercorso fra la pubblicazione nel sito del Governo della prima versione (14 marzo 2014), la approvazione in Consiglio dei ministri (31 marzo 2014) e la deliberazione in prima lettura del Senato (8 agosto 2014) si è prodotto, se non un vero e proprio capovolgimento della *ratio legis* originaria della norma destinata a disciplinare la "Composizione ed elezione del Senato delle Autonomie", quanto meno un sensibile mutamento del contenuto della stessa. Come già rammentato al par. precedente, infatti, nella prima e nella seconda versione l'art. 57 Cost. veniva riformulato nel senso di determinare un tipo di rappresentanza che non solo non era "*interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat*" - per dirla con la *LO n. 2014-125* - ma che s'imperniava proprio sulla necessaria presenza in Senato dei detentori di funzioni di governo (e, dunque, marcatamente "esecutive") in seno all'ente regionale e comunale, primi fra tutti i Presidenti delle Regioni e delle Province autonome^[125]. Nella delibera legislativa dell'8 agosto 2014 scompare nel testo ogni accenno alla presenza obbligata sia dei Presidenti delle Regioni (e delle Province autonome) sia dei sindaci dei Comuni capoluogo. Al sistema in parola se ne viene a sostituire un altro, elettivo di tipo indiretto (o di II grado) e con un numero fisso (95) di senatori eletti, cui s'aggiungono i senatori (fino a 5) di nomina presidenziale.

Anche quello dei senatori di nomina presidenziale è, peraltro, profilo che denota scarsa "chiarezza d'idee", dal momento che il numero di tali membri è, a sua volta, "instabile". I senatori di nomina presidenziale erano, infatti, ventuno nel testo del d.d.l. approvato dal Consiglio dei ministri in data 31 marzo 2014; mentre, come si è visto, si riducono a cinque in quello approvato dal Senato in prima lettura. Nel momento in cui si scrive il d.d.l. costituzionale risulta approvato dalla I Commissione (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni) della Camera dei deputati in sede referente in data 13 dicembre 2014 (Atto Camera 2613-A). Nel corso dell'esame è stato innalzato a 100 il numero dei senatori "rappresentativi delle istituzioni territoriali". Inoltre è stato soppresso l'inciso, contenuto nel primo comma dell'art. 57, "e da cinque senatori che possono essere nominati dal Presidente della Repubblica". Pur tuttavia permane la possibilità di nomina dei senatori da parte del Capo dello stato in forza dell'art. 59, co. 2, Cost., come modificato dall'articolo 3, d.d.l. costituzionale cit. Devesi, in proposito, tener presente quanto stabilito dal quinto comma dell'art. 39, co. 5, d.d.l. costituzionale, alla cui stregua i senatori di nomina presidenziale "non possono eccedere, in ogni caso, il numero complessivo di cinque, tenuto conto della permanenza in carica dei senatori a vita già nominati alla data di entrata in vigore della presente legge costituzionale". Va altresì rammentato che il d.d.l. costituzionale non interviene in termini modificativi a riguardo dell'attuale primo comma dell'art. 59, relativo allo *status* di senatore a vita degli *ex* Presidenti della Repubblica.

A parte il profilo relativo ai senatori di nomina presidenziale, pare opportuno segnalare che nelle due ultime versioni del d.d.l. costituzionale (quella approvata dal Senato in prima lettura e quella recentemente licenziata dalla I Commissione della Camera) si sia inteso privilegiare una composizione del Senato che si potrebbe definire più "politica" e meno "esecutiva"^[126]. Ciò in quanto le formulazioni in discorso prevedono, accanto alla presenza dei sindaci (ma in numero inferiore a quanto prima stabilito ed eleggibili anche al di fuori

dei Comuni capoluogo), quella dei suoi consiglieri regionali (e delle Province autonome).

Ma, al di là del dato ora cennato, relativo alla evoluzione dei contenuti del d.d.l. *in itinere*, ciò che non si può mancare di sottolineare è il fatto che il d.d.l. costituzionale si pone in evidente contraddizione anche, e soprattutto, con la vigente disciplina della incompatibilità sia tra la carica di senatore e consigliere regionale sia di quella di senatore e di sindaco^[127]. Mette conto, infatti, innanzi tutto rammentare quanto disposto dal vigente art. 122, co. 2, Cost., il quale tiene per ferma la prima delle due incompatibilità ora dette, dal momento che vieta la “contemporanea” appartenenza ad un “Consiglio [...] regionale e ad una delle Camere del Parlamento”. L’art. 13, co. 3, d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148) ha, inoltre, introdotto (e dispone tuttora) il divieto di cumulo fra la carica di parlamentare e quella di “qualsiasi altra carica pubblica elettiva di natura monocratica relativa ad organi di governo di enti pubblici territoriali aventi, alla data di indizione delle elezioni o della nomina, popolazione superiore a 5.000 abitanti”. Va qui segnalato che la C. cost. n. 277/2011 aveva già dichiarato l’illegittimità costituzionale degli artt. 1, 2, 3 e 4, l. 15 febbraio 1953, n. 60 (“incompatibilità parlamentari”), nella parte in cui non prevedevano “l’incompatibilità tra la carica di parlamentare e quella di sindaco di Comune con popolazione superiore ai 20.000 abitanti”. Pertanto il d.l. n. 138/2011 si pone nel solco della pronuncia in parola, estendendone gli effetti dal punto di vista numerico-quantitativo (cioè con riguardo al dato della “popolazione”). La questione sottoposta al vaglio della Consulta riguardava, dunque, proprio la mancata previsione della causa di incompatibilità relativa al sopravvenire del cumulo di funzioni di parlamentare e di Sindaco. Ed, infatti, mentre i TT.UU. per l’elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica sancivano la ineleggibilità per l’ipotesi in parola, gli articoli da 1 a 4, l. n. 60/1953 nulla prevedevano in merito avendo riguardo, appunto, alla incompatibilità sopravvenuta^[128]. La Corte costituzionale argomenta in base al criterio di ragionevolezza, partendo dal presupposto che la “identica causa” debba operare in termini ostativi sia per la ineleggibilità che per la incompatibilità. Il passo più significativo della sent. n. 277/2011 è quello in cui la “incoerenza” della normazione statale viene fatta derivare dalla centralità “del combinato disposto degli artt. 3 e 51 Cost.”; ovvero dal parallelismo che deve intendersi pervadere sia le cause di ineleggibilità che di incompatibilità “allorquando il cumulo tra gli uffici elettivi sia, comunque, ritenuto suscettibile di compromettere il libero ed efficiente espletamento della carica” ai sensi delle norme ora evocate (si veda, nei termini ora cennati, anche la sent. n. 201/2003)^[129]. Occorre aggiungere che il giudice delle leggi ha ribadito quanto già espresso nella cit. sent. n. 277/2011 per il tramite della più recente sent. n. 120/2013; in cui, adeguandosi alla linea interpretativa e servendosi pressoché pedissequamente delle argomentazioni utilizzate nella precedente pronuncia, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell’articolo 63, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL), nella parte in cui ometteva di prevedere, a sua volta, l’incompatibilità tra la carica di parlamentare e quella di sindaco di un Comune con popolazione superiore ai 20.000 abitanti.

Tornando al problema centrale esaminato nel presente par., appare evidente la distanza che intercorre tra la *ratio legis* del d.d.l. costituzionale *in itinere* e quella della vigente normazione, la qual cosa induce a ritenere la linea

unmilitato politico-legislativo parso dal C.C. costituzionale come regressiva e peggiorativa rispetto alle scelte (più che plausibili) desumibili dal d.l. n. 138/2011, poc'anzi cit. E, ciò, anche se devesi soggiungere che un qual certo scadimento dell'originaria "tensione moralizzatrice" è rinvenibile confrontando il testo del decreto-legge in discorso con quello della legge di conversione. Quest'ultima (l. n. 148/2011) ha operato, infatti, in termini riduttivi in confronto al testo originario dell'art. 13, co. 3, d.l. n. 138/2011, cit.; il quale, assai più semplicemente (e drasticamente), recitava: "La carica di parlamentare è incompatibile con qualsiasi altra carica pubblica elettiva". Si è, dunque, inteso circoscrivere, in sede di conversione, la operatività della causa di incompatibilità in discorso. Il che, oltre tutto, si pone a conferma della cennata distanza fra la legislazione francese e quella italiana. La *LO n. 2104-125* non fa, infatti, alcuna distinzione in ordine alle "*fonctions de maire*", e dispone il divieto di cumulo fra queste e la carica di parlamentare in termini assoluti.

Va segnalato che, in sede di controllo preventivo di costituzionalità, il *Conseil constitutionnel* ha dichiarato la conformità a Costituzione delle norme della *Loi organique n. 2104-125* sopra passate in rassegna, introduttive del divieto di cumulo. Nella *Décision n. 2014-689* del 13 febbraio 2014, l'organo di garanzia francese ha, in particolare, assunto a parametro l'art. 25, co.1, Cost. V Repubblica, interpretandone il portato alla luce dell'art. 6 della *Déclaration* del 1789, enunciativo del principio di eguaglianza formale e introduttivo, a riguardo dell'accesso alle cariche pubbliche (ivi comprese quelle elettive), dell'altro principio alla cui stregua tutti i cittadini "sono ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici secondo la loro capacità, e senza altra distinzione che quella delle loro virtù e dei loro talenti". A parere del *Conseil constitutionnel* i limiti connessi al divieto di cumulo e che investono il regime delle incompatibilità che a questo si riconnette possono dirsi non determinativi di una violazione della Costituzione purché introdotti a fini d'interesse generale e sempre che "la differenza di trattamento che ne deriva sia in rapporto diretto con l'oggetto della legge che lo stabilisce".

Quello d'oltralpe ora illustrato è, dunque, e per concludere sul punto, un contesto normativo da assumere a parametro. La matrice politica della *Loi organique n. 2104-125* altra non è, infatti, che quella del perseguimento della "*intégrité des élus*", cui si correla l'altra della "*République exemplaire*"; canoni che vanno senz'altro reputati attuali ed accoglibili, e che dovrebbero trovar spazio anche nell'ordinamento italiano. Va qui rammentato, *per incidens*, che gl'intenti ora cennati avevano trovato collocazione centrale già nelle *propositions* formalizzate – e costantemente reiterate – da François Hollande nel corso della campagna elettorale per le presidenziali del 2012^[130]; intenti che hanno poi trovato seguito nelle modifiche apportate alla legislazione elettorale nei termini che si sono illustrati. Si è visto, infatti, come la *LO n. 2014-125* individui come finalità essenziale da perseguire quella, espressa nella sua stessa intitolazione, di "interdire" il cumulo in discorso, determinando la estraniamento dal rapporto di tipo rappresentativo in seno alle Camere parlamentari dei soggetti che esercitano negli enti territoriali funzioni propriamente esecutive. Val qui la pena di sottolineare che il regime in parola si applica, in Francia, non solo ai sindaci ma anche agli organi di vertice degli organi elettivi sub-statali; tali sono i Presidenti e i Vice-presidenti dei Consigli dipartimentali e regionali, di cui all'elenco contenuto nel primo comma dell'art.

141-1, cit., i quali non svolgono funzioni analoghe a quelle che, in Italia, sono attribuite ai Presidenti dei Consigli regionali ma, invece, funzioni propriamente esecutive; le quali possono, all'ingrosso, equipararsi a quelle esercitate dai Presidenti delle Giunte regionali. A tal stregua i Presidenti e i Vice-presidenti dei Consigli dipartimentali e regionali possono definirsi gli organi apicali di governo del Dipartimento e della Regione^[131]. La distanza fra la *ratio legis* della LO n. 2014-125 e quella del d.d.l. costituzionale *in itinere* si conferma, poi, alla luce del disposto contenuto nel quinto comma dell'art. 57 Cost., per come riformulato dall'art. 2, d.d.l., cit. Quivi, infatti, la coesistenzialità dell'un mandato rispetto all'altro è inteso in termini marcatamente funzionali; dal che viene fatta derivare la necessaria "concomitanza" temporale delle due cariche, per cui la durata del mandato dei senatori "coincide con quella degli organi delle istituzioni territoriali nei quali sono stati eletti".

12. Forme eccentriche della rappresentanza politica negli enti territoriali "in via di estinzione": la sopravvivenza delle Province per opera di una legge ordinaria (certa) e in attesa della definitiva espunzione delle medesime per opera di una legge di revisione (incerta).

Occorre premettere, a riguardo del profilo in rassegna, che la legge dello Stato, seppur tributaria - in virtù di quanto disposto dall'art. 117, co. 2, lett. p), Cost. - del potere di determinare il sistema elettorale per "Comuni, Province e Città metropolitane", deve tener per fermo e non derogare al presupposto secondo cui la espressione del voto non può che essere effettuata nei modi imposti dall'art. 48, Cost. e, in specie, dal secondo comma di tale disposizione^[132].

Il carattere "rappresentativo ed elettivo" dell'ente provinciale non potrebbe, tuttavia, ritenersi vulnerato dalla introduzione di un sistema elettorale di tipo indiretto. Le garanzie costituzionali relative alla espressione del voto, di cui al cit. art. 48 e, in specie, quelle concernenti il carattere "personale ed eguale" dello stesso, non osterebbero, in tal senso, alla previsione di un sistema elettivo di secondo grado. E' ciò che può farsi discendere implicitamente da quanto disposto dagli artt. 56, co. 1 e 58, co. 1, Cost., i quali impongono solo per Camera e Senato il suffragio "universale e diretto". Se si potrà, dunque, rilevare - nei termini che si vedranno fra breve - quanto meno la improprietà della c.d. legge Delrio (cioè della l. 7 aprile 2104, n. 56, recante "Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni"), non sarebbe lecito assumere che la causa di tal difettosità sia imputabile al sistema di elezione indiretta, ivi preveduta, dei nuovi organi di governo provinciali ("presidente della Provincia" e "consiglio provinciale")^[133].

La elezione indiretta di tali organi non è, oltre tutto, una novità; e che questo sistema non leda il principio generale ex art. 48, co.2, cit., è stato affermato dalla stessa Corte costituzionale. Si veda, a tal proposito, la C. cost. n. 96/1968 in cui si sottolinea che l'art. 48 - e in specie il richiamo alla "personalità" del voto - non osta alla previsione del sistema in parola da parte della legge. Secondo la Corte, infatti, non può ritenersi che i principi espressi dal secondo comma della disposizione costituzionale "non possano osservarsi, anche in caso di elezioni di secondo grado e, conseguentemente, non può escludersi la

possibilità di simili elezioni, che, del resto sono previste dalla Costituzione proprio per la più alta carica dello Stato (art. 83)”[134]. Del resto, un esempio ulteriore, e ancor più rilevante, di trasformazione della elezione, da quella a suffragio universale e diretto a quella a suffragio ristretto e indiretto, è quella che concernerebbe la composizione del nuovo Senato della Repubblica laddove fosse definitivamente approvato ed entrasse in vigore il d.d.l. costituzionale *in itinere* (A.C. 2613). L’art. 37, co. 2, dell’atto parlamentare in questione dispone, infatti, nella attuale formulazione, la abrogazione pura e semplice dell’art. 58, Cost. e ciò in funzione della introduzione del sistema di elezione di secondo grado previsto dall’art. 57, co. 2 (per come riformulato dall’art. 2, cit. d.d.l. costituzionale)[135]. Anche alla luce del percorso argomentativo fatto proprio dal giudice delle leggi l’elezione degli organi elettivi provinciali “in attesa di perenzione” potrebbe, dunque, essere “mediata” per il tramite dei sindaci, così come prevede l’art. 1, co. 58 e 69, l. n. 56/2014.

Ciò che mette conto rilevare - e desta talune perplessità - è, semmai, quanto si desume dalla c.d. legge Delrio in ordine a quella che può qualificarsi come la “causa efficiente” della introduzione del meccanismo elettivo di secondo grado. Sta di fatto che l’art. 1, co. 51 della legge in parola tiene a sottolineare - a mo’ d’esimente - che quanto da essa preveduto trova la propria *ratio* giustificativa nella apparizione di una futura legge di revisione costituzionale. Una sorta di *excusatio non petita*, dunque, quasi che la liceità della legge introduttiva del sistema elettorale in esame si debba far discendere dalla specificità e singolarità della situazione, ovvero dalla transitorietà e temporaneità degli organi provinciali in discorso. L’intero assetto dell’ente provinciale appare, infatti, nella disposizione ora cit., ispirato ad un presupposto insussistente e, comunque, futuro ed incerto: la apparizione e vigenza della legge di revisione introduttiva del nuovo modello autonomistico e, *in parte qua*, abolitivo dell’ente provinciale[136].

E’ a proposito di tale ultima previsione che il *modus operandi* ora cennato appare quanto meno discutibile, e non solo da un punto di vista meramente politico. E’ pur vero, infatti, che non mancano - e, anzi, sono abbastanza frequenti - i casi in cui la legge opera in termini precettivi immediati presupponendo l’avvento (e “in attesa”) di una futura normazione; e, tuttavia, se la attitudine innovativa in discorso può ammettersi in riferimento a norme di livello pari ordinato rispetto quello della legge ordinaria (cioè laddove la fonte introduttiva della nuova disciplina di carattere transitorio si situi sullo stesso livello di quella di cui si presuppone la futura abrogazione), pare avventato ciò prevedere laddove la normazione “da abrogare” sia quella di rango costituzionale; dandosi per certo, in tal modo, il verificarsi di una condizione che investe il (e presuppone il compimento del) procedimento di revisione ex art. 138 Cost. Si vuol dire che, nella ipotesi di specie, un assetto normativo di rango primario introduce un “modello” provvisorio e temporaneo di Provincia dando per scontata, per “sua stessa ammissione”, la prossima perenzione dell’ente territoriale; quando, invece, la configurazione costituzionale della Provincia, che dovrebbe essere assunta a parametro dalla legge, è ancora “intatta”, ovvero quella originaria non incisa da alcun intervento demolitivo.

E’ per tali motivi che l’intervento conformativo da parte della legge, laddove sia in gioco un parametro costituzionale, in tanto si crede possa essere consentito in

quanto una per presupposta la stabilità del parametro stesso, ovvero in quanto la legge, nella ipotesi di specie, ispiri la propria *ratio* alla piena operatività, attualità e funzionalità dell'ente provinciale. Risiede in ciò la probabile indiretta incisione della Costituzione, la quale, in buona sostanza, si deriva dalla irragionevolezza della normativa in questione; poiché, se è vero che la c.d. legge Delrio si sovrappone ad una normazione di pari grado (quella che disciplinava le Province presumendone la cennata stabilità), al contempo provoca la rimodulazione di un assetto normativo introducendone un altro incongruo e incoerente (e, dunque, "irragionevole") rispetto a quell'unica raffigurazione della Provincia che è, al momento della entrata in vigore della legge, derivabile dalla Costituzione; in tal senso incidendo, seppur indirettamente, sul parametro costituzionale cui afferiscono le disposizioni relative alle Province ancora "integro" e vigente nella sua originaria valenza e attitudine prescrittiva. L'art. 1, co. 51, l. n. 56/2014, cit., ridefinisce, dunque, le funzioni e la composizione delle Province presumendone la precarietà quando ciò non è, e dando per certa la espunzione delle medesime quando è del tutto opinabile che ciò possa verificarsi.

Non può, pertanto, non lasciare perplessi il fatto che, in una materia così delicata quale quella direttamente incidente sul modo d'essere del principio di rappresentanza in sede locale, possa essere introdotta nell'ordinamento una disciplina sulla base (ed in ragione) di un presupposto meramente eventuale: la "probabile" entrata in vigore di una legge di revisione della Costituzione oltre tutto inconoscibile quanto ai suoi contenuti definitivi^[137]. Insomma, a parte la evidente incisione del pur minimo "sussiego" legislativo da parte di una normazione che dà per scontato ciò che è assolutamente incerto nell'*an*, nel *quando* e nel *quomodo*, verrebbe da chiedersi quale sarebbe la situazione che si produrrebbe laddove la legge di revisione in discorso non venisse mai approvata. E la risposta a tale quesito è immediata: si perpetuerebbe indefinitamente – quanto meno fino ad una, a sua volta solo ipotetica, riforma della l. n. 56/2014 – un meccanismo, quale quello della elezione di secondo grado, che trova la propria *ratio* giustificativa nella sopra detta intrinseca caducità dell'ente, palesata dal cit. art. 1, co. 51 della legge in discorso. Il che si pone a conferma – si crede – di quanto detto circa la irragionevolezza del *modus operandi* della c.d. legge Delrio e non può non suscitare dubbi in ordine alla "tenuta" costituzionale della disciplina da essa espressa.

Alla luce di quanto ora esposto sarebbe stato più opportuno attendere l'esito del processo di revisione o, ancor meglio, inserire non già nella fonte legislativa ma nello stesso d.d.l. costituzionale *in itinere*, oltre che la previsione della eliminazione delle Province, una norma transitoria abilitativa in capo alla legge ordinaria del potere di disciplinare le funzioni e la composizione dell'ente provinciale in riferimento ad un arco temporale certo e definito: quello, cioè, relativo alla "prosecuzione temporanea" dell'ente in questione prima della sua definitiva eradicazione dall'ordinamento. Ed invero, laddove la condizione di cui all'art. 1, co. 51, l. n. 56/2014, cit., non si verificasse – cioè l'entrata in vigore della legge di revisione – non vi sarebbe altro effetto se non quello della "perpetuazione" della vigenza di una disciplina dalla stessa legge intesa come "provvisoria"; il che provocherebbe, oltre tutto, stante il modo indiretto della elezione del Presidente della Provincia e dei consiglieri provinciali, una innegabile *deminutio* della rappresentanza senza che, a fronte di questa, si situi

il dato fondante e la ratio causativa di tale rilevante mutazione, ovvero la cennata temporaneità e caducità dell'ente provinciale in vista della sua prossima eliminazione per il tramite di una fonte di rango costituzionale.

A ben osservare risiede in ciò la vera e più evidente difettosità della disciplina introdotta dalla l. n. 56/2014: il fatto, cioè, che una norma di legge ordinaria provochi lo "svilimento" di un organo previsto in Costituzione – dal punto di vista della rappresentatività dello stesso e, dunque, del principio di rappresentanza politica – senza il previo e certo supporto formale della norma "transitoria" di rango costituzionale che tal trasformazione fondi e facoltizzi. In tal senso si potrebbe ulteriormente argomentare che una fonte costituzionale "virtuale" – in quanto incerta ed eventuale nella sua vigenza - non può fondare una fonte legislativa "certa" nella sua attitudine eradicativa; e che, in particolare, non può abilitare detta fonte legislativa al solo fine di eliminare uno dei connotati essenziali, tipici e costanti dell'organo rappresentativo territoriale, quale il suffragio universale e diretto.

Gli è che la vera causa efficiente delle previsioni qui passate in rassegna della c.d. legge Delrio è, ancora una volta, quella che può ricondursi a ragioni di mera opportunità e di politica "spiccia", ovvero alla volontà del Governo (e della maggioranza parlamentare che lo sostiene) di "apparire" e dimostrare la propria capacità di "far tutto e presto", senza un adeguato approfondimento del merito di quei provvedimenti che intersecano ambiti centralissimi dell'ordinamento: modo d'agire, quest'ultimo, che si è già cercato di porre in evidenza – e di censurare – sia in riferimento ad alcuni opinabili contenuti del d.d.l. costituzionale più volte evocato, sia ai tentativi del Governo tendenti ad "accorciare i tempi" d'esame e d'approvazione del medesimo in seno alle Camere parlamentari; e che si manifesta, in termini del tutto analoghi, in riferimento al varo e alla immediata operatività della legge che dà per certa la espunzione delle Province dal contesto ordinamentale quando queste sono, per Costituzione, ancora "vive e vegete"[138].

13. Della (presunta) pertinenza ed estensibilità applicativa dei presidi ex art. 25, co. 2 e 27, co. 2, Cost. alla normazione in materia di incandidabilità, con particolare riguardo ai problemi suscitati dal d.lgs. 31 dicembre 2012 n. 235 (c.d. legge Severino): profili ricostruttivi.

Occorre riservare qualche riflessione al dibattito suscitato dalle recenti applicazioni del d.lgs. 31 dicembre 2012 n. 235 (c.d. legge Severino) e, più in generale, alla coerenza dell'assetto conformativo ivi previsto in materia di incandidabilità in confronto alle garanzie ex artt. 25, co. 2 e 27, co. 2., Cost. Va subito rimarcato che il punto d'avvio d'ogni analisi che abbia ad oggetto la individuazione delle cause ostative all'accesso e alla permanenza del soggetto privato negli organismi elettivi centrali e territoriali è quello che attiene alla identificazione dei parametri costituzionali alla cui stregua determinare la attitudine espansiva della disciplina legislativa e dei limiti cui la stessa deve ritenersi astretta. A tal fine mette conto, prima d'ogni altra cosa, ribadire quanto già esposto circa la differenziabilità del "diritto individuale di elettorato passivo"[139] rispetto a quello di elettorato attivo. Tale situazione prende luogo

è vigore dalla lettera della Costituzione e, in specie, dall'essere, in prima, una garanzia si ascrivibile al *genus* dei diritti inviolabili (come del resto stabilmente affermato dalla Corte costituzionale) ma, al contempo, distinguibile dalla seconda in ragione della sua evidente strumentalità in confronto al perseguimento di interessi alieni. E' ciò che si evince, innanzi tutto, dalla diretta correlazione operata in sede costituzionale fra il diritto in parola e, a seconda dei casi considerati, l'interesse della Nazione *ex art. 67 Cost.* e quello delle istituzioni territoriali^[140]. Ed è quanto si desume dalla altrettanto stretta connessione con i presupposti e le finalità *ex artt. 51, co. 1 e 54, co. 2, Cost.* Non v'è dubbio, poi, che innegabile elemento di discriminazione fra i due diritti politici in discorso, strettamente connesso alla raffigurazione costituzionale ora detta, è quello che discende dalla "latitudine" del parametro costituzionale, ovvero dall'essere gli artt. 51, co. 1, 54, co. 2, 65, co. 1, 117, co. 2, lett. p) e 122, co. 1, abilitativi di una estesa attitudine innovativa nei confronti della legge disciplinativa dei limiti apponibili all'elettorato passivo (ovvero introduttiva, a seconda dei casi considerati, del regime di ineleggibilità, incompatibilità ed incandidabilità); la qual cosa non è possibile affermare a riguardo del diritto di elettorato attivo, stante la riserva rinforzata rinvenibile nell'art. 48, co. 4, Cost., i (maggiori) vincoli che da questa discendono e la conseguente contrazione dell'apprezzamento discrezionale della fonte primaria.

E' da tali presupposti che si deriva la necessità di qualificare il bilanciamento esperibile dal legislatore come connotato da un grado sufficientemente espanso di discrezionalità per ciò che concerne la disciplina dell'elettorato passivo, e comunque sostanzialmente più ampio di quello consentito avendo riguardo all'elettorato attivo. Quanto ora detto in ordine alla latitudine ascrivibile all'azione conformativa della legge nella materia *de qua* non basterebbe, tuttavia, a determinare la estraneità - e la conseguente non estensibilità applicativa - delle garanzie espresse dagli artt. 25, co. 2 e 27, co. 2, Cost. in confronto alla c.d. legge Severino (e alle altre che intervenissero in materia di incandidabilità) laddove si presumesse la pertinenza e liminarietà dei presidi costituzionali ora evocati all'ambito in questione. Non si potrebbe, cioè, assumere, sulla sola base dell'ampio spazio d'intervento consentito alla fonte primaria, che non hanno motivo di sussistere le censure che postulano la lesione del principio di irretroattività della legge penale e dell'altro che inerisce alla presunzione di non colpevolezza fino alla condanna definitiva. Tale precisazione non ha bisogno d'ulteriori argomentazioni, essendo evidente che in un ordinamento costituzionale di tipo rigido il bilanciamento effettuabile dalla legge, pur riconosciuto nei termini estesi poc'anzi cennati, non potrebbe mai manifestarsi in modo tale da indurre la violazione dei principi ora richiamati, stante l'elevatissimo rango di essi nel vigente assetto ordinamentale.

Al contempo, però, non paiono sufficienti, quanto meno se assunte isolatamente, quelle cause giustificative - tendenti a rafforzare il regime protettivo riservato in particolare all'eletto - che si sogliono far derivare dalla "posizione"^[141] delle Camere parlamentari e dalla necessità di salvaguardare, per il tramite del regime in parola, il "prestigio" o la "autorevolezza" o la "dignità costituzionale" o, finanche, il "decoro" di queste ultime. Ciò in quanto si potrebbe assumere che è proprio la elevata posizione costituzionale di tali organi che impone uno scrutinio quanto più possibile severo a riguardo delle cause che possono nuocere al corretto esercizio delle funzioni e al perseguimento, da parte

dei rispettivi membri, degli interessi supraindividuali e per altri richiami. L'argomento ora cennato, dunque, prova troppo ed è, in ogni caso, "rovesciabile"; poiché ciò che può valere per rendere il regime protettivo ora detto particolarmente intenso varrebbe, a maggior ragione, per determinare la drastica raffigurazione delle cause ostative allo svolgimento del mandato parlamentare nei termini preveduti (ed imposti) dalla stessa Costituzione, in ragione della natura funzionale del diritto. Non è, dunque, dalla "generica" posizione degli organi elettivi ma, semmai, dalla condizione guarentigata dei rispettivi membri, laddove questa sia formalmente sancita in Costituzione (e nei limiti in cui sia disposta), che potranno essere determinati i margini d'intervento della legge in ordine alla disciplina delle cause ostative all'accesso e alla permanenza nelle cariche elettive e, per ciò che qui particolarmente interessa, i limiti entro cui tale disciplina deve presumersi assoggettata in riferimento agli assetti di garanzia enunciati dai richiamati artt. 25, co. 2 e 27, co. 2, Cost..

Il vero è che le ragioni che impongono di reputare estranea ai presìdi in parola la normazione sulla incandidabilità non possono che ricondursi alla specificità e singolarità del sistema entro cui si colloca la normazione stessa, alla cui stregua si può lecitamente affermare, come si vedrà fra breve, che la collisione di alcuni disposti contenuti nella c.d. legge Severino con i detti principi è solo apparente, e che non hanno ragion d'essere i rilievi e le censure d'incostituzionalità nei confronti del d.lgs. n. 235/2012; ciò restando inteso che, in tanto si potrà assumere la non pertinenza (e la non invocabilità), rispetto all'ambito in esame, del principio di irretroattività e dell'altro concernente la presunzione di non colpevolezza sino al giudicato definitivo, in quanto si individuino le norme-principio, situabili al medesimo livello di quelle ora evocate, che legittimano il distacco dal regime protettivo in discorso.

Orbene, il primo ed essenziale dato da cui partire per dare soluzione al problema ora formulato è quello, di ordine logico-sistematico, per cui le fonti primarie introduttive delle cause ostative alla candidabilità (fra cui, ovviamente, il d.lgs. n. 235/2012) non posseggono i tratti della normazione penale né sono esplicative di una disciplina a carattere propriamente sanzionatorio. Ciò in quanto esse prescindono dalla *ratio* che è sottesa ad ogni norma penale e, in specie, a quelle individuative di fattispecie di reato e determinative del conseguente apparato punitivo: la antiggiuridicità di una condotta, la riconducibilità della previsione a "esigenze generali di ordine e sicurezza pubblica"^[142] e la natura propriamente sanzionatoria del detto apparato punitivo che postula la irrogazione di una pena *stricto sensu* intesa.

La previsione della incandidabilità - anche sopravvenuta - per come introdotta dal d.lgs. n. 235/2012 (e dagli altri atti normativi che operano nella materia *de qua*) esprime tutt'altra *ratio*^[143]: quella riconducibile al (e fatta palese dal) combinato disposto degli artt. 51, co. 1 e 54, co. 2, Cost. Canoni, questi ultimi, da cui la norma penale prescinde *a principio*, non essendo, ovviamente, fine primario del legislatore penale né valutare la integrità ed esemplarità del soggetto privato (connotazioni, queste, desumibili dal riferimento alla "disciplina" e all'"onore" ex art. 54, co. 2, cit.) né, tanto meno, introdurre un regime esplicativo dei "requisiti" cui condizionare l'accesso e la permanenza del soggetto stesso in un organismo elettivo centrale o territoriale.

sono, allora, i due disposti costituzionali ora evocati che non solo favoriscono e ampliano la cennata attitudine innovativa della legge operante in materia di incandidabilità ma che, ai fini che qui interessano in particolare, ne estraniavano la afferenza al regime di garanzia coperto dagli artt. 25 e 27, cit. In altri termini gli artt. 51, co. 1 e 54, co. 2, Cost. non solo valgono ad abilitare in termini estesi l'apprezzamento discrezionale della legge nella materia *de qua* ma, ancor prima, si pongono a fondamento della non pertinenza e della "non permeabilità" dell'ambito cui afferisce la disciplina delle cause ostative alla candidabilità rispetto a quello entro cui si collocano le norme penali propriamente tali. La situazione ora detta si desume, in particolare, da alcuni dati formali, il primo dei quali è rappresentato proprio dal riferimento ai "requisiti" esplicitato dal primo comma dell'art. 51 Cost. L'utilizzazione della locuzione palese null'altro che l'intento del Costituente di separare, e rendere "non comunicanti" l'uno rispetto all'altro, i due regimi in esame: quello cui afferisce la disciplina della incandidabilità e quello, che potrebbe dirsi tipico o comune, entro cui si situa la normazione penale. In tal senso le previsioni latamente "afflittive" indotte dalla legge Severino non posseggono né manifestano alcun intento propriamente e tipicamente "sanzionatorio", e sono, invece, volte esclusivamente a soddisfare la riserva assoluta che presuppone la determinazione puntuale, da parte della fonte primaria, dei suddetti "requisiti". Si vuol dire che, laddove il Costituente utilizza la locuzione "requisiti", ciò fa per "isolare" tale concetto e distinguerne la attitudine (e gli effetti che conseguono alla sua esplicitazione da parte della fonte primaria) proprio rispetto a quelle altre locuzioni che attengono all'ambito penale. In tal senso la valenza prescrittiva del (e il regime discendente dal) riferimento al termine "requisiti" (ex art. 51, co. 1) non può essere confusa e, anzi, si contrappone a quella riconducibile alla espressione verbale "Nessuno può essere punito" (ex art. 25, co. 2) e all'altra "L'imputato non è considerato colpevole" (ex art. 27, co. 2).

E', dunque, innanzi tutto dall'art. 51, co. 1, Cost. che si trae il fondamentale elemento di discrimine che impone di non confondere le "sanzioni" con i "requisiti"; e che impone altresì di ritenere che tale ultima locuzione sia stata immessa dal Costituente per indicare una "qualità" o una condizione necessaria o, come si esprime il giudice delle leggi, un "presupposto" che deve necessariamente sussistere affinché il mandato elettorale possa legittimamente costituirsi e possa, altresì, permanere.

Qual sia (e quale possa essere), poi, il contenuto dei "requisiti" in parola – ovvero la suddetta "qualità" del rappresentante – è, a sua volta, derivabile con immediatezza dalla *viva vox constitutionis*, e non *aliunde*; poiché è proprio al contenuto ora detto che si riferisce l'altra formula costituzionale – ovvero quella contenuta nel secondo comma dell'art. 54, cit. – allorché adopera le due locuzioni "disciplina" ed "onore"; con le quali la norma-principio in discorso impone al legislatore di ispirare la propria azione, volta a individuare le cause che ostano alla candidabilità, ai presupposti della esemplarità e della integrità. Se quanto detto è vero, gli artt. 51, co. 1 e 54, co. 2, cit., determinano e raffigurano la singolarità o, altrimenti detto, il *proprium* del regime che inerisce alle cause ostative in discorso. Il che si pone a conferma di quanto poc'anzi si assumeva, e cioè che è dalla stessa Costituzione che si deriva la diversa *ratio* che sottostà alle previsioni legislative operanti in riferimento ai due ambiti in esame, quello penale e quello della incandidabilità, l'uno e l'altro non confondibili

quanto ai rispettivi principi ispiratori ne omologabili quanto agli elementi parametrici cui la rispettiva fonte disciplinativa deve reputarsi astretta. E', allora, essenzialmente da tale assetto che consegue, come primo effetto, la liceità di differenziare la normazione in materia di incandidabilità rispetto a quella penale avendo riguardo ai presidi in rassegna della irretroattività e della presunzione di non colpevolezza.

Non basta. L'impiego - da parte dell'art. 51, co. 1, cit. - del termine "requisiti" e, soprattutto, la sua collocazione immediatamente "a ridosso" - o, per dir così, a contraltare - dell'inciso evocativo del principio di eguaglianza formale, manifesta un altro preciso intento del Costituente: quello della diversa configurabilità, nel caso di specie, della forza espansiva del presidio *ex art. 3, co. 1, Cost.*; cui s'accompagna il più esteso spazio d'intervento della fonte primaria^[144]. Si vuol dire che l'aver la Costituzione "disposto" i due termini parametrici l'uno a seguito all'altro non è senza significato. Anche se la collocazione "topografica" ora detta non consente, ovviamente, di presumere che la legge possa operare del tutto liberamente - il che è impedito dalla presenza del riferimento alle "condizioni di eguaglianza" nell'art. 51, co. 1, cit. e, ancor prima, dalla "copertura" derivabile direttamente *ex art. 3, co. 1, Cost.* - la locuzione "secondo i requisiti stabiliti dalla legge" manifesta il proposito di ricondurre la raffigurazione dell'assetto di garanzia in esame ad *unicum* normativo; che incide, a sua volta, sul modo di rappresentarsi del criterio di ragionevolezza, il quale andrà, nella specie, declinato dal giudice delle leggi, e prima ancora dal legislatore, per il tramite di quel bilanciamento duttile e dinamico cui s'è fatto più volte cenno.

14. ... segue: *La (confusiva) ricomprensione, entro il medesimo ambito, di incandidabilità, ineleggibilità e incompatibilità: con particolare riguardo alla (opinabile) qualificazione della incandidabilità come species del genus ineleggibilità e alla necessaria ascrivibilità della prima a un diverso e specifico parametro costituzionale.*

Ci si dovrebbe chiedere, alla luce della ricostruzione qui accolta, se evocare la ineleggibilità nelle ipotesi relative alla incandidabilità, rappresenti, se non un fuor d'opera, quanto meno un indebito "affastellamento" di fattispecie diverse. Gli è che la Corte non di rado si riferisce alla ipotesi della incandidabilità e a quella della ineleggibilità confusivamente, non distinguendole quanto ai rispettivi effetti e palesando un rapporto di *species a genus* che intercorrerebbe fra la prima e la seconda; mentre è nota la distanza che intercorre fra l'una e l'altra. E' in tal senso che non pare convincente quel modo d'argomentare del giudice delle leggi in cui si assume che le ipotesi di non candidabilità "non costituiscono altro che nuove cause di ineleggibilità che il legislatore ha ritenuto di configurare in relazione al fatto di aver subito condanne (o misure di prevenzione) per determinati delitti di particolare gravità" (si veda, in proposito, la C. cost. n. 407/1992). Avendo riguardo alla ineleggibilità, infatti, l'interesse essenziale che permea la previsione *ex artt. 65, co. 1 e 66 Cost.* (e l'art. 122, co. 1) - e che deve essere perseguito dalla fonte primaria - è quello della libertà del voto desumibile dall'art. 48, co. 2, Cost. Per tal modo la disciplina delle cause di ineleggibilità trova la propria essenziale *ratio* nella necessità di escludere

un elettorato passivo quei soggetti che potrebbero innanzi alla manifestazione di volontà dell'elettore; e ciò in virtù della posizione occupata da tali soggetti all'interno di un bacino elettorale e delle conseguenti possibili interferenze sulla libera determinazione del votante.

Discende da ciò che quelle concernenti la ineleggibilità non costituiscono cause ostative assolute o "irrimediabili" ai fini dell'esercizio e godimento del diritto elettorale passivo, potendo le stesse essere rimosse nelle modalità (e nei termini temporali) preveduti dalla fonte primaria^[145]. Ciò in quanto le cause in questione non presuppongono la insussistenza o il venir meno della "disciplina" e dell'"onore" del rappresentante nei termini pretesi dalla Costituzione, ma la presenza di un mero impedimento scollegato dalle condizioni ora dette. La disciplina delle cause di incandidabilità trova, invece, come più volte segnalato nel presente lavoro, la propria causa efficiente negli artt. 51, co. 1 e 54, co. 2, Cost., ovvero nelle norme che presuppongono, appunto, la esemplarità ed integrità dell'eligendo e dell'eletto; per cui è tal ultimo interesse che la fonte primaria deve perseguire, e ciò individuando quelle cause ostative che si fondano sulla insussistenza dei necessari "requisiti" cui fa riferimento l'art. 51, co. 1, cit.; insussistenza "provata" e inducibile sulla base di elementi certi ed oggettivi. Si tratterà più avanti del problema che si ricollega a quanto ora detto, ovvero se tali elementi (quali, essenzialmente, le sentenze penali di condanna), oltre che certi ed oggettivi, debbano essere altresì inequivocabili e "stabilizzati"; e cioè se detta inequivocabilità debba esser letta nei termini della irrevocabilità pretesi dall'art. 27, co. 2, Cost.

E' per i motivi ora detti che la incandidabilità viene prefigurata e disposta, da parte della legge, essenzialmente assumendo a parametro la esemplarità e integrità "penale" del soggetto, ovvero derivando la carenza dei requisiti in parola dalla presenza di comportamenti illeciti sanzionati penalmente o, comunque, dalla pericolosità sociale del soggetto comprovata per il tramite della irrogazione di provvedimenti giurisdizionali a carattere afflittivo, quali le misure di prevenzione. Ed è sempre per tal motivo che, a differenza della ineleggibilità *stricto sensu* intesa, la incandidabilità presuppone uno "*status* di inidoneità funzionale assoluta"^[146], non rimediabile per il tramite della manifestazione di volontà del soggetto né risolubile attraverso la rimozione delle cause in questione da parte di quest'ultimo. La disciplina della ineleggibilità prescinde, dunque, nella sua *ratio*, dai comportamenti anti-giuridici e penalmente rilevanti ora detti; quella della incandidabilità s'impenna, invece, sui medesimi. Sicché gli effetti di tali previsioni si producono e si determinano in modo automatico, a seguito del sopravvenire della fattispecie individuata dalla legge come causativa della incandidabilità; importando, a seconda dei casi, il divieto di accesso alla carica elettiva o la sospensione o la decadenza dalla medesima.

E', allora, su tali basi logico-sistematiche che dovrebbe indirizzarsi qualunque tentativo che abbia come finalità la collocazione e l'inquadramento delle ipotesi in rassegna. Ciò che, invece, non fa il giudice delle leggi, dal momento che, come accennato, sembra non distinguere con la dovuta nettezza i due plessi in esame. La qual cosa sarebbe accettabile se non provocasse gli effetti confusivi (e distorsivi) ora visti. Si vuol dire che, ad una lettura approssimata, si potrebbe finanche ammettere che ineleggibilità e incandidabilità facciano parte d'un unico sistema, dal momento che l'una e l'altra sono, genericamente, volte a

scorgiate alterazioni all'interno del circuito elettorale. Ma la liminarietà tra le due figure in parola si ferma qui, e la connessa equiparabilità delle stesse è in tanto accoglibile in quanto venga evocata a meri fini descrittivi.

Il fatto è che la Corte costituzionale adopera il termine ineleggibilità in modo “onnicomprensivo”, ovvero “all’ingrosso”, non distinguendo le due accezioni (e i due differenti contenuti prescrittivi) che la Corte stessa fa (impropriamente) discendere dalla locuzione in esame. Il giudice delle leggi fa, infatti, riferimento ad un concetto di ineleggibilità intesa non in senso proprio o stretto – accezione che trova diretto fondamento negli artt. 65, co. 1 e 66, Cost. (e nell’art. 122, co. 1) – ma, invece, nel senso generico sopra cennato^[147]; concetto, quest’ultimo, che può ricomprendere sia la ipotesi di cui alle norme costituzionali ora richiamate, sia quella specifica (e diversa) rappresentazione della ineleggibilità – che correttamente dovrebbe qualificarsi incandidabilità - la cui matrice costituzionale va rinvenuta nei richiamati artt. 51, co. 1 e 54, co. 2, Cost. Ragion per cui il fondamento delle due tipologie di cause ostative è diverso; e diversi sono gli effetti che ne derivano. La ineleggibilità in senso stretto non presuppone, infatti, la incapacità elettorale passiva del soggetto, che costituisce, invece, il *proprium* della incandidabilità; la quale si caratterizza per il fatto che l’accesso e la permanenza nelle cariche elettive viene interdetta in conseguenza del sopravvenire di una causa ostativa – prima fra tutte la sentenza penale di condanna - che implica, appunto, la perdita della capacità elettorale.

E’ sulla base della ricostruzione ora esposta che si dovrebbe assumere la non liminarietà dell’apparato normativo riferibile alla incandidabilità rispetto a quello cui afferiscono le regole concernenti sia la ineleggibilità (intesa nel senso proprio ora cennato) che la incompatibilità. Ne deriverebbe, in tal modo, innanzi tutto la non confondibilità dei parametri alla cui stregua valutare la congruità della disciplina introduttiva delle cause ostative in questione; dal momento che l’una disciplina – quella relativa alla ineleggibilità e incompatibilità - andrebbe riconnessa, ai fini della verifica della sua legittimità, agli artt. 65, 66 e 122, Cost., mentre i contenuti dell’altra si dovrebbero valutare alla stregua degli artt. 51 e 54, Cost.

Da quanto ora detto si dovrebbe derivare un’altra conseguenza assai rilevante, ovvero la maggior estensione dell’apprezzamento discrezionale consentito alla legge nella disciplina della ineleggibilità (in senso stretto) ed incompatibilità rispetto all’altro che inerisce alla individuazione delle cause ostative alla candidabilità; ciò che può farsi discendere, a sua volta, dal dato positivo rinvenibile in Costituzione. Ed infatti, mentre dal combinato disposto degli artt. 51, co. 1 e 54, co. 2, Cost., è prefigurata, seppur in termini assai duttilmente esplicitabili da parte della legge, una finalità tale da indirizzare e “rinforzare” l’azione conformativa della fonte primaria – la più volte richiamata “esemplarità” ed “integrità” dell’eligendo e dell’eletto caratterizzata attraverso le locuzioni “disciplina” ed “onore” -, dalle disposizioni costituzionali relative alla ineleggibilità ed incompatibilità è dato presumere l’intento del Costituente di affidare alla fonte primaria in termini ancor più estesi la individuazione delle rispettive cause ostative. Sia l’art. 65, co. 1 che l’art. 122, co. 1, infatti, non introducono alcun elemento qualificativo ulteriore – al di là, rispettivamente, della previsione della riserva di legge (assoluta) e della distribuzione delle competenze normative fra legge statale e regionale nella materia *de qua* - da

car possa trarsi uno scopo o un interesse da privilegiarsi da parte delle fonti disciplinative delle ipotesi in parola. Ed è in tal senso che le fonti attributarie della competenza in discorso possono “muoversi”, in tale ultimo caso, fermo ovviamente il limite insuperabile che discende dal primo comma dell’art. 3 Cost., per il tramite di un bilanciamento ancor più dilatato di quello “tollerabile” avendo riguardo alla incandidabilità.

Con specifico riguardo alla ineleggibilità e incompatibilità deve, poi, segnalarsi che la situazione ora vista è essenzialmente diversa da quella che la Costituzione prefigura in riferimento alla estensione dei margini d’intervento della legge in confronto ai diritti inviolabili c.d. assoluti o originari. Anche nei disposti costituzionali concernenti i diritti in questione non è rinvenibile, di norma, analogamente a quanto avviene per l’art. 65, co. 1, cit., alcuna indicazione di scopo, ma soltanto la previsione della riserva di legge assoluta; e, pur tuttavia, si sottolinea in dottrina che tale assetto non implica affatto una maggior ampiezza dell’apprezzamento discrezionale della fonte primaria ma, al contrario, presuppone l’obbligo della legge di introdurre regimi conformativi del diritto alla stregua di alcuni soli – e “numerati” – parametri, a loro volta rinvenibili in Costituzione e da questa riconnessi alla garanzia di tipo assoluto; parametri “che circoscrivono la discrezionalità del legislatore in una o più direzioni”^[148]. Quanto ora detto è di palmare evidenza avendo riguardo, ad esempio, al regime di garanzia della libertà personale ex art. 13 Cost. e alla necessità che la legge introduttiva di limiti all’esercizio e godimento della medesima si adegui alle finalità ex artt. 25, 30 e 32 della Costituzione (rispettivamente: esigenze punitive, educative e sanitarie)^[149].

Orbene, la situazione ora cennata non è in alcun modo paragonabile a quella qui in esame. Quivi, infatti, pur se si è di fronte ad un diritto – quale quello di elettorato passivo - che può essere ascritto all’ambito delle garanzie inviolabili, permane, come tratto essenziale del regime derivabile dalle norme costituzionali, la più volte sottolineata natura strumentale del diritto stesso. Il che, così come avviene per i c.d. diritti funzionalizzati, presuppone la maggior attitudine innovativa della legge e, in particolare, la possibilità di operare all’interno dell’ambito in questione con il solo limite rappresentato dalla mera ragionevolezza e proporzionalità della disciplina. Pertanto, pur se gli artt. 65, co. 1 e 122, co. 1, Cost. non introducono alcun elemento ulteriore e, in specie, alcuna indicazione di scopo, al di là delle riserve di competenza ivi prevedute, la fonte disciplinativa può esprimere, nelle ipotesi in questione, un intento conformativo sostantivamente diverso (e ragionevolmente più esteso) rispetto a quello che si deve reputare ammissibile (*recte*: legittimo) in riferimento alla introduzione del regime limitativo dei diritti di libertà civile sopra evocati.

Altra questione è, poi, quella che attiene alla pertinenza della disciplina della incandidabilità al regime delle competenze per come individuato dall’art. 122, co. 1, Cost. Se è vero, come ritiene la Corte, che la incandidabilità è parte della ineleggibilità, la relativa disciplina dovrebbe trovar fondamento nell’art. 122, co. 1, cit., per ciò che concerne i “casi di ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale nonché dei consiglieri regionali”. Pur tuttavia, avendo specifico riguardo alla disciplina della incandidabilità in ambito regionale, la stessa Corte costituzionale suole talvolta ricollegare la relativa competenza legislativa non già al disposto dell’art. 122, co.

1, cit., bensì a quello dell'art. 117, co. 2, lett. h), così attribuendo la disciplina in parola alla potestà esclusiva statale in materia di "ordine pubblico e sicurezza"[150] (così la cit. C. cost. n. 407/1992). Tale ricostruzione è, poi, fatta propria da alcune pronunce del giudice amministrativo. Si veda, in proposito, la sent. TAR Abruzzo 17 gennaio 2002, n. 7 (poi riformata dalla sent. Cons. St., Sez. V, 2 maggio 2002, n. 2333), in cui si sostiene che "la definizione delle cause di 'incandidabilità' è riservata al legislatore statale e non già a quello regionale, cui l'art. 2 della legge costituzionale 22.11.1999, n. 1 (che ha sostituito l'art. 122 della Costituzione) ha demandato il potere di disciplinare il sistema di elezione e i casi di 'ineleggibilità' e di 'incompatibilità' (e non già di 'incandidabilità') del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale e comunque entro i limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica, che stabilisce anche la durata degli organi elettivi". La linea interpretativa ora cennata non è, peraltro, unanimemente accolta; dal momento che, se si ritiene che la incandidabilità afferisce all'ambito entro cui si collocano le cause di ineleggibilità, la relativa disciplina dovrebbe altresì adeguarsi al regime per queste ultime individuato dall'art. 122, co. 1, cit.; con ciò che ne consegue in ordine alla attribuzione alla Regione della potestà legislativa concorrente[151].

Sembra opportuno fare chiarezza sul punto. A tal uopo mette conto subito sottolineare che non sarebbe esatto sostenere che la disciplina dei casi di incandidabilità è, nella ricostruzione offerta dalla Corte costituzionale, attribuita sempre e comunque alla competenza esclusiva dello stato. Permane infatti fermo, nella interpretazione della Corte costituzionale, il dato, poc'anzi rimarcato, per cui le cause di incandidabilità pertengono all'ambito generale entro cui si collocano le altre di ineleggibilità; ragion per cui, in linea di principio, la incandidabilità deve essere intesa come parte della ineleggibilità. Il che varrebbe anche per la disciplina delle cause ostative all'accesso e alla permanenza negli organi elettivi regionali. Pertanto, le ipotesi di incandidabilità in questione dovrebbero, anche secondo la Corte, essere disciplinate nei termini di cui all'art. 121, co.1, Cost., e, dunque, nel rispetto della potestà concorrente della regione. Ciò detto, è pur vero che la giurisprudenza costituzionale presume talvolta lecita la estraniamento della disciplina della incandidabilità dal regime ex art. 121, co. 1 - e ritiene non illegittima la disciplina da parte della legge statale in termini "esclusivi" delle cause ostative alla candidabilità nell'ambito in questione - ma ciò fa, per così dire, alla luce di situazioni atipiche, ovvero sulla base di circostanze del tutto peculiari, ricollegabili essenzialmente alla necessità, da parte della legge, di fronteggiare l'emergenza criminale o mafiosa e, in specie, la infiltrazione di esponenti di tali organizzazioni all'interno degli enti regionali e locali. E' solo sulla base di tal presupposto - e ferma in ogni caso la dislocazione e il rispetto delle competenze ex art. 122, co. 1, cit., nelle ipotesi "ordinarie" - che la Corte ammette la "trasfigurazione" della competenza, da concorrente ad esclusiva statale; ma ciò, appunto, sulla base della diversa conformazione della "materia". Per cui, sempre secondo la ricostruzione offerta dalla Corte costituzionale, la normazione avente ad oggetto le cause ostative in discorso non perterrebbe, nei casi ora visti, al regime previsto dall'art. 122, co. 1, cit., ma verrebbe "attratta" entro il disposto dell'art. 117, co. 2, lett. h); e ciò proprio in quanto la materia da trattare sarebbe quella dell'"ordine pubblico e sicurezza" ivi preveduta. Si vedano, in proposito, le motivazioni contenute nella più volte cit. C. cost. n. 407/1992, in cui si sottolinea che l'irrigidimento del

regime concernente la incandidabilità presuppone l'intervento esecutivo della legge statale laddove questo è "essenzialmente diretto a fronteggiare una situazione di grave emergenza [...], emergenza che coinvolge interessi ed esigenze dell'intera collettività nazionale, connessi a valori costituzionali di primario rilievo, in quanto strettamente collegati alla difesa dell'ordine e della sicurezza pubblica". Dal che consegue che devono ritenersi sussistenti, nella specie, quei requisiti che, secondo la costante giurisprudenza della Corte "legittimano l'intervento legislativo dello Stato anche quando questo venga ad incidere su materie in linea di principio di competenza regionale o provinciale"[152].

15. Incandidabilità e garanzie ex art. 25, co. 2 e 27, co. 2, Cost.: analisi della giurisprudenza costituzionale (con particolare riguardo ai precedenti che inducono a ritenere esenti da vizi di legittimità le norme in materia di incandidabilità contenute nella c.d. legge Severino).

La linea interpretativa qui accolta non è dissimile, quanto meno avendo riguardo ai presupposti su cui si fonda la affermata eterogeneità dei due plessi normativi più volte richiamati, da quella esplicitata sia dalla Corte costituzionale, sia dal Giudice amministrativo, sia dalla Corte di cassazione. Nella giurisprudenza costituzionale, in particolare, sembra ormai acquisito il principio della non invocabilità della garanzia ex art. 25, co. 2, Cost. in confronto alla disciplina legislativa introduttiva di cause ostative alla candidabilità che prenda in considerazione fattispecie materiali e comportamenti antiggiuridici (cui si ricollega una sentenza penale di condanna) verificatisi in un momento antecedente alla entrata in vigore della disciplina stessa. In tal senso il giudice delle leggi esclude costantemente la pertinenza (ed applicabilità) del principio di irretroattività all'ambito in esame. Con riferimento alla (presunta) attitudine espansiva del principio in parola si veda la sent. n. 118/1994, in cui si assume che, laddove la legislazione che inerisce alla ineleggibilità (*recte*: incandidabilità) prenda in considerazione una condanna penale irrevocabile, questa deve essere intesa "come mero presupposto oggettivo cui è ricollegato un giudizio di 'indegnità morale' a ricoprire determinate cariche elettive", per cui "la condanna stessa viene [...] configurata quale 'requisito negativo' ai fini della capacità di assumere e di mantenere le cariche medesime". La Corte tiene, poi, a sottolineare che la sopravvenienza della sentenza di condanna provoca un effetto "automatico" e "necessario", quale, appunto, "sia la 'decadenza di diritto' (a seguito del passaggio in giudicato della sentenza di condanna) [...], sia l'istituto della 'immediata sospensione' dalla carica". Il che mostra con chiarezza la scindibilità dei due ambiti: quello entro cui si situa la sanzione penale, intesa nella sua natura "ordinaria" (e produttiva degli effetti suoi tipici) e l'altro, che a questa si ricollega ma che con questa non si "confonde", entro cui si colloca la causa ostativa alla candidabilità (da cui la legge fa conseguire, a seconda dei casi, il divieto di accesso alla carica elettiva o la decadenza o la sospensione)[153]. Per tal modo "non è certamente violato [...] l'art. 25, secondo comma, della Costituzione", e ciò per il principale motivo che, secondo la costante giurisprudenza della Corte, "l'invocato principio si riferisce alle sole sanzioni penali"[154].

va meno limitato, sempre in riferimento all'ambito interpretativo accolto dal giudice delle leggi, che è costante la qualificazione della incandidabilità come un "effetto extrapenale della condanna", il che rafforza quanto cennato in ordine alla non omologabilità della incandidabilità stessa né con le sanzioni penali vere e proprie né, tanto meno, con le "pene accessorie". In tal senso si veda anche la C. cost. n. 132/2001, in cui si evidenzia, con nettezza, la situabilità della incandidabilità su d'un piano diverso rispetto a quello delle pene (principali ed accessorie) e la conseguente non qualificabilità della stessa alla stregua d'un "qualunque" trattamento sanzionatorio penale derivante dalla commissione del reato o di una "autonoma sanzione collegata al reato medesimo", bensì come "l'espressione del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche considerate". Nella sentenza ora cit. appare, poi, affermato con nettezza il principio alla cui stregua il controllo sulla ragionevolezza della misura ostativa alla candidabilità deve necessariamente prescindere dalla utilizzazione del *tertium comparationis* ascrivibile all'ambito cui pertengono le norme penali^[155].

Argomenti di maggior problematicità offre, invece, la posizione della Corte costituzionale in confronto al secondo profilo qui in rassegna, che inerisce alla non opponibilità della garanzia ex art. 27, co. 2, Cost. alle ipotesi di incandidabilità che si basano su sentenze penali di condanna non irrevocabili (o su provvedimenti restrittivi della libertà personale non definitivi irrogati dal giudice, quali, in particolare, le misure di prevenzione). E' comunque innegabile che la Corte sembri quanto meno privilegiare - sebbene non presumere, sempre e comunque, come condizione necessaria - la detta "definitività", ovvero il carattere irrevocabile della sentenza penale di condanna - e, più in generale, della misura sanzionatoria irrogata dal giudice - che la legge prende in considerazione e che qualifica come elemento costitutivo della causa ostativa all'accesso e alla permanenza nella carica elettiva. E, ciò, sebbene l'argomento in questione non sia mai affrontato (né trattato) in modo approfondito quanto l'altro, sì che il dato centrale del problema, ovvero la definitività sopra detta del provvedimento giurisdizionale, viene evocato, per lo più, incidentalmente. E', dunque, questo secondo aspetto, altrettanto delicato quanto il primo, che pare ancora non perfettamente "stabilizzato" in seno alla giurisprudenza costituzionale.

Ciò detto, un elemento che può comunque derivarsi dalla giurisprudenza in discorso, e che attenua l'atteggiamento critico della Corte nei confronti della previsione di cause ostative che prendono luogo dal giudicato non definitivo, è quello che attiene alla maggior "tollerabilità" della sospensione rispetto alla decadenza, che presuppone la congruenza della causa ostativa ora detta in confronto alla ipotesi di incandidabilità sopravvenuta (e non a quella della incandidabilità intesa come divieto di accesso alla carica elettiva).

Nella linea argomentativa del giudice delle leggi è, infatti, la decadenza dal mandato che appare doversi necessariamente ricollegare alla sentenza irrevocabile di condanna; mentre la sospensione viene sovente lasciata indenne da censure di costituzionalità anche in assenza di tal presupposto. Ciò induce a ritenere che la Corte costituzionale reputi ammissibile la previsione di una causa ostativa alla candidabilità "scollegata" dal giudicato definitivo purché tale misura sia irrogata nei confronti dell'eletto (e non dell'eligendo), cioè *sub specie*

di incandidabilità sopra venuta, e pare che in quest'ultima ipotesi una sentenza non irrevocabile la fonte primaria faccia derivare, per l'appunto, la mera sospensione. A tal stregua i disposti contenuti nell'art. 8, co. 1, lett. a), b) e c) e nell'art. 11, co.1, lett. a), b) e c), d.lgs. n. 235/2012 non sarebbero suscettibili di censure e dovrebbero uscire indenni da un eventuale giudizio di legittimità che avesse ad oggetto le norme in questione. Ciò in quanto le disposizioni ora richiamate si conformano ai presupposti ora visti e prevedono la causa ostativa in discorso "a elezioni avvenute", ovvero solo in confronto a coloro che già esercitino le funzioni di presidente della giunta regionale, assessore e consigliere regionale o di presidente della provincia, sindaco, assessore e consigliere provinciale e comunale. V'è, in ogni caso, da sottolineare che nelle sentenze che fra breve si esamineranno si sottopone a scrutinio l'ipotesi della incandidabilità in assenza di giudicato definitivo in riferimento agli organi rappresentativi regionali e locali, e non certamente a quelli centrali, ovvero alle Camere parlamentari.

Due sono le pronunce che, più di altre, possono risultare utili ad illustrare la linea interpretativa accolta in seno alla giurisprudenza costituzionale ai fini della risoluzione dei problemi ora prospettati: le sentt. nn. 407/1992 e 141/1996. Le pronunce sottopongono entrambe a scrutinio alcune disposizioni contenute nella l. 19 marzo 1990, n.55, per come introdotte dall'art. 1, l. 18 gennaio 1992, n. 16 (recante "Norme in materia di elezioni e nomine presso le regioni e gli enti locali"); e deve subito avvertirsi che esse manifestano due modi diversi, pur se non opposti, d'affrontare il problema qui in esame. Ed, infatti, la sent. n. 407/1992 manda sostanzialmente esente da censure l'assetto prescrittivo della legge n. 55/1990 in materia di incandidabilità, mentre l'altra dichiara la incostituzionalità di alcuni disposti in essa contenuti; i quali, pur non essendo i medesimi di quelli usciti indenni dal precedente vaglio della Corte, operano pur sempre nell'ambito in discorso e pertengono al medesimo assetto prescrittivo. Si vedrà, tuttavia, che, nella sostanza, e a malgrado degli elementi differenziali ora cennati, le pronunce in parola non mettono in dubbio il presupposto, qui accolto, della non pertinenza dell'art. 27, co. 2, Cost. all'ambito della incandidabilità; e, che, in particolare la declaratoria di incostituzionalità è, dalla C. cost. n. 141/1996, fatta derivare non già dalla diretta lesione della norma-principio costituzionale ora richiamata bensì, essenzialmente, da una deficienza o contraddittorietà "interna al sistema", ovvero dalla irragionevolezza della disciplina legislativa e dal mancato adeguamento alla *ratio* desumibile, appunto, dal plesso normativo entro cui si colloca la normazione in materia di incandidabilità. Quanto ora detto trova diretta conferma nel fatto che la sent. n. 141/1996 non affronta – si vorrebbe dire: si guarda bene dall'affrontare - la specifica questione della diretta incisione del principio che inerisce alla presunzione di non colpevolezza in assenza del giudicato definitivo; dal momento che reputa "assorbita la questione sollevata in riferimento all'art. 27, secondo comma" e, dunque, sufficienti le motivazioni che si ricollegano alla cennata irragionevolezza o "non proporzionalità" della disciplina censurata.

Volendo entrare nel merito dei problemi ora prospettati si veda, innanzi tutto, la sent. n. 407/1992, in cui la Consulta dichiara non fondate le questioni aventi ad oggetto l'art. 15, co. 4-*bis* e 4-*ter*, cit. l. n. 55/1990. La parte più interessante della pronuncia è proprio quella che affronta la questione della congruità costituzionale delle previsioni introduttive della sospensione come misura

provvedimenti giurisdizionali non definitivi. Invero, la disciplina sottoposta all'esame della Corte appare finanche più "lassista", in ordine al rispetto del presidio *ex art. 27 co. 2, Cost.*, di quella attualmente espressa dalla *c.d. legge Severino*. Ciò in quanto la *l. n. 55/1990* individua, oltre alla sentenza penale di condanna non definitiva, una serie ulteriore di cause ostative alla candidabilità, sempre basantesi su provvedimenti giurisdizionali non caratterizzati dal dato della definitività, e che potrebbero reputarsi ancor più "flessibili" quanto al rispetto della garanzia sopra detta. La legge in parola fa, infatti, riferimento, e configura come cause ostative, non solo la misura di prevenzione (quest'ultima prevista pure dal *d.lgs. n. 235/2012*) ma anche il mero rinvio a giudizio, la presentazione in giudizio e la citazione a comparire in udienza per il giudizio. E' pur vero che la disciplina in rassegna opera una diversificazione, ovvero una sorta di "graduazione" qualitativa, delle misure ora dette in funzione della gravità del reato, prevedendo la "sufficienza" dei provvedimenti non definitivi ora richiamati per i reati di maggior gravità e di più evidente allarme sociale e imponendo, invece, la sentenza irrevocabile di condanna per i reati di minor rilievo^[156]; e, pur tuttavia, ciò che mette conto qui rimarcare è la finale implicita "assoluzione", da parte del giudice delle leggi, della estesa serie di cause ostative alla candidabilità, poc'anzi elencate, che prescindono dal requisito della definitività. Il che deriva dal fatto che la Consulta non eccepisce, in particolare, la incostituzionalità dell'*art. 1, co. 4-bis, l. n. 55/1990*, il quale dispone, appunto, la "immediata sospensione delle cariche" nel caso in cui sopravvenga una sentenza penale di condanna o uno degli altri provvedimenti in discorso anche non assistiti dal carattere della definitività. Quanto ora esposto induce, dunque, a ritenere che quello della non irrevocabilità non possa essere inteso, nella ricostruzione della Corte, e fermi i distinguo sopra rimarcati, alla stregua d'un "feticcio", ovvero come un presupposto insuperabile in confronto alla conformazione del regime della incandidabilità da parte della fonte primaria; e che, dunque, possa reputarsi coerente con la collocazione costituzionale della incandidabilità il dimensionamento e la costante attualizzazione delle cause ostative in questione sulla base di provvedimenti giurisdizionali provenienti dal giudice penale anche non caratterizzati dal dato della irrevocabilità.

E' per i motivi ora detti che, come s'avvertiva, la *sent. n. 407/1992*, ora passata in rassegna, costituisce un precedente di assai pregnante rilievo - e si porrà come elemento essenziale di raffronto - nella eventualità di uno scrutinio incentrato sui "meccanismi" introdotti dalla *c.d. legge Severino*, con particolare riguardo al regime di incandidabilità sopravvenuta ivi preveduto agli *artt. 8 e 11* (in riferimento ai membri degli organi elettivi regionali e locali).

Quanto ora detto trova conferma ulteriore nel fatto che una delle motivazioni addotte dalla Corte costituzionale per dichiarare non fondata la *q.l.c.* concernente i *citt. disposti della l. n. 55/1990*, è quella che si basa sulla natura emergenziale del contesto entro cui si collocano le misure introdotte, e sulla ragionevolezza delle stesse in funzione della gravità dei reati presi in considerazione e del "crescente aggravarsi del fenomeno della criminalità organizzata e dell'infiltrazione dei suoi esponenti negli enti locali". Orbene, poiché gli episodi di "mala politica" e gli effetti distorsivi del rapporto elettorale si manifestano, nel tempo presente, in misura ancor più rilevante e capillare rispetto al momento storico preso in considerazione dalla Corte al fine di

... valutare la congruenza e proporzionalità delle cause ostative previste dalla l. n. 55/1990, non pare dubbio che, anche riguardate da questo punto d'osservazione, le norme sopra elencate del d.lgs. n. 235/2012 dovrebbero reputarsi, come e più di quelle contenute nella l. n. 55/1990, esenti da difettosità e insuscettibili d'esser censurate in sede di giudizio di costituzionalità.

Fermo quanto ora esposto in riferimento alla C. cost. n. 407/1992, l'assetto normativo delle cause ostative alla candidabilità prefigurato dalla l. n. 55/1990 è stato, come s'avvertiva, nuovamente preso in esame dalla Corte costituzionale nella seconda delle pronunce sopra richiamate, ovvero nella sent. n. 141/1996; la quale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 15, lett. a), b), c), d), e) ed f), l. n. 55/1990 e i cui contenuti si dovranno ora illustrare^[157].

Deve subito premettersi che la sent. n. 141/1996 rappresenta una sorta di spartiacque in quanto è la linea interpretativa da essa espressa che imprime un drastico *revirement* all'indirizzo politico-legislativo riconducibile alla disciplina della incandidabilità. La pronuncia in questione è centrale, ai fini dell'inquadramento e della sistematica che inerisce alla collocazione costituzionale delle cause ostative alla candidabilità, in quanto stabilisce alcuni principi cui il legislatore, a far data dalla declaratoria di incostituzionalità in essa contenuta, si atterrà e si adeguerà in modo costante. Tal cosa si evince con immediatezza alla stregua delle successive rimodulazioni cui il regime della incandidabilità, a principiare dall'apparizione della sentenza in parola, è stato sottoposto; rimodulazioni che hanno tenuto sempre per fermo i principi in discorso. Si vedrà, infatti, che il "sistema" esplicitato dalla sent. n. 141/1996, e che si fonda su quella che si potrebbe definire "liceità condizionata" della incandidabilità basantesi sul giudicato non definitivo, "regge" a tutt'oggi. Sia la l. 13 dicembre 1999, n. 475 (la prima ad adeguarsi ai principi espressi dalla sent. n. 141/1996 e a "riempire" i vuoti da questa provocati), sia il T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, sia la c.d. legge Severino, attualmente vigente, non prescindono, infatti, nel rispettivo impianto, dal criterio prefigurato nella sentenza in rassegna. Tale criterio presuppone sì la possibilità di prevedere, da parte della fonte primaria, la incandidabilità scollegata dal presupposto della irrevocabilità della sentenza (o del provvedimento giurisdizionale), ma ciò ammette solo avendo riguardo alla ipotesi della incandidabilità sopravvenuta e solo se la sentenza o il provvedimento in parola si pongono come cause ostative da cui far derivare la sospensione e non la decadenza dal mandato elettivo (ipotesi, quest'ultima, che non può essere scissa dal presupposto della definitività). Oltre che per l'ipotesi della decadenza, il presupposto ora detto della definitività del provvedimento giurisdizionale deve ritenersi valere, secondo il giudice delle leggi, anche per ciò che concerne l'incandidabilità intesa come divieto di accesso alle cariche elettive.

Venendo al merito della C. cost. n. 141/1996, parrebbe che questa sia assai ferma nell'assunzione di principio secondo cui, da un punto di vista generale, "solo una sentenza irrevocabile [...] può giustificare l'esclusione dei cittadini che intendono concorrere alle cariche elettive"; e ciò non soltanto avendo riguardo alle elezioni politiche generali ma anche a quelle amministrative, in quanto "pure in questo caso è in gioco il principio democratico, assistito dal riconoscimento costituzionale delle autonomie locali". Già tale affermazione parrebbe prefigurare una diversa impostazione rispetto a quella esplicitata nella

SENT. N. 407/1992, ES, IN SENSO, OCCORRE RIMANDARE CHE LA SENT. N. 141/1996 HA dichiarato costituzionalmente illegittime proprio quelle norme, contenute nella l. n. 55/1990, che erano sembrate, seppur indirettamente e implicitamente, non suscitare dubbi di costituzionalità nella sent. n. 407/1992. Trattasi, come già ricordato, delle norme contenute nell'art. 15, co. 1, lett. a), b), c) d), e) ed f), l. n. 55/1990, le quali prevedevano la non candidabilità alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali ricollegando tale condizione ad alcuni provvedimenti giurisdizionali non definitivi. Alla stregua dei disposti in parola dovevano, infatti, considerarsi come non candidabili, in relazione a determinati delitti di particolare gravità e allarme sociale^[158], anche coloro che fossero stati condannati "con sentenza non ancora passata in giudicato" o nei cui confronti fosse stata irrogata in termini non definitivi una delle misure afflittive elencate nella l. n. 55/1990^[159].

Ciò premesso, occorre subito aggiungere che quella che parrebbe una posizione "irremovibile" e non suscettibile di deroghe ed eccezioni si dimostra, alla fin dei conti, non tale. Occorre, a tal proposito, rilevare che è pur vero che la sentenza n. 141/1996 fa derivare la incostituzionalità della disciplina legislativa dal fatto che una fattispecie di incandidabilità sia riconnessa a (e sia fatta discendere da) provvedimenti giurisdizionali non definitivi; e, tuttavia, ciò che pare connotare la pronuncia in discorso, non è, ancora una volta, la "avversione" integrale ed assoluta verso il "sistema" della incandidabilità fondantesi su un atto non definitivo, ma, invece, il fatto che da tale situazione la legge faccia conseguire un effetto preclusivo, ovvero non suscettibile d'essere eventualmente rimosso (ad esempio attraverso il sopravvenire d'una successiva pronuncia assolutoria). Si vuol dire che il giudice delle leggi censura, anche nella pronuncia in rassegna, non il "modello" in questione astrattamente considerato, ma uno dei possibili esiti dello stesso, ovvero quello per cui dal provvedimento non definitivo discenda (e si faccia derivare) o il divieto assoluto d'accesso alla carica elettiva o la decadenza. Ciò dovrebbe far presumere che, laddove la fonte primaria non operi nel senso "drastico" ora detto, potrebbero reputarsi non più opponibili i rilievi censori ora cennati; il che si produrrebbe, in particolare, laddove la legge non disponesse la incandidabilità assoluta (per gli eligendi) o la decadenza (per gli eletti) e prevedesse, avendo specifico riguardo a questi ultimi soggetti (ovvero alla ipotesi della incandidabilità sopravvenuta), la mera sospensione dal mandato elettivo e la possibile riassunzione della carica a seguito, essenzialmente, del sopravvenire della pronuncia assolutoria.

E, del resto, come nella sent. n. 407/1992, anche nella sent. n. 141/1996 è lo stesso giudice delle leggi che sembra consentire una serie di distinguo in ordine alla possibile previsione di cause ostative alla candidabilità scollegate dal presupposto della definitività; la qual cosa indurrebbe a ritenere plausibili, quanto meno a determinate condizioni, le deroghe suddette. In effetti, a ben esaminare la sent. n. 141/1996 ci si avvede della recessività, nelle motivazioni che conducono alla declaratoria di incostituzionalità, dell'argomento che s'incentra sulla portata espansiva dell'art. 27, co. 2, Cost.; il quale è sì evocato (si veda il punto 4 del cons. dir.) ma quasi *en passant*, e non certamente al fine di individuare il motivo essenziale da cui desumere la illegittimità della disciplina. In altri termini, la norma costituzionale non è mai assunta a vero e proprio parametro ai fini della declaratoria di incostituzionalità, ma lasciata volutamente "sullo sfondo"; il che trova conferma sia nella assenza del

rimando all'art. 27, c. 2, cit., nel dispositivo, sia, e soprattutto, nel fatto che la Corte fa, in buona sostanza, derivare la illegittimità costituzionale della disciplina introduttiva delle cause ostative alla candidabilità dalla illogicità e irragionevolezza "intrinseca" della stessa (e non dalla diretta ed immediata lesione della norma-principio costituzionale).

A ulteriore conferma di quanto ora detto si veda la C. cost. n. 132/2001, in cui appare riaffermato, ed in modo inequivoco, la non pertinenza della ineleggibilità (*recte*: incandidabilità) al regime di garanzia preveduto dall'art. 27 Cost. Nella ipotesi di specie non veniva, invero, eccepita la violazione - da parte della legge introduttiva della causa di incandidabilità^[160] - del principio desumibile dal secondo comma dell'art. 27, cit., bensì di quello derivabile terzo comma di tale disposto. E, pur tuttavia, la perentorietà dell'assunto è tale da involgere la norma costituzionale in discorso nella sua "compattezza" precettiva; e da far presumere, quindi, la non applicabilità e non estensibilità del regime ivi espresso, inteso nella sua integralità, all'ambito entro cui si situa la disciplina delle cause ostative alla candidabilità. Si veda, a conferma di quanto ora detto, soprattutto l'affermazione contenuta nel punto 3 della parte motiva della sent. n. 132/2001. Quivi la Corte sottolinea, con la fermezza sopra detta, che, per le medesime ragioni per cui non è possibile confondere la normazione penale "comune" con quella che disciplina l'accesso e la permanenza nelle cariche elettive, deve escludersi che la disciplina in parola "sia in contrasto con l'art. 27, terzo comma, della Costituzione. L'ineleggibilità da essa sancita non ha a che fare [...] con il trattamento penale o con le conseguenze penali dei reati, ma attiene alla definizione dei requisiti di accesso alle cariche elettive: onde non può venire in considerazione il principio di rieducatività della pena".

Si devono a questo punto esaminare, in modo più puntuale e specifico, gli esiti che la linea interpretativa del giudice delle leggi può indurre in confronto alle norme sulla incandidabilità contenute nella c.d. legge Severino. S'è già detto che il d.lgs. n. 235/2012 prevede una serie di ipotesi di incandidabilità "scisse" dal presupposto rappresentato dalla definitività del giudicato penale; e che la disciplina in discorso, oltre che individuare tali ipotesi soltanto per i membri degli organi elettivi regionali e locali (e non per i membri delle Camere parlamentari e del Parlamento europeo), le prende in considerazione ai soli fini della sospensione; non facendo, cioè, derivare dal presupposto della sentenza non definitiva né la incandidabilità in senso proprio, intesa come divieto assoluto di accedere alle cariche elettive, né la decadenza "di diritto" dalle medesime (come rimozione definitiva^[161] e "irrimediabile" dal mandato elettivo a elezioni avvenute). E', allora, di immediata evidenza che i casi disciplinati dalla legge in parola non sono comparabili a quelli che hanno provocato la declaratoria di incostituzionalità di cui alla cennata sent. n. 141/1996. Gli artt. 8 e 11, d.lgs n. 235/2102, distinguono, infatti, e con nettezza, le misure ora dette, della sospensione e della decadenza, e comminano la seconda solo a far data dal "passaggio in giudicato della sentenza di condanna o dalla data in cui diviene definitivo il provvedimento che applica la misura di prevenzione" (così l'art. 8, co. 6 e l'art. 11, co. 7, d.lgs. cit.). La misura della sospensione è, invece, preveduta nei confronti dei membri eletti negli organi rappresentativi regionali e locali: che hanno riportato una condanna non definitiva per una serie di delitti particolarmente gravi individuati dalla stessa legge; che "con sentenza di primo grado, confermata in appello per la stessa

imputazione, hanno riportato una condanna ad una pena non inferiore a due anni di reclusione per un delitto non colposo, dopo l'elezione o la nomina"; che sono stati oggetto della applicazione, da parte dell'autorità giudiziaria e con provvedimento anche non definitivo, di una misura di prevenzione in quanto indiziati di appartenere ad una delle associazioni per delinquere di tipo mafioso di cui all'articolo 4, co. 1, lett. a) e b), d.lgs. n. 159/ 2011. Si vedano, in proposito, i disposti, del tutto analoghi, contenuti negli artt. 8, co. 1, lett. a), b) e c) e 11, co. 1, lett. a), b) e c), d.lgs. n. 235/2012. Quivi, inoltre, e identicamente per i membri degli organi elettivi regionali e locali, viene prevista la sospensione di diritto in riferimento alla avvenuta applicazione del divieto di dimora, qualora tale misura coercitiva riguardi la "sede dove si svolge il mandato elettorale".

La c.d. legge Severino distingue, dunque, nettamente il momento antecedente alla elezione da quello successivo e dispone la incandidabilità (*sub specie* di mera sospensione) nei confronti di chi già ha assunto la carica elettiva, introducendo un termine di durata della sospensione stessa e, si potrebbe dire, "in attesa" della sentenza o del provvedimento definitivo. E' in tal modo che la legge in discorso non incorre nelle incongruenze che, a giudizio della Consulta, rendevano illegittima la disciplina dichiarata incostituzionale dalla sent. n. 141/1996, le quali erano provocate dalla mancata discriminazione fra le situazioni ora viste e dalla conseguente irragionevole "sproporzione" nella individuazione del modo di rappresentarsi della incandidabilità; ovvero, a seconda dei casi, come impossibilità di accedere alle cariche elettive, come mera sospensione o come decadenza. In altri termini la l. 55/1990 (come modificata dalla l. n. 16/1992) secondo la pronuncia in parola "faceva di tutt'erba un fascio", in quanto prevedeva due modi di sancire la incandidabilità opposti quanto ai rispettivi effetti – la non accessibilità assoluta prima delle elezioni e la mera sospensione ad elezioni avvenute - in riferimento ad un unico elemento di raffronto, rappresentato dal giudicato non definitivo; mentre disponeva la decadenza solo a seguito della sentenza definitiva.

Come s'avvertiva, anche la linea argomentativa accolta in seno alla giurisprudenza costituzionale è, nella sostanza, quella che muove da una valutazione della congruità della disciplina "interna al sistema"; ciò dal momento che le motivazioni che conducono alla declaratoria di incostituzionalità sono quelle che utilizzano il criterio di ragionevolezza inteso nei modi accennati al par. precedente (e di cui si tratterà, più estesamente, *infra*, par. 18). La causa efficiente della pronuncia è, infatti, quella della richiamata sproporzione, ovvero della intrinseca contraddittorietà e "confusività" della disciplina limitativa in confronto alla *ratio* cui il legislatore avrebbe dovuto ispirarsi. Se la *ratio* che si situa alla base dei contenuti normativi poc'anzi illustrati del d.lgs. n. 165/2012 si distacca, dal punto di vista della sua coerenza "interna", da quella che permeava il plesso normativo introdotto dalla l. 55/1990, cit., si dovrebbe, allora, presumere che la disciplina introdotta dalla c.d. legge Severino non contravvenga al canone interpretativo fissato dalla Consulta. Il punto di discriminazione essenziale che emerge dalla sent. n. 141/1996 è, infatti, quello che consiste nella natura "irreversibile" della causa ostativa all'assunzione della (ed alla permanenza nella) carica elettiva. Solo in tal caso si potrebbe affermare che la "sancita ineleggibilità assume i caratteri di una sanzione anticipata, mancando una sentenza di condanna irrevocabile". Al

di non in tal ipotesi sarebbe possibile sostenere, sempre seguendo il ragionamento della Corte costituzionale, la liceità degli interventi normativi volti a incidere temporaneamente sullo svolgimento del mandato elettivo (e non, invece, a farlo cessare definitivamente attraverso la rimozione). Quanto affermato circa la tollerabilità del carattere non irreversibile della misura afflittiva nella sola ipotesi della incandidabilità sopravvenuta è, poi, ribadito in un altro passo della sent. n. 141/1996, cit., laddove si sottolinea, con specifico riferimento alla cause ostative che prendono luogo dal mero rinvio a giudizio, che “finalità di ordine cautelare - le uniche che possono farsi valere in presenza di un procedimento penale non ancora conclusosi con una sentenza definitiva di condanna - valgono a giustificare misure interdittive provvisorie, che incidono sull'esercizio di funzioni pubbliche da parte dei titolari di uffici, e anche dei titolari di cariche elettive, ma non possono giustificare il divieto di partecipare alle elezioni”.

E si badi, oltre tutto, e proprio in riferimento al dato della irreversibilità, che il d.lgs. n. 265/2012 contiene, com'è ovvio che sia, un preciso “scadenzario”, ovvero una specifica disciplina volta a definire la durata e la cessazione degli effetti prodotti dalla sospensione; cessazione che può, a seconda dei casi, dar luogo o al pieno “reintegro” dell'eletto nella funzione (laddove “venga emessa sentenza, anche se non passata in giudicato, di non luogo a procedere, di proscioglimento o di assoluzione o provvedimento di revoca della misura di prevenzione o sentenza di annullamento ancorché con rinvio”) o, all'opposto, alla decadenza (laddove sopravvenga il passaggio in giudicato della sentenza di condanna o divenga definitivo il provvedimento che applica la misura di prevenzione).

16. ... segue: *Brevi notazioni critiche sul c.d. caso De Magistris.*

Le osservazioni espresse al par. precedente rafforzano i motivi che inducono a ritenere infondata la q.l.c. recentemente sottoposta alla Corte costituzionale con ord. TAR Campania, Sez. I, 30 ottobre 2014, n. 1801 e relativa al c.d. caso De Magistris; infondatezza che pare ancor più doversi presagire in forza di quell'altra serie di motivazioni, rinvenibili nella ordinanza di rimessione in discorso, che già di per sé paiono rappresentare un fuor d'opera, prime fra tutte quelle che prefigurano l'eccentrico innalzamento al rango costituzionale dell'art. 11 preleggi^[162]. Non si può fare a meno, a tal ultimo proposito, di rilevare la (bizzarra) riconfigurazione del sistema delle fonti operata dal giudice amministrativo per il tramite della detta lievitazione del principio *ex art. 11*, cit. E' quanto si evince da quel passo della pronuncia in cui si assume che “l'applicazione retroattiva di una norma sanzionatoria, anche di natura non penale ai sensi dell'art. 25, secondo comma della Costituzione, urta con la pienezza ed il regime rafforzato di diritti costituzionalmente garantiti, tutte le volte in cui la Carta rimette alla disciplina legislativa il regime ordinario di esercizio di quel diritto; pertanto, ove vi sia riserva di legge per la disciplina di diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta, assumono rango costituzionale anche i principi generali che disciplinano la fonte di produzione normativa primaria; di conseguenza, essendo il divieto di retroattività di cui all'art. 11 delle Disposizioni sulla Legge in Generale, uno dei principi su cui si fonda l'efficacia

ella legge nel tempo, la sua violazione e anche violazione del diritto che la Costituzione espressamente la chiama a disciplinare e proteggere”.

Come si vede l'ordinanza del TAR Campania è introduttiva di una sorta di nuovo meccanismo di “norma interposta”, che sarebbe forse meglio definire di “norma di rimbalzo”. Il principio *ex art. 11 preleggi* assurgerebbe, infatti, a parametro di rango costituzionale ogni qualvolta la Costituzione riservasse alla fonte primaria la disciplina conformativa di un “diritto fondamentale”. Il diritto fondamentale sarebbe, nel caso di specie, quello di elettorato passivo e, se non s'è inteso male, il sol fatto d'esser qualificabile in tal modo indurrebbe la “trasfigurazione” sopra detta dei principi espressi dalle preleggi. A parte la improprietà della qualificazione – dovendosi semmai far riferimento ai diritti propriamente “inviolabili” – non può non rimarcarsi l'audacia della ricostruzione. Ci si dovrebbe chiedere, in particolare, se la lievitazione in discorso debba intendersi valere solo per il principio di irretroattività o anche per tutti gli altri esplicitati dalle preleggi e, soprattutto, anche prescindendo da tale quesito, ci si dovrebbe domandare “che fine faccia” l'art. 25, co. 2, Cost.; il quale, nei casi di specie, verrebbe inevitabilmente a “intralciare”, stante la sua assai più limitata portata applicativa - e, quindi, a violare - la norma-principio *ex art. 11 preleggi* (divenuta, “nel frattempo”, principio di rango costituzionale). Si dovrebbe, allora, ritenere che l'art. 25, co. 2, cit., possedga, nella lettura del TAR Campania, una “doppia anima” e una doppia efficacia precettiva, una delle quali meno “robusta” (e più cedevole) dell'altra: la prima si esprimerebbe nelle ipotesi “ordinarie”, e riguarderebbe i casi in cui la fonte primaria non intersechi un diritto fondamentale, l'altra nelle ipotesi quale quella in rassegna. Per cui, ferma la estraneità dell'ambito disciplinato a quello penale, la legge potrebbe continuare a disporre con effetti retroattivi nelle dette ipotesi “normali”; non così, invece, nei casi in cui la disciplina legislativa lambisca un diritto fondamentale, in cui, verosimilmente, il principio *ex art. 25, co. 2*, dovrebbe, come detto, reputarsi cedevole e, dunque, di rango inferiore rispetto a quello *ex art. 11 preleggi*. Sicché, tornando al caso in esame, la Corte costituzionale dovrebbe confrontare le norme della c.d. legge Severino ai due parametri in questione e far prevalere quello *ex art. 11 preleggi* in quanto espressivo di una norma-principio situabile, verosimilmente, ad un livello più elevato rispetto a quella *ex art. 25, co. 2, Cost.* Non paiono necessari ulteriori commenti per rimarcare la opinabilità della ricostruzione in discorso.

A parte i motivi ora espressi si crede che la Corte costituzionale non dovrebbe distaccarsi da quella linea argomentativa, estesamente analizzata nel par. che precede, alla cui stregua la pertinenza della “copertura” *ex art. 25, co. 2, Cost.* pare doversi escludere nelle ipotesi previste dalla c.d. legge Severino in virtù della assodata estraneità a quello penale dell'ambito cui afferisce la disciplina della incandidabilità. Per cui, stante la centralità che nella cit. ordinanza del TAR Campania assume il richiamo al carattere retroattivo della c.d. legge Severino ai fini di motivare la non manifesta infondatezza della q.l.c., parrebbe sufficiente ribadire quanto affermato nelle C. cost. nn. 407/1992 e 118/1994, nella parte in cui affermano recisamente che la condanna penale di condanna va intesa come “mero presupposto oggettivo” e che rappresenta soltanto un indice da cui desumere, attraverso l'apprezzamento discrezionale consentito dai parametri costituzionali, l'insussistenza dei “requisiti” di cui al primo comma dell'art. 51 Cost. Peraltro, e paradossalmente, l'ordinanza in rassegna non

inscrive, tra i parametri da cui desumere la natura della questione, l'art. 23, co. 2, cit., bensì, attraverso la eccentrica motivazione sopra riportata, l'art. 11 preleggi; e, ciò, anche se, come detto, la censura essenziale su cui il giudice amministrativo basa la rimessione della questione alla Corte è quella che s'incentra sulla efficacia retroattiva dell'art. 11, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 235/2012. Ed è tale argomento che, più di altri, si crede possa indurre il giudice delle leggi a dichiarare infondata la q.l.c.

17. ... segue: *Gli apporti del giudice amministrativo e della Corte di cassazione.*

Ancor meno distante dalla ricostruzione accolta nel presente lavoro – e, anzi, avvalorata in termini ancor più perentori – è quella esplicitata in seno alla giurisdizione amministrativa, segnatamente da parte del Consiglio di Stato. Si esamini, fra le altre, la sent. Cons. St., Sez. V., 6 febbraio 2013, n. 695, assai estesamente motivata. Trattasi della c.d. sentenza Miniscalco, dal nome del ricorrente. Anche qui assume rilievo eminente la caratterizzazione della sentenza irrevocabile di condanna come “mero presupposto oggettivo”, ovvero come requisito negativo o qualifica negativa “ai fini della capacità di partecipare alla competizione elettorale e di mantenere la carica”; per cui il fine primario perseguito dalla legge “è quello di allontanare dallo svolgimento del rilevante *munus* pubblico i soggetti la cui radicale inidoneità sia conclamata da irrevocabili pronunzie di giustizia”. Da tali premesse il giudice amministrativo deriva che la incandidabilità “non rappresenta un effetto penale o una sanzione accessoria alla condanna, bensì un effetto di natura amministrativa che, in applicazione della disciplina generale dettata dall'art. 11 delle preleggi sull'efficacia della legge nel tempo, regola *naturaliter* le procedure amministrative che si dispieghino in un arco di tempo successivo”. Ne consegue l'applicabilità della disciplina introduttiva delle cause di incandidabilità ai procedimenti elettorali successivi alla entrata in vigore della stessa, “pur se con riferimento a requisiti soggettivi collegati a fatti storici precedenti”; e ciò in quanto tale estensione applicativa non configura alcuna situazione di retroattività “ma costituisce applicazione del principio generale *tempus regit actum* che impone, in assenza di deroghe, l'applicazione della normativa sostanziale vigente al momento dell'esercizio del potere amministrativo”.

Si veda, poi, avendo riguardo alla presunzione di non colpevolezza, la recente sent. Cons. St., sez. III, 14 febbraio 2014 n. 730, la quale ha dichiarato manifestamente infondata la questione di costituzionalità relativa all'art. 11, co. 1, lett. a), c.d. legge Severino, nella parte in cui prevede la sospensione di diritto dalla carica del consigliere comunale condannato con sentenza non definitiva (con riferimento al presunto eccesso di delega ed alla illogicità ed irragionevolezza della disposizione). E si veda pure la sent. TAR Lazio, sez. II bis, 8 ottobre 2013 n. 8696, che ribadisce quanto affermato dal Consiglio di Stato in ordine alla irrilevanza del *tempus commissi delicti* per ciò che concerne la incandidabilità, la quale “non è un aspetto del trattamento sanzionatorio penale del reato, ma si traduce nel difetto di un difetto del requisito soggettivo per l'elettorato passivo”.

Altro profilo è quello esaminato *funditus* dalla sent. Cons. St., sez. V, 29 ottobre

2013, n. 5222, in cui assume rilievo, tra l'altro, l'eccezione di costituzionalità che s'incentra sulla scissura, operata dall'art. 13 della c.d. legge Severino, fra il regime di incandidabilità dei parlamentari e quello dei membri degli organi elettivi regionali e locali, con particolare riferimento alla durata della incandidabilità stessa. In effetti manca nel d.lgs. n. 235/2012, avendo riguardo alla elezioni regionali e locali, la individuazione del periodo temporale in questione, salva la previsione della causa di estinzione "anticipata" della incandidabilità derivante dal sopravvenire della sentenza di riabilitazione (che "comporta la cessazione per il periodo di tempo residuo" della incandidabilità stessa)[163]. Non, così, invece in riferimento alle cariche di parlamentare nazionale ed europeo, per le quali valgono i termini preveduti dal cit. art. 13 (alla cui stregua l'incandidabilità "ha effetto per un periodo corrispondente al doppio della durata della pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici comminata dal giudice. In ogni caso l'incandidabilità, anche in assenza della pena accessoria, non è inferiore a sei anni"). La sent. n. 5222/2013 dichiara manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale in quanto non sarebbe apprezzabile un profilo di irragionevolezza ricollegabile "alla mancata previsione, per le elezioni regionali, di un limite temporale analogo a quello fissato dall'art. 13 con riferimento alla incandidabilità alla carica di deputato, senatore e membro del Parlamento stante la diversità di elezioni e di cariche"; presupposto dal quale si fa derivare l'insindacabilità dell'apprezzamento discrezionale operato sul punto dal legislatore[164].

La linea interpretativa manifestata dalle pronunce ora passate in rassegna è, poi, avvalorata dalla giurisprudenza della Corte di cassazione. Si veda, innanzi tutto, la sent. Cass. civ., Sez. I, 27 maggio 2008, n. 13831. Anche in tale pronuncia si ribadisce che la l'incandidabilità non è un aspetto del trattamento sanzionatorio penale del reato, ma si traduce nel difetto di un requisito soggettivo per l'elettorato passivo. In termini del tutto analoghi si era espressa la sent. Cass. civ., sez. I, 21 aprile 2004, n. 7593, che riafferma il presupposto alla cui stregua le limitazioni in discorso all'esercizio del diritto di elettorato si giustificano in funzione del "venir meno di un requisito soggettivo essenziale per l'accesso alle cariche elettive o per la permanenza dell'eletto nell'organo elettivo".

18. La (ragionevole) commisurazione delle cause ostative alla candidabilità e l'ampiezza del bilanciamento esperibile dal legislatore.

Gli apporti giurisprudenziali passati in rassegna nei parr. che precedono, ivi compresi quelli esplicitati dalla Corte costituzionale, paiono confermare che è la distanza ed alterità dell'una *ratio* rispetto all'altra a far sì che il sistema entro cui si colloca la disciplina della incandidabilità debba reputarsi, *a principio*, estraneo a quello entro cui si situano le norme penali. Ed è sulla base di tal presupposto che pare plausibile affermare che il legislatore ordinario, pur essendo abilitato a disciplinare le situazioni che inducono la inidoneità all'accesso e alla permanenza nelle cariche elettive per il tramite d'un espanso apprezzamento discrezionale, dovrà comunque operare coerentemente nei confronti dei parametri desumibili dalle norme costituzionali che pertengono, in via tendenzialmente esclusiva, alla incandidabilità, ovvero adeguando la propria

azione conformativa alle finalità esplicitate dagli artt. 51, co. 2 e 54, co. 2, Cost. Ed appare evidente che le prime e più immediate tra le cause ostative che il legislatore deve prendere in considerazione al fine di definire il regime di incandidabilità sono quelle che attengono alla integrità ed esemplarità “penale” del rappresentante, dal momento che, come si è già avuto modo di segnalare - *supra*, par. 8 - il riferimento ai “requisiti”, di cui all’art. 51, co. 1, Cost., non sottintende una selezione di tipo “curriculare”, ovvero basata sul merito o sulle capacità professionali, bensì la individuazione di situazioni definibili in modo quanto più possibile certo ed oggettivo. E’ proprio in forza di tal presupposto – che rappresenta un fattore di garanzia in confronto ai possibili “eccessi” del legislatore nella disciplina delle fattispecie in esame – che s’impone il ricorso ad elementi concreti, quali sono, più di altri, quelli che si basano sulla condanna del rappresentante, e in particolare sulla accertata responsabilità penale dello stesso in confronto o a reati di particolare gravità ed allarme sociale o a delitti che involgono il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione o, comunque, a delitti la cui non tollerabilità in riferimento allo *status* di rappresentante sia oggettivamente desumibile dalla previsione di una pena edittale elevata (o, altrimenti, dalla entità della pena comminata al soggetto).

Non paiono accoglibili, a tal ultimo proposito, quelle obiezioni^[165] che presumono non coerente con i presidi costituzionali di garanzia ricollegabili all’elettorato passivo l’ultimo dei criteri ora riferiti; per cui dovrebbero reputarsi illegittime le norme di legge introduttive di cause ostative alla candidabilità basantesi sulla entità della pena edittale (o della pena comminata). Le censure in parola involgono, in particolare, l’art. 1, co. 1, lett. c), nonché l’art. 8, co. 1, lett. b) e l’art. 11, co. 1, lett. b), d.lgs. 235/2012; i quali prevedono, per l’appunto, la incandidabilità (il primo) e la sospensione (il secondo ed il terzo) per i membri degli organi elettivi centrali e territoriali sulla base del parametro ora detto^[166]. Si crede, invece, che quello in discorso sia criterio che, per la sua “aritmetica” inoppugnabilità, sia in grado di contenere l’attitudine conformativa della fonte primaria entro limiti tollerabili e costituzionalmente congrui. Non pare dubbio, infatti, che uno dei “requisiti” esplicitabili da parte della legge possa essere quello che si basa sulla gravità del reato, intesa non solo in termini “qualitativi” ma anche meramente “quantitativi” (oltre che, ovviamente, sulla ragionevole commistione di tali due presupposti). Se ben si vede, infatti, è proprio la “selezione” delle fattispecie astratte di reato sulla base del primo dei due canoni ora detti che potrebbe comportare una lievitazione della discrezionalità legislativa, mentre l’assunzione a parametro del secondo assicura, quanto meno, la cennata oggettività e certezza nella individuazione delle cause ostative in esame. Ed è il caso di ribadire, a proposito di quanto ora detto, che, in presenza di uno scenario politico-istituzionale “sfigurato” da comportamenti antiggiuridici i più vari e diversificati, il ricorso al mero criterio quantitativo pare obbligato; segnatamente in ragione dell’avanzato stato di degrado del principio di rappresentanza e della incontenibile trasmutazione in termini affaristico-criminali del circuito politico-elettorale in molte aree del paese.

Del resto, se è vero, come si crede, che le formule costituzionali relative allo *status* di rappresentante – e la (ragionevole) strumentalità delle previsioni legislative al perseguimento dei fini costituzionali desumibili ex artt. 51, co. 1 e 54, co. 2 – postulano il consistente grado di discrezionalità più volte cennato

zione delle potestà legislative superiori nella materia di qua, e da ritenere che ciò sottintenda un ulteriore intento del Costituente: quello di consentire il costante “aggiornamento” del regime che attiene alle cause ostative alla candidabilità e, ove necessario, l’inasprimento dello stesso in ragione del deterioramento delle basi fondative del principio di rappresentanza e del progressivo annichilimento di quelle pur essenziali e minimali condizioni che dovrebbero sussistere ai fini dello svolgimento del mandato elettivo nei modi “irreprensibili” pretesi dalle norme-principio sopra evocate. Tal presupposto d’ordine sistematico vale sia in confronto alla fissazione delle singole cause che ostano all’accesso o che inducono la sospensione o rimozione dalla carica elettiva, sia in confronto alla determinazione della durata delle cause ostative, segnatamente nella ipotesi della incandidabilità sopravvenuta. Ed è ovvio, a tal ultimo proposito, che la legge subirà una serie di limitazioni in funzione della “consistenza” penale della fattispecie delittuosa, nel senso che, più grave è il reato causativo della condanna penale, più esteso dovrà essere il periodo temporale in cui il soggetto non potrà candidarsi^[167] (o dovrà permanere “sospeso” dalla carica nella ipotesi di incandidabilità sopravvenuta)^[168]. E’ in riferimento a tali fattispecie, e in particolare alla centralità ora richiamata della commisurazione “proporzionale” (o “proporzionata”) della incandidabilità, che assume rilievo preminente il criterio di ragionevolezza, il quale dovrebbe porsi a fondamento delle scelte e delle “scansioni” temporali ora cennate.

Non pare dubbio, allora, che la durata della (situazione di) incandidabilità debba essere fissata, nel caso di specie, sulla base del canone che assume a dato di raffronto il *tertium comparationis* interno al sistema. Si vuol dire che la rammentata “latitudine” prescrittiva del parametro costituzionale – derivabile dai concetti di “disciplina” e “onore” ex art. 54, co. 2, nonché dal riferimento ai “requisiti” ex art. 51, co. 1 – implica che il rapporto di conformità fra questi e la legge introduttiva delle cause ostative si configuri in termini peculiari. Per cui, in particolare, non potrà ritenersi esperibile uno scrutinio “stretto”, il quale si caratterizza per il fatto che in esso si assume a parametro un plesso di principi costituzionali espressivo di contenuti immediatamente precettivi^[169]. Avendo riguardo alla situazione di incandidabilità - e, in specie, alla sua durata - è lecito, invece, presumere che la valutazione che inerisce alla coerenza delle scelte operate dal legislatore si effettui, come detto, prevalentemente “all’interno” dell’ambito considerato; salvo, ovviamente, il caso in cui la disciplina legislativa sia introduttiva di assetti discriminatori tali da configurare la diretta ed immediata incisione dell’art. 3, co. 1, Cost. e del primo inciso dell’art. 51, co. 1, Cost. (che ribadisce il principio ex art. 3 e impone l’accesso alle cariche elettive in condizione di eguaglianza), questi ultimi letti in combinato con l’art. 2 Cost.

Il fatto che il bilanciamento e la valutazione di conformità delle cause ostative in discorso vadano intesi come “interni al sistema” implica, in particolare, che non possano, nella specie, reputarsi idonee a provocare la declaratoria di incostituzionalità le q.l.c. in cui, al fine di sancire la irragionevolezza della disciplina legislativa, si assuma - impropriamente - a *tertium comparationis* un insieme normativo “estraneo” rispetto al sistema considerato, ovvero destinato a disciplinare ambiti materiali non pertinenti alla incandidabilità. E’ quanto avviene, per l’appunto, laddove si voglia utilizzare il plesso normativo che pertiene alla normazione penale e lo si voglia assumere, a mo’ di *tertium*, in

in riferimento a quello in esame, tal, in particolare, le quali in cui si presuma la irragionevolezza della individuazione delle cause ostative in quanto la legge disciplinatrice delle stesse non ne omologa il regime a quello della norma penale e prescinde dai principi cui questa deve reputarsi astretta. Si vuol dire che il controllo di costituzionalità volto a verificare la ragionevolezza della disciplina introduttiva delle cause di incandidabilità non può utilizzare, come *tertium comparationis*, parametri ultronei o “inconferenti” rispetto all’ambito normativo qui considerato; e non può, in particolare, confondere la *ratio* che deve sottintendere alla disciplina della incandidabilità rispetto a quella che permea il sistema normativo cui afferiscono le norme penali.

E’, questo, un punto essenziale ai fini della affermata estraneità dei due plessi normativi ora evocati. Tale assunto trova, poi, riscontro nella stessa giurisprudenza costituzionale. Si veda, in proposito, la parte motiva della C. cost. n. 132/2001 (e, in specie, il punto 2 del cons. dir.), in cui la Corte riafferma, perentoriamente, che la condanna penale definitiva, al di là degli effetti ad essa propri, che seguono il regime previsto dalla legge per questi ultimi, costituisce un mero “presupposto oggettivo” dell’operatività di un effetto ulteriore “in una logica che non è più quella del trattamento penale dell’illecito commesso, ma piuttosto quella della determinazione di condizioni – nella specie, l’avvenuto accertamento definitivo della commissione di un delitto – che non consentono, a giudizio del legislatore, e in vista di esigenze attinenti alle cariche elettive e all’esercizio delle relative funzioni, l’accesso alle medesime cariche”. Per cui è possibile “sindacare la legittimità costituzionale della norma impugnata alla luce dei principi costituzionali, in specie di quelli ricavabili dall’art. 51 della Costituzione [...]: ma non può invocarsi semplicemente, come ragione di incostituzionalità, la diversità di regime tra l’ineleggibilità sancita a tale titolo e quella che possa costituire il contenuto di una pena accessoria irrogata con la condanna per un determinato reato”.

Sono queste le ragioni per cui si ritiene che il percorso logico-argomentativo che deve essere seguito al fine di valutare la ragionevolezza della disciplina posta in essere dalla legge debba essere, nel caso in rassegna, quello che presuppone: la identificazione della *ratio* interna al sistema normativo considerato (quello, cioè, in cui viene prevista la causa ostativa e cui afferisce la normazione in materia di incandidabilità) per come risultante dalla disciplina di riferimento che funge da *tertium comparationis*; la conseguente desunzione del principio da cui la causa ostativa considerata non può discostarsi; la assunzione di tale principio a termine di raffronto alla cui stregua valutare la coerenza della specifica disciplina^[170]. Ed è ovvio che quanto ora detto vale, oltre che per il legislatore in sede di bilanciamento, soprattutto per il giudice delle leggi, al fine di rilevare la eventuale difformità della disposizione censurata rispetto al cennato termine di raffronto e dichiararne la incostituzionalità.

19. Incandidabilità sopravvenuta del parlamentare in assenza di giudicato definitivo e (presunta) “opponibilità” del regime inerente allo status guarentigato ex art. 68 Cost.(ed ex art. 66 Cost.).

Pare opportuno, al punto in cui s’è giunti, sottoporre ad un ulteriore vaglio

...che le ragioni che indurrebbero ad invocare, in ordine alla disciplina delle cause ostative alla candidabilità, i presidi ex artt. 25, co. 2 e 27, co. 2, Cost.; ciò al fine di valutare la plausibilità degli indirizzi interpretativi che assumono la operatività ed “opponibilità” del portato precettivo di tali norme – a seconda dei casi in termini assoluti o parziali - in confronto agli assetti limitativi dell’elettorato passivo. Sembra opportuno, in particolare, esaminare la questione, assai delicata, che attiene alla differenziabilità (ed eventuale maggior tassatività), sempre in riferimento alla incandidabilità, del regime protettivo previsto dalla Costituzione per i parlamentari rispetto a quello cui dovrebbero ritenersi astretti i membri degli organi elettivi regionali e locali.

Si potrebbe, a tal proposito, presumere inammissibile - ma, come si vedrà, non del tutto fondatamente - l'accorpamento entro un univoco “sistema” degli eligendi e degli eletti delle Camere parlamentari e degli organismi rappresentativi regionali e locali; sì che la premessa da cui prendere le mosse sarebbe quella della obbligata scissura e discriminazione fra i due “corpi” rappresentativi ora cennati. Ciò, in particolare, assumendo a parametro il disposto contenuto nell’art. 68, co. 2, Cost., e contrapponendone il portato prescrittivo alle norme costituzionali riferibili allo *status* dei membri degli organi elettivi non centrali. Confrontando il rispettivo regime di garanzia per come introdotto in Costituzione si dovrebbe presumere, cioè, la essenzialità, per quanto concerne i parlamentari, del disposto dall’art. 68, co. 2, Cost., evocativo della necessità del passaggio in giudicato della sentenza di condanna, sebbene riconnessa alle sole limitazioni della libertà personale (e domiciliare) in assenza di autorizzazione; il che supporterebbe la liceità del discrimine sopra detto, dal momento che, invece, l’art. 122, co. 4, Cost. non impone, in riferimento ai consiglieri regionali, un analogo assetto protettivo, essendo ivi prevista la sola prerogativa che inerisce alla libera espressione delle opinioni e dei voti. Ancor meno tutelato sarebbe, poi, seguendo la graduazione “gerarchica” ora cennata, lo *status* dei consiglieri degli organismi elettivi locali.

E’ tuttavia da soggiungere che, anche accogliendo la ricostruzione in parola, l’assunzione a parametro dell’art. 68, co. 2, Cost., potrebbe, in ogni caso, valere solo in confronto ai soggetti che abbiano già acquisito la qualifica di parlamentare a seguito della proclamazione e tutelare, pertanto, solo i membri delle Camere che già esercitino il mandato e le connesse funzioni. A tal stregua il regime guarentiggiato ex art. 68, co. 2, cit., potrebbe invocarsi avendo riguardo alla sola ipotesi della incandidabilità sopravvenuta. Si dovrebbe, cioè, comunque ritenere che l’assetto protettivo derivabile dalla norma-principio costituzionale potrebbe opporsi a (e indurre la illegittimità costituzionale di) quelle sole leggi che prevedessero la incandidabilità sopravvenuta e facessero, in particolare, conseguire, come effetto di tale previsione, la sospensione dalla carica a seguito di una sentenza di condanna non irrevocabile o della irrogazione di un provvedimento giurisdizionale non definitivo (quale la misura di prevenzione), in analogia a quanto preveduto dagli artt. 8 e 11, c.d. legge Severino per ciò che concerne la sospensione dalle cariche regionali e locali.

La prima obiezione che si può rivolgere ad un tal modo di argomentare è quella, che prende consistenza dalla circostanza più volte rimarcata nel presente lavoro, per cui la previsione della incandidabilità non configura una sanzione di carattere penale. Per cui, come le cause ostative alla candidabilità non possono

una situazione che il medesimo sistema prescelto dagli artt. 25, co. 2 e 27, co. 2, Cost., identicamente dovrebbe ritenersi in ordine alla capacità espansiva del disposto dell'art. 68, co. 2, cit. In altre parole, il contenuto prescrittivo dell'art. 68, co. 2 non può estendersi "*per relationem*" al di là delle ipotesi ivi previste, né può far presumere che il regime guarentigato espresso dalla norma non possa soffrire, per ciò che concerne il criterio che si riconnette al passaggio in giudicato della sentenza penale di condanna, eccezioni di sorta; essendo tale criterio posto sì a garanzia dello *status* del parlamentare, ma in riferimento ad un ambito che non ha niente a che fare e che "non c'entra nulla" – sia consentita la rozzezza della locuzione – con quello in esame. Sicché, anche avendo riguardo al caso qui considerato, si potrebbe ribadire – come è stato affermato a riguardo di analoga situazione - che il regime di incandidabilità e quello relativo alle immunità parlamentari "scorrono su piani vicini ma paralleli dell'ordinamento ed i loro effetti possono non incrociarsi affatto"[171].

Dal contenuto dell'art. 68, co. 2, Cost. non è lecito, allora, trarre il principio della espansività del regime di garanzia ivi affermato. Conseguentemente, la copertura offerta dalla norma deve reputarsi finalizzata a tutelare il parlamentare ai soli fini, e nei soli termini, compatibili con la *ratio* desumibile dal disposto in questione. Sicché la prerogativa in parola non potrebbe dirsi diversa e più penetrante, quanto alla cennata sua elasticità ed attitudine espansiva, a rispetto delle garanzie *ex artt.* 25, co 2 e 27, co. 2, Cost.; e, ciò, neanche prendendo spunto dal fatto che il disposto costituzionale in esame è introduttivo, nella ipotesi di specie, d'un assetto guarentigato valevole esclusivamente per i parlamentari. Tale previsione, infatti, non ha come fine quello di dilatare indefinitamente l'applicazione e l'operatività delle prerogative ivi sancite, ma vuole soltanto tutelare il parlamentare dalle possibili incisioni che hanno ad oggetto la sua integrità fisica (oltre che quella domiciliare) e che potrebbero indebitamente influire, limitandone il pieno e libero esercizio, sulla elevatissima funzione allo stesso attribuita. L'art. 68, co. 2, cost., pretende, cioè, che le restrizioni delle libertà individuali ivi evocate siano suscettibili d'esser autorizzate dalla Camera d'appartenenza, in assenza del giudicato definitivo, al solo ed esclusivo fine di valutare se la pronuncia di condanna palesi un intento persecutorio da parte d'una autorità giurisdizionale, dovendosi verificare, in particolare, se sussista o meno il c.d. *fumus pesecutionis*[172]. Se quanto detto è vero si potrebbe reputare ammissibile l'ipotesi (di scuola) che, a seguito d'una sentenza non definitiva di condanna, ed a seguito della connessa richiesta di autorizzazione alla irrogazione di una misura restrittiva della libertà personale da parte della autorità giurisdizionale, il parlamentare sia "assolto" dalla Camera di appartenenza - in sede di (negata) autorizzazione - e sia invece da considerare incandidabile (con riferimento, nella specie, alla c.d. incandidabilità sopravvenuta) in relazione ad una medesima fattispecie di reato.

Sempre con riferimento al regime guarentigato del parlamentare, va detto che, secondo quanto più volte segnalato nel presente lavoro, non sarebbe possibile neppure desumerne, genericamente, l'attitudine espansiva argomentando dalla "dignità" o dalla autorevolezza o dalla posizione di supremazia istituzionale dell'organo o, altresì, da quell'indistinto e indefinibile *regimen commune* degli organi costituzionali, sovente evocato in seno alla giurisprudenza costituzionale senza, peraltro, definirne esaustivamente la effettiva conformazione ed i relativi contenuti[173]. Ci si riferisce alla c.d. "teoria degli organi costituzionali", alla cui

sarebbe stata già organa in parola, nessuno scampo, dovrebbero reputarsi attribuiti d'una serie di prerogative - consistenti nella autonomia normativa, amministrativa (autarchia), contabile, finanziaria e giustiziale (autodichia) - e che, per ciò che qui interessa, dovrebbe porsi a fondamento d'un'altra, e ancor più ipotetica (ed "innominata"), guarentigia: quella, cioè, che imporrebbe la estensione della portata applicativa dell'art. 68, co. 2, Cost. (e, in specie, del presidio del giudicato definitivo ivi preveduto) all'ambito, qui in esame, della incandidabilità sopravvenuta.

La teoria ora richiamata non trova, com'è noto, riscontro in Costituzione e viene derivata, in via implicita ed "ellittica", dalla natura degli organi in discorso, ovvero dall'essere, i medesimi, "immediatamente partecipi del potere sovrano dello Stato e perciò situati ai vertici dell'ordinamento, in posizione di assoluta indipendenza e di reciproca parità"^[174]. Ma, a parte la opinabilità del fondamento ora cennato, come già s'avvertiva in riferimento al principio ex art. 25, co. 2, anche a riguardo di quello ex art. 27, co. 2, Cost. l'argomento in rassegna può essere agevolmente ribaltato; nel senso che la tutela della posizione dell'organo di vertice dell'ordinamento dovrebbe far presupporre, in mancanza d'una formale e positiva estensione del regime di garanzia in questione all'ambito dell'elettorato passivo, non già un maggior "lassismo" interpretativo (e, per il tramite di questo, l'improprio ampliamento del campo applicativo della norma in discorso), bensì la lettura quanto più possibile rigorosa e "stretta" del disposto costituzionale, al fine di garantire il perseguimento, da parte del rappresentante, degl'interessi esplicitati dall'art. 67 Cost. e, in specie, lo svolgimento del mandato parlamentare in ossequio ai canoni ineludibili della integrità ed esemplarità, questi sì positivamente enunciati dall'art. 54, co. 2 attraverso il riferimento alla "disciplina" e all'"onore".

Deriva implicitamente da quanto ora detto che le prerogative che attengono al regime delle immunità parlamentari non dovrebbero lecitamente ritenersi estensibili alla ipotesi della incandidabilità sopravvenuta; per cui la sospensione dal mandato sarebbe da ritenere del tutto conciliabile, anche in assenza del giudicato definitivo, con il principio ex art. 68, co. 2, cit., che impone la guarentigia in parola a tutt'altri fini.

La legge che introducesse la incandidabilità sopravvenuta per i parlamentari e irrogasse la misura della sospensione dovrebbe, tuttavia, farsi carico, al pari di quanto fa la c.d. legge Severino, di disciplinare gli effetti della sospensione stessa, ovvero le conseguenze da questa indotte sullo svolgimento delle funzioni; ed è questo, semmai, il vero "punto di criticità" della ricostruzione qui accolta, dal momento che l'intervento della legge ordinaria nella materia *de qua* potrebbe palesarne la "intrusione" nell'ambito riservato alla fonte regolamentare. Ed è essenzialmente per tal motivo che la previsione della sospensione ora detta, più che suscitare dubbi circa la sua coerenza con il dettato costituzionale, potrebbe provocare difficoltà applicative, dovendosi tener per fermo il rispetto degli eventuali margini di disciplina riconducibili alla competenza riservata del regolamento parlamentare ex artt. 64 e 66 Cost^[175].

A quanto ora detto può, tuttavia, ribattersi che, se è vero, come si è qui sostenuto, che la incandidabilità non può confondersi con la ineleggibilità

...che senza alcuna esitazione, con il regime disciplinativo che a questa pertiene, è altrettanto vero che l'attribuzione alla fonte legislativa della competenza circa la disciplina delle cause ostative in questione si trae, a sua volta, da un formale parametro costituzionale, ovvero dall'art. 51, co. 1; essendo evidente che la riserva di legge ivi prevista "copre", prima di ogni altro ambito normativo, quello relativo alla individuazione dei "requisiti" che debbono sussistere (e permanere) ai fini della candidabilità. Per cui non si potrebbe affermare che una norma sulla produzione configuri, nel caso di specie, un diverso assetto delle competenze e che, in particolare, attribuisca al regolamento parlamentare il potere di "intromettersi" e disciplinare in via esclusiva e riservata (o, comunque, in maniera più estesa ed incisiva di quanto non possa fare in riferimento alla ineleggibilità ed incompatibilità) le cause ostative alla candidabilità. Ciò che sarebbe del tutto opinabile, dal momento che alla presunta espungibilità della fonte legislativa da parte di quella regolamentare nella materia che attiene alla incandidabilità si oppone, per l'appunto, la previsione della riserva (assoluta) di legge rinvenibile nell'art. 51, co.1, Cost.

Semmai - stanti le perplessità poc'anzi cennate in ordine alle possibili "zone d'ombra" che dovessero palesarsi in sede applicativa e l'inevitabile contenzioso che ne conseguirebbe - appare necessario e non più differibile, secondo quanto si è più volte avuto modo di segnalare nel presente lavoro, la introduzione, per il tramite della legge di revisione, di una puntuale e specifica disciplina che tratti espressamente della incandidabilità, che ne distingua la *ratio* dalla ineleggibilità e dalla incompatibilità e che delinei (e delimiti), in riferimento all'ambito in discorso, le competenze rispettive del legislatore ordinario e della Camera d'appartenenza.

A tal proposito mette conto segnalare che in taluni ordinamenti è opportunamente inserito, nella sede propria costituzionale, il puntuale riferimento alle ipotesi in rassegna, cui s'accompagna la (altrettanto opportuna) individuazione sia della fonte attributaria della competenza normativa sia degli organi cui sono affidati i poteri di verifica in ordine alla sussistenza delle cause ostative alla candidabilità. Si veda, per tutte, la Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile, che, in riferimento alle ipotesi di incandidabilità in rassegna, previste dall'art. 14§ 9[176], fonda la potestà normativa esclusiva in capo alla "*Lei complementar*" e individua gli organi e il procedimento attraverso cui verificare la "indegnità" del rappresentante e irrogare le conseguenti misure.

A parte i profili comparatistici ora cennati - e volendo tornare al problema centrale qui esaminato relativo alla (presunta) "interferenza" del regime guarentigato ex art. 68 Cost. sulla disciplina introduttiva delle ipotesi di incandidabilità sopravvenuta in assenza di giudicato definitivo - non si può, poi, ritenere che un distinguo da reputarsi ammissibile, in ordine alla attitudine espansiva (ed oppositiva) del regime guarentigato del parlamentare nei confronti della incandidabilità, sia quello che prende luogo e sostanza dal primo comma dell'art. 68 Cost.; e ciò per il semplice motivo che tale eventualità non è neppure ipotizzabile, non essendo concepibile una sentenza di condanna nei confronti del parlamentare che si basi sulla commissione d'un reato d'opinione laddove il pensiero del parlamentare sia manifestato nell'esercizio delle sue funzioni. Non pare dubbio, infatti, che la causa ostativa in parola sia

regolamento non pregiudichi ciò che resta della natura assoluta della insindacabilità ex art. 68, co. 1, cit. Per cui la legge che ricollegasse la incandidabilità sopravvenuta alla commissione d'un reato d'opinione, senza operare alcun richiamo all'inciso relativo all'esercizio delle funzioni, sarebbe per ciò solo illegittima, ed a prescindere dall'essere o meno, la incandidabilità, ricollegata ad una sentenza definitiva di condanna. E' poi ovvio, in dipendenza di quanto ora detto, che la legge che introducesse in termini "quantitativi" la incandidabilità sopravvenuta, cioè sulla base della pena edittale (o della pena comminata), andrebbe comunque letta nel senso della esclusiva pertinenza di tale previsione a quelle eventuali condanne per reati d'opinione "consentite" dal primo comma della disposizione costituzionale in parola. Se così non fosse, la legge che non distinguesse (e non espungesse) dalle cause ostative alla prosecuzione del mandato parlamentare quelle ricollegabili ai reati in discorso dovrebbe reputarsi, prima ancora che costituzionalmente illegittima, *inutiliter data*, dal momento che essa presupporrebbe una causa ostativa - la sentenza di condanna per un reato d'opinione non perseguibile ex art. 68, co. 1 - di impossibile verifica.

Non pare, poi, possibile, sempre avendo riguardo alla presunta onnicomprensività ed estensibilità applicativa delle prerogative poste dalla Costituzione a garanzia dello *status* del parlamentare, invocare l'argomento che s'incetra sulla possibile "collisione" con l'art. 66 Cost., con particolare riguardo alle cause d'incandidabilità sussistenti nel periodo che precede le elezioni e che impediscono l'accesso alla carica elettiva; le quali andrebbero valutate, in forza della norma cit., in sede di giudizio di convalida. Tale argomento si fonda, infatti, ancora una volta, sul presupposto della liminarità e, anzi, della omogeneità dell'ambito cui pertengono le cause di incandidabilità e quelle di ineleggibilità. Orbene, pur ammesso - ma non concesso, per le ragioni già esposte - che la incandidabilità debba reputarsi *species* del *genus* ineleggibilità, ed afferire all'ambito coperto dalla previsione dell'art. 66 Cost. - così aderendo all'avviso della Corte costituzionale per cui le ipotesi di incandidabilità, "non costituiscono altro che nuove cause di ineleggibilità" (così la più volte cit. C. cost. n. 407/1992)[177] -, tale norma dovrebbe comunque intendersi come disciplinativa di una competenza la cui *ratio* va strettamente riconnessa all'altra, sottostante alla previsione ex art. 65, co. 1, Cost.[178]. A tal stregua l'art. 66, se è abilitativo, in confronto alle Camere parlamentari del "giudizio" sui "titoli di ammissione" e sulle "cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità", non presuppone né consente la sovrapposibilità della volontà delle Camere stesse rispetto ai contenuti prescrittivi della legge individuativa delle cause ostative alla candidabilità; ma sancisce una valutazione pur sempre basata sulla disciplina legislativa e astretta a tale elemento parametrico. E ciò, sebbene siano noti i problemi derivanti dalla intrusione della "ragion politica" in sede di giudizio sulla verifica dei poteri[179] e dalla connessa elasticità e latitudine applicativa dei parametri ora detti.

Pare opportuno segnalare, a mo' di conclusione in ordine al profilo qui trattato, che una implicita ammissione della non pertinenza dell'art. 27, co. 2 al sistema entro cui si collocano le cause ostative alla candidabilità concernenti i parlamentari potrebbe essere tratta dal d.d.l. costituzionale attualmente in corso d'esame alla Camera dei deputati (A.C. 2613). Va subito detto che il dato essenziale che si pone a fondamento di tale "apertura" è quello che discende

una composizione mista (o di secondo grado) del nuovo Senato, e soprattutto dalla previsione del c.d. cumulo del mandato elettivo; ovvero dall'essere, i nuovi senatori, titolari, al contempo, della carica di consigliere regionale o di sindaco (salvo la piccola frazione di senatori di nomina presidenziale). La ammissibilità della sospensione dal mandato parlamentare, nella specie senatoriale, in assenza di giudicato definitivo parrebbe, in particolare, potersi derivare dalla lettera dell'art. 7, co. 1, lett. b), d.d.l. cit. La disposizione è volta a riformulare l'art. 66 Cost. che nella nuova versione verrebbe suddiviso in due commi. Nel primo permarrebbe il solo riferimento alla Camera dei deputati, che continuerebbe ad essere attributaria della competenza a giudicare "dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità". Il secondo verrebbe ad essere così riformulato: "Il Senato della Repubblica giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti. Delle cause ostative alla prosecuzione del mandato dei senatori è data comunicazione al Senato della Repubblica da parte del suo Presidente".

Orbene, secondo una plausibile lettura - in parte palesata da alcuni componenti della Commissione Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni della Camera dei deputati nel corso dell'esame del provvedimento^[180] - il Senato, perdendo la integrale sua primitiva competenza in ordine alla verifica dei poteri, dovrebbe esclusivamente "prendere atto" della causa ostativa alla prosecuzione del mandato, senza poter esercitare alcuna verifica o valutazione^[181]. Tal nuova raffigurazione inciderebbe, in particolare, sul regime applicativo delle cause che si riconnettono alla incandidabilità sopravvenuta. Potrebbe, infatti, rappresentarsi la ipotesi del consigliere regionale o del sindaco, sospeso dalla carica sulla base degli artt. 8 e 11 della c.d. legge Severino a seguito della condanna con sentenza non definitiva, la cui permanenza in seno al Senato verrebbe, per dir così, travolta da tale presupposto. La conclusione ora espressa si potrebbe ritenere plausibile in forza della stretta correlazione che il nuovo art. 66, co. 2 impone di presumere sussistente tra l'adozione dell'atto che accerta la sospensione (che, nella specie, non pertiene al Senato) e la conseguente "presa d'atto" attraverso la mera comunicazione all'Assemblea da parte del Presidente del Senato. In tal senso vi sarebbe una relazione di causa ed effetto - o, altrimenti detto, un "automatismo" - tra l'uno e l'altro dei provvedimenti ora visti, senza possibilità d'ingerenza alcuna da parte del Senato.

Va, comunque, sottolineato che elementi chiarificatori in ordine al problema in esame non potrebbero desumersi dalla c.d. legge Severino, la quale si contiene - all'art. 3, co. 1 - una previsione che conferma la titolarità della Camera di appartenenza in ordine alle decisioni relative alle cause di incandidabilità sopravvenute, ma ricollega tale giudizio alla decadenza e non alla sospensione e, in ogni caso, alla decadenza indotta esclusivamente dalle "sentenze definitive di condanna di cui all'articolo 1". Altrettanto deve, poi, dirsi in ordine a quanto stabilito dallo stesso d.lgs. n. 235/2012 agli artt. 8, co. 4 e 11, co. 5. Tali norme attengono, infatti, alla fase che precede e che è prodromica rispetto a quella che si svolgerebbe innanzi al Senato; e costituiscono, in tal senso, solo il presupposto degli effetti della sospensione dal mandato senatoriale. Ed infatti l'art. 8, co. 4, riguarda i consiglieri regionali ed attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri il potere di adottare il provvedimento che accerta la sospensione (e al

presente la competenza in esame una nomina dello stesso al Consiglio regionale per l'adozione dei conseguenti adempimenti di legge"); mentre l'art. 11, co. 5, riguarda i sindaci ed attribuisce al Prefetto la competenza ad accertare la sussistenza della causa di sospensione (e a notificare il provvedimento conseguente "agli organi che hanno convalidato l'elezione o deliberato la nomina").

In ogni caso, una interpretazione non del tutto illogica del nuovo art. 66 - sempre che il contenuto dello stesso permanga quello attualmente formalizzato nel cit. A.C. 2613 - potrebbe essere quella che presuppone una lettura estensiva della espressione "prosecuzione del mandato" presente nel secondo comma di tale disposto, inglobando in questa le cause ostative riferibili sia alla decadenza che alla mera sospensione. Ed è da qui che conseguirebbe la sopra cennata implicita ammissione, nella sede propria costituzionale, della liceità, quanto meno in confronto ai membri di una delle due Camere, della previsione della incandidabilità sopravvenuta - *sub specie* della sospensione - che prende luogo e consistenza da una sentenza non definitiva. Se, infatti, il Senato deve limitarsi, nel caso in rassegna, ad adeguarsi al provvedimento di sospensione proveniente *ab externo*, ciò si dovrebbe presumere sia in confronto al sopravvenire delle cause ostative alla prosecuzione del mandato che configurano la decadenza sia a quelle che configurano la sospensione. Tale interpretazione parrebbe, poi, corroborata dall'inciso finale della formula in esame, la quale palesa l'automatismo sopra detto ai fini del recepimento della causa ostativa da parte del Senato e della conseguente insussistenza di procedure di verifica che implicino un pur esiguo margine di apprezzamento discrezionale o, peggio, un "giudizio" d'ordine politico. Così sembrerebbe, infatti, discendere dalla espressione "è data comunicazione al Senato della Repubblica da parte del suo Presidente" contenuta nel richiamato secondo comma del nuovo art. 66; il che non può non far intendere che il Senato debba adeguarsi, a seguito di detta comunicazione, alle conseguenze che discendono dal verificarsi, "altrove", della incandidabilità sopravvenuta.

Quanto ora detto non esime dal segnalare che la formula in esame, laddove venisse definitivamente approvata nel testo attuale, dovrebbe comunque esser corredata d'un congruo apparato normativo ulteriore; non solo di tipo attuativo per opera della legge (e della fonte regolamentare del Senato), ma di tipo "fondativo", per opera della legge di revisione *in itinere*. Infatti, se la lettura qui offerta venisse accolta, permanerebbe oscuro il "seguito" della sospensione, ovvero gli effetti che scaturirebbero dalla comunicazione al Senato da parte del Presidente, segnatamente in ordine alla posizione del parlamentare in seno all'organo costituzionale. Né si potrebbe, ovviamente, presumere di estendere puramente e semplicemente, avendo riguardo ai senatori dichiarati incandidabili, gli effetti che la c.d. legge Severino prefigura, una volta intervenuta la sospensione, in ordine alla posizione e alle "residuali" competenze dei membri dei consigli regionali e dei sindaci all'interno dei rispettivi organi. Tali effetti, per ciò che concerne in particolare i consiglieri regionali, sono quelli definiti dall'art. 8, co. 3, d.lgs. n. 235/2012, alla cui stregua "nel periodo di sospensione i soggetti sospesi, fatte salve le diverse specifiche discipline regionali, non sono computati al fine della verifica del numero legale, né per la determinazione di qualsivoglia *quorum* o maggioranza qualificata". Tale previsione non può essere, infatti, "traslata", puramente e semplicemente,

... cui, pur a seguito della revisione *in itinere*, continuerà a situarsi il nuovo Senato della Repubblica (o come altrimenti verrà denominato). Altrettanto ambiguo, quanto alla sua esatta conformazione, sarebbe, poi, il “seguito” della incandidabilità nella ipotesi, sopra cennata, del sopravvenire di una causa che induca la cessazione degli effetti della sospensione. Poiché anche in tal caso è del tutto opinabile che il periodo temporale e le cause di cessazione della sospensione possano, a loro volta, traslarsi alla fattispecie in esame nei modi e nei termini di cui agli artt. 8, co. 5 e 11, co. 6, d.lgs. n. 235/2012, cit. In ogni caso un’applicazione estensiva della normazione previgente alla fattispecie qui presa in esame sarebbe da reputarsi illegittima, dal momento che canone pacificamente accolto presso la giurisprudenza costituzionale è quello della tassatività delle ipotesi di incandidabilità. Secondo la Corte, in particolare, deve escludersi la valutazione discrezionale dell’organo cui è demandata la competenza che inerisce alla adozione dell’atto dichiarativo del sopravvenire della causa ostativa, il che vale soprattutto per la incandidabilità sopravvenuta a seguito di condanna penale passata in giudicato, nel qual caso “la declaratoria di decadenza ha carattere meramente ricognitivo, che esclude di per sé qualsiasi problematica procedimentale”^[182].

Come si vede, il quadro che conseguirebbe alla entrata in vigore del nuovo art. 66 è tutt’altro che chiaro e fermo nella sua valenza precettiva. Ciò che si può comunque presumere – e che occorre augurarsi – è, in ogni caso, che la disposizione in discorso possa rappresentare il primo momento di apertura, manifestato nella sede propria costituzionale, in ordine alla introduzione di un regime della incandidabilità più consono ai presidi della integrità ed esemplarità ex art. 54, co. 2, Cost.

* Il presente lavoro apparirà, con alcune integrazioni, nel volume *Rappresentare chi e che cosa nel terzo millennio – Crisi, vicende e trasformazioni del mandato elettorale*, a cura di P. Stancati, Roma, Aracne editrice, di prossima pubblicazione.

[1] Ci si riferisce, innanzi tutto, alla c.d. legge Severino, ovvero al d.lgs. 31 dicembre 2012 n. 235 (introduttivo del T.U. sulla incandidabilità), che si avrà modo di esaminare estesamente, e, prima ancora, alla l. 6 novembre 2012, n. 190 (recante “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”) che opera, per una sua parte, come legge di delegazione e sulla base dei cui principi e criteri direttivi è stato approvato il cit. d.lgs. n. 235/2012. Ci si riferisce, altresì, alla recente l. 17 aprile 2014, n. 62, il cui art. 1 è modificativo dell’articolo 416-*ter*, c.p. (in materia di scambio elettorale politico-mafioso), che prevede la pena della reclusione da quattro a dieci anni per coloro che accettino “la promessa di procurare voti mediante le modalità di cui al terzo comma dell’articolo 416-*bis* in cambio dell’erogazione o della promessa di erogazione di denaro o di altra utilità”.

[2] Si vedrà che quello della “esemplarità” costituisce il tratto centrale della recente riforma del regime che inerisce al c.d. cumulo delle cariche elettive, operata in Francia attraverso la *Loi organique n. 2014-125, “interdisant le*

senator de jure et de facto, c'est-à-dire avec le mandat de député ou de sénateur”.

[3] Si veda, in particolare, il progetto di legge presentato al Senato in data 15 marzo 2013 (Atto S. n.19), recante “Disposizioni in materia di corruzione, voto di scambio, falso in bilancio e riciclaggio”. L’atto parlamentare in questione, assai corposo nei suoi contenuti, non ha avuto, fino ad ora, alcun seguito ed è da tempo giacente presso la seconda Commissione permanente (Giustizia) in sede referente. Analoga sorte pare riservata ai numerosi progetti, di seguito elencati, presentati nel corso della corrente XVII Legislatura: Atto Camera n.164, presentato il 15 marzo 2013; Atto Camera n. 330, presentato il 18 marzo 2013; Atto Camera n. 408, presentato il 21 marzo 2012; Atto Camera n. 675, presentato il 5 aprile 2013; Atto Senato n. 742, presentato il 31 maggio 2013; Atto Camera n. 1194, presentato il 12 giugno 2013; Atto Senato n. 847, presentato il 19 giugno 2013; Atto Senato n. 851, presentato il 19 giugno 2013; Atto Senato n. 897, presentato il 27 giugno 2013; Atto Camera n. 2165, presentato il 6 marzo 2014; Atto Camera n. 2488, presentato il 25 giugno 2014; Atto Camera n. 2771, presentato l’11 dicembre 2014; Atto Camera n. 2777, presentato il 16 dicembre 2014.

[4] Cfr., sulla attitudine cogente dell’art. 54, co. 2, Cost., L. Ventura, *Art. 54*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, *Art. 53-54, Rapporti politici*, t. II, Bologna, 1994, 112 ss.

[5] Cfr. U. Pototschnig, *Art. 97 [51]*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, art. 97-98, *La Pubblica Amministrazione*, Bologna, 1994, 378-80.

[6] Va qui rammentato che ipotesi di decadenza dal mandato parlamentare sono sempre esistite nel vigente ordinamento e che, almeno per alcuni casi, esse si ricollegano alla insussistenza dei requisiti di cui all’art. 54, co. 2, Cost. Trattasi di quelle situazioni che si sogliono qualificare come di “incapacità elettorale sopravvenuta” e che si ricollegano al disposto dell’art. 48, ult. co., Cost. e, dunque, alla perdita della capacità elettorale. Ciò in forza sia di eventi “neutri” dal punto di vista penalistico (ad es.: perdita della cittadinanza), sia di cause ostative che prendono luogo da una sanzione penale o, comunque, dalla irrogazione di una misura avente carattere afflittivo (sentenza di condanna, interdizione, inabilitazione, sottoposizione ad una misura di prevenzione o di sicurezza, etc.). Cfr., sul punto, D. Nocilla, *Decadenza dal mandato parlamentare*, in *Enc. giur.*, X, 1988, 1-2. Tratto caratterizzante delle ipotesi ora dette è, poi, al pari di quello rinvenibile nella incandidabilità sopravvenuta, “la decadenza dal mandato parlamentare, indipendentemente da qualunque manifestazione di volontà dell’interessato”. Cfr., sul punto, V. Di Ciolo, *Incompatibilità e ineleggibilità parlamentari*, in *Enc. dir.*, XXI, 1971, 46.

[7] Cfr., in riferimento a tale aggettivazione, T. Martines, *Art. 56-58*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Art. 55-63, Le Camere*, t. I, Bologna-Roma, 1984, 72-8.

[8] L’intento di irrigidire drasticamente il regime relativo alla ineleggibilità ed incandidabilità si è recentemente manifestato presso alcuni ordinamenti costituzionali. Valga per tutti, oltre all’esempio francese poc’anzi richiamato

...una del 1977-1978, quale non aveva alcun riferimento al regime in parola operata dal Congresso della Repubblica Federativa del Brasile. Quivi è stata, infatti, approvata la *Lei complementar* 4 giugno 2010, n. 135, altrimenti definita "*Ficha limpa*" ("Fedina penale pulita"), la quale ha introdotto, anche in riferimento ai parlamentari, il divieto di accesso alla carica elettiva in presenza di una sentenza penale di condanna non definitiva e ha configurato un assetto delle cause ostative alla candidabilità da assumere, per molti versi, a parametro. Cfr., sui contenuti specifici della *Lei complementar* ora richiamata, M. Assunção-M. Pereira Assunção, *Ficha limpa a lei da cidadania*, Santos, 2010, 69 ss., F. Vasconcelos Gomes, *A perda do mandato por condenação criminal transitada em julgado e o conflito aparente de normas*, in www.direitonet.com.br., Alexandre de Moraes, *Condenação Criminal e Suspensão dos Direitos Políticos*, in www.alexandredemoraesadvogados.com.br.

[9] *Contra* C. De Cesare, *Incompatibilità e ineleggibilità parlamentari*, in *Enc. giur.*, XVI, 1989, 2, ad avviso del quale l'elettorato passivo, a differenza di quello attivo, "non è garantito da una riserva di legge rinforzata bensì da una riserva relativa di legge".

[10] Per quanto riguarda la genesi in Assemblea costituente dell'art. 51, co. 1, Cost. - e, in specie, della riserva di legge ivi espressa - deve rammentare che la formula attuale è il risultato di una serie di progressive "limature". Il punto più interessante, che emerge in particolare dai lavori della I Sottocommissione, è quello della eliminazione di caratterizzazioni di tipo "selettivo" all'interno della norma in esame; ciò al fine di scongiurare l'introduzione, da parte della legge in sede di attuazione della norma medesima, di cause ostative alla candidabilità basantesi su elementi parametrici di tipo "curriculare". Cfr., a tal riguardo, U. Pototschnig, *Art. 97 [51]*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 379, il quale si sofferma estesamente sulle ragioni che condussero ad eliminare, nel frammento normativo in discorso, la formula secondo cui l'accesso dei cittadini alle cariche pubbliche doveva riconoscersi "conformemente alle loro attitudini e facoltà". L'A. segnala che l'art. 51, co. 1, Cost., nel testo licenziato dalla I Sottocommissione e in accoglimento di un emendamento presentato da Togliatti, risultava essere il seguente: "Tutti i cittadini di entrambi i sessi possono accedere alle cariche pubbliche in condizione di uguaglianza conformemente alle loro attitudini e facoltà, secondo norme stabilite per legge". Nel disposto finale, quale fu approvato in Assemblea costituente (nel testo oggi vigente), venne dunque espunto il riferimento alle attitudini e facoltà e ciò, in particolare, a seguito della proposta emendativa illustrata in I Sottocommissione da Dossetti, il quale ebbe a sottolineare che la sola espressione verbale "secondo le norme stabilite dalla legge" sarebbe stata di per sé sufficiente a indirizzare l'operato del legislatore nel disciplinare la "idoneità" del soggetto ai fini dell'accesso alle cariche pubbliche.

[11] Così A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 92.

[12] Ciò potrebbe rappresentare un elemento di criticità, stante la elasticità e duttilità interpretativa che sarebbe derivabile dal riferimento al concetto di "indegnità morale" presente nell'art. 48, ult. co., cit. Si vedano, in ordine al c.d. pluralismo dei valori, le perplessità espresse da P. Ridola, *Libertà e diritti nello*

sviluppo storico del costituzionalismo, in *La Corte Costituzionale*, a cura di R. Nania e P. Ridola, I, Torino, 2006, 118-9, il quale sottolinea che la “omologazione della efficacia prescrittiva della costituzione ai canoni di un diritto giurisprudenziale segnerebbe l’approdo a un vero e proprio ‘impoverimento’ del diritto costituzionale”. Anche G. Azzariti, *Brevi notazioni sulle trasformazioni del diritto costituzionale e sulle sorti del diritto del lavoro in Europa*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, evidenzia, con precipuo riferimento alla *Carta dei diritti fondamentali dell’U.E.*, i rischi di una sistemica ispirata alla flessibilità ed ampiezza dei contenuti prescrittivi, il che conduce ad ampliare “lo spazio per l’intervento dei giudici e delle Corti, cui viene rimesso il compito di dare seguito e concretezza all’indeterminatezza dei precetti”.

[13] Tale qualificazione è usualmente adoperata in seno alla giurisprudenza costituzionale. Si veda, fra le altre, la ord. n. 276/2012, nonché le sentt. nn. 25/2008 e 306/2003.

[14] Per la identificazione del contenuto precettivo di tali qualificazioni cfr., soprattutto, A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, cit., 84 ss. e spec. 106-12.

[15] Non incide, poi, sulla natura inviolabile del diritto elettorale attivo il fatto che l’art. 48, co. 2, Cost. definisca l’esercizio del voto un “dovere civico”. Trattasi, infatti, di una situazione che, come si desume dalla stessa lettera della Costituzione, è estranea a quelle di doverosità in senso giuridico; ragion per cui non v’è - né può essere preveduta dalla legge - alcuna conseguenza di tipo sanzionatorio nei confronti di chi non vota. Così, da ultimo, G. Zagrebelsky-V. Marcenò-F. Pallante, *Lineamenti di diritto costituzionale*, Firenze, 2014, 297.

[16] Si veda, da ultimo, la cit. ord. C. cost. n. 276/2012, in cui si sottolinea che “l’art. 51 Cost. assicura in via generale il diritto di elettorato passivo senza porre discriminazioni sostanziali tra cittadini”.

[17] La differenziabilità dell’elettorato passivo rispetto a quello attivo, in ragione del carattere strumentale del primo, è sottolineata da A. D’Andrea, *Applicazione della legge Severino e “inagibilità parlamentare”: quel che è chiaro per le norme è certo legittimo per la Costituzione*, in www.costituzionalismo.it, 5-6. Secondo tale A. dal dato costituzionale vigente “si evince una concezione certamente più restrittiva dell’elettorato passivo rispetto all’esercizio del diritto di voto e si ricava una chiara riserva (art. 65), affinché il Legislatore circoscriva l’elettorato passivo, proprio come accade con le cause di ineleggibilità ed incompatibilità, tradizionalmente predisposte al fine di preservare la genuinità della competizione elettorale e di richiedere adeguate garanzie di indipendenza a chi è chiamato a rappresentare la Nazione”.

[18] ... quanto meno dell’eletto alle Camere parlamentari e fino a che i membri del Senato della Repubblica non saranno “sganciati” da tale norma-principio a seguito dell’approvazione definitiva (e della entrata in vigore nel testo attuale) del d.d.l. costituzionale approvato in prima lettura dal Senato in data 8 agosto 2014 e, nel momento in cui si scrive, in corso d’esame alla Camera dei deputati (Atto C. 2613). Deve, infatti, segnalarsi che l’art. 1, cit. d.d.l., riscrive l’art. 55 Cost. ed è introduttivo, al quarto comma di tale disposizione, del principio alla cui stregua “Il Senato della Repubblica rappresenta le istituzioni territoriali”.

allorché, a sua volta, dispone: “Il Senato della Repubblica è composto da novantacinque senatori rappresentativi delle istituzioni territoriali e da cinque senatori che possono essere nominati dal Presidente della Repubblica”. Ed è in dipendenza di tali nuovi assetti normativi che la attuale formula dell’art. 67 viene, a sua volta, sostituita dalla seguente: “I membri del Parlamento esercitano le loro funzioni senza vincolo di mandato”.

[19] Cfr., sulla attuale ardua “tenuta” del divieto di mandato imperativo, G. Azzariti, *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari : esiste ancora il divieto di mandato imperativo?*, in *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Atti del XXIII Convegno della Associazione italiana dei costituzionalisti, Alessandria, 17-18 ottobre 2008, Napoli, 2009, 177 ss. Si vedrà più avanti che, in ordine alle “alterazioni” di cui nel testo, debbono nutrirsi forti dubbi, se non circa la liceità, quanto meno circa la opportunità della previsione introdotta dal d.d.l. costituzionale *in itinere* alla cui stregua “Il Senato della Repubblica rappresenta le istituzioni territoriali”. Cfr., in proposito, le osservazioni critiche di M. Manetti, *Audizione* innanzi alla Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati, 23 ottobre 2014, secondo la quale occorrerebbe “mantenere il testo vigente dell’art. 67”.

[20] Il regime di garanzia ascrivibile al diritto ad essere eletti non è diverso, quanto al suo regime protettivo, da quello che A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., 91 ss., evidenzia in riferimento alla distinzione fra diritti inviolabili generali e speciali, con specifico riguardo alle libertà economiche, ai diritti etico-sociali o di prestazione e, comunque, a tutti i diritti c.d. funzionalizzati. Questi ultimi sono soggetti ad un assetto di garanzia più elastico, cui si fa corrispondere il c.d. limite della *mera* ragionevolezza della disciplina legislativa; nel senso che lo spazio demandato alla fonte primaria in ordine alla disciplina dei modi di esercizio e di godimento dei diritti in questione deve reputarsi sufficientemente ampio. Mentre i diritti inviolabili generali sono sorretti da un regime di garanzia qualitativamente più elevato, cui corrisponde l’assoggettamento a limiti molto più rigorosi che impongono alla legge di operare nelle sole direzioni prefigurate dalle norme-principio di rango costituzionale. E ciò, anche se tale assetto non necessariamente, e non sempre, corrisponde alla distinzione fra riserva rinforzata e riserva assoluta. Cfr., per ciò che concerne la tassatività delle direzioni entro cui deve operare il legislatore al fine di poter considerare legittima la disciplina conformativa dei diritti inviolabili “generali”, L. Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 37 ss., nonché Id., *Le misure di prevenzione fra l’art. 13 e l’art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, 940 ss.

[21] A un “diritto politico fondamentale, riconosciuto ad ogni cittadino con i caratteri dell’invulnerabilità e dell’uguaglianza (ex artt. 2 e 3 della Costituzione)” fa, infatti, riferimento l’ord. n. 276/2012, cit., riprendendo un passo della motivazione contenuta nella sent. n. 288/2007.

[22] Per la individuazione delle ipotesi cui si ricollega il bilanciamento c.d. stretto cfr. soprattutto A. Cerri, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, agg. XIV, Roma, 2006, *passim*. Lo schema del c.d. bilanciamento

legislatore (e alla valutazione del giudice delle leggi) in presenza di un diritto di libertà appartenente alla categoria dei diritti inviolabili cui si è già fatto riferimento, ovvero ai diritti “generali” ed “originari”. Da tal presupposto discende che il divieto di discriminazioni va inteso, nel caso del bilanciamento “stretto”, alla stregua di un parametro rigido, sicché tale divieto deve ritenersi prevalere in confronto a qualsiasi altro interesse confliggente, salva la eventuale pari situabilità di quest’ultimo in Costituzione. Il che non pare applicabile alla situazione in esame stante quanto rilevato in ordine alla latitudine prescrittiva dell’elemento parametrico utilizzabile nel caso di specie, rappresentato dal combinato disposto degli artt. 51, co. 1 e 54, co. 2, Cost. E’ proprio dalla lettera di tali norme-principio, infatti, e dal chiaro significato che esse esprimono in ordine alla ampia intermediazione della fonte primaria ai fini della “configurabilità” del rappresentante (attraverso la introduzione delle misure atte a garantirne la esemplarità ed integrità), che si deriva la estensione della discrezionalità legislativa nell’ambito qui considerato (e, in ogni caso, la maggior latitudine del bilanciamento se messo a confronto con quello consentito avendo riguardo alle restrizioni operabili in confronto ad una garanzia assoluta di tipo individualistico).

[23] Si veda, a conferma di tale conclusione, la C. cost. n. 141/1996. Nella pronuncia, ferma la afferenza del diritto ad essere eletto all’ambito dei diritti inviolabili, si ammette un ampio ricorso all’apprezzamento discrezionale e l’utilizzazione altrettanto estesa del criterio “proporzionalistico”. Secondo la Corte, infatti, le restrizioni del contenuto del diritto in questione “sono ammissibili solo nei limiti indispensabili alla tutela di altri interessi di rango costituzionale, e ciò in base alla regola della necessità e della ragionevole proporzionalità di tale limitazione”. La stessa Corte richiama, in proposito, la sent. n. 467/1991, nonché, sui limiti posti ai diritti inviolabili da esigenze di conservazione dell’ordine pubblico, le sentt. nn.138/1985 e 102/1975. Nella specie lo scrutinio riguardava la legittimità costituzionale di alcune norme previste dalla l. 19 marzo 1990, n. 55, recante “Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale”, nella parte in cui disponevano la non candidabilità alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali e ricollegavano questo effetto a sentenze penali di condanna e provvedimenti giurisdizionali non definitivi. La Corte finisce col dichiarare la illegittimità delle norme in discorso assumendo, appunto, la sproporzione delle misure introdotte dalla legge a salvaguardia della trasparenza delle amministrazioni pubbliche, dell’ordine e della sicurezza e della libera determinazione degli organi elettivi in confronto al bene essenziale rappresentato dalla “partecipazione dei cittadini alla vita politica”, per come delineato dal titolo IV, parte I, della Carta costituzionale; il che comporterebbe la compressione “di un diritto inviolabile senza adeguata giustificazione di rilievo costituzionale”.

[24] Per una ampia analisi della evoluzione del regime che inerisce all’accesso e alla decadenza dalle cariche elettive, con particolare riguardo ai profili relativi al contenzioso nella materia *de qua*, cfr. E. Lehner, *Le garanzie dei diritti elettorali*, Roma, 2012, 165 ss.

[25] E’ da dire che anche nella giurisprudenza costituzionale assume rilievo

previsioni legislative che ineriscono alle cause ostative alla candidabilità, il riferimento al contesto emergenziale entro cui si colloca il cennato appesantimento della disciplina inerente all'accesso e alla permanenza nelle cariche elettive. Si vedano, in proposito, le C. cost. nn. 407/1992, 197/1993, 218/1993, 288/1993 e 118/1994. In quest'ultima pronuncia, in particolare, la Corte ritiene esenti da censure le leggi che si prefiggano "di assicurare la salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, la tutela della libera determinazione degli organi elettivi, il buon andamento e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche, allo scopo di fronteggiare una situazione di grave emergenza nazionale coinvolgente interessi dell'intera collettività, connessi a valori costituzionali di primario rilievo" (punto. 3.1 del cons. dir.).

[26] Si è già avuto di accennare che uno dei più recenti interventi volti all'irrigidimento della disciplina dell'elettorato passivo, di cui nel testo, è quello posto in essere dalla l. 17 aprile 2014, n. 62, modificativo dell'articolo 416-ter, c.p.

[27] Il più recente di tali episodi è quello riguardante i rapporti affaristico-criminali noto come "Mafia capitale", che coinvolge esponenti politici (in modo trasversale) della amministrazione capitolina ed appartenenti alla criminalità organizzata. E' in riferimento a situazioni quale quella ora richiamata che risalta la pericolosità e dannosità del *pactum sceleris* di cui nel testo. Si vedano, in proposito, le dichiarazioni rilasciate dal procuratore della Repubblica Giuseppe Pignatone, che ha avviato l'inchiesta denominata "Mondo di mezzo", riportate dal quotidiano *la Repubblica* dell'11 dicembre 2014. Quello ora richiamato non è che il più recente fra gli episodi di "mala politica" che si fondano sul perverso intreccio degli interessi personali dei rappresentanti con quelli della criminalità economica o, peggio, delle associazioni a carattere mafioso. Basterebbe rammentare alcuni altri casi, anch'essi assai preoccupanti per lo scenario corruttivo che essi disvelano, quali quello milanese collegato all'EXPO 2015, quello veneziano riguardante gli appalti relativi alla costruzione del c.d. MOSE e quello che ha rischiato di provocare l'irrimediabile dissesto del Monte dei Paschi di Siena.

[28] Si rammenta che l'art. 4, co. 1, lett. c), l. 2 luglio 2004, n. 165, ha qualificato il divieto di mandato imperativo come principio fondamentale, imponendone in tal modo il rispetto da parte della fonte regionale nelle materie di competenza concorrente di cui al primo comma dell'art. 122 Cost.

[29] Le matrici costitutive della rappresentanza politica, per come evidenziate nel testo e riguardate alla luce della vigente Costituzione, sono quelle individuate da C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, 423. Si può affermare che l'idea platonica si riverbera anche nella ricostruzione mortatiana della rappresentanza; che l'A. tiene a qualificare come "rappresentanza di quella speciale categoria di interessi che si chiamano politici", con ciò volendo rimarcare la estraneità, rispetto a quelli collettivi, degli interessi il cui soddisfacimento pertiene alla rappresentanza politica in senso proprio. Per cui questa è "indirizzata ad ottenere che, nello svolgimento delle più elevate funzioni dello stato, si riflettano indirizzi e tendenze dominanti fra i cittadini in ordine al modo di soddisfare gli interessi collettivi visti nel loro

[30] Si vedano alcuni passi della relazione tenuta dal P.G. Nottola nel corso della cerimonia di apertura dell'anno giudiziario 2014: "il diffondersi dei fenomeni corruttivi reca con sé danni ulteriori, di tipo sistemico, non misurabili in termini economici, ma riguardanti i valori fondamentali per la tenuta dell'assetto democratico: l'eguaglianza, la trasparenza dei meccanismi decisionali, la fiducia nelle istituzioni la cui legittimazione da parte dei cittadini viene oggi riconosciuta con difficoltà".

[31] Così la relazione del P.G. della Corte dei conti cit. alla nt. precedente, in cui viene sottolineato che i comportamenti di dolosa appropriazione o spreco di risorse pubbliche di cui nel testo "sono quelli che destano più evidente allarme sociale e che vanno, perciò, perseguiti con sempre maggiore celerità ed efficacia (si pensi agli episodi di indebito utilizzo di contributi pubblici da parte di componenti di gruppi consiliari regionali o di tesorieri di partiti politici)". Nella stessa relazione assume rilievo particolare la valorizzazione del principio - "che costituisce uno degli assi portanti" della novella introdotta dalla legge n. 190 del 2012 - che responsabilizza gli organi politici di vertice delle amministrazioni, oltre che la dirigenza pubblica, allo scopo di "approntare misure, riguardanti l'organizzazione interna, il razionale utilizzo del personale e l'attuazione dei meccanismi previsti dalla legge per garantire la trasparenza dell'attività amministrativa, idonee a prevenire la commissione di reati contro la pubblica amministrazione". Ciò in quanto "tali fenomeni patologici, soprattutto se posti in essere in alcuni settori dell'azione amministrativa particolarmente sensibili, come gli appalti e le attività di concessione o erogazione di vantaggi economici, possono comportare rilevanti danni patrimoniali, oltre che all'immagine degli enti pubblici". Sicché divengono ancor più essenziali gli interventi posti in essere dagli organi requirenti della Corte dei conti sulla base delle disposizioni introdotte dalla cit. l. n. 190 del 2012 e volti alla prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione.

[32] Così, infatti, G. Leibholz, *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria*, a cura di F. Lanchester, trad. it. di F. Siniscalchi, Milano, 1996, 47-8. Si veda, sulla teologia politica di Leibholz, e, in specie, sull'evidente "accento calvinista della posizione leibholziana", F. Lanchester, *Presentazione*, op. ult. cit., XXXIII-V. Ritiene opportuna una lettura attualizzata della teoria leibholziana della rappresentanza, in quanto "punto di riferimento da cui riannodare la problematica sulla rappresentanza politica nella crisi della democrazia costituzionale", G.P. Calabrò, *Autorità della rappresentanza e democrazia*, in *Autorità e rappresentanza*, a cura di G.P. Calabrò e P. Helzel, Rende, 2011, 21-4.

[33] C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin, 1954, 234 ss. Si veda, sul punto, M. Montanari, *Note sulla crisi e la critica della democrazia negli anni venti*, in *La politica oltre lo stato: Carl Schmitt*, a cura di G. Duso, Venezia, 1981, 160. Secondo l'A. Schmitt "utilizza la idea rousseauiana della democrazia come identità morfologica tra dirigenti e diretti ovvero come 'identità di stirpe', nonché la definizione concettuale della politica secondo la coppia amico-nemico, per tracciare un processo di omologazione dei soggetti sociali".

costituzionale 22 novembre 1999, n. 1. Per ciò che qui particolarmente interessa va rammentato che, nella stesura precedente, il primo comma della disposizione recitava: “Il sistema d’elezione, il numero e i casi di ineleggibilità e di incompatibilità dei consiglieri regionali sono stabiliti con legge della Repubblica”.

[35] In ordine a quanto disposto dall’art. 122, co. 1, Cost., è emerso il problema della più o meno perfetta analogia del sistema preveduto da tale norma con quello *ex art. 117, co. 3, Cost.*; ovvero della afferenza all’ambito delle leggi cornice, intese in senso proprio, di quelle qui in esame specificative dei principi fondamentali negli ambiti elencati dallo stesso art. 122. Devesi in proposito segnalare che la cennata apparentabilità trova riscontro in seno alla giurisprudenza costituzionale. Si veda la sent. n. 196/2003 che, nel sottoporre a scrutinio una serie di leggi regionali in materia elettorale, ricostruisce il rapporto fra queste e la legislazione statale alla stregua del sistema che inerisce alla potestà concorrente; sicché l’ambito entro cui si situa il rapporto intercorrente fra legge statale e regionale è, secondo la Consulta, da reputarsi del tutto analogo a quello *ex art. 117, co. 3*. Ne deriva, come diretta conseguenza, la attitudine della legge regionale a disciplinare la materia in esame anche in assenza di legge cornice, desumendo i principi fondamentali dalla preesistente legislazione statale. Secondo la Corte, infatti, non può dirsi che la potestà concorrente “possa essere esercitata solo dopo che lo Stato abbia dettato i principi fondamentali cui i legislatori regionali dovranno attenersi, ai sensi dell’art. 122, primo comma, della Costituzione. Anche in questo caso non vi è ragione per ritenere precluso l’esercizio fino alla statuizione di nuovi principi, con la conseguenza che il legislatore statale, omettendo di dettare tali principi, potrebbe di fatto paralizzare l’esercizio della competenza regionale a tempo indeterminato. Vale dunque il principio per cui la legislazione regionale può disciplinare le nuove materie – e nella specie l’elezione del Consiglio – nel rispetto dei principi fondamentali che si ricavano dalla preesistente legislazione statale” (così la cit. sent. n. 196/2003, punto 4 del cons. dir.). Sul punto cfr. A. Rauti, *La legislazione elettorale regionale*, in Aa.Vv., *Lineamenti di diritto costituzionale della regione Calabria*, a cura di C. Salazar, Torino, 2013, 156, secondo cui quella preveduta dal primo comma dell’art. 122 Cost. è da ritenere una *species* della potestà legislativa concorrente “nonostante il relativo ‘oggetto’ non compaia nell’apposito ‘elenco’ di cui all’art. 117, co. 3”. Quanto, poi, alla confinazione dell’ambito materiale individuato dall’art. 122, co. 1, cit., e, in particolare, al margine d’intervento della legge regionale avendo riguardo alla locuzione “sistema di elezione”, si veda la successiva C. cost. n. 151/2012, la quale avvalorata una interpretazione estensiva della disposizione costituzionale in esame, per cui “l’espressione ‘sistema di elezione’ utilizzata nell’art. 122, primo comma, Cost. deve ritenersi comprensiva, nella sua ampiezza, di tutti gli aspetti del fenomeno elettorale. Essa si riferisce, quindi, non solo alla disciplina dei meccanismi che consentono di tradurre in seggi, all’interno di organi elettivi, le preferenze espresse con il voto dal corpo elettorale (sistema elettorale in senso stretto, riguardante il tipo di voto e di formula elettorale e il tipo e la dimensione dei collegi), ma anche alla disciplina del procedimento elettorale (sentenza n. 196 del 2003), nonché a quella che attiene, più in generale, allo svolgimento delle elezioni (sistema elettorale in senso ampio)” (così il punto 6.1.2 del cons.

[36] Tale presupposto è costantemente esplicitato in seno alla giurisprudenza costituzionale. Si vedano, in particolare, le sentt. nn. 310 e 277/2011, 143/2010 e 201/2003. In tali pronunce appare fermamente accolta la linea interpretativa per cui la legislazione regionale deve in ogni caso conformarsi a quelli che la stessa Corte costituzionale definisce “principi ispiratori” della disciplina che inerisce alla materia *de qua* e, segnatamente, a quella concernente le cause di ineleggibilità e incompatibilità; e, per il tramite di questi, al regime di cui agli artt. 51, co. 1 e 122, co. 1, Cost. Secondo la Corte, poi, il “principio generale contenuto nelle norme legislative statali” che permea l’ambito materiale in esame deve necessariamente essere assunto a parametro da parte della legge regionale anche laddove la disciplina della legge cornice statale non intervenga con la necessaria puntualità e compiutezza in riferimento ad una specifica fattispecie (sent. n. 310/2011). E’, dunque, la lesione del principio in discorso che implica la violazione delle norme costituzionali sopra evocate che si pongono alla base sia della disciplina statale che di quella regionale di dettaglio.

[37] Sicché è l’art. 117, co. 2, lett. h), che presiederebbe alla individuazione della competenza (esclusiva statale) in ordine alla disciplina del regime di incandidabilità; mentre la definizione delle cause di ineleggibilità e incompatibilità permarrebbe ovviamente attribuita, in forza dell’esplicita previsione dell’art. 122, cit., alla potestà legislativa concorrente della Regione. Cfr., in proposito, C. Padula, *Commento all’art. 122*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole e R. Bin, Padova, 2008, 1109, nonché A. Porro, *Il “recente” istituto dell’incandidabilità nelle Regioni e negli Enti locali, tra scelte discrezionali - pressoché riconfermate - del legislatore ed orientamenti della giurisprudenza*, in www.giurcost.org, 13. A conferma di tale ricostruzione viene invocato il disposto dell’art. 2, co. 1, l. 2 Luglio 2004, n. 165, cit. nel testo, il quale è introduttivo dei principi fondamentali in materia di ineleggibilità “fatte salve le disposizioni legislative statali in materia di incandidabilità”. Si vedrà *infra*, par. 15, che la disciplina delle cause ostative alla candidabilità deve essere intesa di competenza esclusiva statale, anche per ciò che concerne le cariche elettive regionali, non tanto in forza del disposto contenuto nell’art. 117, co. 2, lett. h), cit., bensì in quanto tutta la materia in questione pertiene all’ambito coperto dalla riserva di legge assoluta (statale) ex artt. 51, co. 1 e 54, co., Cost., ovvero alla individuazione dei “requisiti” ivi evocati.

[38] Di analogo tenore – e analoga scadente portata precettiva – è la norma centrale in materia di incompatibilità contenuta nella l. n. 165/2004. Si veda, a tal proposito, l’art. 3, co. 1, lett. a), alla cui stregua sussiste causa di incompatibilità “in caso di conflitto tra le funzioni svolte dal Presidente o dagli altri componenti della Giunta regionale o dai consiglieri regionali e altre situazioni o cariche, comprese quelle elettive, suscettibile, anche in relazione a peculiari condizioni delle regioni, di compromettere il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione ovvero il libero espletamento della carica elettiva”.

[40] ... recante “Norme di prima attuazione della legge 2 luglio 2004, n. 165. Disposizioni di attuazione dell’art. 122,

primo comma, della Costituzione”.

[41] L’art. 65, co. 1, d.lgs. n. 267/2000 recitava: “Il presidente e gli assessori provinciali, nonché il sindaco e gli assessori dei comuni compresi nel territorio della Regione, sono incompatibili con la carica di consigliere regionale”.

[42] L’art. 46, l. reg. Calabria n. 34/20010 dispone: “Anche in deroga a quanto previsto dall’articolo 4 legge 154 del 1981 e dall’art. 65 d.lgs. n. 267 del 2000 le cariche di Presidente e Assessore della Giunta provinciale e di Sindaco e Assessore dei comuni compresi nel territorio della Regione sono compatibili con la carica di Consigliere regionale. Il Consigliere regionale che svolge contestualmente anche l’incarico di Presidente o Assessore della Giunta Provinciale, di Sindaco a Assessore Comunale deve optare e percepire solo una indennità di carica”.

[43] La natura del rappresentante schmittiano è quella, “autocratica”, ben messa in luce da H. Kelsen. La si veda efficacemente descritta soprattutto ne *Il primato del parlamento*, a cura di C. Geraci, Milano, 1982, 25-6, laddove tale A. contrappone la legittimazione democratica del capo, attraverso l’elezione, rispetto a quella autoritaria; la quale ultima presuppone una investitura che non è tratta “dalla comunità sociale dei governati”, cioè non è “autocefala” (secondo la definizione di Max Weber), bensì è da intendersi prodotta per il tramite di un processo non “razionale”, dal momento che nel sistema dell’ideologia autocratica il rappresentante, e a maggior ragione il capo, è “un essere affatto diverso dalla collettività sociale a lui soggetta”; per cui “la provenienza, la scelta, la creazione del capo non costituiscono una questione ammissibile, comprensibile e men che mai risolvibile con gli strumenti della conoscenza razionale”.

[44] La connotazione carismatica della rappresentanza è, com’è noto, centralissima nella riflessione weberiana. Secondo tale A., infatti, alla luce della evoluzione storica dei sistemi politici, risulta evidente l’essenzialità del carisma non soltanto in riferimento a raffigurazioni autoritarie, quali quella del capo, ma a tutte le altre forme di investitura e a tutte le istituzioni politiche in generale. Cfr., sulla impostazione weberiana, C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, cit., 423, nt. 1.

[45] Cfr. C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, trad. di A. Caracciolo, Milano, 1981, 241. Il ruolo svolto dal rappresentante è, poi, quello che prende forma e sostanza dalla sua “posizione autoritaria” (p. 210) per come delineata nella lettura schmittiana del “custode della costituzione”; la quale postula l’autoassunzione di poteri destinati, appunto, a salvaguardare quel presupposto - l’“unità politica del popolo” - che legittima interventi ben più dirompenti (p. 226-7) di quelli che possono reputarsi implicitamente consentiti, come segnalato nel testo, dalla formula contenuta nell’art. 87, co. 1, Cost. e, in specie, dal riferimento alla “unità nazionale”.

M. Piazza, *La democrazia rappresentativa nella Costituzione italiana*, in *Autorità e rappresentanza*, a cura di G.P. Calabrò e P. Helzel, cit., 2011, 148-9.

[47] Sui “fondamenti plebiscitari dell’autorità” si vedano soprattutto le riflessioni di G. Leibholz, *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria*, cit., 75 ss. E’ centrale, in Schmitt, l’avversione per la *künstliche Maschinerie*, ovvero per il “marchingegno artificiale” rappresentato dal Parlamento scaturito dai “ragionamenti liberali”; di contro alla vitalità dei metodi dittatoriali e cesaristici, i quali presuppongono, appunto, la *acclamatio populi* o anche l’espressione della democrazia diretta. Si veda, in proposito, C. Schmitt, *La contrapposizione fra parlamentarismo e moderna democrazia di massa*, in *Posizioni e concetti. In lotta con Weimar-Ginevra-Versailles 1923-1939*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 2007, 103 e, quivi, i rilievi critici espressi da Schmitt nei confronti della “minorità” del parlamentarismo liberale a rispetto dei cennati regimi ispirati alla metodologia autoritaria presenti in *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (che appare nel 1923).

[48] ... preveduti dall’art. 16, Cost. V Repubblica francese.

[49] ... preveduti dall’art. 48, co.2, Cost. di Weimar.

[50] Cfr., in ordine all’avvento della c.d. sindrome weimariana, le dichiarazioni di M. Revelli, in www.ilcorsaro.info, in cui si adombra il “**suicidio della politica**”. E’ in forza dello stato di decomposizione in parola che il baricentro del sistema politico-istituzionale italiano si sarebbe spostato dalla sede propria parlamentare verso la Presidenza della Repubblica. La attinenza e liminarietà con la teoria schmittiana accennata nel testo pare immediata allorché si afferma che il Capo dello Stato avrebbe, nella attuale congerie istituzionale, “giocato sicuramente un ruolo salvifico”.

[51] Per Schmitt, se deve ritenersi in via di principio che “la vera funzione del terzo neutrale non consiste nell’attività continuativa di comando e di regolamentazione, ma è invece mediatrice, tutelatrice e regolatrice”, non può negarsi che essa funzione divenga “in caso di necessità attiva”; ciò in quanto il Capo dello Stato “rappresenta la continuità e la permanenza dell’unità statale e del suo funzionamento unitario”. Così, infatti, C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., 209-10. La matrice di tali argomentazioni è, verosimilmente, hegeliana. Hegel subordina, infatti, i “comuni interessi particolari”, propri della società civile, a quelli perseguiti dallo Stato, organo di direzione e attuazione dell’interesse generale. Cfr., sul punto, G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. a cura di F. Messineo, Roma-Bari, 1974, 288 ss. Va qui rimarcato che il *pouvoir préserveur* di cui nel testo era già stato preconizzato da Benjamin Constant nelle *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*, in *Collection complète des ouvrages de Benjamin Constant*, Paris, 1818, 14 ss. E, del resto, è evidente l’influenza che le opere di B. Constant ebbero sull’idea schmittiana dello Stato. E’ sufficiente scorrere il *Der Hüter der Verfassung*, e in specie il capitolo terzo di tale opera, per averne conferma. Si veda, in proposito, C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., 203 ss., in cui l’A. distingue,

...esperienza di Costantini, la funzione mediatrice, tutelatrice e regolatrice del Capo dello Stato da quella, appunto, "preservatrice". Quanto alla linea interpretativa assunta dalla Corte costituzionale sul problema della posizione e del ruolo del Capo dello Stato nella vigente forma di governo si può richiamare la recente sent. n. 1/2013, in cui, dandosi per scontata la posizione *super partes* e, al contempo, la c.d. interferenza funzionale, si sottolinea che quest'ultima non presuppone il potere "di adottare decisioni nel merito di specifiche materie" ma, semmai, il conferimento di strumenti atti ad "indurre gli altri poteri costituzionali a svolgere correttamente le proprie funzioni, da cui devono scaturire le relative decisioni di merito". In tal senso le attribuzioni costituzionali del Presidente della Repubblica, che permane "organo di moderazione e di stimolo nei confronti di altri poteri, in ipotesi tendenti ad esorbitanze o ad inerzia", sono finalizzate a "consentire allo stesso di indirizzare gli appropriati impulsi ai titolari degli organi che devono assumere decisioni di merito, senza mai sostituirsi a questi, ma avviando e assecondando il loro funzionamento, oppure, in ipotesi di stasi o di blocco, adottando provvedimenti intesi a riavviare il normale ciclo di svolgimento delle funzioni costituzionali". Per una lettura critica della sent. n. 1/2013, che ha risolto il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato promosso dal Presidente della Repubblica e sorto a seguito delle intercettazioni telefoniche effettuate nell'ambito del un procedimento penale pendente dinanzi alla Procura della Repubblica di Palermo, cfr., A. Anzon Demming, *Prerogative costituzionali implicite e principio della pari sottoposizione alla giurisdizione*, in www.rivistaaic.it, 2013 e A. Pace, *Intercettazioni telefoniche fortuite e menomazione delle attribuzioni presidenziali*, in www.rivistaaic.it, 2013.

[52] Tale ricostruzione si deve, com'è noto, a P. Barile, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 307 ss.

[53] Non si può mancar di segnalare che la teoria schmittiana del "custode della costituzione" ha avuto un suo eminente esito, in Italia, in quella espositiva del "reggitore dello Stato in tempo di crisi". La si veda ampiamente trattata in C. Esposito, *Capo dello stato – Controfirma ministeriale*, Milano, 1962, 35 ss.

[54] Cfr., in proposito, O. Chessa, *Il ruolo presidenziale e la distinzione tra funzioni di garanzia e funzioni d'indirizzo politico*, in www.dirittoestoria.it, 2010.

[55] Cfr., sul punto, P. Stancati, *Della "neutralità" del Capo dello stato in tempo di crisi: sulla (presunta) "deriva presidenzialista" nella più recente evoluzione della forma di governo parlamentare in Italia, con precipuo raffronto all'esperienza weimariana*, in www.costituzionalismo.it, 25 ss.

[56] Tale la locuzione utilizzata dal Presidente Napolitano nel "messaggio di fine anno" del 31 dicembre 2014, in riferimento alla "difficoltà post-elettorale" e alla decisione di aderire, nell'aprile 2013, alle istanze provenienti dalle forze politiche relative alla opportunità di una sua rielezione. Il proposito di "dare un governo all'Italia, rendere possibile l'avvio della nuova legislatura e favorire un confronto più costruttivo tra opposti schieramenti politici" è stato perseguito con estremo vigore nell'ultimo periodo della presidenza Napolitano. Del resto, il Capo dello Stato ha avuto modo di manifestare la avversione nei confronti dello

successivamente, nel momento della sua (seconda) investitura. Si veda, in proposito, il messaggio innanzi alle Camere riunite in occasione del giuramento del 22 aprile 2013, in cui, significativamente, il Presidente Napolitano, così si esprimeva: “Qualunque prospettiva si sia presentata agli elettori, o qualunque patto - se si preferisce questa espressione - si sia stretto con i propri elettori, non si possono non fare i conti con i risultati complessivi delle elezioni. Essi indicano tassativamente la necessità di intese tra forze diverse per far nascere e per far vivere un governo oggi in Italia, non trascurando, su un altro piano, la esigenza di intese più ampie, e cioè anche tra maggioranza e opposizione, per dare soluzioni condivise a problemi di comune responsabilità istituzionale”. Analoga linea è, poi, palesata, in numerose altre centrali esternazioni, fra cui il c.d. discorso del ventaglio del 18 luglio 2013. Quivi appare ancor più fermo il tono ammonitorio nei confronti delle forze politiche circa la necessità di scongiurare comportamenti destabilizzanti e l’ineludibile ricorso, nell’attuale stato di crisi, a governi “orizzontali”. Ciò, in particolare, additando la “cattiva coscienza” dei partiti allorché manifestano “orrore per ogni ipotesi di intese, alleanze, mediazioni, convergenze tra forze politiche diverse”. La cennata avversione allo scioglimento anticipato ha avuto, come esiti diretti, il Governo “tecnico” presieduto da Mario Monti, poi quello “delle larghe intese”, presieduto da Enrico Letta e, infine, quello, attualmente in carica e che si potrebbe definire “patteggiato” (più che “delle larghe intese”), presieduto da Matteo Renzi. Sempre nel “messaggio di fine anno” del 31 dicembre 2014 il Capo dello Stato ha sottolineato che “l’aver tenuto in piedi la legislatura apertasi con le elezioni di quasi due anni fa, è stato di per sé un risultato importante : si sono superati momenti di acuta tensione, imprevisi, alti e bassi nelle vicende di maggioranza e di Governo; si è in sostanza evitato di confermare quell’immagine di un’Italia instabile che tanto ci penalizza, e si è messo in moto, nonostante la rottura del febbraio scorso, l’annunciato, indispensabile processo di cambiamento”.

[57] Così H. Kelsen, *Il primato del parlamento*, cit., 24. Come accennato nel testo, Kelsen concorda, sul punto, con Rousseau, sebbene poi se ne distacchi in riferimento alla radicale censura mossa da quest’ultimo nei confronti della democrazia rappresentativa ed al *favor* verso le forme di democrazia assembleare e diretta. Come si è già avuto modo di sottolineare, Schmitt taglia alla radice il problema in discorso. Se un trasferimento di volontà può esservi, questa va intesa come una vaga e generica investitura con la quale il corpo elettorale, pienamente abdicando ad ogni sua potestà di direzione e comando, attribuisce all’eletto il solo ed esclusivo mandato di perseguire, più che l’interesse della Nazione, quello che si riconnette alla “unità del popolo come totalità politica”. Così, infatti, C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., 241. In tal senso il rappresentante diviene inevitabilmente “signore” del rappresentato, dal momento che egli si muove liberamente in quanto presuppone di assecondare le scelte e le volizioni di quest’ultimo inteso come “amico” (depurate, in modo autoritario, di quelle altre pertinenti al “nemico”).

[58] Si veda, a tal proposito, l’art. 7, Sezione III, della Costituzione del 1791: “*Les représentants nommés dans les départements ne seront pas représentants d’un département particulier, mais de la Nation entière, et il ne pourra leur être donné aucun mandat*”.

[59] Così H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., cit., cit., 1994, 296

[60] Così H. Kelsen, *op. loc. ult. cit.*.

[61] Così J. J. Rousseau, *Il contratto sociale*, Libro III, cap. XV.

[62] Si vedano, sugli esiti più devastanti della globalizzazione, soprattutto le analisi di C. Amirante, *Dalla forma Stato alla forma Mercato*, Torino, 2008, 29 ss.; nonché Idem, *Unioni sovranazionali e riorganizzazione costituzionale dello Stato*, Torino, 2001, 23 ss. e Idem, *Costituzionalizzazione del diritto internazionale e decostituzionalizzazione dell'ordinamento interno?*, in *Il costituzionalismo multilivello. Profili sostanziali e processuali - Le constitutionnalisme à plusieurs niveaux. Aspects de fond et de procédure*, a cura di A. Cerri e M.R. Donnarumma, Roma, 2013, 47 ss.

[63] Cfr. H. Kelsen, *Il primato del parlamento*, cit., 25-7.

[64] Così H. Kelsen, *op. ult. cit.*, 27.

[65] Così H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 293.

[66] Cfr., sulla centralità del compromesso in Kelsen, M. Motta, *Kelsen e il leviatano*, Palermo, 2006, 214.

[67] Sulla concezione della rappresentanza in Montesquieu, intesa nel senso di cui nel testo, si veda soprattutto R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'état, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Paris, 1920, 199 ss. Che in Montesquieu il principio della democrazia consista essenzialmente nella "virtù" è rimarcato da F. Tönnies, *La democrazia*, Appendice, in H. Kelsen, *Il primato del parlamento*, a cura di C. Geraci, Milano, 1982, 233.

[68] Così, fra le altre, la sent. n. 118/1994.

[69] cfr., in tema, P. Ridola, *L'evoluzione storico-costituzionale del partito politico*, in *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Atti del XXIII Convegno annuale della Associazione italiana costituzionalisti, Napoli, 2009, 30 ss.

[70] Una pessimistica raffigurazione del ruolo e della caratterizzazione oligarchica dei partiti politici, intesi come "strumenti per ridurre e controllare il potere dei cittadini", era già stata espressa da Hannah Arendt. Si veda, in particolare, il volume *Sulla Rivoluzione*, trad. it., Roma, 1996. Su tali aspetti del pensiero della Arendt, cfr. P. Helzel, *Le "aporie" della rappresentanza nella teoria di Hannah Arendt*, in *Autorità e rappresentanza*, a cura di G.P. Calabrò e P. Helzel, cit., 2011, 84-5.

[71] Cfr., sul punto, G. Azzariti, *Brevi annotazioni sui sistemi elettorali e la crisi della rappresentanza politica* in *Il diritto fra interpretazione e storia - Liber amicorum in onore di A. A. Cervati*, a cura di A. Cerri, P. Häberle, I. Martin Jarvad, P. Ridola, D. Schefold, Roma, 2010, I, 115 ss.

[72] Un primo tentativo di riforma costituzionale presentato al Senato il 27/1/2014, concernenti la questione di legittimità poi accolta dalla pronuncia, segnatamente avendo riguardo alla ammissibilità della medesima, cfr. A. Anzon Demmig, *Un tentativo coraggioso ma improprio per far valere l'incostituzionalità della legge per le elezioni politiche (e per coprire una "zona franca" del giudizio di costituzionalità)*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it e M. Siclari, *Osservazioni sulla questione di legittimità costituzionale della legge elettorale sollevata dalla corte di cassazione*, in www.nomos-leattualitaneldiritto.it. In riferimento agli scenari aperti dalla cit. C. cost. n. 1/2014, cfr. S. Gambino, *Rappresentanza e stabilità governativa (alla ricerca di un equilibrio difficile da realizzare fra) riforme elettorali (partigiane) e (tentativi di) riforma costituzionale*, in www.scienze politiche.unical.it; B. Caravita, *La riforma elettorale alla luce della sent n. 1/2014*, in www.federalismi.it; G. Lodato-S. Pajno-G. Scaccia, *Quanto può essere distorsivo il premio di maggioranza? Considerazioni costituzionalistico-matematiche a partire dalla sent. n. 1 del 2014*, in www.federalismi.it.

[73] Trattasi del d.d.l., già deliberato dalla Camera, risultante dall'unificazione di un disegno di legge d'iniziativa popolare e dei disegni di legge presentati da numerosi parlamentari, approvato dal Senato con modificazioni in data 27 gennaio 2015 (Atto S. 1385) e nel momento in cui si scrive nuovamente all'esame della Camera.

[74] Si veda, in proposito, C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., 115 ss. Sulla evoluzione del ruolo dei partiti politici nello stato liberale cfr. G. Leibholz, *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria*, cit., 27-8.

[75] Una pessimistica raffigurazione del ruolo e della caratterizzazione oligarchica dei partiti politici, intesi come "strumenti per ridurre e controllare il potere dei cittadini", è operata da Hannah Arendt. Si veda, in particolare, il volume *Sulla Rivoluzione*, trad. it., Roma, 1996. Su tali aspetti del pensiero della Arendt, cfr. P. Helzel, *Le "aporie" della rappresentanza nella teoria di Hannah Arendt*, in *Autorità e rappresentanza*, a cura di G.P. Calabrò e P. Helzel, cit., 2011, 84-5.

[76] Cfr., sul punto, P. Ridola, *Democrazia e rappresentanza nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano, 1990, spec. 293 ss. Non si crede che l'approntamento dei c.d. codici etici possa rimediare alla condizione di progressiva delegittimazione del partito politico di cui nel testo. Ciò, essenzialmente, per la carenza di precettività indotta dalla atipicità di tali atti di cui si tratterà fra breve.

[77] Su tali connotazioni cfr. G. Radbruch, *Introduzione alla scienza del diritto*, Torino, 1958, 151, che sottolinea i continui "moti" d'intolleranza dello stato-apparato bismarckiano nei confronti delle "intrusioni" dei partiti politici.

[78] Così P. Ridola, *op. ult. cit.*, 272, in riferimento alla teoria leibholziana.

[79] Cfr., su tale connotazione, G. Leibholz, *op. ult. cit.*, 85 ss. Si vedano sul cennato organicismo della teoria leibholziana le considerazioni di F. Lanchester,

... e la forma di Stato autoritaria, cit., XVI ss.

[80] Il documento in parola è consultabile al sito www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/806263.pdf.

[81] Si vedano, in proposito, le dichiarazioni del presidente della “Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere” Rosy Bindi nella conferenza stampa del 24 settembre 2014 in cui è stato presentato il Codice in discorso. Se ne vedano ampi stralci nel sito www.lorasiamono.wordpress.com/2014/09/24.

[82] Trattasi del d.d.l. costituzionale che reca “Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione”.

[83] Tal nuovo assetto si evince dal disposto del terzo e quinto comma del nuovo art. 55 (per come riformulato dall’art. 1, cit. d.d.l.), i quali recitano, rispettivamente: “Ciascun membro della Camera dei deputati rappresenta la Nazione”; “Il Senato della Repubblica rappresenta le istituzioni territoriali”. Quanto preveduto dal nuovo art. 55, co. 5, è poi ribadito dal primo comma del nuovo art. 57 (per come riformulato dall’art. 2, cit. d.d.l.), alla cui stregua “Il Senato della Repubblica è composto da novantacinque senatori rappresentativi delle istituzioni territoriali”.

[84] Si vedano, a tal proposito, le osservazioni di V. Lippolis, *17 osservazioni sulla riforma del bicameralismo paritario*, in www.confronticostituzionali.eu, secondo il quale si dovrebbe cogliere “l’occasione di questa riforma costituzionale per eliminare anche alla Camera la circoscrizione Estero che porta in Parlamento persone che spesso non hanno alcun legame concreto e profondo con il nostro paese, che non si sa chi rappresentino e sono eletti mediante un procedimento che ha dato adito a sospetti di gravi irregolarità”.

[85] Fra gli episodi più eclatanti di “mala politica” richiamati nel testo si colloca quello che ha ad oggetto gli “artifici contabili” posti in essere da molte Regioni italiane e che ha suscitato l’intervento censorio della Corte dei conti; artifici che talvolta rischiano di sconfinare nella vera e propria falsificazione dei bilanci e impediscono il giudizio di parifica, il quale rappresenta “il momento di congiunzione tra il potere di controllo e la funzione giurisdizionale della Corte” e mostra, in tal senso, “plasticamente, come queste due funzioni siano realmente i due lati di una stessa rete di protezione e garanzia della finanza pubblica” (così la relazione del Presidente della Corte dei conti Tullio Lazzaro sul Rendiconto generale dello Stato per l’esercizio finanziario 2007). Invero, alla luce di quanto affermato dalla Magistratura contabile, quasi nessuna Regione è esente dai rilievi che ineriscono alla deplorable gestione dei rispettivi bilanci. Si veda, a proposito della estensione e “orizzontalità” di tali anomalie, l’ampio articolo apparso sul quotidiano *la Repubblica* del 3 novembre 2014, a firma F. Fubini e R. Mania, che pone in rilievo come, dai controlli effettuati, segnatamente in sede di parificazione, emerga una serie straordinariamente estesa di irregolarità.

[86] ... secondo il lessico del nuovo art. 55, co. 5, Cost.

-----, -----
sindaci, che cumulano le rispettive funzioni con il mandato parlamentare.

[88] Cfr., in termini assai critici nei confronti della nuova riformulazione operata dal cit. d.d.l. costituzionale, M. Villone, *Un Senato tutto sbagliato*, in www.costituzionalismo.it, 2 e, già prima, Idem, *Nuovo Senato. Riforma con capo e senza coda*, in www.costituzionalismo.it, nonché F. Bassanini, *Prime riflessioni sulla riforma del bicameralismo e del Titolo V del Governo Renzi*, in www.astrid-online.it, 5.

[89] Il nuovo art. 67 risulta, infatti, così riformulato dall'art. 8, d.d.l. di revisione *in itinere* (nel testo approvato dal Senato in data 8 agosto 2014): "I membri del Parlamento esercitano le loro funzioni senza vincolo di mandato".

[90] Si vedano, in proposito, le censure espresse da M. Manetti, *Audizione* innanzi alla Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati, 23 ottobre 2014, cit., le quali riguardano, appunto, la mutilazione dell'art. 67. Secondo l'A., infatti, sarebbe "essenziale non negare alla Seconda Camera la rappresentanza della Nazione, pur nella specificità della missione di rappresentanza delle istituzioni" (che sarebbe più opportuno denominare "rappresentanza delle collettività territoriali"). Richiamando l'esempio spagnolo e francese, l'A. ritiene che si dovrebbe "non contrapporre Camera e Senato, ma limitarsi a specificare che al Senato spetta la rappresentanza territoriale: abolire quindi il 2° comma del nuovo art. 55, e mantenere il testo vigente dell'art. 67 Cost."

[91] Il testo del nuovo art. 55, co. 4, reca: "La Camera dei deputati è titolare del rapporto di fiducia con il Governo ed esercita la funzione di indirizzo politico, la funzione legislativa e quella di controllo dell'operato del Governo".

[92] ... da parte dell'art. 37, co. 2, d.d.l. costituzionale.

[93] Il primo comma del nuovo art. 57 Cost., come presente nel testo del d.d.l. costituzionale approvato dal Consiglio dei Ministri in data 31 marzo 2014 (ovvero nella versione antecedente a quella deliberata dal Senato in data 8 agosto 2014), recava: "Il Senato delle Autonomie è composto dai Presidenti delle Giunte regionali, dai Presidenti delle Province autonome di Trento e di Bolzano, dai sindaci dei Comuni capoluogo di Regione e di Provincia autonoma, nonché, per ciascuna Regione, da due membri eletti, con voto limitato, dal Consiglio regionale tra i propri componenti e da due sindaci eletti, con voto limitato, da un collegio elettorale costituito dai sindaci della Regione".

[94] Così M. Villone, *Nuovo Senato. Riforma con capo e senza coda*, cit.

[95] Cfr., al riguardo, le perplessità espresse da V. Lippolis, *17 osservazioni sulla riforma del bicameralismo paritario*, cit., il quale rileva criticamente che, in un assetto quale quello tracciato dal d.d.l. di revisione, "il Senato non può divenire un organo di interdizione all'indirizzo politico di maggioranza formatosi alla Camera" e che "si impone anche una grande cautela nell'individuazione delle competenze nell'esercizio della funzione legislativa poiché il Governo non avrebbe gli strumenti per far valere in Senato il proprio indirizzo politico. In altre parole, il modello prescelto impone che nella maggior parte dei casi

[96] ... come riformulato dall'art. 10, d.d.l. costituzionale *in itinere*.

[97] Il disposto in parola non ha, oltre tutto, subito modifiche da parte della *loi constitutionnelle n. 2008-724*, come invece avvenuto per altre parti dello stesso art. 24.

[98] L'art. 16 della Costituzione della V Repubblica prevede i poteri eccezionali o "*pouvoirs de crise*" attribuiti al Presidente della Repubblica. Il potere d'intervento può esercitarsi quando "le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del territorio o l'esecuzione degli impegni internazionali sono minacciati in maniera grave ed immediata e il regolare funzionamento dei poteri pubblici costituzionali è interrotto". E', tuttavia, da rimarcare che i *pouvoirs* in discorso sono assoggettati ad alcune delimitazioni, consistenti nella procedimentalizzazione dell'atto e nel coinvolgimento (necessario od eventuale, a seconda dei casi) di altri organi costituzionali. Va a tal proposito rammentato che, nel corso della presidenza Sarkozy, è stata promulgata la legge costituzionale n. 2008-724 "*de modernisation des institutions de la Ve République*" con cui si è inteso operare una più incisiva conformazione dei poteri emergenziali in parola, segnatamente a riguardo dei controlli esperibili da parte del *Conseil constitutionnel* relativamente alla sussistenza delle condizioni elencate nel primo comma della disposizione in ordine alla "congruità" dei medesimi.

[99] L'art. 19 della della Costituzione della V Repubblica stabilisce che debbano essere controfirmati gli atti "diversi da quelli previsti dagli articoli 8 (primo comma), 11, 12, 16, 18, 54, 56 e 61". Sono, in particolare, esenti da controfirma quelli di nomina del Primo ministro e di scioglimento anticipato della Assemblea nazionale.

[100] Come già segnalato, l'art. 55, co. 4, Cost., per come riformulato dall'art. 1, d.d.l. costituzionale (nel testo deliberato dal Senato in data 8 agosto 2014 ed attualmente all'esame della Camera), reca: "La Camera dei deputati è titolare del rapporto di fiducia con il Governo ed esercita la funzione di indirizzo politico, la funzione legislativa e quella di controllo dell'operato del Governo". E', invece, attribuita al Senato, in forza del quinto comma della disposizione su richiamata, la funzione di controllo e valutazione delle "politiche pubbliche"; la quale appare, invero, di incerta identificazione e confinazione.

[101] Cfr. le censure espresse da A. Pace, *Audizione* innanzi alla Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati, 23 ottobre 2014, le quali si appuntano, essenzialmente, su alcune illogicità. Secondo tale A., in particolare, la sproporzione numerica tra la Camera e il Senato comporterebbe una grave anomalia e provocherebbe la lesione del principio che impone la sussistenza della condizione di equilibrio tra gli organi costituzionali, tale da garantire a ciascuno l'esercizio delle rispettive competenze in modo effettivo. E' da tali premesse che l'A. deriva una drastica alternativa: "o passare al monocameralismo con un sistema elettorale proporzionale, con adeguate garanzie per la minoranza e con il Senato composto bensì da consiglieri regionali e sindaci, ma dotato soltanto di poteri consultivi oppure, pur superando il bicameralismo perfetto - e quindi attribuendo alla sola Camera dei

conferire al Senato, eletto dal popolo su base regionale, un maggior numero di componenti e maggiori poteri nell'esercizio della funzione legislativa". In termini non diversi si esprime, in ordine allo stesso profilo, G. Azzariti, *Riforme. Se chi critica il governo è perduto*, articolo apparso ne *il manifesto* dell'8 aprile 2014, che scorge nell'intento esplicitato dal d.d.l. di revisione, se non una vera e propria "svolta autoritaria", il proposito di ripercorrere la "stessa strada del passato". Ciò in quanto le scelte palesate dall'atto *in itinere* non farebbero altro che "indebolire il parlamento, aumentare i poteri del governo, non stabilire misure di riequilibrio e di garanzia a fronte di una legge elettorale con cui si vuole forzare la rappresentanza per conseguire lo scopo di assegnare ad un solo competitore la maggioranza assoluta dei seggi nell'unica camera politica rimasta".

[102] Ci si riferisce al c.d. Patto del Nazareno, concluso tra il Presidente del Consiglio Matteo Renzi e il *leader* di Forza Italia Silvio Berlusconi e su cui, in buona sostanza si reggerebbe la volontà del Governo (e del Parlamento) di approntare e varare la riforma costituzionale; a malgrado della ondivaga rappresentazione e della scarsa conoscibilità, da più parti rilevata, dei suoi contenuti.

[103] Pur prescindendo dalle ragioni addotte nel testo appare paradossale (ed illogico) il tentativo di operare un "rimescolamento" di aspetti così delicati e di approntare una revisione di una parte essenziale dell'ordinamento costituzionale in un momento per nulla fermo e stabile e, anzi, del tutto precario.

[104] Già prima dell'avvento della C. cost. n. 2014 l'improprietà d'avviare un processo di riforme costituzionali "in tempo di crisi", segnatamente a causa della evidente delegittimazione dei partiti politici - indotta, fra l'altro, dal sistema delle "liste bloccate" - è stata posta in luce da G. Azzariti, *A proposito della riforma costituzionale: questioni di legittimazione e merito*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2012.

[105]... poiché le Camere sono "organi costituzionalmente necessari e indefettibili e non possono in alcun momento cessare di esistere o perdere la capacità di deliberare". Così il punto 7 del cons. dir. della sent. n. 1/2014, cit.

[106] Trattasi della espressione utilizzata dal Presidente del Consiglio Matteo Renzi nel corso della conferenza stampa congiunta con la cancelliera Angela Merkel, in occasione del vertice bilaterale italo-tedesco tenutosi a Firenze nei giorni 22 e 23 gennaio 2015.

[107] Ci si riferisce alle vicende che hanno condotto alla deliberazione del Senato della Repubblica del 27 novembre 2013, ovvero alla "**mancata convalida dell'elezione del senatore Berlusconi**, ai sensi dell'articolo 3, comma 2, del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235" (così il comunicato di seduta per come consultabile al sito www.senato.it/3818?seduta_assemblea=206). Si vedrà che sussistono rilevanti dubbi in ordine alla utilizzabilità della qualificazione "mancata convalida" in riferimento alla ipotesi di decadenza in parola; quanto meno laddove si intenda, con ciò, omologare la incandidabilità (nella specie sopravvenuta) alla ineleggibilità in senso proprio *ex*

Severino che pare avallare tale qualificazione laddove stabilisce che, in caso di incandidabilità sopravvenuta, “la Camera di appartenenza delibera ai sensi dell’articolo 66 della Costituzione”.

[108] Cfr., sulla più recente evoluzione e sulle prospettive del ruolo presidenziale, M. Siclari, *Un «programma» per il futuro Presidente della Repubblica?*, in www.costituzionalismo.it, 2006, 1-3. In ordine alla espansione ed ai margini connessi alla *moral suasion* presidenziale, cfr. R. Bin, *Sui poteri del Presidente della Repubblica nei confronti del Governo e della “sua” maggioranza*, in www.forumcostituzionale.it, 2008, 3, e A. Morrone, *Il Presidente della Repubblica in trasformazione*, in www.rivistaaic.it, 2013, 3 ss.

[109] Peraltro, secondo A. Pace, *Audizione*, cit., sarebbe questa una soluzione auspicabile e, comunque, più congrua di quella preveduta nel d.d.l. costituzionale. Ciò in virtù del fatto che il progetto di riforma presuppone l’esaltazione e lievitazione “incontrollabile” dei poteri della Camera dei deputati, soprattutto laddove venisse approvata una legge elettorale introduttiva di “un premio alla coalizione o alla lista vincente tale da consentire all’una o all’altra di ottenere una maggioranza in seggi pur non avendo conseguito la maggioranza nei voti”. Sicché, secondo tale A., “con i suoi 630 deputati a fronte del Senato composto da 95 consiglieri regionali e sindaci oltre a cinque senatori nominati a tempo determinato (*sic!*) dal Presidente della Repubblica, la Camera dei deputati - titolare in via esclusiva del rapporto fiduciario col Governo - eleggerebbe, praticamente da sola, in un Parlamento in seduta comune composto da 730 membri, sia il Presidente della Repubblica (per la cui elezione sono, tutt’al più, necessari i due terzi, e cioè 486 voti), sia un terzo dei componenti del CSM; sia tre dei cinque giudici costituzionali”.

[110] Tal cosa risulta evidente alla luce della comunicazione diffusa e resa pubblica sul sito www.governo.it, relativa alla seduta del Consiglio dei Ministri n. 10 del 31 marzo 2014. Quivi è, infatti, possibile rinvenire il documento contenente il testo della Costituzione vigente con, a fronte, la duplice formulazione dell’art 57 sopra richiamata.

[111] ... per come apparsa nel d.d.l. reso pubblico il 12 marzo 2014.

[112] ... nel deliberato del Consiglio dei Ministri del 31 marzo 2014 che licenziava il testo del d.d.l. da presentare alle Camere.

[113] ... nel testo approvato dal Senato in prima lettura nella seduta dell’8 agosto 2014.

[114] Sulle difettosità del d.d.l. di revisione, indotte dalla esigenza di “far tutto e presto” e senza riservare eccessiva attenzione ai contenuti del provvedimento, si vedano le censure formulate da G. Azzariti, *Riforme. Se chi critica il governo è perduto*, cit., secondo il quale “bisognerebbe far comprendere ai soloni della riforma, che cambiare una costituzione non è solo un problema di velocità, ma

[115] ... dal momento che “la tradizione francese riteneva la presenza di esponenti regionali e locali nelle istituzioni rappresentative nazionali un elemento caratterizzante e di sistema”. Così M. Villone, *Nuovo Senato. Riforma con capo e senza coda*, cit., il quale sottolinea che nel 2012 “476 deputati su 577 (82%) e 267 senatori su 348 (77%) cumulavano il mandato parlamentare con cariche nelle istituzioni regionali e locali”; e che di questi “ben 261 deputati e 166 senatori avevano la carica di sindaco, o carica affine”. E’ poi nota la connotazione “*mixte*”(o spuria) del bicameralismo espresso dalla Costituzione della V Repubblica, in cui, se non nei termini tipici del bicameralismo imperfetto, è comunque sancita la differenziabilità della funzione della *Assemblée nationale* rispetto a quella del *Sénat*. Si veda, a tal proposito, quanto stabilito dall’art. 45, Cost. V Repubblica, che, in ordine al processo legislativo, prefigura la primazia e definitività degli atti deliberativi della prima Camera in caso di disaccordo tra i due rami del Parlamento in ordine alla approvazione di un progetto di legge. In tal caso, infatti, “*le Gouvernement peut, après une nouvelle lecture par l’Assemblée nationale et par le Sénat, demander à l’Assemblée nationale de statuer définitivement*”.

[116] La disposizione richiamata nel testo reca, infatti: “Una legge organica stabilisce la durata dei poteri di ciascuna assemblea, il numero dei suoi membri, le loro indennità, le condizioni di eleggibilità, e il regime delle ineleggibilità e delle incompatibilità”.

[117] Presagiva i problemi e i guasti che sarebbero sopravvenuti all’avvento delle “Repubbliche” in discorso M. Luciani, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Roma, 1991, 119 ss., il quale, muovendo dal presupposto dello “svuotamento del sistema dei partiti” e dalla “delegittimazione delle [...] istituzioni costituzionali” e, più in generale, dalla rottura degli assetti politico-partitici, confidava, non senza scetticismo, sulla tenuta e “sopravvivenza” della prima e originaria Repubblica. Ad avviso dell’A., infatti, il salvataggio della prima Repubblica era l’unica operazione che poteva consentire “l’apertura di scenari soddisfacenti sul piano dei rendimenti democratici”.

[118] Sul fallimento della c.d. seconda Repubblica si vedano le (amare) riflessioni di G. Ferrara, *Osservazioni critiche sulle recenti proposte di modifica della Costituzione*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2/2012, 4, in cui si sottolinea che la “stabilità o non ha retto per l’eterogeneità politica delle coalizioni affastellate solo allo scopo di godere delle distorsioni del sistema elettorale maggioritario con o senza premio di maggioranza, o ha addirittura bloccato la dinamica politica con governi inefficienti o perversi. Insistere sulla stabilità senza rappresentanza o con rappresentanza degli interessi del solo leader di maggioranza distruggerebbe irrimediabilmente la democrazia italiana”.

[119] Si rammenta che analogo regime di incompatibilità è stato introdotto, a riguardo dei membri del Parlamento europeo, dalla *Loi n. 2014-126*, coeva alla *Loi organique n. 2014-125* e “*interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de représentant au Parlement européen*”.

incompatibilità preveduto dalla *Loi organique n. 2014-125*, riportare per esteso il testo dell'art. 141-1, cit.: "Le mandat de député est incompatible avec: 1° Les fonctions de maire; de maire d'arrondissement, de maire délégué et d'adjoint au maire; 2° Les fonctions de président et de vice-président d'un établissement public de coopération intercommunale; 3° Les fonctions de président et de vice-président de conseil départemental; 4° Les fonctions de président et de vice-président de conseil régional; 5° Les fonctions de président et de vice-président d'un syndicat mixte; 6° Les fonctions de président, de membre du conseil exécutif de Corse et de président de l'assemblée de Corse; 7° Les fonctions de président et de vice-président de l'assemblée de Guyane ou de l'assemblée de Martinique; de président et de membre du conseil exécutif de Martinique; 8° Les fonctions de président, de vice-président et de membre du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie; de président et de vice-président du congrès de la Nouvelle-Calédonie; de président et de vice-président d'une assemblée de province de la Nouvelle-Calédonie; 9° Les fonctions de président, de vice-président et de membre du gouvernement de la Polynésie française; de président et de vice-président de l'assemblée de la Polynésie française; 10° Les fonctions de président et de vice-président de l'assemblée territoriale des îles Wallis et Futuna; 11° Les fonctions de président et de vice-président du conseil territorial de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon; de membre du conseil exécutif de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon; 12° Les fonctions de président et de vice-président de l'organe délibérant de toute autre collectivité territoriale créée par la loi; 13° Les fonctions de président de l'Assemblée des Français de l'étranger, de membre du bureau de l'Assemblée des Français de l'étranger et de vice-président de conseil consulaire. // Tant qu'il n'est pas mis fin, dans les conditions prévues au II de l'article LO 151, à une incompatibilité mentionnée au présent article, l'élu concerné ne perçoit que l'indemnité attachée à son mandat parlementaire".

[121] In virtù dell'art. 12, *LO n. 2014-125*, infatti, l'art. 141-1 si applica a "*à tout parlementaire à compter du premier renouvellement de l'assemblée à laquelle il appartient suivant le 31 mars 2017*".

[122] Così, infatti, l'art. 151, co. 2, *Code électoral* francese nel testo successivo alla riformulazione operata dall'art. 6, *LO n. 2014-125*, cit.

[123] L'art. 147-1 elenca una serie di consigli d'amministrazione di enti pubblici per i cui organi di vertice (presidenti e vice-presidenti) vale divieto di cumulo analogo a quello di cui nel testo.

[124] Sono, pertanto, da condividere le positive notazioni espresse in dottrina in riferimento alle ragioni che hanno indotto il parlamento francese ad approntare la riforma in parola e ad operare affinché "il parlamentare possa impegnarsi pienamente, e senza condizionamenti, nel legiferare, nel controllare il governo, nel valutare le politiche pubbliche, rappresentando con efficacia la nazione tutta intera. Anche le istituzioni locali richiedono un pari impegno". Così M. Villone, *Nuovo Senato. Riforma con capo e senza coda*, cit. Il divieto in parola si attaglierebbe, secondo l'A., ancor più alle istituzioni centrali e locali italiane, in quanto "un senato di sindaci e governatori può solo aumentare ancora la propensione localistica fin troppo alta nel nostro sistema, e ulteriormente

quanto “la politica regionale e locale è oggi il ventre molle del sistema Italia, un buco nero di sprechi e malapolitica”, per cui importarla nelle istituzioni nazionali sarebbe la scelta peggiore. Infine il cumulo “potrebbe solo accentuare la torsione personalistica che già ha tanto avvelenato politica e istituzioni, e di cui sindaci e governatori sono tra i primi sostenitori e propagandisti”.

[125] Si rammenta che la versione iniziale dell’art. 2, co.1, d.d.l. costituzionale *in itinere* (volto a riformulare l’art. 57, co. 1, Cost.), per come resa pubblica sul sito del Governo in data 12 marzo 2014, recitava: “L’Assemblea delle autonomie è composta dai Presidenti delle Giunte regionali e delle Province autonome di Trento e di Bolzano, nonché, per ciascuna Regione, da due membri eletti, con voto limitato, dai Consigli regionali tra i propri componenti e da tre Sindaci eletti da una assemblea dei Sindaci della Regione”. Questo, invece, l’art. 57, commi 1 e 2, nel testo deliberato dal Consiglio dei Ministri in data 31 marzo 2014 (e comunicato alla Presidenza del Senato in data 8 aprile 2014 - Atto S. n.19): “Il Senato delle Autonomie è composto dai Presidenti delle Giunte regionali, dai Presidenti delle Province autonome di Trento e di Bolzano, dai sindaci dei Comuni capoluogo di Regione e di Provincia autonoma, nonché, per ciascuna Regione, da due membri eletti, con voto limitato, dal Consiglio regionale tra i propri componenti e da due sindaci eletti, con voto limitato, da un collegio elettorale costituito dai sindaci della Regione.// La durata del mandato dei senatori coincide con quella degli organi delle istituzioni territoriali nelle quali sono stati eletti”. Il testo attualmente all’esame della Camera, conseguente alla deliberazione in prima lettura del Senato dell’8 agosto 2014, recita: “I Consigli regionali e i Consigli delle Province autonome di Trento e di Bolzano eleggono, con metodo proporzionale, i senatori tra i propri componenti e, nella misura di uno per ciascuno, tra i sindaci dei Comuni dei rispettivi territori”.

[126] *Rebus sic stantibus* – ma non dandone per certa la “solidità” a causa dei probabili mutamenti d’indirizzo che si potranno manifestare nell’ancor lungo ed impervio cammino che il d.d.l. costituzionale dovrà affrontare in seno alle Camere - la formula del nuovo art. 57 apparirebbe, seppur parzialmente, più prossima all’intento espresso dalla *LO n. 2014-125*, più volte cit.

[127] L’art. 37, co. 11, d.d.l. *in itinere*, riformula, infatti, l’art. 122, co. 2, Cost., sostituendo alla espressione “ad una delle Camere del Parlamento” l’altra “alla Camera dei deputati”.

[128] Va ricordato che, antecedentemente al d.l. n. 138/2011, l’art. 7, co. 1, lett. c), d.P.R. n. 361 del 1957 (T.U. per l’elezione

della Camera dei deputati), prevedeva la ineleggibilità dei sindaci dei Comuni con popolazione superiore ai 20.000 abitanti; e che, a sua volta, l’art. 5, d.lgs. n. 533 del 1991 (T.U. per l’elezione del Senato della Repubblica), disponeva l’ineleggibilità a senatori di coloro che si trovavano nelle condizioni previste dagli articoli 7, 8, 9 e 10 del cit. T.U. n. 361/1957.

[129] Sicché, in “assenza di una causa normativa (enucleabile all’interno della legge impugnata ovvero dal più ampio sistema in cui la previsione opera) idonea ad attribuirne ragionevole giustificazione, la previsione della non

accompagnati, nell'uno e nell'altro, una disciplina reciprocamente speculare, si pone in violazione della naturale corrispondenza biunivoca della causa di ineleggibilità, che vengono ad incidere necessariamente su entrambe le cariche coinvolte dalla relativa previsione, anche a prescindere dal dato temporale dello svolgimento dell'elezione". La Corte richiama, a tal ultimo proposito, la sent. n. 143/2010.

[130] L'elemento portante delle richiamate "propositions" di François Hollande nel corso della campagna elettorale era quello che si ricollegava al motto "Je veux une République exemplaire". A parte quella ora detta, relativa alla integrità ed esemplarità degli eletti, si vedano le altre (e connesse) linee d'indirizzo del programma elettorale della Presidenza Hollande: "Faire de la prochaine présidence, celle de l'impartialité de l'Etat, de l'intégrité des élus et du respect des contre-pouvoirs, réforme du statut pénal du chef de l'Etat, augmentation des pouvoirs d'initiative et de contrôle du Parlement, inéligibilité de 10 années pour les élus condamnés pour faits de corruption, droit de vote aux élections locales des étrangers, désignation des responsables des chaînes publiques de télévision et de radio par une autorité indépendante".

[131] L'intento desumibile dai contenuti della cit. *Loi organique n. 2014-125*, e nei cui confronti si ritiene di dover manifestare pieno consenso, appare, invece, del tutto divergente rispetto alla posizione di una parte della dottrina italiana. Cfr., in proposito, V. Lippolis, *17 osservazioni sulla riforma del bicameralismo paritario*, cit., secondo il quale, in ordine alla disciplina del nuovo art. 57 del d.d.l. costituzionale *in itinere*, i Presidenti di Regione "devono far parte di diritto del Senato", e ciò proprio in quanto la presenza di costoro in Senato sarebbe necessaria e non potrebbe "essere affidata alla determinazione dei consigli regionali perché i presidenti sono il motore della politica regionale, determinano in concreto l'azione delle regioni". Del tutto divergente è, invece, la posizione, già sopra rammentata, di M. Villone, *Nuovo Senato. Riforma con capo e senza coda*, cit.

[132] Non è dubbio che l'art. 48 Cost., allorché impone il principio secondo cui il voto è "personale ed eguale, libero e segreto", estenda tale caratterizzazione a tutte, nessuna esclusa, le competizioni elettorali; e, dunque, non solo a quelle politiche ma anche a quelle relative alla composizione degli organi elettivi regionali e locali. Si veda, sulla "orizzontalità" ed "universalità" dei principi sanciti dall'art. 48, co. 2, Cost., soprattutto T. Martines, *Art. 56-58*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 78 ss.

[133] A norma dell'art. 1, co. 58, l. n. 56/2014, "Il presidente della provincia è eletto dai sindaci e dai consiglieri dei comuni della provincia"; mentre, a norma dell'art. 1, co. 69, stessa legge, "Il consiglio provinciale è eletto dai sindaci e dai consiglieri comunali dei comuni della provincia. Sono eleggibili a consigliere provinciale i sindaci e i consiglieri comunali in carica. La cessazione dalla carica comunale comporta la decadenza da consigliere provinciale". Si rammenta che la l. n. 54/2014 istituisce un terzo organo provinciale, ovvero la "assemblea dei sindaci", la quale "è costituita dai sindaci dei comuni appartenenti alla provincia", è presieduta dal presidente della provincia ed ha "poteri propositivi, consultivi e di controllo secondo quanto disposto dallo statuto"; inoltre

1, co. 56).

[134] La questione che era stata sottoposta allo scrutinio della Corte costituzionale, risolta con la cit. sent. n. 96/1968, riguardava il sistema indiretto di elezione dei consigli delle province siciliane preveduto dall'art. 7, l. 7 febbraio 1957, n. 16. La norma in questione disponeva: "I consiglieri comunali concorrono alla elezione del consiglio provinciale in misura proporzionale ai voti validi portati dalla lista nella quale sono stati eletti" (c.d. voto plurimo). La Corte, ribadendo il presupposto per cui in materia di elettorato attivo l'art. 48, co. 2, Cost. ha "carattere universale ed i principi, con esso enunciati vanno osservati in ogni caso in cui il relativo diritto debba essere esercitato", dichiara non fondata la questione sottolineando, in particolare, che il "voto plurimo preveduto dall'art. 7 non è in contrasto col principio di eguaglianza sancito dall'art. 48 della Costituzione".

[135] ... secondo cui: "I Consigli regionali e i Consigli delle Province autonome di Trento e di Bolzano eleggono, con metodo proporzionale, i senatori tra i propri componenti e, nella misura di uno per ciascuno, tra i sindaci dei Comuni dei rispettivi territori".

[136] L'art. 1, co. 51, recita: "In attesa della riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione e delle relative norme di attuazione le province sono disciplinate dalla presente legge". Si veda, poi, per quanto riguarda il d.d.l. costituzionale *in itinere*, l'art. 28, che espunge dall'art. 114 Cost. ogni riferimento alle Province.

[137] Il d.d.l. costituzionale appare, infatti, nel momento in cui si scrive, tutt'altro che "rettilineo" quanto al suo *iter* formativo e altrettanto instabile quanto ai suoi contenuti.

[138] Mette conto di rimarcare la speditezza dell'*iter* formativo del d.d.l. poi divenuto l. n. 56/2014: il d.d.l. è stato presentato al Senato in data 27 dicembre 2013, è stato da tale organo approvato il 26 marzo 2014 ed è stato deliberato definitivamente dalla Camera il 3 aprile 2014.

[139] Tale definizione è usualmente utilizzata in seno alla giurisprudenza costituzionale. Si vedano, in proposito, l'ord. n. 276/2012 e le sentt. nn. 25/2008 e 306/2003.

[140] Si rammenta che il d.d.l. costituzionale *in itinere* (A.C. 2613), nel testo approvato dal Senato in data 8 agosto 2014, ha riscritto, al fine di differenziare la rappresentanza d'interessi del "nuovo" Senato della Repubblica rispetto alla Camera dei deputati, sia l'art. 67 che l'art. 55 Cost. Se l'attuale formulazione dovesse risultare quella definitiva, nell'art. 67 permarrrebbe solo l'inciso relativo al divieto di mandato imperativo ("I membri del Parlamento esercitano le loro funzioni senza vincolo di mandato"), mentre l'art. 55, co. 5 recherebbe: "Il Senato della Repubblica rappresenta le istituzioni territoriali".

[141] Quello che discende dalla "posizione" dell'organo costituzionale è, invece, una motivazione adoperata in seno alla giurisprudenza costituzionale, anche se sovente *ad abundantiam*. Cfr., in proposito, la sent. n. 407/1992, in cui la Corte

disparità di trattamento, un raffronto tra la posizione dei titolari di cariche elettive nelle regioni e negli enti locali e quella dei membri del Parlamento e del Governo, essendo evidente il diverso livello istituzionale e funzionale degli organi costituzionali ora citati". E' (anche) partendo da tale premessa che la Corte assume non irragionevole la scelta operata dal legislatore di introdurre una normativa in materia di incandidabilità (art. 1, l. 18 gennaio 1992, n. 16) "atta a dettare le norme impugnate con esclusivo riferimento ai titolari di cariche elettive non nazionali".

[142] Cfr., in tal senso, la C. cost. n. 22/2007.

[143] Cfr., in ordine al problema esaminato nel testo, A. D'Andrea, *Applicazione della legge Severino e "inagibilità parlamentare": quel che è chiaro per le norme è certo legittimo per la Costituzione*, cit., spec. 5-6, con specifico riferimento alla non assimilabilità della rimozione retroattiva dalla carica di parlamentare alla sanzione penale *stricto sensu* intesa; per cui l'incandidabilità "non è – come pure viene detto strumentalmente – una sanzione di tipo penale [...]. Si tratta pertanto di uno strumento selettivo e diretto ad impedire ad alcune limitate categorie di soggetti di rivestire, o continuare ad esercitare, per un arco temporale congruo, cariche di rilievo pubblico, essendo stato accertato nei modi più rispettosi possibile delle loro garanzie costituzionali che detti soggetti abbiano data prova certa ed inequivocabile della loro 'indegnità morale' (art. 48 ultimo comma Cost.)".

[144] La liceità dell'indirizzo interpretativo qui accolto, che presuppone l'esteso apprezzamento discrezionale consentito alla fonte primaria ai fini della fissazione dei "requisiti", trova autorevole conferma nella lettura dell'art. 51, co. 1, Cost. per come operata da C. Esposito, *La costituzione italiana*, Padova, 1954, 47.

[145] Sul punto cfr. C. De Cesare, *Incompatibilità e ineleggibilità parlamentari*, cit., 3.

[146] Così M. Cuniberti, *Commento all'art. 51*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole e R. Bin, Padova, 2008, 521, richiamando la linea interpretativa accolta in Cass. civ., Sez. I, n. 5449/2005 e Cons. st., Sez. V, n. 3338/2000.

[147] Sulla distinzione di cui nel testo cfr., M. Midiri, *Art. 65*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Art. 64-69, Le Camere*, t. II., Bologna-Roma, 1986, 68.

[148] Così A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., 91 ss.

[149] Si veda, sul punto, per tutti L. Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 37 ss.,

[150] Cfr., sul punto, C. Padula, *Art. 122*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole e R. Bin, Padova, 2008, 1109, e gli autori ivi cit. Tale A. richiama, a supporto della linea interpretativa in questione, l'art. 2, co. 1, l. 2 Luglio 2004, n. 165, in cui si fanno salve, per ciò che concerne il

“le disposizioni legislative statali in materia di incandidabilità per coloro che hanno riportato sentenze di condanna o nei cui confronti sono state applicate misure di prevenzione”.

[151] In tal senso pare argomentare M. Cuniberti, *Commento all'art. 51*, in *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 522.

[152] Cfr., sul punto in questione, le sentt. nn. 243/1987, 459/1989 e 36/1992.

[153] Così la sent. n. 407/1992, secondo cui l'istituto della immediata sospensione dalla carica, “ancorché adottata con procedure complesse, non può avere altra natura che quella di atto meramente dichiarativo e ricognitivo della situazione determinatasi, privo di qualsiasi elemento di carattere valutativo e discrezionale”.

[154] Cfr. ancora la C. cost. n. 118/1994 (punto 3.2 cons. dir.).

[155] Val la pena di riportare integralmente il passo più significativo della pronuncia: “In realtà non sussiste la identità od omogeneità di situazioni, alla quale si collegherebbe l'irragionevolezza del diverso trattamento delle due ipotesi. Le fattispecie di ‘incandidabilità’, e quindi di ineleggibilità, previste dall'art. 15 della legge n. 55 del 1990, e successive modificazioni, si collocano su un piano diverso, quanto a *ratio* giustificativa, rispetto a quello delle pene, principali ed accessorie. Esse non rappresentano un aspetto del trattamento sanzionatorio penale derivante dalla commissione del reato, e nemmeno una autonoma sanzione collegata al reato medesimo, ma piuttosto l'espressione del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche considerate (cfr. sentenze nn. 118 e 295 del 1994), stabilito, nell'esercizio della sua discrezionalità, dal legislatore, al quale l'art. 51, primo comma, della Costituzione, demanda appunto il potere di fissare ‘i requisiti’ in base ai quali i cittadini possono accedere alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza”.

[156] Per meglio chiarire i termini della questione sottoposta alla Corte, e risolta con la sent. n. 407/1992, si ritiene opportuno riportare il passo della parte motiva della pronuncia in cui si dà conto della diversificazione cennata nel testo: “In particolare, viene introdotta (comma 1) la regola della ‘non candidabilità’ alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali per coloro che hanno riportato condanna, anche non definitiva, per determinati reati (associazione di tipo mafioso o finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti, altri delitti concernenti dette sostanze, ovvero in materia di armi, alcuni delitti commessi da pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione); per altri delitti è richiesta la condanna con sentenza definitiva o, quanto meno, confermata in appello; per i delitti più gravi (in materia di mafia, stupefacenti, armi) è, d'altro canto, sufficiente che per i soggetti interessati sia stato disposto il giudizio o che essi siano stati presentati ovvero citati a comparire in udienza per il giudizio; gli stessi effetti, infine, conseguono all'applicazione, anche non definitiva, di una misura di prevenzione in relazione all'appartenenza ad un'associazione di tipo mafioso”.

[157] Va segnalato che l'impianto normativo di cui all'art. 15, l. n. 55/1990 (come introdotto dall'art. 1, l. 18 gennaio 1992, n. 16) è stato, a seguito della

per opera della l. 13 dicembre 1999, n. 475. L'art. 15 è stato successivamente abrogato dall'art. 274, co. 1, lett. p), d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali). E' inoltre da aggiungere che gli artt. 58 e 59 di detto T.U., che avevano riformulato le ipotesi di incandidabilità precedentemente disciplinate dalla cit. l. n. 55/1990, sono stati, a loro volta, abrogati dall'art. 17, co. 1, lett. a), c.d. legge Severino.

[158] I delitti in questione sono quelli di associazione di tipo mafioso; associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti; fabbricazione, importazione, esportazione, vendita di armi, munizioni o materie esplodenti; peculato; concussione; corruzione; malversazione a danno dello Stato.

[159] Più precisamente la C. cost. n. 141/1996 ha dichiarato incostituzionale: l'art. 15, co. 1, lett. a), b, c), d) nella parte in cui prevedeva la non candidabilità alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali di coloro che fossero stati condannati con sentenza non ancora passata in giudicato; l'art. 15, co.1, lett. e) nella parte in cui prevedeva la non candidabilità di coloro per i quali fosse stato disposto il giudizio, ovvero per coloro che fossero stati presentati o citati a comparire in udienza per il giudizio; l'art. 15, co.1, lett. f) nella parte in cui prevedeva la non candidabilità di coloro nei cui confronti il tribunale avesse applicato una misura di prevenzione quando il relativo provvedimento non avesse carattere definitivo.

[160] La norma censurata era l'art. 15, comma 1, lettera c, della legge 19 marzo 1990, n. 55, come modificato dall'art. 1, l. 13 dicembre 1999, n. 475.

[161] Il termine definitiva deve intendersi, ovviamente, non in senso assoluto ma rapportato agli effetti indotti dalla decadenza dal mandato, nel senso che la decadenza fa cessare di diritto il mandato per tutta la durata della legislatura o consiliatura e il soggetto, se intende candidarsi ad elezioni successive, potrà farlo nei limiti imposti dalle norme sulla incandidabilità contenute nel d.lgs. n. 165/2012.

[162] Ci si riferisce ai rilievi espressi nella cit. ord. TAR Campania, i quali, peraltro, s'appuntano più sulla efficacia retroattiva dell'art.11, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 235/2012 che sulla incisione del principio *ex art. 27, co. 2*. La pronuncia in questione ha accolto provvisoriamente la domanda cautelare proposta dal sindaco di Napoli Luigi De Magistris e ha sospeso gli effetti del provvedimento prefettizio di sospensione dalla carica di sindaco fino alla definizione della questione di legittimità costituzionale, avendo il giudice amministrativo sollevato la questione di legittimità nei confronti dell'art. 11, co. 1, lett. a), d.lgs. 31 dicembre 2012 n. 235, in relazione all'art.10, co. 1, lett. c), d.lgs., cit., per contrasto con gli artt. 2, 4, co. 2, 51, co. 1 e 97, co. 2 della Costituzione. Devesi altresì rammentare che il ricorso avverso la cit. ord. cautelare n. 1801/2014 è stato respinto dalla ord. Cons. St., Sez. III, 20 novembre 2014, n.5343.

[163] La disciplina della cessazione anticipata della incandidabilità, conseguente alla sentenza di riabilitazione, è contenuta nell'art. 15, co. 3, d.lgs. n. 235/2012, che, essendo introduttivo di disposizioni comuni, si applica sia in ambito centrale che territoriale.

richiamo, nella ipotesi di specie, all'art. 3 Cost. in quanto "per la diversità delle funzioni svolte e dell'efficacia dei relativi atti normativi, che si applicano all'intero territorio nazionale, non possono essere messi sullo stesso piano i candidati del Parlamento nazionale od europeo, ed i candidati alla carica di Consigliere Regionale".

[165] Si vedano, in proposito, i rilievi di G. Guzzetta, *Parere pro veritate*, consultabile in www.ansa.it, p. 29-30, secondo il quale "una tale tecnica legislativa pone numerosi dubbi di legittimità, in ragione della assoluta varietà di ipotesi e della evidente differente incidenza sui valori costituzionali 'di primario rilievo' che la previsione dell'incandidabilità dovrebbe tutelare per giustificare la limitazione del diritto inviolabile all'elettorato passivo".

[166] Va, peraltro, segnalato che, mentre l'art. 1, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 235/2012, cit., assume a parametro il "combinato" della pena edittale e della effettiva pena comminata, gli artt. 8, co. 1, lett. b) e 11, co. 1, lett. b), si basano esclusivamente su quest'ultima commisurazione. Ed, infatti, l'art. 1, co. 1, lett. c), cit., prevede l'inabilità all'accesso e alla permanenza nella carica di deputato e senatore per coloro "che hanno riportato condanne definitive a pene superiori a due anni di reclusione, per delitti non colposi, consumati o tentati, per i quali sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, determinata ai sensi dell'articolo 278 del codice di procedura penale"; mentre gli artt. 8, co. 1, lett. b) e 11, co. 1, lett. b), cit., dispongono, identicamente, la sospensione per "coloro che, con sentenza di primo grado, confermata in appello per la stessa imputazione, hanno riportato una condanna ad una pena non inferiore a due anni di reclusione per un delitto non colposo, dopo l'elezione o la nomina".

[167] Si veda, in proposito, l'art. 13, co. 1, d.lgs. n. 235/2012, che recita: "L'incandidabilità alla carica di deputato, senatore e membro del Parlamento europeo spettante all'Italia, derivante da sentenza definitiva di condanna per i delitti indicati all'articolo 1, decorre dalla data del passaggio in giudicato della sentenza stessa ed ha effetto per un periodo corrispondente al doppio della durata della pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici comminata dal giudice. In ogni caso l'incandidabilità, anche in assenza della pena accessoria, non è inferiore a sei anni".

[168] Cfr. gli artt. 8, co. 3 e 11, co. 4, d.lgs. n. 235/2012, i quali, circa la durata della sospensione dalla carica degli amministratori e dei membri degli organi elettivi regionali e locali, dispongono, identicamente, che la sospensione "cessa di diritto di produrre effetti decorsi diciotto mesi". Le norme cit. stabiliscono, poi, anche qui in termini del tutto omologhi, che laddove l'interessato proponga appello avverso la sentenza di condanna, e questo sia rigettato anche con sentenza non definitiva, decorre un ulteriore periodo di sospensione che cessa di produrre effetti trascorso il termine di dodici mesi dalla sentenza di rigetto.

[169] Cfr. A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., 91 ss.

[170] Sulla raffigurazione del principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale si veda soprattutto A. CERRI, *Uguaglianza (principio*

giur., XXVIII, 23; ID., *Ragionevolezza*, in *Enc. giur.*, 1 ss. Sul punto, da ultimo, cfr. F. Sorrentino, *Dell'eguaglianza*, Modena, 2014, 56 ss.

[171] Così A. D'Andrea, *Applicazione della legge Severino e "inagibilità parlamentare": quel che è chiaro per le norme è certo legittimo per la Costituzione*, cit., 5, in riferimento al presunto conflitto fra gli effetti prodotti dalla incandidabilità e dalla interdizione temporanea dai pubblici uffici.

[172] Così da ultimo, G. Zagrebelsky-V. Marcenò-F. Pallante, *Lineamenti di Diritto costituzionale*, Firenze, 2014, 340-1, secondo cui "Le immunità parlamentari sono garanzia della libertà del Parlamento, non privilegi personali dei deputati e dei senatori per assicurare loro l'impunità, qualunque cosa facciano. L'autorizzazione a procedere deve quindi essere negata in casi limitatissimi, quando vi sia il sospetto di una persecuzione giudiziaria (il cosiddetto *fumus persecutionis*)". E, ciò, anche se "è evidente che i confini di tale valutazione finiscono per essere in larga misura coincidenti con un apprezzamento di opportunità politica". Così, G. Guzzetta-F.S. Marini, *Lineamenti di diritto pubblico italiano ed europeo*, Firenze, 2014, 188.

[173] Cfr. C. Chiola, *Appunti di un garantista sull'autonomia delle Camere*, in *Il Parlamento*, Atti del XV convegno della Associazione italiana dei Costituzionalisti, Firenze, 12-13-14 ottobre 2000, Padova, 2001, 265 ss.

[174] Così la C. cost. 26 giugno 1970, n. 110, in *Giur. cost.*, 1970, 1209. L'affermazione è ripetuta nella sentenza 10 luglio 1981, n. 129, in *Giur. cost.*, 1981, 1295 (con osservazione di G. Lombardi, *L'autonomia contabile degli organi costituzionali: garanzia o privilegio?*, 1283 ss.). Si vedano, sul punto, gli essenziali apporti di S. Romano, *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, in *Scritti minori*, I, Milano, 1950; Id., *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, I, Milano, 1950; V.E. Orlando, *Immunità parlamentari ed organi sovrani*, in *Diritto pubblico generale*, Milano, 1940. Il presupposto della univocità del regime in discorso e della ascrivibilità di esso a tutti, nessuno escluso, gli organi costituzionali è stato, com'è noto, posto in discussione da parte della dottrina. Cfr., in proposito, V. Crisafulli, *Osservazioni sul nuovo "regolamento generale" della C.C.*, in *Giur. cost.*, 1966, 562; Id., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 239; F. Modugno, *Riflessioni interlocutorie sull'autonomia del giudizio costituzionale*, Napoli, 1966, 49; Id., *Corollari del principio di "legittimità costituzionale" e sentenze "sostitutive" della Corte*, in *Giur. cost.*, 1969, 94 ss.; S. Panunzio, *I regolamenti della Corte costituzionale*, Padova, 1970, 209-10; Id., *Sindacabilità dei regolamenti parlamentari, tutela giurisdizionale degli impiegati delle Camere e giustizia politica nello Stato costituzionale di diritto*, in *Giur. cost.*, 1978, 290 ss.; P. Stancati, *I regolamenti della Presidenza della Repubblica*, Milano, 1990, 48 ss.

[175] Anche se la ipotesi qui considerata è quella della mera sospensione il problema cennato nel testo non è diverso da quello che attiene alla possibile lesione del principio alla cui stregua "le Camere sono l'unica giurisdizione competente all'applicazione della legislazione in materia di decadenza dal mandato rappresentativo". Così R. Nania, *Parere pro veritate*, depositato il 28

ordine alla legittimazione della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari del Senato della Repubblica a sollevare questione di legittimità costituzionale, consultabile al sito www.giurcost.org/cronache/NANIA.pdf.

[176] Tale disposizione, per come attualmente vigente, deriva dalla revisione della precedente formulazione operata dalla *Emenda constitucional de revisão* n. 4 del 1994.

[177] Parrebbero, invece, quanto meno dubitare della compatibilità della incandidabilità con il disposto ex art. 66, G. Guzzetta-F.S. Marini, op. ult. cit., 191-2, in cui si segnala, ma con specifico riguardo alla rilevanza della incandidabilità effettuata in un momento antecedente allo svolgimento delle elezioni, che tale soluzione presenta, “con riferimento ai parlamentari, alcuni profili di problematicità, il più importante dei quali consiste nel fatto che l'esclusione dalle liste dei candidati per le elezioni operata dall'ufficio elettorale appare violare la competenza esclusiva del parlamento di giudicare dei titoli di ammissione dei propri membri (art. 66 Cost.)”.

[178] Cfr., sul punto, M. Cerase, *Art. 66*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, 2006, II, 1283.

[179] Cfr., in ordine alla cennata politicizzazione della, C. Bologna, *Commento all'art. 66*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole e R. Bin, Padova, 2008, 616. E' dalla accentuata politicizzazione della valutazione operata dalle Camere nell'ambito dei poteri connessi al giudizio di convalida ed a quello sulle cause di decadenza che dottrina autorevole prefigura, come opportuna, la revisione dell'art. 66 Cost. e la conseguente traslazione delle competenze ora dette dalle Camere alla Corte costituzionale. Cfr. sul punto, in particolare, L. Elia, *Elezioni politiche (Contenzioso)*, in *Enc. dir.*, XIV, 753.

[180] Si veda, in proposito, l'articolo *Nuovo Senato, un buco nelle norme: chi sostituisce il sindaco condannato?*, apparso ne *la Repubblica* del 10.12.2014. Qui si dà conto delle perplessità, sollevate da alcuni parlamentari, in merito alla formulazione dell'articolo 7, d.d.l. costituzionale *in itinere*, modificativo dell'articolo 66 della Costituzione. Le obiezioni in parola, manifestate dai componenti della Commissione Affari costituzionali della Camera onn. Lauricella e Bianconi, s'appuntavano sul fatto che il Senato “non avrà competenza a decidere sulla decadenza dei suoi componenti. Il nuovo Senato si limiterà a ‘prendere atto’ dell'avvenuta cessazione dal mandato di consigliere regionale o di sindaco e, quindi, della conseguente decadenza da senatore”. E' da aggiungere che, in riferimento ai rilievi ora cennati, il Presidente della Commissione on. Sisto ha replicato affermando che “le osservazioni saranno oggetto di successive regolamentazioni che non attengono a questa sede. Questa è una norma di principio che introduce il doppio binario per ineleggibilità-incompatibilità e decadenza”.

[181] Cfr., in ordine all'ampiezza ed estensibilità della valutazione esperibile dalle Camere parlamentari in sede di verifica dei poteri, C. Chiola, *Le garanzie nel nuovo procedimento di verifica dei poteri*, in *Contraddittorio e trasparenza nel nuovo regolamento della verifica dei poteri*, Atti del convegno organizzato dalla Giunta delle elezioni della Camera dei Deputati, Roma, 4 dicembre 1998,

[182] Così la C. cost. n. 295/1994.

Democrazia come autogoverno: la questione dell'autonomia locale

di FILIPPO PIZZOLATO

Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico - Università di Milano-Bicocca.

Abstract

La democratizzazione, nell'età moderna, si è svolta nella linea della costruzione di un'autonomia politica collettiva che scaturisce, mediante la rappresentanza, dall'autonomia originaria di individui supposti egualmente liberi. Si parte dai concetti fondativi di libertà e di eguaglianza individuali e si perviene a fondare un'idea di potere legittimo (sovrano) che neutralizza programmaticamente ogni pretesa di rilievo politico da parte dei corpi intermedi e delle articolazioni sociali. In questo modo si genera, nello spazio posto tra gli individui e l'organizzazione politica, un vuoto in cui, al di sotto della sfera della sovranità, l'autonomia politica non trova terreno fertile in cui radicarsi. Rispetto a questo quadro, la Costituzione italiana si pone criticamente, a partire dalla base antropologica diversa (il personalismo), che rende pensabile una dimensione "comunitaria" dell'autonomia politica. L'attuazione della Costituzione sembra però incontrare resistenze, causate anche dalla persistenza vischiosa di categorie e concetti, coerenti con la tradizione costruzione dell'unità politica moderna.

Democratization, in the modern age, has proceeded in the path of the construction of a collective political autonomy that derives, through political representation, from the autonomy of individuals, originally supposed to be equally free. This concept stems from the essential ideas of individual freedom and equality and found an idea of legitimate power (sovereignty) that programmatically neutralizes any claim about political relevance by the intermediate bodies and social organisations. This will generate, in the space left between individuals and public sphere, a vacuum in which, under the

Compared to this framework, the Italian Constitution arises critically, starting from the different anthropological basis (personalism), and makes conceivable a community dimension for political autonomy. Nevertheless, the implementation of the Constitution seems to encounter resistance, also caused by the persistence of viscous categories and concepts, consistent with the idea of modern political unity.

Sommario: 1. *Premessa e inquadramento del problema.* 2. *La democrazia dei moderni.* 3. *La natura dell'autonomia politica nella democrazia moderna.* 3.1. *Un'altra idea di autonomia politica nella modernità: trincee di resistenza.* 4. *L'irruzione dei partiti nel discorso sulla rappresentanza: critica e rivalutazione. Cenni.* 5. *La Costituzione italiana: il popolo plurale e la democrazia del lavoro.* 6. *L'autonomia politica nella prospettiva comunitaria della Costituzione.* 7. *La vischiosità del dispositivo dello Stato moderno.*

1. Premessa e inquadramento del problema.

Nel nostro ordinamento la questione delle autonomie è stata inquadrata, grazie al contributo di pregevoli ricostruzioni, entro la prospettiva personalistica e pluralistica che caratterizza la Costituzione. Tale prospettiva offre gli sguardi più suggestivi se è riguardata dall'angolo visuale dei principi fondamentali, laddove l'originalità della Costituzione riluce in modo particolare. Questo vale anche per le tematiche inerenti, in senso lato, al federalismo sociale e istituzionale in essa accolte[1]. Con questo termine, si fa qui riferimento a un modo di interpretare l'unità (e l'identità) del popolo, per cui essa non scaturisce da un'opera di neutralizzazione compiuta da una sfera politica separata e a ciò autorizzata, bensì è esito di processi cooperativi che coinvolgono parti (sociali e istituzionali) plurali, cui l'ordinamento riconosce, seppur in modo graduato, l'idoneità a prendersi cura dell'interesse generale[2]. E tuttavia, anche, se non soprattutto, per questa parte della Costituzione, accanto all'apprezzamento per l'originalità di impostazione dei principi costituzionali, si fa strada la constatazione spesso amara dei tradimenti a questi inflitti dai processi lenti e parziali di attuazione. Si tratta di un contrasto che investe la Costituzione nel suo complesso, ma che appare particolarmente stridente rispetto alle questioni oggetto di questo contributo. Ci si può chiedere perché faticosi tanto ad affermarsi l'interpretazione, che la Costituzione fa propria e che la dottrina ha da tempo ricostruito, delle autonomie locali quali enti esponenziali delle comunità territoriali di riferimento. Occorre interrogarsi se al pieno riconoscimento e all'integrale attuazione del disegno autonomistico della Costituzione non ostino, oltre che prosaici problemi di infedeltà politica, difficoltà strutturali, inerenti al modo in cui è stato pensato e messo in opera il dispositivo concettuale dello Stato moderno[3].

impressa al processo di democratizzazione, il cui concreto svolgimento non necessariamente si concilia con la promozione delle autonomie territoriali[4]. La democratizzazione, nell'età moderna, si è svolta nella linea della costruzione di un'autonomia politica collettiva che scaturisce, mediante la rappresentanza, dall'autonomia originaria di individui supposti egualmente liberi. Si muove dunque dai concetti fondativi di libertà e di eguaglianza individuali e si perviene a fondare un'idea di potere legittimo (sovrano) che neutralizza programmaticamente ogni pretesa di rilievo politico da parte dei corpi intermedi e delle articolazioni sociali. In questo modo, però, come emerge dalla critica, pur diversamente orientata, di Hegel e di Proudhon, si produce, nello spazio posto tra gli individui e l'organizzazione politica, un vuoto in cui, al di sotto della sfera della sovranità, l'autonomia politica non trova terreno fertile in cui radicarsi. Rispetto a questo quadro, la Costituzione italiana si pone criticamente. Essa si fonda su una base antropologica diversa (il personalismo rispetto all'individualismo), che rende pensabile una dimensione "comunitaria" dell'autonomia politica, che riconosca e promuova la capacità di cura dell'interesse generale da parte di espressioni del pluralismo sociale, e che operi da raccordo tra le formazioni sociali e le istituzioni politiche (tra le sfere orizzontale e verticale della sussidiarietà). Ciò nondimeno, l'attuazione della Costituzione sembra incontrare serie resistenze. L'ipotesi che si percorrerà in questo lavoro è che questa criticità possa dipendere (anche) dalla persistenza vischiosa di categorie e concetti, coerenti con i criteri di fondazione della modernità giuridica, che tengono sulla scena una rappresentazione dell'autonomia politica, entro cui una dimensione di autogoverno comunitario difficilmente può trovare posto e sviluppo.

2. La democrazia dei moderni.

Adattando la celebre dicotomia di Benjamin Constant, N. Bobbio ha proposto di distinguere tra una democrazia dei moderni, avente il suo istituto fondamentale nella rappresentanza politica, e una democrazia degli antichi, caratterizzata dalla partecipazione immediata dei cittadini alla vita della *polis*[5]. La trasformazione implicata dalla distinzione sembra essere motivata, anzi tutto, da difficoltà d'ordine pratico che hanno reso, a seguito dell'accrescimento dimensionale della comunità politica, impossibile una esperienza democratica di autogoverno, alimentata dalla partecipazione diretta dei cittadini. In fondo, lo stesso Rousseau, alfiere della sovranità popolare, dovette ammetterlo[6]: riunire il popolo e farlo decidere direttamente è divenuto ormai impossibile. E tuttavia, la spiegazione di questa trasformazione non può arrestarsi a questa ragione pratica. Ne è convinto, tra gli altri, E.W. Boeckenoferde, il quale ha opposto, a questo diffuso modo di presentare la questione, la natura originariamente e strutturalmente mediata (rappresentativa) della democrazia[7]. All'origine del carattere rappresentativo della democrazia moderna sta una svolta concettuale più profonda e complessiva, coinvolgente una diversa base antropologica.

La democrazia moderna si sviluppa sul tronco di una concezione della

Boeckenfoerde, sul punto specifico, attualizza, in modo lucido e consapevole, lo schema hobbesiano in un contesto democratizzato[9]. La democrazia attiene, nella sua struttura, alle modalità di investitura del comando ed è concepibile, per usare le categorie impiegate da Hobbes, come il precipitato istituzionale di un processo autorizzatorio che ha la sua scaturigine nella volontà degli individui e la sua destinazione nella figura del sovrano-rappresentante. Ecco dunque che ben prima della democrazia già la sovranità si trova implicata con la rappresentanza. La democrazia che si sviluppa nei processi evolutivi interni allo Stato moderno (e sovrano) non può che conservare le forme rappresentative.

Può essere fatta rimontare a Hobbes la matrice individualistica della democrazia, sottolineata con vigore da Bobbio, per il quale anche il *demos*, che pure è nome collettivo, è composto da individui e i decisori "sono singolarmente presi gl'individui che lo compongono"[10]. A rigore, nemmeno dovrebbe chiamarsi sovrano il popolo, ma i singoli individui, in quanto cittadini[11]. Si può anche sostenere che, in forza di questo legame originario con l'idea di individuo libero ed eguale, la democrazia, in forma rappresentativa, viene a confondersi con il modo stesso di intendere la politica della modernità, quasi fosse un suo sviluppo logico o addirittura un destino[12].

E tuttavia, quando si guardi a questa ricostruzione con le categorie d'analisi della storia concettuale, la distinzione tra una democrazia degli antichi e una dei moderni, interpretata sulla base dell'opposizione tra democrazia diretta e rappresentativa, si rivela essere una "favola", per quanto accettata[13]. Quando la democrazia degli antichi è letta in analogia con quella diretta, in quanto caratterizzata dalla partecipazione individualizzata e diretta dei cittadini, si finisce con l'assolutizzare e proiettare in un orizzonte atemporale l'elemento squisitamente moderno della volontà e i concetti, relativi, di popolo e di potere[14]. Solo entro un simile orizzonte possono pensarsi tanto la democrazia rappresentativa, quanto quella "diretta", come usualmente intesa. Si intravede perciò un nesso fondamentale tra forma politica della modernità (e della democrazia) e volontà degli individui. A questo plesso categoriale inerisce una coerente visione dell'autonomia politica, anche territoriale, con cui ancora ci si raffronta e, forse, ci si scontra.

3. La natura dell'autonomia politica nella democrazia moderna.

È noto che nell'orizzonte medievale l'azione individuale si iscriveva in un ordine da cui riceveva senso. L'autonomia concepibile in quel sistema consisteva dunque essenzialmente nel radicamento, non certo nel trascendimento del legame. Questo valeva per l'individuo (la cui "idea" neppure si distingueva) e per le comunità, professionali o territoriali. Il pensiero moderno non legge più l'ordine sociale alla stregua di un *cosmos* in cui ogni parte abbia un suo posto naturale determinato[15]: l'individuo sta, per così dire, a sé e in sé. L'ordine sociale e politico deve fare i conti con la presenza del soggetto e della sua volontà. La stessa libertà diviene una qualità intrinseca del soggetto[16]. Essa è

propria volontà, libera appunto di esprimersi in ogni direzione, con il solo limite di non nuocere agli altri", secondo il tracciato della legge, la cui produzione, a propria volta, è "segnata dalla autonomia della volontà: per essere libero, cioè, il popolo deve obbedire solo alla legge che esso stesso si è dato"[17]. Proprio nel rapporto tra volontà individuale e volontà di tutti si apre lo spazio del politico.

L'ordine politico non trascende più il soggetto, ma è progettato razionalmente e, nella sua realizzazione, l'individuo attua la sua stessa volontà[18]. Ogni struttura, ogni "esistere con", va giustificata, secondo lo schema contrattuale, a partire dalle volontà individuali. Questo può dirsi anche per le costruzioni apparentemente più autoritarie, come quella di Hobbes. L'autonomia individuale resta infatti la condizione logica del venire a esistenza dell'ordine, anche di quello, negli effetti, più repressivo. In questo orizzonte moderno di significati, ciò che infatti, radicalmente, costituisce problema è la soggezione dell'uomo al potere di un altro uomo, perché si tratta pur sempre di un rapporto tra "pari"[19]. Ciò vale, naturalmente e *a fortiori*, entro un orizzonte politico-filosofico di tipo democratico: "poiché nessuno ha un'autorità naturale sul suo simile, e poiché la forza non produce diritto, restano dunque le convenzioni a base di ogni autorità legittima fra gli uomini"[20]. Ma è la questione strutturale e fondativa dell'obbligazione politica a dover fare i conti con "la parità strutturale o ontologica di tutti gli uomini"[21]. Si ipostatizza una soggettività (l'individuo, appunto, con la sua volontà) e perciò è l'aggregato - sociale e istituzionale - che abbisogna di giustificazione. Il passaggio è stato efficacemente concettualizzato da Boeckenoferde: "il legame tra democrazia e libertà si fonda sul principio del concetto moderno di libertà riferito alla libertà soggettiva nel senso dell'autonomia dei singoli. La libertà viene intesa e postulata come libertà da una determinazione eteronoma nel pensiero e nell'azione. Il singolo, in quanto padrone di se stesso, deve essere anche il proprio legislatore, che non assume i vincoli del suo agire (in modo eteronomo) da un potere o un'autorità esterni, ma se li conferisce da solo (in modo autonomo). Corrispondentemente, gli ordinamenti politici e sociali non hanno il loro fondamento e il loro contenuto in presupposti (normativi) della natura umana o nella volontà creazionistica divina, ma nella motivazione e nella determinazione precisa di coloro che vivono sotto tali ordinamenti (Principio dell'autodeterminazione). Questa idea di libertà è già operante nella teoria del contratto sociale e statutale, quale è stata sviluppata dalla dottrina dello Stato del diritto razionale"[22].

Su queste premesse, il popolo non può essere inteso altrimenti che come totalità indifferenziata di individui uguali[23]. La società non è infatti concepita come costituita di parti e corpi, ma conosce un'unica dimensione collettiva, i cui formanti sono gli individui e, per essi, le loro volontà[24]. In questo modo, le espressioni concrete e plurali del popolo perdono rilievo pubblico e finiscono spolitizzate. Nello spazio pubblico l'unica "società" ammissibile è lo Stato rappresentativo, che non è "punto di approdo di una ininterrotta catena di legami naturali", ma un "ordinamento artificiale, prodotto dalla volontà legislatrice del singolo individuo"[25]. Il popolo stesso è solo una grandezza ideale, "che proprio per questo ha bisogno di una mediazione personale per avere concretezza"[26]. Ed è solo grazie a questa mediazione rappresentativa che il popolo è pensabile come uno.

modernità, anche democratica, rispetto alla filosofia di Hobbes, per il quale solo nel rappresentante (che è anche sovrano) si dà l'unità del rappresentato[27]. La rappresentanza che scaturisce dal processo autorizzatorio di cui gli individui sono l'origine (e la sovranità l'esito[28]) non è di parti "partecipi", ma di volontà di individui razionali, supposti liberi ed eguali, i quali riconoscono l'impossibilità di una più diretta azione politica dei cittadini e si "accontentano" di godere, in pace e sicurezza, di un ambito privato di autonomia. In un modello di Stato come quello di Hobbes, l'autonomia che residua, dopo la fondazione della sovranità, è dunque di carattere essenzialmente privato[29]. La rappresentanza non veicola trasmissione di volontà contenutisticamente definibili, come avverrebbe se si pensasse a una formazione dal basso della volontà generale, ma si risolve in un atto, meramente procedurale, di autorizzazione che legittima gli eletti a rappresentare liberamente, senza vincolo di mandato. La libertà, per gli individui, prende dunque soprattutto la forma della libertà negativa, come *silentium legis*, e cioè della protezione di una sfera privata dall'invasione del potere politico[30].

Mantenendo una coerenza di fondo, questo dispositivo concettuale della modernità giuridica e politica può partorire anche un'accezione di autonomia *politica*, non meramente privata. Essa viene teorizzata nel periodo delle rivoluzioni borghesi di fine '700. Per descrivere il tipo di autonomia politica che può essere accolto entro la logica fondativa dello Stato moderno, è preziosa la riflessione di Hasso Hofmann, il quale si è, a proposito, espresso nei termini di una "originaria coincidenza di autodeterminazione collettiva e individuale". Il punto, cruciale, è così esplicitato: "i rivoluzionari del 1789 evocavano letteralmente nello stesso tempo sia l'autonomia dell'individuo sia la sovranità della nazione. In una specie di «rousseauismo diffuso», nella partecipazione empatica al valore razionale della nazione, essi intendevano ritrovare su un piano superiore la loro libertà naturale e uguaglianza, la loro capacità di autodeterminazione complessiva"[31]. La continuità tra la visione dei rivoluzionari e la filosofia di Hobbes è riconosciuta dallo stesso Hofmann, che pure individua in Rousseau il "padrino" (immediato) di questa concezione della libertà come "partecipazione alla formazione della volontà politica"[32]. Senza Hobbes, infatti, e la sua "riduzione metodicamente stringente di tutte le relazioni sociali e politiche agli individui come gli atomi di una fisica quasi naturalistica della socializzazione umana", né Locke, né Rousseau, né Kant sarebbero pensabili[33].

Vi è invece una cesura, difficilmente colmabile, tra una tale forma di autodeterminazione, che si fissa anche negli articoli 3-6 della Dichiarazione rivoluzionaria del 1789, e la concezione medievale dell'ordine sociale e politico. L'elemento di discontinuità risiede nel "modello protomoderno e illuministico di un contratto sociale e di governo, che fondò un sistema centralizzato di unità politica e di giustificazione del suo dominio radicato nell'individuo, perciò strutturato in modo omogeneo e in tal modo compatto. Questo modello suggerì l'originaria coincidenza di autodeterminazione individuale e collettiva"[34].

L'autonomia politica teorizzata da Rousseau e, più recentemente, da Kelsen ha la forma della "autodeterminazione dell'individuo mediante la sua partecipazione alla creazione dell'ordinamento sociale"[35]. In Rousseau, la

del *Contratto sociale*: "trovare una forma d'associazione (...) attraverso la quale ognuno, unendosi a tutti, non obbedisca tuttavia che a se stesso e rimanga libero tanto quanto lo era prima". In questo modo, "il principio di autonomia passa dai singoli al popolo; questo viene visto come unità e totalità e detiene quella libertà, autodeterminazione e sovranità che nello stato di natura spettava al singolo"[36]. La legge, se e in quanto espressione della volontà generale, è la risposta al dilemma formulato; nella misura in cui soddisfi le condizioni procedurali e, almeno in Rousseau, anche etiche, essa non può essere ingiusta, "poiché nessuno è ingiusto verso se stesso"; né ha senso domandarsi come si possa essere liberi e insieme sottomessi alle leggi, "poiché esse non sono che registrazioni delle nostre volontà"[37]. La volontà generale consiste infatti in quell'interesse comune che tutti i cittadini, una volta che si siano liberati dallo spirito di corpo (*id est*: di fazione), riconoscono come proprio[38]. La legge è dunque il precipitato necessario dell'autonomia, in quanto dà espressione alla pur esigente possibilità razionale della coesistenza delle sfere di libertà ed eguaglianza individuali.

La posizione di Kelsen si colloca su questo crinale della libertà politica intesa come "assemblaggio" dei processi di autodeterminazione degli individui. La volontà della collettività e dello Stato non sono assunti come dati psichici e reali, "poiché, in senso psicologico, si hanno solo volontà individuali. La cosiddetta «volontà» dello Stato non è che l'espressione antropomorfa usata per indicare l'ordine ideale della comunità il quale è costituito da una serie di atti individuali di cui esso rappresenta il contenuto"[39]. Nello svolgimento di questa traslazione dalle volontà individuali all'ordine sociale democratico, Kelsen vede operanti "due istinti primordiali dell'essere sociale. In primo luogo la reazione contro la costrizione risultante dallo stato di società, la protesta contro la volontà esterna davanti alla quale ci si deve inchinare, la protesta contro il tormento dell'eteronomia. (...) «è un uomo come me, siamo uguali, che diritto ha dunque di comandarmi?»"[40]. E tuttavia, nonostante questa prima ribellione, perché ci possa essere società è necessario il potere. Come per tutta la modernità, il problema diventa allora - ed è il secondo movimento - il modo in cui si scelgano e traggano legittimazione i capi[41]: "se noi dobbiamo essere comandati, lo vogliamo essere da noi stessi. La libertà naturale si trasforma in libertà sociale o politica. è politicamente libero chi è sottomesso, sì, ma alla volontà propria, non alla volontà esterna"[42].

Come si compie questa trasfusione dalla volontà e libertà individuale al potere legittimo? In democrazia il problema trova una soluzione pratica possibile: essa, infatti, "si accontenta di una semplice approssimazione al concetto originario di libertà. Poiché se è libero chi determina se stesso, e non è soggetto che alla volontà sua propria, laddove vige il principio della maggioranza sono liberi soltanto gli appartenenti alla maggioranza, perché la volontà di questi soli determina il contenuto dell'ordine sociale"[43]. Decisivo diventa dunque il principio di maggioranza, fondato sulla necessità che "se non tutti gli individui, almeno il più gran numero di essi sono liberi"[44]: "è caratteristico della democrazia, a questo proposito, non tanto che la volontà dominante sia la volontà del popolo, quanto che un ampio strato dei sottomessi all'ordine sociale, il maggior numero possibile di membri della collettività, partecipi al processo della formazione della volontà quantunque soltanto -

solo con la creazione dell'organo legislativo"[45].

La garanzia offerta dal principio maggioritario si innesta sulla particolarità della procedura parlamentare: "nel parlamento l'idea di libertà ci appare in una *doppia* combinazione che ne limita la primitiva forza. Con il *principio di maggioranza* accettato dal parlamento, l'idea della libertà, allo scopo di rendere possibile in qualche modo un ordinamento sociale, rinuncia alla esigenza (l'unica che le sia *totalmente* adeguata) della unanimità dei voti nella creazione della volontà collettiva. Ma da una analisi del parlamento risulta ancora un secondo elemento: la creazione di questa volontà è *indiretta*; la volontà statale non è emanazione diretta del popolo stesso, bensì di un parlamento, sia pure eletto dal popolo. Qui il concetto di libertà, quale concetto della autodeterminazione, si combina con la ineluttabile necessità della *divisione del lavoro*, della differenziazione sociale"[46]. Nelle procedure discorsive della democrazia istituzionalizzata nel parlamentarismo si consuma pertanto un processo che si potrebbe definire di ineluttabile metamorfosi che, a partire dalla libertà e dall'autonomia individuali, conduce all'autonomia collettiva mediata dalla decisione del Parlamento stesso[47]. La libertà individuale diviene autonomia politica attraversando un processo - articolato in fasi - di mediazione. Perfino in Rousseau, in verità, non v'è identità tra il volere dell'individuo empirico e il volere del cittadino che, partecipando al voto, prende decisioni dirette (senza schermo rappresentativo). Il risultato della volontà generale non si ottiene infatti mediante meccanica sommatoria delle espressioni individuali di voto, ma presuppone condizioni di carattere etico-morale, entro cui si insinua un'insospettata dimensione rappresentativa[48]. In forza dell'aspirazione alla coincidenza di cui si è detto, l'autonomia collettiva deve essere veicolo di quanta più autonomia individuale è possibile. E tuttavia, questa coincidenza è resa possibile grazie alla mediazione dell'io-razionale che solo permette la rappresentazione della volontà individuale entro la volontà generale dello Stato[49].

Giacché la pretesa di obbedire solo a se stessi può valere per la sfera morale[50], ma non per quella socio-politica, tanto più allorquando la convivenza replichi uno schema societario, anziché comunitario[51], il progetto politico della modernità, teso all'autodeterminazione, si regge su di una irriducibile finzione[52]. Come è stato recentemente ribadito, "il cittadino democratico, quando esercita il diritto di partecipazione politica, non «dà leggi a sé», poiché a) il soggetto che dà le leggi (...) è il collettivo, di cui il singolo cittadino è soltanto una frazione; b) il soggetto che riceve le leggi è il singolo non come cittadino, ma come individuo privato, che per definizione non è politicamente indipendente dal collettivo (e perciò non è «autonomo»), neppure quando il collettivo sia democratico"[53]. Insomma, l'autonomia politica, intesa come "capacità-potere di scelta, ad esempio elettorale, dell'individuo in quanto (co)decisore politico", non può eliminare il dato della "eteronomia politica dello stesso individuo rispetto al collettivo, anche quando le norme collettive siano state decise con il suo stesso concorso e consenso"[54]. Dinanzi al riconoscimento di questo limite strutturale, le più recenti teorizzazioni cercano di offrire un'ancora di salvataggio, in termini di *responsività*[55], rassicurante, ma inidonea a colmare lo scarto strutturale tra aspirazione e realtà.

- da Hobbes a Rousseau e Kelsen - tende a sfociare in una rappresentanza politica di scala nazionale, non di parti sociali o territoriali. Com'è stato efficacemente notato, l'idea di una prossimità dei governanti ai governati è "disarmonica" rispetto all'aspirazione persistente del pensiero politico e giuridico occidentale "che le decisioni pubbliche perseguano una razionalità trascendente le esigenze di soddisfacimento degli interessi particolaristici"[56]. L'interesse nazionale o statale, infatti, non è stato inteso come "la semplice sommatoria degli interessi individuali o delle varie comunità particolari, ma come un interesse affatto autonomo, che trascendesse quelli particolari, pur riassumendoli tutti in se stesso"[57]. Per questa ragione, il dispositivo concettuale dello Stato moderno si regge su un principio di separazione tra Stato e società, di modo che l'unica punto di contatto tra lo Stato e la realtà sociale sottostante si realizza, tramite la rappresentanza (parlamentare), nel momento legislativo, ristretto però alla "società che conta"[58]. Lo stesso caposaldo giuridico del principio di eguaglianza formale, che si riflette nei requisiti di generalità e astrattezza della legge, ostacola il riconoscimento della specificità di corpi intermedi e locali[59]. L'imperativo della separazione Stato-società inibisce o quanto meno limita l'espressione, da parte delle istituzioni politiche, delle peculiarità etico-sociali del territorio, dovendo quelle piuttosto, in fedeltà al principio rappresentativo, trascenderne gli interessi particolari. Non vi possono cioè essere, su di un piano qualitativo, differenti società cui far corrispondere specifica rappresentazione, sicché la rappresentanza nazionale, anche laddove non sia l'unica, prevale e auto-assume la qualifica esclusiva e impareggiabile di sovrano[60].

Se infatti l'autonomia politica è costruita ogni volta a partire da quella individuale, gli ingredienti o i formanti (le volontà individuali, appunto) del livello più ampio di mediazione rappresentativa sono gli stessi di quelli che compongono il più "basso", sicché, fatalmente, le autonomie intermedie risultano fagocitate o pretermesse e l'individuo stesso, comprensibilmente, concentra le sue aspettative e il suo interesse sull'entità più grande e potente tra quelle che - è questo il punto! - in *un medesimo modo* ha contribuito a generare. Non siamo dunque di fronte a un'autonomia politica che parta, per valorizzarle, da articolazioni già raggiunte e organizzate; essa semplicemente ripete uno stesso schema costitutivo che, muovendo dalle volontà individuali, porta all'unica espressione veramente e razionalmente generale[61]. Non a caso, quando la fiducia nello schermo rappresentativo si incrina, il conseguente senso di disaffezione tende a travolgere indistintamente tutti i livelli in cui il politico si articola.

Quanto detto fin qui non porta a escludere che, all'interno di questo dispositivo concettuale, siano configurabili "corpi politici" a base territoriale diversi dallo Stato, a cui peraltro restano incontestabilmente subordinati. Già in Hobbes se ne trova un, forse sorprendente, riscontro. Nel capitolo XXII del libro II, il filosofo inglese distingue il "sistema" regolare, dotato di assolutezza e indipendenza, che è (solo) lo Stato, dai "sistemi" dipendenti e subordinati, "istituiti per autorità del potere sovrano dello Stato"[62]. Come puntualizza Hobbes, "nei Corpi politici, il potere del rappresentante è sempre limitato, e ciò che ne definisce i limiti è il potere sovrano. Il potere illimitato è, infatti, la sovranità assoluta, e in ogni Stato è il sovrano il rappresentante assoluto di tutti

ultimi se non nella misura in cui quegli glielo consentirà"[63]. Non v'è perciò, in capo ai corpi politici, alcuna sostanza originaria da cui possa trarsi una pretesa di riconoscimento; ciò che vale è un'insindacabile - e sempre revocabile - logica autorizzatoria, saldamente governata dal rappresentante (sovrano) dello Stato[64]. Non possono coesistere, entro uno Stato, "due assemblee sovrane o due sovrani sullo stesso popolo, cosa che non può accordarsi con la pace di quest'ultimo. Pertanto, dove c'è già una sovranità, non può esservi rappresentanza assoluta del popolo che mediante essa"[65]. Il popolo stesso "non può scegliere i propri deputati per scopi diversi da quelli espressi nel documento ad esso diretto dal suo sovrano"[66]. Possiamo scorgere qui, *in nuce*, la struttura per attribuzioni che governa le autonomie politiche entro lo Stato democratico moderno.

Non molto cambia con Rousseau[67]; e nemmeno, su un piano storico, con la rivoluzione francese[68]. Per Rousseau, la sovranità è inalienabile e indivisibile, perché "o la volontà è generale o non è tale; essa o è quella del corpo popolare o solo d'una parte. Nel primo caso questa volontà dichiarata è un atto di sovranità e fa legge; nel secondo non è che una volontà particolare o un atto di magistratura; tutt'al più un decreto"[69]. Rousseau si colloca fermamente su una trincea ostile ai corpi intermedi, deprezzati al pari di fazioni, in quanto "la volontà di ciascuna di queste associazioni diventa generale rispetto ai suoi membri, e particolare rispetto allo Stato (...) Importa dunque, per avere veramente l'espressione della volontà generale, che non vi siano società parziali nello Stato, e che ogni cittadino non pensi che con la sua testa"[70]. Su questi presupposti, l'istanza partecipativa, che pure anima l'intera costruzione del Ginevrino, si compie entro uno Stato piccolo[71], piuttosto che in uno suddiviso in entità autonome. La logica centripeta della sovranità è insomma così condizionante che, per garantire la partecipazione democratica, si deve percorrere la via della frammentazione in Stati piccoli, anziché quella del riconoscimento di sfere di autonomia entro un'unità di tipo statale. In questa impostazione si vede all'opera un principio che è stato definito di semplificazione: "l'autorità sovrana è semplice e una, e non si può dividerla senza distruggerla. (...) una città non può, più che una nazione, essere legittimamente soggetta a un'altra, perché l'essenza del corpo politico è nell'accordo dell'obbedienza e della libertà, e queste parole *suddito* e *sovrano* sono correlazioni identiche, la cui idea si riunisce sotto l'unica parola *cittadino*" [72].

3.1. Un'altra idea di autonomia politica nella modernità: trincee di resistenza.

Se quella descritta è la linea di pensiero affermatasi, su un piano storico e concettuale, non mancano tuttavia, entro la modernità politica e giuridica, posizioni che interpretano diversamente l'autonomia politica[73]. Sul tronco di una di queste impostazioni critiche - l'istituzionalismo - che recupera una visione premoderna (o comunque altra, rispetto a quella illuministica[74]) del

Romano, che dell'istituzionalismo italiano è l'esponente più autorevole, oltre a un'accezione ampia e generica di autonomia ("ogni possibilità di autodeterminazione e, quindi, le capacità attive, i poteri, i diritti soggettivi"), vi è un significato specifico, che corrisponde alla "potestà di darsi un ordinamento giuridico" o, in un senso oggettivo, "il carattere proprio di un ordinamento giuridico che individui o enti si costituiscono da sé, in contrapposto al carattere degli ordinamenti che per essi sono costituiti da altri"[76]. È significativo notare come S. Romano sleghi la qualità dell'autonomia dall'elemento volutaristico, che invece egemonizza l'ottica moderna, potendo l'autonomia stessa svilupparsi anche in modo "anonimo", mediante cioè "consuetudini" o, seconda la categoria della dottrina tedesca, mediante la "observanz"[77]. Si tratta, ad ogni buon conto, di un'autonomia, per così dire, moderata o relativa, che non nega e anzi riconosce espressamente le ragioni del livello statale, sintetico[78].

Il costituente Aldo Moro, pure non inquadrabile entro un alveo "istituzionalistico", in un suo corso universitario di filosofia del diritto, definiva fonte del diritto quel "tipico processo attraverso il quale si viene formando la regola sociale obbligatoria e che è, secondo quanto appunto si assume, o di formazione spontanea ed irriflessa (consuetudine), o di formazione volontaria ed artificiosa ad opera dei competenti organi costituzionali". Moro accorda una preferenza alla prima modalità di formazione (irriflessa), che "richiama in modo molto espressivo quella libera realtà della vita giuridica, che è poi la vita giuridica vera", mentre la seconda "condensa, come può, esperienze di quella realtà sottostante e le offre come un dato sussidiario, per indirizzare l'azione"[79], perché "il diritto non è una fonte normativa autonoma, posta, non si sa dove, nella vita dello spirito pratico. Non è una mostruosa ed onnipotente volontà dello Stato, forte nel comando (...) Esso è nelle sue linee essenziali un momento della vita morale, il quale può realizzarsi nei più diversi ambiti sociali con mutamento di caratteristiche accessorie, ma restando intatta la sostanza"[80].

Non si tratta dell'unica - né della prima - linea critica rispetto all'autonomia ricavata dal giusnaturalismo moderno. Già in Hegel, in contrapposizione a un'idea moderna, giudicata ingannevole, di libertà (che infatti legittima il potere assoluto del sovrano) e al conseguente modello di rappresentanza politica, si trova sviluppata l'idea per cui "nella società, al di là delle molteplici e indefinite differenze di singoli, hanno luogo differenze determinate che riguardano le cerchie in cui i singoli vivono, lavorano, partecipano alla vita comune; e queste *determinate differenze* sono quelle che non possono non avere un significato politico, non in quanto siano assunte immediatamente, sulla base di un mandato imperativo, ma in quanto le decisioni politiche devono essere prese tenendo conto e con la partecipazione attiva delle cerchie attraverso i loro rappresentanti"[81]. Su queste basi, la libertà e l'autonomia politica sono possibili solo attraverso l'espressione delle "cerchie" sociali, anziché la loro neutralizzazione pubblica. Le articolazioni intermedie, oltre le differenze individuali, devono dunque trovare posto e riconoscimento in un'architettura politica che voglia preservare la libertà.

Il limite di un'autonomia politica costruita sul calco dell'autodeterminazione individuale è stato lucidamente e combattivamente

suffragio universale, si può tranquillamente affermare che tutto si svolgerà nel senso dell'indivisione. Poiché il popolo è la collettività che racchiude in sé tutta l'autorità e tutto il diritto, il suffragio universale, per essere espressione sincera del suo significato, dovrà per quanto possibile essere lui stesso indiviso (...) Da questo scrutinio indiviso nasce dunque un'assemblea indivisa, che delibererà e legiférerà come un solo uomo. In caso di disparità di pareri, è la maggioranza a rappresentare, senza sentirsi limitata, l'unità nazionale. Da questa maggioranza uscirà a sua volta un governo indiviso che, derivando i suoi poteri dalla nazione indivisibile, è chiamato a governare e ad amministrare collettivamente ed unitariamente, senza spirito di localismo né forme di campanilismo. È così che il sistema di centralizzazione, di imperialismo, di comunismo, di assolutismo - tutti questi termini sono sinonimi - scaturisce dall'idealismo popolare; è così che nel patto sociale, concepito alla maniera di Rousseau e dei giacobini, il cittadino si dimette dalla sua sovranità ed il comune, e sopra al comune il dipartimento e la provincia, assorbiti nell'autorità centrale, non sono altro che agenzie sotto la direzione immediata del ministero"[82]. Per Proudhon la democrazia rischia così di pervertirsi, fino a divenire "partito reazionario. E siccome la Nazionalità, nel senso in cui la comprende e l'interpreta la Democrazia, ha per corollario l'*Unità*, essa ha messo il sigillo alla sua abiura, dichiarandosi definitivamente potere assoluto, indivisibile ed immutabile"[83]. La democrazia, tradita da questa ossessione di "indivisione", trascolora in reazione, abiurando se stessa.

L'approccio di Hegel e quello di Proudhon alzano il livello della critica fino a investire il principio cardine della separazione Stato-società. Proudhon, che significativamente è annoverato tra i precursori del principio di sussidiarietà[84], muove dal riconoscimento della consistenza istituzionale della "realtà sociale", la cui storia e perfino "intelligenza" non si riducono a quelle delle singole individualità[85]. Su queste premesse, egli, come pure Hegel, si oppone alla esasperata contrattualizzazione della società, la quale non è "seulement conventionnelle, mais réelle", essendo cioè sostanziata dalla "division du travail" e dalla "unité de l'action collective"[86]. L'autonomismo federale di Proudhon oppone dunque un rifiuto consapevole alla riduzione della complessità sociale a componenti soggettive e volontaristiche[87], come nel contrattualismo di Hobbes e di Rousseau: "l'errore di Hobbes è stato (...) quello di aver situato le relazioni intersoggettive in un vuoto giuridico e insieme morale, e di avere preteso di colmarlo solo con la forza egemonica dello stato"; "il contratto di Rousseau è (...) astratto, non sa comprendere tutta una serie di forze reali della esperienza che vengono sostituite con una generica definizione del cittadino e con un'idea di comunità considerata come una fusione di coscienze e di valori imposta da una volontà generale egemonica. Nella definizione di questa comunità, «pas un mot ni du travail, ni de la propriété, ni des forces industrielles, que l'objet du Contrat social est d'organiser. Rousseau ne sait ce que c'est l'économie. Son programme parle exclusivement de droits politiques; il ne reconnaît pas de droits économiques»"[88].

La pretesa riduzione dello scenario politico a un rapporto tra individui e Stato genera un vuoto in cui l'autonomia non trova il terreno in cui radicarsi. Quando invece si parta dalla struttura sociale reale, non si può pretendere di mantenere l'assetto istituzionale immunizzato dalle matrici sociali[89]. L'ordine sociale va allora pensato come il prodotto di forze collettive che hanno una

anche funzionali a contrastare la pretesa egemonica del potere politico[90]. Questo non significa che Proudhon predichi, come talvolta gli viene imputato, un integrale autogoverno sociale, posto che "sans gouvernement, la société tombe au-dessous de l'état sauvage: pour les personnes, point de liberté, de propriété, de sûreté; pour les nations, point de richesse, point de moralité, point de progrès"[91]. Egli auspica piuttosto la collaborazione e una reciproca sorveglianza tra componenti sociali e politico-istituzionali dell'ordine[92].

Il filosofo di Besançon ha infatti elaborato una *pars construens* retta dal principio federativo, in cui l'unità politica non è perseguita per cancellazione delle realtà preesistenti o attraverso una palingenesi sociale ed istituzionale, e nemmeno nella forma di un'entità superiore alle parti costitutive[93]. Egli propugna piuttosto "un contratto sinallagmatico e commutativo, stipulato per uno o più oggetti determinati, ma la cui condizione essenziale è che i contraenti si riservino sempre una parte di sovranità e di azione superiore a quella a cui rinunciano"[94]. La costruzione dell'autonomia politica, in capo alle istituzioni, non svuota dunque, come accadeva nel processo hobbesiano di autorizzazione, l'autonomia sociale, né si sostituisce integralmente ad essa nemmeno per lo svolgimento dei compiti di rilievo pubblico.

4. L'irruzione dei partiti nel discorso sulla rappresentanza: critica e rivalutazione. Cenni.

Lo schema concettuale dello Stato moderno prevede - lo si è visto - una rappresentanza non di parti, ma espressione della collettività unificata. Rispetto a questo, un fattore di novità dirompente e di crisi è stato storicamente determinato, com'è noto, dall'avvento dei partiti. Questi possono infatti inoculare entro il corpo politico un germe letale di frammentazione della volontà generale. L'impatto della loro presenza ingombrante nella sfera pubblica ha, per questo, suscitato reazioni allarmate nella dottrina giuspubblicistica che vi ha visto, soprattutto con Schmitt e, con toni diversi, Leibholz, la traccia di un'alterazione profonda della forma dello Stato liberale moderno.

Costantino Mortati è, in Italia, il costituzionalista di riferimento di una cultura giuridica che ha avviato un processo, peraltro contrastato, di riconsiderazione e rivalutazione del ruolo dei partiti per il mantenimento e la promozione dell'unità dello Stato, ribaltando la tradizionale accusa che essi siano fattori di dissoluzione[95]. Anche in prossimità dei lavori dell'Assemblea costituente, Mortati, con riferimento alla struttura bicamerale del Parlamento, sosteneva la necessità di "operare un'integrazione del suffragio tale da far pervenire ad espressione tutti gli interessi socialmente rilevanti e farli armonicamente confluire alla determinazione dell'indirizzo politico"[96]. L'intermediazione partitica, per Mortati, "lungi dal porsi come diaframma ostacolante l'aderenza del popolo allo stato, secondo quanto riteneva l'ideologia liberale, è rivolta a potenziare l'efficienza dell'azione della società sullo stato, ad agevolare quel dialogo fra elettori ed eletti"[97]. Lo Stato inizia così a fare i conti, sul piano

contempo, preziosi organizzatori.

In Kelsen, la rivalutazione descritta si compie in modo ancora più radicale. La rappresentanza partitica diventa addirittura il proscenio di un compromesso, non più temuto, bensì valorizzato come la possibilità residua, per i cittadini, di far valere i propri interessi e dunque, per quanto ci interessa, come condizione di un'autonomia politica concretamente possibile[98]. Poiché la volontà generale "non può essere che la risultante, il compromesso fra interessi opposti" [99], nel Parlamento deve confluire la varietà degli interessi che agitano la società, anziché prodursi una loro immunizzazione[100]. In questo modo, "l'idea della rappresentanza-rispecchiamento, che era rimasta latente durante il dominio della sovranità-rappresentanza nazionale, diventa dunque centrale. (...) Il rispecchiamento non è più distruttivo, come temevano le élites liberali, ma è la nuova forma efficace della rappresentanza"[101].

Con questi presupposti, il parlamentarismo appare la forma possibile di una democrazia ispirata dall'idea dell'autonomia politica[102]. Kelsen rinviene l'essenza del parlamentarismo al di fuori ormai della "finzione della rappresentanza"[103], come "il necessario compromesso fra l'idea semplicistica della libertà politica e il principio della differenziazione del lavoro"[104]: "qua non è l'interesse di un solo gruppo che diviene volontà dello Stato. Questa volontà è determinata da una procedura nella quale gli interessi di diversi gruppi organizzati in partiti entrano, come tali, in una lotta che termina in un compromesso. Ma se la volontà dello Stato non deve esprimere l'interesse unilaterale di un partito, bisogna che venga garantito che possibilmente tutti gli interessi di partito possano esprimersi ed entrare in concorso, affinché il compromesso finale intervenga fra di loro"[105]. I partiti sono il soggetto specificamente deputato a rendere praticabile questa forma, necessariamente mediata e approssimata, di autonomia politica. Essi rispecchiano la pluralità, ma al contempo ne riducono la complessità in una misura che rende possibile l'unità. La loro prestazione è insomma unitaria e principalmente nazionale[106].

Non è certo questa la sede per ripercorrere una vicenda tanto complessa e studiata come il rapporto tra rappresentanza politica e partiti. La conclusione parziale che interessava evidenziare può essere così formulata: i partiti - questa è la grande novità - preparano a - e non pregiudicano - la sintesi (o il compromesso) politica. Questo significa che l'unità politica può finalmente alimentarsi - o almeno essere compatibile con il rilievo politico - di parti distinte e finanche conflittuali[107]. Che riflesso può avere questa consapevolezza, pur contrastata, sulla posizione delle autonomie politiche territoriali?

Ancora in Kelsen troviamo elementi utili per affrontare quest'ultima questione: le procedure finalizzate al compromesso si devono necessariamente svolgere entro un ambiente in cui "maggioranza e minoranza debbono potersi *capire* fra di loro"; ciò implica "una collettività relativamente omogenea dal punto di vista della civiltà e, soprattutto, una lingua comune. Se la Nazione è in primo luogo una comunanza di *civiltà* e di *lingua*, il principio di maggioranza assume il suo pieno valore soltanto nell'ambito di un *corpo nazionale unitario*, e ne consegue per lo meno che nelle collettività transnazionali o internazionali,

questioni di cultura nazionale deve essere sottratta al parlamento centrale e lasciata alla «autonomia», vale a dire ai corpi rappresentativi delle comunità propriamente nazionali organizzate secondo il principio di *personalità* (gruppi parziali)"[108]. L'omogeneità necessaria al compromesso è dunque declinata in termini riduttivi e, al contempo, generici. Con essa non si afferma in senso proprio un'istanza autonomistica, ma, più semplicemente, una condizione di relativa omogeneità etnico-culturale. Non è messo in discussione il principio di maggioranza come veicolo dell'autonomia politica, ma la sua "eccessiva *centralizzazione*"[109].

Più recentemente, Boeckenfoerde è giunto, per itinerari differenti, a una non dissimile conclusione circa la necessità di una "relativa omogeneità" e di un "peculiare substrato contenutistico", come base imprescindibile per un'organizzazione democratica dello Stato e per l'accettazione serena del principio di maggioranza[110]. Laddove questa "comunanza pre-giuridica" faccia difetto, "la soluzione più ovvia è il riconoscimento di ambiti di autonomia - e quindi, un limitato decentramento del potere democratico generale dello Stato"[111]. Si tratta però, per Boeckenfoerde, come attesta l'uso prudente dei termini, di meri correttivi che non alterano, ma anzi confermano e consolidano la logica della rappresentanza politica nazionale[112]. L'uguaglianza, nella sua declinazione democratica, è infatti interpretata come "specificata", non universale, avendo come "punto di partenza (...) l'appartenenza alla comunità politica del popolo dello Stato"[113].

5. La Costituzione italiana: il popolo plurale e la democrazia del lavoro.

Rispetto a un'idea di unità del popolo consegnata alla mediazione rappresentativa del Parlamento, la Costituzione pone le basi per una profonda problematizzazione[114]. A partire dal riconoscimento dell'identità relazionale della persona, cardine del principio personalistico, la Costituzione mira a dare espressione nello spazio repubblicano, e finanche nelle forme della rappresentanza[115], alla ricchezza delle articolazioni sociali e istituzionali, che strutturano pluralisticamente il popolo. La Costituzione non interpreta il popolo come entità astratta o ideale, e neppure come mera sommatoria di individui, unificati dal solo rapporto con lo Stato, bensì come un soggetto reale, organizzato in concrete articolazioni ed espressioni pluralistiche che trovano un riconoscimento sin nei principi fondamentali: formazioni sociali (art. 2), autonomie territoriali (art. 5), comunità linguistiche (art. 6), confessioni religiose (artt. 7 e 8), ecc...

I costituenti, o almeno una parte influente di essi, nutrivano la consapevolezza che il carattere pluralistico e pure, benché parzialmente, autonomamente organizzato del popolo sovrano non fosse integralmente espresso dal circuito della mediazione partitica, sia per la sussistenza di interessi non immediatamente politici, sia per un difetto di chiusura oligarchica dei partiti medesimi. Occorreva, dunque, da un lato, "aprire" il sistema partitico,

agibili canali differenti di rappresentanza-rispecchiamento e di partecipazione democratica del popolo. In questo modo, il pluralismo sociale non si riduce, nemmeno dentro la sfera pubblica, a quello veicolato e "normalizzato" dalla rappresentanza politica nazionale.

Entro questo quadro, occorre verificare lo spazio disponibile alle autonomie politiche territoriali. Non v'è dubbio che la mediazione partitica e rappresentativa si ripresenti anche a livello territoriale; ciò nondimeno, essa deve essere pensata e organizzata in modo tale da non entrare in contraddizione con l'innovativa aspirazione al rilievo politico del pluralismo sociale cui il principio di sussidiarietà (già implicito nel testo costituzionale del 1948) dà fondamento^[116]. L'unità di un popolo articolato e capace di organizzazione, anche politica, è infatti affidata a processi di convivenza e cooperazione delle espressioni plurali del popolo stesso di cui la Costituzione traccia le coordinate essenziali^[117], secondo un impianto personalistico-comunitario che legge nella democrazia il "regime che poggia sulla responsabilità e sull'organizzazione funzionale di tutte le persone costituenti la comunità sociale"^[118]. In questo sistema si aprono spazi inediti per l'autonomia politica e, insieme, per l'autogoverno locale. Peraltro - sia detto per inciso - la riforma attualmente in discussione del Senato, riprogettato perché sia espressivo delle autonomie politiche territoriali pur entro un quadro di rappresentanza nazionale, potrebbe andare, tardivamente e molto ambiguamente^[119], nella direzione di prevedere sedi istituzionalizzate di una cooperazione finalizzata all'unità del popolo plurale.

Si possono quindi cogliere, dal testo costituzionale, le basi di un'evoluzione possibile verso un federalismo di marca cooperativa^[120]. Non sorprende che una simile evoluzione, quando sia riguardata alla luce del dispositivo della democrazia rappresentativa dello Stato moderno, sollevi il problema di un possibile contrasto con "la struttura costituzionale democratica"^[121]. E, da questa prospettiva, si cercano rassicurazioni nella comune legittimazione democratica degli attori coinvolti nel federalismo partecipativo^[122], nonché, significativamente, nell'uniformità garantita dai partiti politici, che agiscono a livello federale e territoriale^[123]. Ciò che, nell'ottica del federalismo "integrale" (in quanto sociale, oltre che istituzionale) della Costituzione italiana appare piuttosto come un limite, e cioè l'omogeneizzazione centripeta prodotta dal sistema partitico, è qui declinato in termini di garanzia positiva del "carattere nazional-unitario" dell'ordinamento dello Stato federale^[124].

Non è possibile scindere la ricostruzione dello spazio riservato all'autonomia politica territoriale dalla interpretazione che la Costituzione offre complessivamente della democrazia. Si deve dunque partire dall'accezione di democrazia fondata sulla cooperazione dei cittadini, attraverso le loro espressioni sociali e istituzionali, di cui il lavoro è, nella Costituzione, formula riassuntiva e insieme simbolo, e per la quale può tentarsi il recupero di un termine, certo polisenso, come quello di *autogoverno*^[125]. Recuperando questo lemma, si vuole alludere a un'idea di democrazia che non si riduce alla dinamica di investitura delle istituzioni elettive, ma che si irradia sui soggetti e sui compiti della società, secondo il principio lavoristico e quello, ad esso

"spessa", perché radicata nella profondità dei rapporti sociali ed economici, laddove si può e si deve rendere possibile la partecipazione, e cioè l'apporto creativo, di ogni singola persona, portatrice di una irriducibile unicità, cui si accompagna una vocazione sociale da riconoscere e promuovere. Come dice l'art. 4, "ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società".

Una democrazia così intesa non è astretta entro l'ambito istituzionale del potere pubblico, ma si diffonde in tutte le sfere dell'agire sociale, entro cui la partecipazione - resa feriale - dei cittadini offre loro una possibilità concreta di contribuire a ordinare i rapporti sociali. La nostra Costituzione interpreta dunque la democrazia non solo e non tanto nella sua dimensione più visibile, quella del potere - scandita in elezioni, partiti e istituzioni -, ma anzi tutto come la capacità del corpo sociale di costruire, in alleanza essenziale con le istituzioni, uno stile cooperativo di convivenza, orientato al "pieno sviluppo della persona umana" (art. 3, c. II, Cost.).

Tale idea di democrazia appare molto più esigente di quella che impronta la modernità, ispirata dal giusnaturalismo liberale. Nella versione costituzionale, infatti, lo spazio pubblico non è abitato solo dai rappresentanti, autorizzati da individui uguali e reciprocamente indipendenti, ma è aperto alla partecipazione delle articolazioni plurali, sociali e istituzionali, del popolo sovrano. La democrazia si giova così dell'esercizio, in un orizzonte di corresponsabilità^[127], di tutte le libertà, non solo di quelle immediatamente politiche^[128]. Esse veicolano infatti un potenziale di auto-organizzazione del corpo sociale che si innerva negli ambiti della società e dell'economia, oltre che, naturalmente, in quelli specificamente politici^[129].

In questa idea, radicata, in senso proprio, di democrazia occorre ricostruire lo spazio rimesso anche alle autonomie politiche territoriali. In coerenza con il quadro tracciato, si può affermare che a queste sia affidato il compito essenziale di offrire una struttura di cerniera tra il livello sociale della partecipazione e quello istituzionale e dunque di operare una saldatura tra i profili orizzontale e verticale della sussidiarietà^[130].

6. L'autonomia politica nella prospettiva comunitaria della Costituzione.

Entro la prospettiva democratica indicata, il concetto di autonomia politica riceve una coloritura originale, che è bene sintetizzata dalla qualifica di "comunitaria", cui fa riferimento l'art. 3.1 del d.lgs. 267/2000: "le comunità locali, ordinate in comuni e province, sono autonome"^[131]. Le basi normative su cui appoggiare questa lettura, costituzionalmente ispirata, dell'autonomia politica non mancano e risiedono principalmente, oltre che nel fondamento della Repubblica democratica sul lavoro e nell'istanza partecipativa che l'art. 3, c. II, Cost. diffonde sui diversi livelli (politico, economico e sociale) della

riguardo agli enti territoriali, su cui qui si concentra l'attenzione, negli articoli 5 e 114[132].

La dottrina costituzionalistica ha invero tempestivamente colto le implicazioni della concezione costituzionale dell'autonomia politica territoriale. Emblematico di questa lucida consapevolezza, anche in considerazione dei tempi, è il commento di Giorgio Berti all'art. 5 della Costituzione[133]. È stato proprio il Berti a recuperare il lemma "autogoverno" nell'accezione che qui si intende riproporre: "al fondo dell'idea di autonomia vi è sempre un principio di autogoverno sociale ed ha senso introdurre una autonomia sul piano istituzionale in quanto sia sicuro che essa serve a vivificare la partecipazione sociale"[134]. Ecco tracciato il progetto di un ponte ideale che, dalla partecipazione sociale, conduce all'autonomia politica territoriale: "conferire autonomia alle regioni, alle province e ai comuni, altro non vuol dire che individuare degli strati comunitari, nei quali le collettività che si identificano per tradizione o per storia o per convenienza raggiungono un giusto livello di autogoverno o di autoamministrazione"[135].

Seguendo questo approccio, l'autonomia politica territoriale è valorizzata non semplicemente in un'ottica garantistica di divisione dei poteri[136], arricchita su base territoriale oltre a quella classica funzionale, ma nella prospettiva democratica di riconoscere canali plurali di espressione della sovranità di un popolo unitario, ma differenziato[137]. Anche C. Esposito ha utilizzato, a proposito della nozione di autonomia, la categoria di "autogoverno dei governati", perché vi "sia organizzata in maniera autonoma e libera la vita locale"[138] e per escludere che le autonomie locali siano "un mero espediente giuridico-amministrativo o un utile strumento di buona legislazione ed amministrazione"[139]. Non v'è dunque coincidenza tra le due prospettive sull'autonomia[140]: quella garantistica tende a privilegiare enti aventi una "propria dotazione rigida di attribuzioni, garantite nei confronti dello stato e degli altri enti - rispetto alle comunità, le quali hanno invece una maggiore propensione ad interagire dinamicamente, utilizzando l'autonomia come strumento per individuare e soddisfare interessi e bisogni e quindi anche come mezzo per ricercare relazioni e intese con gli altri centri di governo che possono cooperare alla realizzazione di obiettivi (in parte almeno) comuni"[141].

Il disegno costituzionale sulle autonomie territoriali non appare lontano dalla proposta, elaborata sul piano scientifico da P. Haeblerle, di un federalismo di tipo culturale, in quanto si ritiene che lo Stato federale possa raccogliere ed esprimere la varietà di iniziative culturali, speranze ed aspirazioni delle diverse comunità che sono chiamate a coesistere entro il popolo[142]. Sul piano filosofico, un progetto di federalismo culturale, su scala europea, è stato sviluppato da Denis de Rougemont a partire dalle premesse antropologiche del personalismo comunitario[143]. Ciò che avvicina questo approccio alla Costituzione è la ricerca di un fondamento antropologico-culturale, che è "ponte verso la sussidiarietà", per uno Stato di tipo federale, pensato come luogo atto a favorire la creativa espressione e il tessuto di corresponsabilità delle comunità e delle rispettive culture, come fatto di libertà e insieme di solidarietà[144].

unitaria, peraltro inequivocabilmente affermata dalla Costituzione, e nemmeno impedisce di ricostruire un quadro di limiti per le autonomie territoriali^[145]. All'interno della prospettiva assiologica del personalismo, entro cui si innerva questa accezione comunitaria, il concetto di autonomia trova una solida barriera rispetto alla degenerazione nell'esaltazione di un localismo chiuso in se stesso^[146]. In un pensiero relazionale, quale quello personalistico, l'autonomia di un soggetto si conquista e si svolge solo nella direzione dell'apertura all'altro e dunque si raccorda senza contraddizione con i diversi livelli in cui si articola. L'autonomia collettiva è infatti sostegno del processo di promozione dell'autonomia personale e su questo metro va, in ultima analisi, sempre commisurata. Essa si sviluppa allora su piani differenti, senza che alcuno di questi (fosse pure lo Stato, come riconosce l'art. 11 Cost.) possa pretendere di ricapitolare in modo definitivo il processo. Il localismo invece, al pari di ogni comunitarismo, parte pur sempre dal riconoscimento della relazione, polemizzando su questo con l'individualismo liberale, ma pretende poi di dare a questa relazione un confine angusto o comunque ultimativo. Quando, in nome di un'accezione conchiusa dell'autonomia, si pretenda di perseguire il ripristino, per le comunità territoriali, di condizioni immaginarie, mitiche, di un'identità non contaminata e autosufficiente, ciò finisce con il dare l'innescò a un moto ricorsivo di distinzione o separazione che non si arresta dinanzi alla diversità ospitata entro il singolo Stato^[147], ma si riproduce dinanzi all'inevitabile differenza endo-regionale e poi ancora a quella endo-comunale, per "aggregare" infine le unità ancora più piccole, posto che anche queste sono comunque portatrici di differenze. La prospettiva identitaria è contraddittoria rispetto al principio autonomistico o tutt'al più stringe con questo un'alleanza strumentale, in funzione di frammentazione, e quanto mai precaria.

L'idea di limite può essere considerata contraddittoria rispetto al principio di autonomia solo se si muove da un concetto immaginario di libertà, astratto cioè dalle condizioni reali di dispiegamento^[148]. Non reale è dunque, piuttosto, un'idea di libertà che avverta come limitante il rapporto con l'altro, tanto più se questo limite sia considerato come sopravvenuto e non originario^[149]. Non v'è contraddizione tra libertà e finitudine e dunque tra autonomia e finitudine^[150]. Quando la libertà sia intesa come assenza di condizionamento, "una tale assolutezza (...) non può trovare concretizzazione nell'esperienza dell'uomo, poiché la sua struttura *finita* implica sempre l'esistenza di qualcosa di «altro» o di «ulteriore»"^[151]. L'alterità avanza una pretesa di riconoscimento, di libertà e di autonomia, identica a quella del soggetto che si pone come autonomo. Questo può dirsi tanto per il singolo uomo, quanto per le entità collettive, posto che anche l'identità collettiva si rapporta alle altre soggettività nello spazio e nel tempo, modificandosi di continuo. L'alterità si insedia dunque già nella struttura del soggetto^[152]; a maggior ragione nelle autonomie collettive, la cui identità, costitutivamente plurale, nasce da una storia inconclusa di incontro/scontro tra diversi.

È dunque necessario liberarsi dall'infondata correlazione o addirittura identificazione tra autonomia (libertà) e assolutezza^[153]. Il riconoscimento dell'autonomia non significa negazione della struttura di limiti e soprattutto di raccordi/relazioni^[154]. Perfino la sovranità, al di là della sua rappresentazione, non è assenza di limiti giuridici^[155]. L'ordinamento deve pertanto organizzare

collettive dentro l'unità politica repubblicana e il principio che alimenta l'autonomia è proprio l'idea di convivenza e di cooperazione della pluralità^[156].

In questa visione, costituzionalmente orientata, di cui G. Berti è stato acuto interprete, "le autonomie territoriali si impiantano immediatamente nel corpo sociale, non hanno bisogno della mediazione della persona giuridica statale, per essere legittimate ad agire nell'interesse delle rispettive comunità" ^[157]. La società è capace di organizzazione "oltre che nelle formazioni associative spontanee, anche politicamente attraverso le regioni, le provincie, i comuni. La società, attraverso dette forme politico-giuridiche, riesce ad esprimere da se stessa, senza l'intermediazione dei poteri statali, una politicità di tipo locale, così che lo stato non è più l'unica espressione politica della nazione" ^[158].

A conferma dell'originalità dell'impostazione costituzionalistica, potenzialmente rivoluzionaria^[159], Berti distingue il concetto di nazione da quello di comunità: "la nazione è una sintesi ideale di valori, di connessioni di carattere storico, etnico, geografico, un'immagine del pensiero piuttosto che qualcosa di reale e di verificabile giorno per giorno. La comunità, dove gli uomini si collegano spontaneamente, per una convergenza quasi naturale di interessi spirituali e di tipo economico, è invece una realtà vissuta, anche se non sempre consapevolmente"^[160]. La nazione, in quanto entità astratta, si esprime - e non può che esprimersi - tramite il rappresentante^[161]; la comunità è invece costruita e intessuta da una trama quotidiana di relazioni che penetrano la sfera pubblica: "la costituzione ha dato rilievo all'idea di una organizzazione politica che si fa partendo dalle comunità locali, anziché dal vertice della nazione. La nazione è sempre legata ad una concezione autoritaria dello stato, perché implica un'armatura autoritaria per tradursi in un ordinamento e mantenersi come sintesi di valori anche nella realtà della vita politica. Al contrario, gli enti locali, essendo espressione delle comunità, presupporrebbero una società locale che consapevolmente prende corpo ed esprime una sua politicità"^[162].

Nel sistema costituzionale, la democrazia non si accontenta dunque, come si è rilevato, di permeare la struttura istituzionale, ma si innerva e si produce nei processi sociali ed economici e attiene all'organizzazione degli stessi^[163]. Con ciò non si avanza certo un'istanza spontaneistica che tenda ad espungere la dimensione istituzionale. L'istituzionalizzazione vale infatti a dare veste all'ordinamento del corpo sociale, impedendo che esso si cristallizzi in forma di rapporti squilibrati, tra soggetti cioè in condizione di potere (privato) e altri in stato di soggezione; anziché per il tramite di relazioni promozionali di libertà, eguaglianza e partecipazione, ai sensi dell'art. 3, c. II, della Costituzione. Questa essenziale dimensione istituzionale dell'autonomia non può però bastare, se le è sottratto il sostegno della materia sociale ed economica, di cui il lavoro è espressione sintetica. La riscoperta del principio di sussidiarietà, pur iscritto originariamente nel corpo della Costituzione, rilancia l'accoglimento e la traduzione concreta di questo orientamento assiologico. Se questo raccordo tra materia sociale ed economica e autonomia politica non è mantenuto^[164], l'autonomia rischia di rinsecchire entro il volere di un organo rappresentativo deliberatamente separato dallo svolgimento della vita sociale. L'ordine tende

posta al di fuori di ogni corrispondenza con l'azione e l'autonomia sociali. Tra le forme dell'autonomia politica e quelle sociali vi è, nell'assiologia costituzionale, un nesso di correlazione, essendo le prime strumenti di promozione graduata delle seconde e le seconde l'incubatrice delle prime[165]. Così, quando alle comunità territoriali sia precluso l'ordinamento delle sfere sociali ed economiche, la partecipazione istituzionale si svuota e rischia di apparire priva di incidenza sulla realtà[166]. Svanisce ogni dimensione di autogoverno, propriamente comunitario, della democrazia, quella per cui l'ordine politico scaturisce dal raccordo tra sistema istituzionale, forze collettive e partecipazione civica.

L'immagine di una democrazia costituzionale, in cui l'autonomia politica ha lo spessore dei rapporti sociali ed economici, è un ideale irriducibile alla democrazia diretta, come tradizionalmente intesa, che replica pur sempre la struttura individualistica e mediata della decisione, e perfino a quelle pratiche democratiche che si denominano "partecipative". Il limite di queste proposte teoriche o pratiche di democrazia partecipativa (e anche di quelle, parzialmente differenti, di democrazia deliberativa), che pure non riescono a rompere lo schermo rappresentativo[167], è che rischiano di restare "discorsi" o svolgimenti interni a una democrazia di investitura e disincarnata[168], la cui capacità di rappresentanza o rispecchiamento è ulteriormente indebolita dalla carenza di un sistema partitico su genuine basi territoriali. Resta vero che il contatto con gli interessi rilevanti, reputato un momento essenziale della democrazia partecipativa e da questa inteso come passaggio propedeutico, seppur con funzione consultiva, alla decisione politica, sembra comunque aprire a un riconoscimento, ancorché empirico e ambiguo, della "non unicità" del ruolo politico del rappresentante e della sua prossimità necessaria a presenze e relazioni vitali che manifestino disponibilità e corresponsabilità rispetto alla "città". Più ampie e promettenti sono le implicazioni ricavabili dalla riscoperta della sussidiarietà, in nome della quale l'interesse pubblico non è più "deciso" in atmosfera protetta da un soggetto autorizzato, investito da individui, ma è perseguito dai cittadini, singoli e associati, con forme di *agire* autonomo che sanno assumere, in alleanza con le istituzioni, la cura del bene comune.

Nell'aspirazione contenuta nell'impianto costituzionale verso una democrazia di "spessore", il politico, inteso come ordinamento dei rapporti sociali secondo un'ottica di bene comune, è dunque un'aspirazione propria della società, innervata nella stessa come sua esigenza; non è più funzione esclusiva delle istituzioni. Possiamo dire che il criterio capace di orientare il disegno delle istituzioni in senso democratico e autonomistico nasce dalle esigenze più complessive di organizzazione della società e di cooperazione tra le sue varie parti. In questo senso, purché non intesa in modo riduttivamente funzionalistico, la divisione del lavoro sta all'origine delle comunità politiche e della loro autonomia. E tuttavia questo legame appare indebolito e non certo scontato. Non ci si può nascondere che le condizioni di realizzabilità dell'idea costituzionale di democrazia sono rese complicate dalla frammentazione che investe ormai pienamente le articolazioni della società[169]. Le comunità possono apparire agglomerati occasionali di convivenze non interdipendenti, o almeno non più avvertite come tali. I "vicini" sono sentiti come elementi di maggior rischio e pericolo, perché l'interdipendenza opera su scala globale. A

descritto in termini di "liberazione dal territorio", in base al quale quest'ultimo è talora interpretato, nella pianificazione urbanistica, alla stregua di un nudo "sito", anziché come "luogo", e cioè come se fosse "puro supporto tecnico di attività e funzioni economiche, che sono localizzate secondo razionalità sempre più indipendenti da relazioni con il luogo e le sue qualità ambientali, culturali, identitarie"[170]. Anche i luoghi, cioè, investiti dalla trasformazione economica generata dalla modernizzazione, non esprimono più la diversità e le differenze culturali e naturali, e tendono a ripetere una forma "pervasiva, omologante, iterata nel territorio mondiale", distruggendo memorie e biografie del territorio e dissolvendo lo spazio pubblico[171]. Evidentemente, i problemi del territorio e della comunità politica "si intrecciano: la sparizione fisica dello spazio pubblico corrisponde alla perdita di potere sulla cosa pubblica da parte della comunità locale"[172]. Ciò nondimeno, nonostante lo scenario critico o avverso, taluno continua a ritenere possibile una solidarietà entro la comunità territoriale, magari in virtù di una sorta di principio di specializzazione o vocazione economica dei luoghi[173].

7. La vischiosità del dispositivo dello Stato moderno.

Seppur intrinseca al concetto di autonomia, e nonostante il sostegno dell'impalcatura personalistica della nostra Costituzione, questa prospettiva comunitaria si è rivelata di difficile attuazione per criticità fattuali cui si è fatta sommaria allusione e per la persistente vischiosità di una tradizionale rappresentazione dell'unità politica.

Se ne trae conferma dalla constatazione della difficoltà di abbandonare lo schema rappresentativo anche quando la dimensione del territorio di riferimento consentirebbe la sperimentazione di forme diverse di partecipazione. L'autonomia è cioè declinata e riprodotta in termini di moltiplicazione di assemblee elettive, tutte egualmente rappresentative[174], rasentando talora il paradosso, come quando si è trattato di dar vita a un organo di partecipazione dei quartieri alla vita politico-amministrativa dei Comuni[175]. Perfino le circoscrizioni di decentramento comunale sono infatti state pensate come piccoli parlamenti che riproducevano, in miniatura e dunque in modo grottesco, le dinamiche di potere e la pretesa di autosufficienza decisionale del livello nazionale. Anche nell'attuale fase di ridisegno, imposta da provvedimenti di natura finanziaria, di questi organi, che la legge espressamente qualificava "di partecipazione", raramente ci si è spinti fino a pensare forme di coinvolgimento delle realtà strutturate (sociali e istituzionali) delle comunità di riferimento e di valorizzazione della loro capacità e disponibilità di autogoverno[176]. L'autonomia locale continua cioè a essere progettata a calco dello stampino nazional-statale. Questo difetto di originalità ha aperto le porte alla presenza, incoraggiata dalla stessa legislazione[177], di liste partitiche uniformi a quelle nazionali in tutti i livelli dell'autonomia politico-amministrativa. L'uniformità partitica rappresenta uno dei processi capaci di svuotare l'autonomia politica dei territori, così come il sistema

della pubblica opinione. Proprio all'innesto della mediazione partitica nel tronco della rappresentanza era affidata, come si è visto, la possibilità, pur sempre concettualmente problematica, di veicolare un principio di pluralismo politico entro le istituzioni espressive dell'unità dello Stato. E tuttavia, rispetto al pluralismo e alle differenze delle autonomie politiche territoriali, tale vettore non ha garantito affatto questo esito^[178]. E se questi processi, che incidono in modo consistente sulla costruzione della sfera pubblica, non si svolgono in coerenza con l'assetto istituzionale autonomistico, come già notava D. Elazar in un illuminante studio sul federalismo^[179], a una struttura di tipo federale possono benissimo corrispondere dinamiche centripete che continuamente la smentiscono e svuotano.

Sembra anzi che l'autonomia politica locale possa essere risparmiata dall'ostilità che lo Stato moderno nutre verso i corpi intermedi laddove - e finché - si mantenga entro i confini dell'affinità rispetto allo Stato. Come argomenta Boeckenoerde, la collettività locale non è valorizzata in forza di "determinate caratteristiche personali (la professione), funzioni e interessi dei singoli o in forza di un raggruppamento su ciò fondato", ma in quanto "rappresenta piuttosto una generalità indistinta che si rifà all'appartenenza (...) al comune o alla circoscrizione intesi come unità amministrative e enti territoriali decentrati. (...) Risiede in ciò un elemento strutturalmente simile alla confederazione politica dello Stato che consente di considerare i cittadini del comune o della circoscrizione come (...) «porzioni di popolo» (*Volksteil*). Certo, la legittimazione da loro accordata non emana dal popolo dello Stato in sé, ma da una collettività, costituita con i medesimi criteri, interna al popolo dello Stato. Pertanto, essa consente, entro le sfere autonome d'azione dei comuni - desunte dalle leggi statali e in parte anche da esse regolate -, di fare le veci della legittimazione democratica e quindi di legittimare i comuni stessi come parti della struttura democratica dello Stato"^[180]. La comunità locale è qui porzione di popolo, quasi fosse una sua rappresentazione in miniatura.

Un riconoscimento segnato da questi limiti non è privo di conseguenze entro la struttura della Repubblica. Risulta infatti sovrachianta la preoccupazione di distinguere la sfera dell'autonomia da quella, qualitativamente differente, della sovranità^[181]. In rapporto a questa, le autonomie sono esposte al rischio di degradare al rango di enti autarchici, tributari dello Stato per quanto riguarda le competenze e la misura delle funzioni^[182]. Su queste basi concettuali può spiegarsi la notata preminenza, negli studi in tema di autonomia, di scritti, di impostazione amministrativistica, entro cui l'autonomia occupa lo spazio residuo lasciato dalla legge^[183]. Si parte dalla sovranità - che poi continua a trovare nella legge statale il suo canale elettivo^[184] - e dalla sua differenza/supremazia rispetto all'autonomia politica territoriale, sicché quest'ultima, derivata, appare irrimediabilmente residuale e precaria nelle sue attribuzioni^[185], se non nella sua esistenza, come il caso delle Province attesta. È significativo che, per indebolire le Province e accompagnarle, sul piano costituzionale, a una "dolce morte", si sia pensato di togliere loro la legittimazione elettorale diretta. Come è stato recentemente ricordato a questo riguardo, se è dunque vero che ogni autonomia rischia di dissolversi o di perdere consistenza al di sotto del moderno potere sovrano, ciò nondimeno "alcune di queste paiono opporre una maggiore resistenza storica.

Per quanto concerne invece lo specifico delle autonomie territoriali, pare che un certo grado di naturalità venga riconosciuto al comune", perché, come già notava Tocqueville, "la società comunale esiste dunque presso tutti i popoli, quali che ne siano le usanze e le leggi; mentre i regni e le repubbliche sono opera umana, sembra che il comune esca direttamente dalle mani divine"[186].

Indicatori della denegata politicità delle autonomie locali possono essere colti nella definizione delle loro competenze in termini enumerativi[187], nonché nella sostanziale uniformità imposta ad esse nella determinazione della forma di governo[188], ecc... La scarsa applicazione del "principio di differenziazione", pur esplicitato in Costituzione dalla riforma del titolo V, è rivelatrice della persistenza di questa ideologia uniformatrice[189]. La Costituzione, dopo la riforma del titolo V, riconosce agli enti locali funzioni *proprie* e funzioni *fondamentali*, la cui definizione però, da parte del legislatore statale, è risultata fortemente condizionata dalla congiuntura critica economico-finanziaria[190]. La stessa organizzazione dei "servizi alla persona e alla comunità" - che pure rientra tra le funzioni proprie degli enti locali[191] - è frequentemente viziata da una interpretazione riduttiva che vede nella comunità locale un oggetto o un ambiente ricettore di prestazioni, anziché un soggetto capace di organizzazione e di corresponsabilità. Servizi fondamentali - quale la sanità - sono stati sottratti alla capacità e all'autonomia delle comunità locali per essere ricondotti, paradossalmente anche per via "federale", a una logica di tipo aziendalistico.

Così congegnate, le autonomie non riescono a rendere possibile una partecipazione che parta da un autentico pluralismo di forze e di soggetti e dunque a intaccare la pretesa della separazione Stato-società propria della statualità moderna[192]. Non per caso, e apparentemente in modo paradossale, proprio al livello locale si è affermata, naturalmente per volontà del legislatore statale, un'interpretazione addirittura accentuata e verticalizzata della democrazia di investitura, mediante l'elezione diretta dei sindaci, che, enfatizzando oggettivamente il momento della legittimazione, può produrre un esito di sospensione o congelamento della partecipazione[193]. Gli enti locali diventano così, anziché laboratorio di una partecipazione finalmente feriale, il luogo in cui il legislatore ha inteso anticipare e sperimentare orientamenti istituzionali di "presidenzializzazione", in senso lato. Rimane pertanto affidata alla mutevole saggezza e moderazione dei Sindaci la scelta di non compiacersi della legittimazione diretta, per ricavarne il fondamento della pretesa di un decisionismo solitario[194], bensì di diventare il punto di riferimento e snodo di un vasto processo di apertura delle istituzioni cittadine all'apporto attivo e creativo delle espressioni della comunità di riferimento.

Si assiste così al rischio concreto di un effetto-replica o clonazione[195]. La classe politica locale attinge allo stesso criterio - e bacino - di legittimazione di quella nazionale, con la conseguenza di rendere indifferenti e intercambiabili i canali di reclutamento. Si può immaginare che il Presidente del Consiglio diventi il "Sindaco d'Italia"; e, non di rado, il Sindaco (per non parlare dei Presidenti di Giunta regionale) si comporta come un piccolo "premier". Le autonomie territoriali restano riproduzioni di una concezione della sfera politica che, in quanto si riduce all'unicità del *volere* dell'organo rappresentativo, e in

precostituita e fissata, non sa esprimere le differenze e continua, in fondo, a perpetuare l'impermeabilità tra sfera pubblica e rapporti sociali[196]. Perdurando questo approccio, non sorprende che, in fasi di crisi economica, come quella attuale, la democrazia sia declinata in termini di progressiva semplificazione e che neppure dai cittadini l'eliminazione di livelli di autonomia (quella provinciale, nello specifico, ma anche quello circoscrizionale) sia avvertita come una reale *deminutio* della partecipazione. E tuttavia, se nell'autonomia è in questione, come si è cercato di mostrare, la democrazia come autogoverno, la sua espressione giuridica non può trovare realizzazione in processi di mera semplificazione[197]. Il più ampio decentramento non risponde a un criterio meramente organizzativo, ma mette in gioco la libertà e la partecipazione[198].

L'ostacolo concettuale all'affermazione dello spessore comunitario dell'autonomia locale risiede dunque, in profondità, nel persistente e ostinato radicamento, entro l'ordinamento dello Stato moderno, di un principio di separazione Stato-società, per effetto del quale, come si è ricordato, "l'unico punto di contatto tra lo Stato e la società si realizza, tramite la rappresentanza parlamentare, nel momento legislativo, ristretto però alla «società che conta»" [199]. Proprio l'indisponibilità del potere legislativo appare quindi, in questo quadro, il fatale sigillo dell'assenza di autentica politicalità in capo alle autonomie locali[200].

A questa conclusione provano a sfuggire quegli autori che riconoscono e valorizzano la dimensione comunitaria e personalistica dell'autonomia territoriale. Tra questi, ancora il Berti ha affermato con sicurezza il carattere "per definizione" politico delle autonomie territoriali, perché esse "sono espressioni della società locale"[201]. L'unità repubblicana, così intesa, si regge su di una struttura cooperativa di enti equiordinati dalla politicalità[202]. Lo stesso Berti non mancava invero di rilevare una contraddizione, contenuta nel corpo originario della Costituzione, tra questa politicalità e la norma del vecchio art. 128[203]. Il giacimento da cui attingere per ri-orientare la disciplina delle autonomie locali verso lo spirito costituzionale era - ed è tuttora - situato nell'art. 5 della Costituzione[204]. Esso consente anche di avviare a superamento l'obiezione circa la carenza, da parte degli enti locali, di potestà legislativa: l'art. 5 prevede infatti che sia la legge a doversi adeguare alle esigenze dell'autonomia, non già il contrario. Se è infatti vero, in forza della Costituzione, che la legge è "l'unico elemento che potrebbe deviare e ricostituire il corso derivativo degli ordinamenti locali", ebbene, essa stessa è, in ragione dell'art. 5, "condizionata (...) dal principio di autonomia e dal principio di decentramento. Il che significa che gli ordinamenti autonomi preesistono logicamente, sotto un certo profilo, alla stessa legislazione dello stato e che quest'ultima non può determinarsi in modo da trascurare l'esistenza degli ordinamenti autonomi e da violarne il contenuto"[205]. Quando si ometta questo riferimento ermeneutico essenziale all'art. 5, "l'autonomia, invece di rappresentare un limite alla discrezionalità del legislatore, tende ad essere considerata (...) un oggetto dell'azione legislativa"[206].

Utilizzando questa chiave di lettura, orientata dal principio ispiratore dell'art. 5, si può riconoscere un rango peculiare - rispetto al *nomen juris* - ai

diversa rispetto a quelli statali o regionali[207]. Sempre il Berti ha letto nei regolamenti dei Comuni l'espressione di "una sorta di funzione normativa primigenia", tale per cui quelli "sottostanno alle leggi nei limiti in cui queste rispettano i confini dello spazio loro riservato"[208]. In riferimento a questo confine dovrebbe essere dunque modulata l'estensione della legge che, in rapporto all'autonomia territoriale, si dovrebbe attestare su caratteri di principio, indicando "i limiti all'esercizio dell'autonomia normativa"[209]. Più in generale, si pone la questione di ridisegnare, nel senso indicato, il rapporto complessivo tra amministrazione e legge, affinché la prima possa essere il luogo di un'autonomia possibile, intesa come iniziativa (come recita l'art. 118 Cost., con riferimento alla sussidiarietà) di autogoverno dei cittadini singoli e associati, e non di una mera esecuzione[210]. Nella prospettiva dell'autonomia in senso moderno, Kelsen ha espresso significative riserve sull'amministrazione autonoma, perché vi vede sottostante il rischio che la volontà della parte paralizzi quella del tutto, sicché "la legalità dell'esecuzione (...) è senza dubbio meglio assicurata, nei gradi medi ed inferiori, da agenti speciali nominati dal potere centrale e responsabili davanti ad esso, cioè da un'organizzazione autocratica di questa parte della formazione della volontà dello Stato"[211]. Il termine "iniziativa", contenuto nell'art. 118 Cost., allude invece a un'autonomia che *parte* dall'organizzazione sociale per costruire istituzioni, in analogia con quella "primigenia vocazione sociale" che la sent. 75/1992 ha colto alla base del fenomeno del volontariato e che, più in generale, è all'origine del "potere istituyente della società civile"[212]. In questa direzione, si pone il problema del ripensamento, che non significa però frettoloso superamento, del principio di legalità, in connessione con la attesa rimodulazione dello spazio della legge, valorizzata come garanzia e cornice dell'autonomia[213], anziché come sua rigida ordinatrice o anche come sua potenziale carnefice.

[1] Per la distinzione, si v. A. Danese, *Il federalismo: cenni storici e implicazioni politiche*, Città Nuova, Roma 1995, p. 13; C. Malandrino, *Federalismo. Storia, idee, modelli*, Carocci, Roma 1998, p. 19.

[2] Questa idea è meglio precisata nel par. 5 del presente saggio cui si rimanda.

[3] Si v. ora G. Cazzetta, *Pagina introduttiva. Autonomia: per un'archeologia del sapere giuridico fra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini*, 2014, I, pp. 4-6; nello stesso fascicolo, v. anche L. Mannori, "Autonomia". *Fortuna di un lemma nel vocabolario delle libertà locali tra Francia ed Italia*, spec. p. 121 ss..

[4] Sul punto, con incisività, M. Luciani, *Unità nazionale e principio autonomistico alle origini della Costituzione*, in *Le idee costituzionali della Resistenza*, a cura di C. Franceschini-S. Guerrieri-G. Monina, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma s.d., p. 74.

[5] N. Bobbio, *La democrazia dei moderni paragonata a quella degli antichi (e a quella dei posteri)*, in *Teoria politica*, 3, 1987, ora in Id., *Etica e politica. Scritti di impegno civile*, Mondadori, Milano 2009, pp. 1108-9.

[6] Lo ricorda N. Bobbio, *La democrazia dei moderni*, cit., p. 1115.

[7] E.W. Boeckenoferde, *Democrazia e rappresentanza*, in Id., *Stato*,

costituzionale, a cura di M. Nicoletti e O. Brino, Giuffrè, Milano 2006, p. 503 ss..

[8] G. Duso, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Oltre la democrazia. Un itinerario attraverso i classici*, Carocci, Roma 2004, p. 24.

[9] E.W. Boeckenfoerde, *Democrazia e rappresentanza*, cit., p. 400 ss.; circa il processo autorizzatorio, v. anche p. 514.

[10] N. Bobbio, *La democrazia dei moderni*, cit., p. 1116.

[11] N. Bobbio, *La democrazia dei moderni*, cit., pp. 1118-9.

[12] G. Duso, *Introduzione*, cit., p. 9; E.W. Boeckenfoerde, *La democrazia come principio costituzionale*, in Id., *Stato, costituzione*, cit., p. 421; Id., *Il futuro dell'autonomia politica. Democrazia e statalità nel segno della globalizzazione, dell'europeizzazione e dell'individualizzazione*, in Id., *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, tr. it., Laterza, Roma-Bari 2007, p. 204.

[13] G. Duso, *Introduzione*, cit., p. 15; v. anche S. Petrucciani, *Democrazia*, Einaudi, Torino 2014, p. 5 ss.; ma anche p. 12. Circa la strutturale mediazione rappresentativa della democrazia diretta, si v. E.W. Boeckenfoerde, *La democrazia come principio costituzionale*, cit., p. 508.

[14] "...intesi appunto come l'insieme di tutti gli individui il primo e come la relazione di comando e ubbidienza il secondo" (G. Duso, *Introduzione*, cit., p. 17. *Ibidem*, p. 25).

[15] B. Montanari, *Libertà, responsabilità, legge*, in Id., *Luoghi della filosofia del diritto. Idee strutture mutamenti*, Giappichelli, Torino 2012, pp. 182 e 183.

[16] B. Montanari, *Libertà, responsabilità, legge*, cit., p. 185 e 192.

[17] G. Duso, *Genesi e aporie dei concetti della democrazia moderna*, in Id. (a cura di), *Oltre la democrazia*, cit., p. 112.

[18] B. Montanari, *Libertà, responsabilità, legge*, cit., p. 193.

[19] B. Montanari, *Libertà, responsabilità, legge*, cit., pp. 186-187. G. Duso, *Genesi e aporie*, cit., p. 121.

[20] Così J.J. Rousseau nel *Contratto sociale*, l. I, c. IV.

[21] B. Montanari, *Libertà, responsabilità, legge*, cit., p. 187. E.W. Boeckenfoerde, *La democrazia come principio costituzionale*, cit., p. 379.

[22] E.W. Boeckenfoerde, *La democrazia come principio costituzionale*, cit., p. 420.

[23] G. Duso, *Introduzione*, cit., p. 11; Id., *Genesi e aporie*, cit., p. 118; B. Montanari, *Libertà, responsabilità, legge*, cit., p. 188: "Nel modello dell'assolutismo hobbesiano il superamento della paura della differenza e la conquista dell'unicità sta nel *uguagliamento come indifferenza* della posizione

«differente», il Sovrano".

[24] G. Duso, *Genesi e aporie*, cit., p. 114; Id., *Introduzione*, cit., p. 24: "Sulla base dell'uguaglianza nasce il concetto di popolo come totalità di tutti gli individui uguali, senza differenze e senza parti; un popolo dunque che non è costituito e non ha a che vedere con l'esperienza, in quanto nasce nella costruzione mediante la mossa logica, e non storica, del patto sociale". Cfr. anche P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano 2001, *passim*.

[25] Il concetto è stato, in questo modo, recentemente ribadito da M.P. Paternò, *La democrazia e il suo concetto: la modernità*, in Aa.Vv., *Democrazia. Storia e crisi di una forma politica*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, p. 4; per una trattazione analitica si rinvia a G. Duso, *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Polimetria, Monza 2007.

[26] G. Duso, *Genesi e aporie*, cit., p. 135.

[27] V. anche M. Dogliani-C. Tripodina, *La sovranità popolare e le sue forme: la forma rappresentativa*, in S. Labriola (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano. 1. Sovranità e democrazia. I*, Laterza, Roma-Bari 2006, pp. 282-3 e 285-6.

[28] Sulla connessione inscindibile, entro il dispositivo della modernità giuridica e politica, tra libertà individuale e sovranità, si v. anche M.P. Paternò, *La democrazia e il suo concetto*, cit., p. 5.

[29] V. anche, con riferimento a Gerber, G. Cazzetta, *Pagina introduttiva*, cit., p. 6. Secondo Bobbio, questa impronta della modernità investe anche la sfera privata, in quanto con l'individualismo metodologico, l'azione sociale stessa è riguardata da (e scomposta secondo) l'angolo di visuale dell'individuo stesso (N. Bobbio, *La democrazia dei moderni*, cit., p. 1120).

[30] M. Bovero, *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2000, p. 75: "il problema della libertà negativa si pone a proposito dei soggetti individuali considerati come *destinatari* delle norme collettive. (...) i singoli individui saranno più o meno liberi nel senso indicato dal concetto di libertà negativa, o più semplicemente liberi nel loro agire, a seconda che sia più o meno ampio lo spazio di comportamenti *permessi* dalle norme collettive, principalmente dallo stato. È il concetto che Thomas Hobbes ha espresso nella sua definizione lapidaria di libertà: *libertas silentium legis*, l'individuo è libero là dove la legge tace. (...) Ciò suggerisce la rappresentazione della libertà come uno spazio d'azione senza vincoli per gli individui, che coincide con ciò che è lecito, che è permesso, ossia con ciò che non è vietato (impedimento), né reso obbligatorio (costrizione)".

[31] H. Hofmann, *La libertà nello Stato moderno. Saggi di dottrina della Costituzione*, a cura di A. Carrino, Guida, Napoli 2009, p. 10. V. anche *ibidem*, pp. 152 e 158. V. anche M. Nicoletti, *Introduzione*, in Id., *Homo politicus. I dilemmi della democrazia*, Gregoriana, Padova 1998, p. 9; E.W. Boeckenfoerde, *La democrazia come principio costituzionale*, cit., p. 419: "La democrazia come

come il riflesso del principio dell'autodeterminazione e dell'autogoverno per i singoli e per il popolo".

[32] H. Hofmann, *La libertà nello Stato moderno*, cit., pp. 144 e 151. A Rousseau H. associa anche il nome di Kant. Sul punto, si v. ora anche L. Fonnesu, *Il ritorno dell'autonomia. Kant e la filosofia classica tedesca*, in *Quaderni fiorentini*, 2014, I, pp. 37-38.

[33] H. Hofmann, *La libertà nello Stato moderno*, cit., p. 152.

[34] H. Hofmann, *La libertà nello Stato moderno*, cit., p. 51 e pp. 74-75: "A partire (...) da un'autocoscienza illuminata e contro tutte le affermazioni di dipendenze, superiorità e gerarchie di ordine religioso, tradizionale o naturale, i nuovi principi fondamentali proclamano soprattutto l'autonomia dell'uomo. (...) La divisione dei poteri compare qui come lo strumento con cui la futura opera costituzionale deve realizzare l'autonomia dell'uomo tramite il primato dell'emanazione di leggi generali".

[35] M. Bovero, *Contro il governo dei peggiori*, cit., p. 77.

[36] E.W. Boeckenfoerde, *La democrazia come principio costituzionale*, cit., p. 379.

[37] *Contratto sociale*, l. II, c. VI. Sul punto, si v. V. Mura, *Il Contratto sociale: i frutti (avvelenati) dell'eredità di Rousseau*, in G.M. Chiodi-R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Rousseau*, Franco Angeli, Milano 2012, pp. 55-56.

[38] Cfr. V. Mura, *Il Contratto sociale*, cit., p. 56.

[39] H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, orig. 1929, ora in Id., *La democrazia*, tr. it., Il Mulino, Bologna 1998, pp. 80-1. Sulla concezione della democrazia di Kelsen, si v. ora S. Petrucciani, *Democrazia*, cit., p. 112 ss..

[40] H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., p. 45.

[41] H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., p. 128.

[42] H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., p. 46. V. anche H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, cit., pp. 227-8. H. Kelsen, *Il problema del parlamentarismo*, orig. 1924, ora in Id., *La democrazia*, cit., p. 175: "Se libertà equivale ad autodeterminazione politica, occorrerebbe veramente che l'ordine sociale venisse creato dalla volontà concorde di tutti quelli che a quest'ordine (...) sono soggetti; ed in questo caso l'individuo singolo dovrebbe considerarsi soggetto a tale ordinamento soltanto finché duri in lui quella stessa volontà che esso ha manifestato al momento della fondazione della collettività, e finché egli continua a riconoscere l'ordine sociale o, in altre parole, resta nella collettività di sua spontanea volontà".

[43] H. Kelsen, *Il problema del parlamentarismo*, cit., p. 176.

[44] H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., p. 52. H. Kelsen, *Il problema del parlamentarismo*, cit., p. 177. E.W. Boeckenfoerde, *La democrazia come principio costituzionale*, cit., p. 444 correla la maggioranza tanto al principio di

[45] H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., p. 128. *Ibidem*, p. 141.

[46] H. Kelsen, *Il problema del parlamentarismo*, cit., p. 158. V. anche H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., p. 76.

[47] Si v. anche la concatenazione delle fasi di questa "trasformazione", come presentata da E.W. Boeckenfoerde, *La democrazia come principio costituzionale*, cit., pp. 422-424: "L'autodeterminazione sussiste non isolata di per se stessa, ma in connessione con l'autodeterminazione degli altri e trova in ciò la propria limitazione. La mediazione avviene in due stadi che operano una sorta di metamorfosi della libertà individuale. (...) Nel primo stadio subentra, in luogo della libertà come autonomia individuale dei singoli e con riguardo alla configurazione e stabilizzazione di un ordinamento comune della convivenza sociale, la libertà di cooperazione democratica. (...) Essa si esplicita in quelli che possono essere definiti i diritti democratici fondamentali, i quali rendono possibile e garantiscono tale cooperazione" (*scil.* voto, accesso alle cariche, comunicazione, opinione, riunione, associazione, ecc...). Nel secondo stadio, la libertà di cooperazione democratica, che pertiene a tutti i cittadini, funge da supporto alla libertà collettiva-autonoma del popolo nel suo complesso. (...) La libertà individuale-autonoma dei singoli si trasferisce così alla comunità politica per ritornare sotto forma di libertà collettiva-autonoma del popolo sovrano".

[48] V. *Contratto sociale*, l. I, c. VII; l. IV, c. II: "Quando si propone una legge nell'assemblea del popolo, ciò che si domanda loro non è precisamente se approvino la proposta o se la respingano, ma se essa sia conforme o no alla volontà generale, che è la loro". L'elezione non è dunque manifestazione di opinione, perché vi può benissimo essere una "opinione particolare" divergente rispetto alla volontà generale. In Rousseau, si può parlare di "una palingenesi dell'umano naturale affidata alla politica. Quest'ultima è lo strumento per mezzo del quale quella identità naturale assume storicamente la forma in una sorta di un unico organismo, il «corpo politico», che esprime il suo volere, unico, perché unica è la bocca che manifesta la «volontà generale», che il «magistrato», che la incarna, si incarica di rappresentare" (B. Montanari, *Libertà, responsabilità, legge*, cit., p. 189). Anche in Rousseau, dunque, a dispetto delle affermazioni, l'autonomia passa per una rappresentanza, dall'io storico, all'io-civilizzato, educato alla volontà generale. Lo ha notato anche H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 54. *Ivi*, anche Id., *I fondamenti della democrazia*, p. 238: "Rousseau presuppone che l'uomo stesso abbia due volontà, la sua particolare quale suddito e un'altra, ricompresa nella volontà generale, quale cittadino, e che queste due volontà possano essere in conflitto tra loro, sicché egli possa volere contemporaneamente due cose opposte". V. anche G. Duso, *Genesi e aporie*, cit., p. 130, per il quale il "dualismo non è allora superato, ma interiorizzato". Questa differenza tra volontà di tutti e volontà generale è stata ripresa da E.W. Boeckenfoerde, *La democrazia come principio costituzionale*, cit., pp. 475-476, per il quale la democrazia richiede presupposti etici, tra cui "uno specifico orientamento etico in merito al contenuto delle decisioni da assumere con un metodo democratico. (...) Questo orientamento non può essere, primariamente, né il proprio personale interesse, né il tornaconto individuale. (...) i cittadini (...) entrano in gioco non come

(cittadini dello Stato) su cui grava la responsabilità della totalità del sociale e del politico. (...) Tale società infatti non è, su vasta scala, un sistema auto-regolativo e abbisogna pertanto di un coordinamento, di una integrazione e di una regolamentazione, equilibrante che provenga dall'esterno (...) Un tale orientamento normativo non implica semplicemente che si lascino da parte i propri interessi e le proprie esigenze. Queste devono piuttosto essere immesse in un processo di mediazione che ha di mira l'interesse generale". V. anche *ibidem*, p. 524: "Rappresentanza democratica significa esposizione e attuazione della specifica identità del popolo che si trova nei cittadini nonché dell'immagine che emerge dalla loro idea del modo in cui trattare le questioni generali e in cui mediare bisogni e interessi in rapporto alla collettività"; e p. 525: "La formazione della volontà politica e l'esercizio dell'autorità sono, nella democrazia rappresentativa, strutturati in modo che la scissione fra *homme* e *citoyen*, a livello del singolo, e quella corrispondente fra *volonté de tous* e *volonté générale*, a livello del popolo, non vengano negate e nemmeno messe da parte dal punto di vista organizzativo, ma vengano invece accolte. La democrazia identitaria presuppone che la scissione sia già risolta tramite la decisione del popolo presente in modo immediato; le concezioni autoritarie dell'ordinamento politico sottraggono la risoluzione della scissione al processo politico, e invece che a questo la rimandano esclusivamente o ad una persona o ad un piccolo gruppo di persone (agli organi dirigenti). La democrazia rappresentativa, al contrario, mantiene aperta questa risoluzione e la trasferisce all'interno dello stesso processo politico".

[49] A. Lo Giudice, *La democrazia infondata. Dal contratto sociale alla negoziazione degli interessi*, Carocci, Roma 2012, p. 122 ss.; E.W. Boeckenfoerde, *La democrazia come principio costituzionale*, cit., p. 475 ss.; M. Dogliani, *La rappresentanza politica come rappresentanza del "valore" di uno Stato concreto*, in *Democrazia e diritto*, 2/2014, p. 11.

[50] S. Petrucciani, *Democrazia*, cit., p. 120: "Il primato dell'auto-determinazione (...) si difende sostenendo che la rinuncia alla libertà è incompatibile con la responsabilità morale delle proprie azioni"; in questo senso, C. Danani, *Percorsi per la democrazia possibile*, in *Archivio di filosofia*, 3/2013, p. 159 intravede un collegamento tra dignità e democrazia, perché questa "riconosce a ciascuno di aver titolo a discutere e decidere sulla vita pubblica alla quale partecipa".

[51] Debbo questo spunto a B. Montanari. Sulla nozione di comunità si v. anche l'articolata riflessione di G. Bombelli, *Occidente e 'figure comunitarie' (volume introduttivo). "Comunitarismo" e "comunità". Un percorso critico-esplorativo tra filosofia e diritto*, Jovene, Napoli 2010.

[52] V. G. Duso, *Genesi e aporie*, cit., p. 117, per il quale l'immagine del cittadino come soggetto attivo nella determinazione della legge, "direttamente o indirettamente, attraverso i rappresentanti eletti, appare meno persuasiva di quanto solitamente si ritenga: in quanto per il cittadino non si tratta tanto di partecipare alla determinazione della legge, quanto piuttosto di scegliere (tra i candidati che altri presentano) chi la farà per lui"; E.W. Boeckenfoerde, *La democrazia come principio costituzionale*, cit., pp. 407-8 parla di ineliminabile

esse"; M. Bovero, *Contro il governo dei peggiori*, cit., p. 77: "A me pare evidente che l'autonomia può essere propriamente soltanto morale, dell'individuo singolo «solo con la propria coscienza», e che la cosiddetta «libertà positiva politica», ovvero il diritto-potere del cittadino democratico di contribuire alla formazione delle norme collettive cui egli stesso sarà sottoposto, non esorbita dalla fondamentale eteronomia del rapporto politico, inteso come rapporto di comando-obbedienza. Anche nel caso in cui l'individuo possa davvero affermare di essere a un tempo governato e governante, soggetto passivo e anche soggetto attivo del rapporto politico, ciò non costituisce un superamento della condizione di eteronomia dell'individuo in quanto membro di un corpo politico, quale che esso sia".

[53] M. Bovero, *Contro il governo dei peggiori*, cit., p. 79.

[54] M. Bovero, *Contro il governo dei peggiori*, cit., p. 80. *Ibidem*, p. 78. In questo senso, l'autonomia politica in senso proprio è parte della "libertà degli antichi", come descritta da Constant, mentre quella dei moderni è "godimento da parte degli individui di alcuni spazi liberi e protetti dall'invasione del potere altrui, in primo luogo dallo stesso potere politico" (*ibidem*, p. 68). G. Duso, *Genesi e aporie*, cit., p. 118: "è evidente che il *popolo* che è sovrano e dà la legge e il *popolo* che obbedisce non costituiscono un soggetto unico immediatamente identico a se stesso. Il *popolo* che dà la legge è quella entità collettiva unitaria che si manifesta solo attraverso l'atto concreto del corpo rappresentativo: è quest'ultimo di fatto a determinare i contenuti della legge. Il *popolo* che ubbidisce è invece l'insieme dei cittadini che sono sudditi nei confronti della legge".

[55] E.W. Boeckenfoerde, *Democrazia e rappresentanza*, cit., p. 522; V. Mura, *Il Contratto sociale*, cit., p. 75 ss.; L. Ornaghi, *Nell'età della tarda democrazia. Scritti sullo Stato, le istituzioni e la politica*, Vita e Pensiero, Milano 2013, p. 101.

[56] Così M. Luciani, *A mo' di conclusione. Le prospettive del federalismo in Italia*, in A. Pace (a cura di), *Quale, dei tanti federalismi?*, Cedam, Padova 1997, p. 246. M. Nicoletti, *Introduzione*, cit., p. 16 identifica un dilemma della rappresentanza nella composizione, da un lato, di ideali e valori tendenzialmente universali; dall'altro, di interessi sociali ed economici, tendenzialmente particolari. V. anche G. Duso, *Libertà e costituzione in Hegel*, F. Angeli, Milano 2013, p. 245: "La concezione che si è affermata nella dottrina moderna dello Stato e che sta alla base delle carte costituzionali si basa su una separazione secondo la quale la razionalità dello Stato non dovrebbe essere inficiata da quegli interessi particolari che si possono liberamente sviluppare sulla base dell'egoismo dei diversi soggetti nella sfera della società civile"; L. Ornaghi, *Nell'età della tarda democrazia*, cit., p. 115.

[57] M. Luciani, *A mo' di conclusione*, cit., p. 246.

[58] G. Berti, *Art. 5, in Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 279. Ciò spiega come mai, per E.W. Boeckenfoerde, *L'importanza della separazione fra Stato e società nello Stato sociale democratico di oggi*, in Id., *Diritto e secolarizzazione*, cit., p. 91 ss., questa separazione non sia rigorosa e non equivalga ad assenza di rapporti e di

natura dello Stato come unità operativa organizzata, non concepibile in quanto tale indipendentemente dalle persone che assurgono al rango di titolari dello stesso. Per tale A., nello Stato democratico, il mantenimento della distinzione fra Stato e società ha la funzione di mantenere "la limitazione e riduzione funzionale del potere statale rispetto alla libertà individuale e sociale insita nella distinzione fra Stato e società" (*ibidem*, p. 97). Si rischia, altrimenti, una "progressiva parcellizzazione del potere politico unitario di decisione" (*ibidem*, p. 99), oppure di far "nascere un nuovo sistema di eccezioni all'universale eguaglianza giuridica, ossia un sistema di prerogative e privilegi che contraddice il principio democratico" (*ibidem*, p. 102).

[59] G. Berti, *Amministrazione comunale e provinciale*, Cedam, Padova 1994, pp. 32 e 231 ss.. V. anche P. Grossi, *Mitologie giuridiche*, cit., pp. 8 e 16. V. anche E.W. Boeckenfoerde, *L'importanza della separazione*, cit., pp. 86-87.

[60] Si v., sul punto, le argomentazioni della Corte costituzionale nella sent. 496/2000. V. anche sent. 365/2007.

[61] Una prospettiva più conciliante tra Stato moderno, individualisticamente fondato, e struttura federale è stata recentemente proposta da O. Hoeffe, *La democrazia nell'era della globalizzazione*, tr. it., Il Mulino, Bologna 2007, p. 104 ss..

[62] T. Hobbes, *Leviatano*, tr. it., a cura di A. Pacchi, Laterza, Roma-Bari 2004, p. 187.

[63] T. Hobbes, *Leviatano*, cit., p. 188.

[64] "Da due cose va tratta la conoscenza dei limiti del potere che viene dato al rappresentante di un Corpo politico. La prima è la concessione scritta o le lettere del sovrano; la seconda è la legge dello Stato": T. Hobbes, *Leviatano*, l. II, c. XXII, cit., p.188. *Ibidem*, p. 191 a riguardo delle "province", il cui "potere è limitato dal mandato". Si v. ora, sul punto, P. Costa, *Storia e storicità della provincia. Alcuni spunti istituzionali e costituzionali per una lettura dell'attuale fase di riforma*, in *Amministrazione in cammino*, 23.12.2014, p. 3.

[65] T. Hobbes, *Leviatano*, cit., p. 196.

[66] *Ibidem*.

[67] V. G. Duso, *Pensare il federalismo: tra categorie e costituzione*, in G. Duso-A. Scalone (a cura di), *Come pensare il federalismo? Nuove categorie e trasformazioni costituzionali*, Polimetria, Monza 2010, p. 78. Di diverso avviso A. Vignudelli, *Il ruolo dello Stato tra Regioni e Unione europea (Lo Stato nazionale da categoria giuridica a tipologia storiografica?)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2005.

[68] A proposito della quale, si v. le riflessioni di A. de Benoist, *Che cos'è il federalismo*, in *www.insorgente.com*, 20.12.2013: "Considerate come contingenti, minori, se non addirittura illusorie, le differenze culturali e le identità collettive vengono viste come politicamente insignificanti, e sono tollerate alla sola condizione di rimanere invisibili o prive di effetti nella sfera

quella dello sradicamento-digestione: l'Altro deve diventare l'Identico. La modernità politica bandisce gli elementi etnici e culturali dalla sfera politica e li confina nella società civile".

[69] *Contratto sociale*, l. II, c. II. Per la critica al monismo di Rousseau, v. V. Mura, *Il Contratto sociale*, cit., p. 62.

[70] *Contratto sociale*, l. II, c. III. Nel c. IV: "il sovrano conosce solo il corpo della nazione, e non distingue alcuno di quelli che la compongono".

[71] *Contratto sociale*, l. II, c. IX.

[72] *Contratto sociale*, l. III, c. XIII.

[73] Si vedano i riferimenti sintetici in G. Cazzetta, *Pagina introduttiva*, cit., p. 7 ss. e 17; C. Malandrino, *Autonomia e federalismo: una compresenza necessaria, sussidiaria, sinergica*, in *Quaderni fiorentini*, 2014, I, p. 302 ss..

[74] Per la distinzione si rinvia al classico N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965.

[75] Cfr. F. Pizzolato, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Vita e Pensiero, Milano 1999, p. 34 ss..

[76] S. Romano, *Autonomia*, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano 1947, p. 14.

[77] S. Romano, *Autonomia*, cit., p. 15. *Ibidem*, p. 29: "il carattere specifico dell'autonomia deve ricercarsi non tanto nell'elemento della volontà con cui questa può esplicarsi, quanto nel fatto oggettivo della formazione di un ordinamento che abbia certi requisiti di indipendenza e, nello stesso tempo, di dipendenza, cioè di limitata indipendenza da un altro ordinamento". Tale concetto richiama alla mente la teorizzazione di Gierke di cui, in particolare, v. O. von Gierke, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, tr. it., Einaudi, Torino 1943, pp. 240-242. Sull'importanza di S. Romano come giurista capace di contrastare le mitologie giuridiche della modernità, si v. P. Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 41 ss.; J. Luther, *Alla ricerca di un concetto giuridico europeo di autonomia*, in R. Balduzzi-J. Luther, *Annuario DRASD 2012. Dal federalismo devolutivo alla spending review*, Giuffrè, Milano 2012, p. 270.

[78] S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 1969, p. 30. Un simile concetto di autonomia relativa si coglie nella dottrina dello Stato di Ahrens, come ricorda G. Cazzetta, *Pagina introduttiva*, cit., p. 13, che sottopone a critica questa concezione.

[79] A. Moro, *Il Diritto. Lezioni di Filosofia del diritto tenute presso l'università di Bari. Appunti sull'esperienza giuridica: lo Stato 1946-1947*, Cacucci, Bari 1978, p. 63.

[80] A. Moro, *Il Diritto*, cit., p.143.

[81] G. Duso, *Libertà e costituzione*, cit., p. 256. Cfr. L. Fonnesu, *Il ritorno*

kantiana. Si v., in particolare, il § 311 di G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto* (tr. it., Bompiani, Milano 2006).

[82] P.J. Proudhon, *Del principio federativo*, tr. it., ASEFI, Milano 2000 (l'originale francese è del 1863), pp. 84-5.

[83] P.J. Proudhon, *Del principio federativo*, cit., pp. 7-8.

[84] C. Millon-Delsol, *Lo Stato della sussidiarietà*, tr. it., CEL, Gorle 1995, p. 107 ss..

[85] Così, A. Zanfarino, *Ordine sociale e libertà in Proudhon*, Morano, Napoli 1969, p. 75.

[86] Richiamato da A. Zanfarino, *Ordine sociale*, cit., p. 82; C. Malandrino, *Autonomia e federalismo*, cit., pp. 308-309. Per P.J. Proudhon, *Del principio federativo*, cit., p. 100: "Considerata in se stessa, l'idea di una federazione industriale, che serve di complemento e di ratifica alla federazione politica, riceve la conferma più evidente dai principi dell'economia. è l'applicazione sulla più alta scala dei principi di mutualità, di divisione del lavoro e di solidarietà economica, che la volontà del popolo trasformerebbe in legge dello Stato".

[87] A. Zanfarino, *Ordine sociale*, cit., p. 87: "I rapporti tra i soggetti non possono muoversi nel vuoto, non possono farsi sociali solo per l'immediato impulso degli interessi individuali; (...) occorre un fondo comune di situazioni e di idee, occorre il sussistere di una realtà collettiva e di una coscienza comune che sia il fondamento e il limite dell'attività di differenziazione delle parti. «La force de collectivité, voilà le point de départ et la base du contrat social»".

[88] A. Zanfarino, *Ordine sociale*, cit., pp. 89 e 90.

[89] A. Zanfarino, *Ordine sociale*, cit., p. 151 ss. e 156-157: "Se la costituzione sociale è intesa come ineliminabile stato di guerra e di disgregazione allora la costituzione politica tenderà a sovrastare la società e a imporre l'ordine con una volontà egemonica, ma se la costituzione sociale riesce ad affermare un criterio di coesione fondato sull'equilibrio delle forze e sulla estensione del principio di mutualità, l'ordine meramente potestativo si rivela negativo e arbitrario. (...) Per equilibrare gli antagonismi della società e costituire un ordine reale si devono invece valorizzare certi principi di attività come la divisione del lavoro, la concorrenza, la forza collettiva, lo scambio, il credito, la proprietà, «qui sont au Travail et à la Richesse ce que la distinction des classes, le système représentatif, l'hérédité monarchique, la centralisation administrative, la hiérarchie judiciaire, etc., sont à l'Etat»".

[90] A. Zanfarino, *Ordine sociale*, cit., p. 165.

[91] Citato da A. Zanfarino, *Ordine sociale*, cit., p. 173.

[92] A. Zanfarino, *Ordine sociale*, cit., p. 203: "al federalismo politico deve così corrispondere il federalismo economico"; cfr. anche C. Millon-Delsol, *Lo Stato della sussidiarietà*, cit., p. 108.

[93] P.J. Proudhon, *Del principio federativo*, cit., p. 58: "affinché il contratto

di democrazia (perché in parole povere sia vantaggioso ed utile per tutti), bisogna che il cittadino, entrando nell'associazione, 1° abbia tanto da ricevere dallo Stato, quanto ad esso sacrifica; 2° che conservi tutta la propria libertà, sovranità e iniziativa, meno ciò che è la parte relativa all'oggetto speciale per il quale il contratto è stipulato e per la quale si chiede la garanzia allo Stato".

[94] P.J. Proudhon, *Del principio federativo*, cit., p. 65. *Ibidem*, p. 59: "ciò che costituisce l'essenza ed il carattere del contratto federale (...) è che in questo sistema i contraenti, i capi di famiglia, comuni, cantoni, province o Stati, non solo si obbligano bilateralmente e commutativamente gli uni verso gli altri, ma si riservano individualmente, nel dar vita al patto, più diritti, libertà e proprietà, di quanta ne cedono. (...) L'Autorità (...) non può mai prevalere sulle parti costituenti; voglio dire che le attribuzioni federali non possono mai essere superiori in numero ed in realtà a quelle delle autorità comunali e provinciali, nello stesso modo in cui queste non possono eccedere i diritti e le prerogative dell'uomo e del cittadino".

[95] Si rinvia alla essenziale ricostruzione contenuta negli studi di M. Fioravanti: una sintesi in *Costituzione e popolo sovrano*, Il Mulino, Bologna 1998, soprattutto p. 69 ss.. Si v. anche i saggi di M. Fioravanti, *Giuristi e dottrine del partito politico: gli anni Trenta e Quaranta*; F. Bruno, *Partito e rappresentanza nella riflessione dei cattolici*; E. Bettinelli, *Partiti e rappresentanza*, contenuti in *Le idee costituzionali della Resistenza*, cit., rispettivamente p. 193 ss.; 213 ss. e 289 ss..

[96] C. Mortati, *Il problema della direzione politica dello stato e il progetto di Costituzione della Repubblica italiana*, in *Idea*, 1947 e ora in N. Antonetti-U. De Siervo-F. Malgeri (a cura di), *I cattolici democratici e la Costituzione*, III, Il Mulino, Bologna 1998, p. 1001; si v. anche Id., *La seconda Camera*, in *Cronache sociali*, 9/1947, p. 3.

[97] C. Mortati, *Art. 67*, in *Commentario alla Costituzione italiana*, a cura di G. Branca, Zanichelli- Soc. del Foro It., Bologna-Roma 1986, p. 182.

[98] H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., p. 63: "La democrazia può quindi esistere soltanto se gli individui si raggruppano secondo le loro affinità politiche, allo scopo di indirizzare la volontà generale verso i loro fini politici". V. anche M. Dogliani-C. Tripodina, *La sovranità popolare*, cit., p. 296.

[99] H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., p. 69; *ibidem*, p. 105; Id., *Il problema del parlamentarismo*, cit., p. 179.

[100] Cfr. M. Dogliani-C. Tripodina, *La sovranità popolare*, cit., p. 297, per i quali il rappresentante "deve essere costituito a immagine e somiglianza del rappresentato, perché non si deve escludere nessuno dal compromesso che solo nel suo seno è possibile. La dualità si instaura dunque tra la società - divisa in gruppi di interesse (...), pervasa da conflitti che lasciati a se stessi (a un conflitto diretto tra le identità politiche) sarebbero distruttivi - e il Parlamento: il luogo che rende possibile la riduzione degli antagonismi, la pratica della tolleranza, la sublimazione del conflitto". Cfr. anche, più recentemente, M. Della Morte, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*,

garantito l'indirizzo della partecipazione individuale, evitando indebite frammentazioni dell'agire partecipativo, riconducibili ad un soggettivismo che contrasta con la connotazione *istituzionale* della partecipazione". Per questo A. (*ibidem*, p. 55), però, i partiti "hanno (...) rinunciato a rappresentare, a porsi, cioè, come soggetti deputati a garantire la giusta distanza tra elettori ed eletti immanente ad ogni idea di rappresentanza".

[101] M. Dogliani-C. Tripodina, *La sovranità popolare*, cit., p. 297.

[102] H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., p. 75.

[103] H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., p. 131: "quale scarsa affinità l'idea di rappresentanza abbia col principio democratico lo si riconosce subito dal fatto che l'autocrazia si serve della medesima finzione".

[104] H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., p. 79; Id., *Il problema del parlamentarismo*, cit., p. 161.

[105] H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., p. 110.

[106] V. M. Dogliani, *La rappresentanza politica*, cit., p. 16.

[107] Sul punto, rinvio alla documentata analisi di A. Scalone, *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi*, Franco Angeli, Milano 1996, pp. 203-204; M. Dogliani, *La rappresentanza politica*, cit., p. 17.

[108] H. Kelsen, *Il problema del parlamentarismo*, cit., p. 182.

[109] H. Kelsen, *Il problema del parlamentarismo*, cit., p. 182. V. già J.J. Rousseau, *Il contratto sociale*, cit., l. II, c. IX e soprattutto c. XI: "oltre le regole comuni a tutti, ogni popolo racchiude in sé qualche causa, che le ordina in una maniera particolare e rende la sua legislazione adatta a lui solo".

[110] E.W. Boeckenfoerde, *La democrazia come principio costituzionale*, cit., pp. 436-7 e 453 e 457-9; Id., *Il futuro dell'autonomia politica*, cit., p. 212.

[111] E.W. Boeckenfoerde, *La democrazia come principio costituzionale*, cit., p. 445.

[112] E.W. Boeckenfoerde, *Il futuro dell'autonomia politica*, cit., p. 215, ragiona di "omogeneità relativa di cui ha bisogno una società democraticamente e statalmente organizzata".

[113] E.W. Boeckenfoerde, *La democrazia come principio costituzionale*, cit., p. 435.

[114] Per brevità rinvio ai più ampi svolgimenti di questa tesi proposti in F. Pizzolato, *Sussidiarietà, autonomia e federalismo: prime riflessioni*, in G. Duso-A. Scalone, *Come pensare il federalismo?*, cit., p. 187 ss..

[115] M. Luciani, *Unità nazionale*, cit., p.80 ha ben sottolineato come lo stesso autonomismo politico di marca cattolica "era solo un aspetto, un elemento, di un più ampio e complesso disegno culturale e sociale, teso soprattutto a

[116] Il riformato art. 118, ult. co., esplicitamente riconosce e promuove la capacità da parte dei cittadini, singoli e associati, di iniziativa "per lo svolgimento di attività di interesse generale". È insita nell'assiologia costituzionale una relativizzazione della distinzione tra dimensioni verticale e orizzontale della sussidiarietà, in quanto la valorizzazione delle autonomie politiche territoriali è strumentale a promuovere processi di autogoverno, e cioè logiche cooperative e di corresponsabilità entro il corpo sociale.

[117] Rinvio a F. Pizzolato, *L'unità secondo il federalismo*, in *Aggiornamenti sociali*, 2011, pp. 571-580. Cfr. anche G. Rolla, *L'autonomia delle comunità territoriali. Profili costituzionali*, Giuffrè, Milano 2008, p. 31 ss.; C. Calvieri, *Stato regionale in trasformazione: il modello autonomistico italiano*, Giappichelli, Torino 2002, p. 25.

[118] E. Mounier, *Rivoluzione personalista e comunitaria*, tr. it., Ed. Comunità, Milano 1955, p. 272.

[119] Ambiguamente perché la direzione complessiva del progetto di revisione, anziché l'arricchimento - entro la sfera della rappresentanza nazionale - delle espressioni sociali e istituzionali del popolo plurale, sembra essere un disegno di semplificazione che risponde a logiche differenti da quelle federali.

[120] Osservato, con tratti peculiari, anche in Germania: E.W. Boeckenfoerde, *Stato sociale federale e democrazia parlamentare*, in Id., *Stato, costituzione*, cit., p. 670 ss. e 677-678. Tale "modello" è stato avvicinato a un'antica, risalente almeno a Montesquieu, concezione della ripartizione dei poteri, intesa come "partecipazione di forze politico-sociali diverse all'esercizio di una determinata funzione" (*ibidem*, pp. 678, 680 e 693). In questo principio di partecipazione comune alle decisioni di politica statale, si è visto il ritorno del "principio della costituzione mista, che - relativizzando consapevolmente la forma dello Stato e la titolarità della sovranità statale - unisce tra loro diversi e concreti soggetti di potere politico che non traggono origine da una medesima base di legittimazione" (*ibidem*, p. 680).

[121] E.W. Boeckenfoerde, *Stato sociale federale*, cit., p. 681. L'A. si spinge (*ibidem*, p. 683) fino a parlare di un "deficit di struttura democratica", perché "la decisione della cittadinanza attiva nelle elezioni del *Bundestag* non costituisce più, per molti settori politici, una maggioranza competente a decidere, e deve piuttosto essere ricercato il consenso dei rappresentanti dei *Laender* e dei loro organi".

[122] ...e tuttavia popolo della Federazione e popolo dei *Laender* sono "tra loro indipendenti e ciascuno di essi costituisce un corpo di legittimazione per suo conto originario e, secondo il diritto statale, non mediato" (*ibidem*, pp. 682-3). Gli organi dei *Laender* non hanno infatti una legittimazione democratica da parte del popolo dello Stato federale.

[123] E.W. Boeckenfoerde, *Stato sociale federale*, cit., pp. 684 e 687.

[124] Resta vero che il principio maggioritario che regge il sistema parlamentare di governo subisce un'alterazione, dacché partiti di maggioranza

co-decidere (*ibidem*, pp. 685-6).

[125] Sulle cui accezioni, generale e tecnico-storica, v. F. Goio, *Autogoverno*, in N. Bobbio-N. Matteucci-G. Pasquino, *Il Dizionario di Politica*, Utet, Torino 2004, p. 58. La differenza tra autogoverno e tradizione inglese del *self government* è rimarcata da G.C. De Martin, *L'amministrazione locale nel sistema delle autonomie*, Giuffrè, Milano 1984, pp. 56 e 67. La storia dello scorrimento semantico, mediato dal von Gneist, dal *selfgovernment* inglese all'autarchia continentale è stata di recente ricostruita in un istruttivo saggio da B. Sordi, *Selfgovernment, Selbstverwaltung, autarchia: fondali inglesi per scenografie continentali*, in *Quaderni fiorentini*, 2014, I, p. 142 ss.. L'accezione usata nel testo si avvicina piuttosto a quella che si può trarre dall'art. 143.1 della Costituzione spagnola, per il quale "nell'esercizio del diritto alla autonomia riconosciuto nell'articolo 2 della Costituzione, le province limitrofe dotate di comuni caratteristiche storiche, culturali ed economiche, i territori insulari e le province costituenti entità regionali storiche, potranno accedere all'autogoverno e costituirsi in Comunità Autonome in base a quanto previsto in questo Titolo e nei rispettivi Statuti". Tale nozione si ricollega a quanto previsto dall'art. 148, per il quale "le Comunità Autonome potranno avere competenza nelle seguenti materie (...)". Il collegamento logico tra le due norme è ben esplicitato da G. Rolla, *L'autonomia delle comunità*, cit., pp. 184-5, per il quale la Costituzione mostra così di considerare "la diversa propensione all'autonomia delle comunità territoriali, nella consapevolezza che la spinta all'autonomia - essendo un diritto, non già un dovere - non è necessariamente di eguale intensità su tutto il territorio nazionale"; v. anche B. Lelli, *I "diritti forali" in Spagna e l'Unione europea: la possibile conciliazione fra istanze di specialità ed esigenze di omogeneità*, in M. Cosulich-G. Rolla (a cura di), *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, p. 217 ss..

[126] Sul legame tra democrazia e principio di sussidiarietà, v. anche G. Berti, *Principi del diritto e sussidiarietà*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, p. 394. Sul legame tra principio lavoristico e principio di sussidiarietà, rinvio a F. Pizzolato, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Città Nuova, Roma 2012, p. 76.

[127] ...di cui la complementarietà di diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà (politica, economica e sociale), ex art. 2, è l'ineludibile fondamento costituzionale.

[128] Si v. la stessa Corte cost., sent. 365/2007: "la sovranità popolare – che per il secondo comma dell'art. 1 della Costituzione deve comunque esprimersi «nelle forme e nei limiti della Costituzione» – non può essere confusa con le volontà espresse nei numerosi «luoghi della politica» né si può ridurre la sovranità popolare alla mera «espressione del circuito democratico»". In dottrina, da premesse diverse, trae conclusioni simili L. Ferrajoli, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2007, p. 47 ss..

[129] A questo mira peraltro il "compito della Repubblica", secondo la formula

[130] La connessione tra principio costituzionale di autonomia e sussidiarietà è evidenziata anche da L. Mannori, "Autonomia", cit., p. 126. Sul legame logico tra sussidiarietà e federalismo v. anche O. Hoeffe, *La democrazia nell'era della globalizzazione*, cit., p. 104; nonché i saggi in G.C. De Martin (a cura di), *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, Cedam, Padova 2008.

[131] Sul punto, si v. L. Mannori, "Autonomia", cit., p. 127.

[132] Di altro significato è evidentemente l'autonomia costituzionalmente riconosciuta alla Magistratura, correlata all'indipendenza dagli altri organi, anziché di carattere politico.

[133] Ma si vedano anche i pregevoli lavori di simile ispirazione di F. Pizzetti, *Il sistema costituzionale delle autonomie locali*, Giuffrè, Milano 1979; A. Pubusa, *Sovranità popolare e autonomie locali nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano 1983; G.C. De Martin, *L'amministrazione locale*, cit..

[134] G. Berti, *Art. 5*, cit., p. 288, riguardo all'art. 2, v. Id., *Principi del diritto*, cit., p. 390. Si v. già F. Benvenuti, *Le autonomie locali* (1969), ora in Id., *Scritti giuridici. III. Articoli e altri scritti (1960/1969)*, Vita e Pensiero, Milano 2006, p. 2719, circa il collegamento tra autonomia e libertà attiva dei cittadini. Su questa stessa linea interpretativa si sono posti, con importanti studi, G.C. De Martin, *L'amministrazione locale*, cit., p. 24 ss; A. Pubusa, *Sovranità popolare*, cit., p. 150. Il termine autogoverno è stato recentemente utilizzato, in una medesima prospettiva, da B. Pezzini, *Il principio costituzionale dell'autonomia locale e le sue regole*, relazione al convegno del Gruppo di Pisa, a Bergamo 6-7 giugno 2014, in www.gruppodipisa.it, p. 4: "Autonomia è essenzialmente autodeterminazione, autonomia locale è l'autodeterminazione dei propri interessi da parte della collettività che insiste in una dimensione spaziale limitata, implica la possibilità di esprimere democraticamente una volontà comune che imprime autodeterminazione alla cura degli interessi generali, è la possibilità di governarsi da sé in un ordinamento a parte (l'autogoverno della collettività locale)".

[135] G. Berti, *Art. 5*, cit., p. 288. De Martin parla di "riconoscimento ai centri di azione amministrativa locale - esponenziali delle comunità locali, e non dello stato - di una capacità non effimera di esprimere un proprio ordinamento e un proprio indirizzo politico-amministrativo, per realizzare servizi commisurati ai bisogni locali, per aprirsi agli spazi possibili di partecipazione e di controllo sociale, per dare vita ai momenti collaborativi - con altri centri (locali o regionali o statali) - necessari per un più pieno soddisfacimento degli interessi delle collettività rappresentate" (G.C. De Martin, *L'amministrazione locale*, cit., p. 31). Per G. Rolla, *L'autonomia delle comunità*, cit., p. 44, il principio di autonomia qualifica "la capacità di autodeterminazione di una collettività in ordine all'esercizio di pubblici poteri, ovvero evidenzia la soggettività istituzionale delle diverse comunità nel loro legame con il territorio e nelle relazioni che intrecciano con gli altri livelli istituzionali".

[136] Fondamentale sul punto la lezione di Tocqueville, su cui S. Chignola, *Il*

Napoli 2004, p. 411.

[137] Si v. la sent. 106/2002 della Corte costituzionale. In dottrina: G.C. De Martin, *L'amministrazione locale*, cit., p. 52 parla dell'autonomia locale come "modo di esercizio della sovranità - e non mero limite - essendo le collettività locali non solo espressione degli interessi locali di diverso livello, ma essendo anche, in certo senso, costitutive del modo di essere e di intendere sia il popolo (come risultante delle comunità costituzionalmente garantite) sia l'esercizio (articolato) del potere sovrano". B. Pezzini, *Il principio costituzionale*, cit., p. 11: "Ai fini delle relazioni che riguardano la Repubblica come comunità, le autonomie locali sono forme dell'esercizio pluralistico della sovranità, qualificazioni di un popolo che non è artificialmente riducibile ad unità (e quindi non può essere rappresentato in/da una sola istanza), ma è realisticamente costruito dalla convivenza di/in forme plurali di organizzazione (anche entro enti/ ordinamenti) e rappresentanza strutturalmente tendenti alla costruzione dell'unità".

[138] C. Esposito, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova 1954, p. 80.

[139] C. Esposito, *Autonomie locali*, cit., p. 81. Esse sono invece "per i cittadini esercizio, espressione, modo d'essere, garanzia di democrazia e di libertà".

[140] Sulla eterogeneità delle accezioni del concetto di autonomia si v. M.S. Giannini, *Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia)*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Giuffrè, Milano 1952, p. 197 ss..

[141] G.C. De Martin, *L'amministrazione locale*, cit., p. 68. Si tratta dunque di perseguire "la valorizzazione degli spazi di libertà e creatività amministrativa delle comunità locali: di qui anche il senso dell'autonomia locale come nesso inscindibile di politica e amministrazione" (*ibidem*, p. 32). V. anche la critica mossa da G. Berti, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Cedam, Padova 1998, p. 370: "il legislatore dello stato specializza le funzioni di questi enti, quasi facendosi esso stesso interprete delle categorie dei bisogni locali. è escluso infatti che i comuni e le province possano far diventare locali interessi che lo stato ritiene invece rilevanti in una dimensione nazionale"; B. Pezzini, *Il principio costituzionale*, cit., pp. 4-5: "Anche se la dimensione dell'entificazione, e quindi della strutturazione in un'aggregazione formalmente riconosciuta ed in processi decisionali formalizzati in determinate aree di competenze, resta indispensabile, perché in essa si esprime la possibilità di forme e modi di esercizio della sovranità ex art. 1, l'autonomia, prima di definire il modo di organizzarsi di un ente o la sua posizione nell'ordinamento, riguarda il modo di organizzarsi sul territorio di una determinata comunità, di una porzione di popolo che acquista in tal modo una propria identità". Si v. anche, con riferimento particolare alle Regioni, Corte cost., sent. 829/1988: "Questo ruolo di rappresentanza generale degli interessi della collettività regionale e di prospettazione istituzionale delle esigenze e, persino, delle aspettative che promanano da tale sfera comunitaria deriva alle singole regioni dal complessivo disegno costituzionale sulle autonomie territoriali (come ulteriormente precisato dal d.P.R. n. 616 del 1977)

disposizioni iniziali della Costituzione. Grazie a tali norme, infatti, si afferma, per un verso, il principio generale che le autonomie locali costituiscono una parte essenziale dell'articolazione democratica dell'ordinamento unitario repubblicano e, per altro verso, si attribuisce a siffatto articolato complesso di istituzioni democratiche - ora sotto la denominazione di «Repubblica», ora sotto quella di «Italia» - l'adempimento di una serie di compiti fondamentali: compiti che vanno svolti, oltretutto attraverso le proprie competenze, nella pienezza delle potenzialità di partecipazione comunitaria di cui ciascuna istituzione è capace e che sono diretti a favorire il più elevato sviluppo della persona umana, della solidarietà sociale ed economica, della democrazia politica, della cultura e del progresso tecnico-scientifico, della convivenza pacifica tra i popoli (artt. 2, 3, 9 e 11 Cost.)". La sentenza è commentata, per i profili che qui interessano, da G. Pastori, *Sistema autonomistico e finalità generali della Regione*, in *Le Regioni*, 1989, p. 1534 ss..

[142] P. Haeblerle, *Problemi attuali del federalismo tedesco*, in A. D'Atena, *Federalismo e regionalismo in Europa*, Giuffrè, Milano 1994, p. 132. Si può anche richiamare, per un accostamento parziale, l'art. 2 della Costituzione spagnola che configura l'autonomia come diritto delle nazionalità e delle regioni. Sui caratteri del principio autonomistico spagnolo, si rinvia alla sintesi di G. Rolla, *L'autonomia delle comunità*, cit., p. 160 ss.. La Costituzione spagnola contiene un significativo principio dispositivo circa l'individuazione delle comunità di riferimento, i principi di organizzazione e le competenze esercitabili (*ibidem*, p. 180). Sul modello spagnolo dei diritti storici, v., tra i molti, L. Lopez Guerra, *Il Tribunale costituzionale spagnolo e le autonomie regionali*, in A. D'Atena, *Federalismo e regionalismo*, cit., pp. 272-273; D. Quagliani, *La storia come fonte del diritto*, in M. Cosulich-G. Rolla (a cura di), *Il riconoscimento dei diritti storici*, cit., pp. 10-11.

[143] Si v. D. de Rougemont, *Federalismo culturale*, Pagine d'Arte, Lugano 2010, p. 13.

[144] Cfr. P. Haeblerle, *Problemi attuali del federalismo tedesco*, cit., p. 133. Il collegamento tra principio di sussidiarietà e tutela della diversità è esplicitato, nella decisiva prospettiva del federalismo europeo, da A. Padoa Schioppa, *Verso la federazione europea? Tappe e svolte di un lungo cammino*, Il Mulino, Bologna 2014, p. 381.

[145] V. G. Cazzetta, *Pagina introduttiva*, cit., p. 11 con riferimento ai limiti dell'autonomia.

[146] Utili spunti di riflessione filosofica, sul punto, in C. Danani, *Abitanti, di passaggio. Riflessioni filosofiche sull'abitare umano*, Aracne, Roma 2013, pp. 36 e 86-87; v. anche O. Hoeffe, *La democrazia nell'era della globalizzazione*, cit., p. 96, che sgancia la sussidiarietà da una "ipostatizzazione del sociale".

[147] Si v. a riguardo l'eloquente iniziativa della Regione Veneto con la l.r. 16/2014 (art.1.1: "Il Presidente della Giunta regionale del Veneto indice un referendum consultivo per conoscere la volontà degli elettori del Veneto sul seguente quesito: «Vuoi che il Veneto diventi una Repubblica indipendente e sovrana? Sì o No?»."), su cui il commento di G. Serges, *Autodeterminazione*,

regionale del Veneto, n. 16 del 2014), in *Federalismi.it*, 2/2015, p. 3 ss..

[148] Cfr., con riferimento alla filosofia hegeliana, G. Duso, *Libertà e costituzione*, cit., p. 239.

[149] G. Duso, *Libertà e costituzione*, cit., p. 239: "Solo nella determinazione delle relazioni oggettive in cui il singolo concretamente si trova, si può affermare la sua libertà. Dunque la *limitazione* (...) è essenziale per la libertà: non sopravviene *dopo* il suo concetto positivo, ma le è intrinseca; non c'è libertà se non nella limitazione". V. anche *ibidem* p. 248: "La libertà dell'individuo non può non implicare i rapporti che sono per lui costitutivi: tutti i rapporti, quelli della famiglia, del lavoro, della società, dei quali appunto lo Stato è comprensivo, rappresentando la cerchia più larga, la totalità di tutti i rapporti. Questi non sono limitativi della libertà del singolo, ma costituiscono il terreno in cui essa realmente si afferma. (...) Solo nel condizionamento la libertà ha realtà: perciò nello Stato come insieme dei rapporti etici l'individuo trova il campo della sua *libertà sostanziale*".

[150] Una suggestiva argomentazione di ciò in B. Montanari, *Libertà, responsabilità, legge*, cit., p. 172 ss..

[151] B. Montanari, *Libertà, responsabilità, legge*, cit., p. 194. *Ibidem*: "Nessuna azione perciò è pensabile come de-finitiva, poiché l'*azione*, in quanto manifestazione materiale della finitudine umana, implica la sua *possibilità* e, nel contempo, la sua *alternatività* e *ulteriorità*".

[152] Non a caso, Elazar pone a base antropologica del federalismo la psicologia individuale e i molteplici "io" che la psiche individuale ospita (D.J. Elazar, *Idee e forme del federalismo*, tr. it., Ed. Comunità, Milano 1995, p. 26).

[153] Utile, di nuovo, è il richiamo alla riflessione filosofica che rinviene nel dato della finitudine la parità ontologica e l'universale dell'umano, traendone la conseguenza che "«universale» non può considerarsi nessun contenuto normativo determinato", ma solo il riconoscimento di questa parità ontologica "che comprende il riconoscimento ed il rispetto delle *differenze empiriche*" (B. Montanari, *Libertà, responsabilità, legge*, cit., p. 191).

[154] S. Romano, *Autonomia*, cit., p. 16 ragiona di "una serie di gradazioni".

[155] Cfr. l'importante ricostruzione di A. Mattioni, *Sovranità*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche. Aggiornamento ******, Utet, Torino 2012, p. 662 ss.; cfr. anche O. Hoeffe, *La democrazia nell'era della globalizzazione*, cit., p. 275.

[156] G. Berti, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., p. 356: "per essere autonomi, bisogna essere diversi, nel senso di esprimere ciascuno la propria individualità".

[157] G. Berti, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., p. 355. Su questo punto, il Berti critica la tesi di Mortati che aveva assimilato le autonomie alle espressioni delle comunità. Tale tesi è giudicata equivoca, perché "collocando le autonomie nella parte della costituzione dedicata alle espressioni delle comunità e non dello stato, si corre il rischio di impoverire il significato politico di queste

stato, come se solo lo stato, quale unità organizzativa, fosse depositario della unità politica" (*ibidem*, p. 365).

[158] G. Berti, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., p. 355.

[159] G. Burdeau avverte però che "l'organizzazione costituzionale di un Potere di diritto affetto da un compito rivoluzionario, rischia fortemente di essere instabile" e, finanche, "mancherebbe di autorità" (G. Burdeau, *La sopravvivenza della nozione di Costituzione*, a cura di E. di Carpegna Brivio, tr. it., Herrenhaus, Seregno 2014, p. 35).

[160] G. Berti, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., p. 355.

[161] Si v. ora M. Dogliani, *La rappresentanza politica*, cit., pp. 10 e 15.

[162] G. Berti, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., pp. 355-6.

[163] Sul punto, si v. le riflessioni di teoria generale di M. Troper, *Per una teoria giuridica dello Stato*, tr. it., Guida, Napoli 1998.

[164] Si v. E.M. Leo, *Forma giuridica e materia economica. Saggi*, Vita e Pensiero, Milano 1994, p. 75 ss. (con anche le riflessioni a commento di G. Berti e P. Schiera).

[165] Tale nesso, come si è detto, stringe in un disegno coerente anche i due profili della sussidiarietà.

[166] Sull'importanza crescente del territorio per l'economia produttiva, v. C. Calvieri, *Stato regionale*, cit., pp. 175-6. V. anche G.C. De Martin, *L'amministrazione locale*, cit., p. 33 che auspicava la riscoperta del concetto di "comune economico". Egli auspicava un interventismo del Comune nei campi del governo del territorio, dell'indirizzo allo sviluppo economico locale, dell'apprestamento dei servizi sociali (*ibidem*, pp. 37 e 94). Si v. la prospettiva di A. Magnaghi, *Il progetto locale*, Bollati Boringhieri, Torino 2000, p. 97: "Se abitare è anche produrre la qualità del proprio ambiente insediativo attraverso la produzione di valori territoriali, la partecipazione si sviluppa in questo *atto produttivo* e non solo nei problemi separati del risiedere". In questo scenario possibile, benché certo tutt'altro che scontato, "è lo stile di sviluppo delle società locali che indirizza forme, tipologie, settori dello sviluppo economico globale e non viceversa" (*ibidem*, p. 100).

[167] Si v. le consistenti obiezioni critiche avanzate da R. Bin, *Contro la governance: la partecipazione tra fatto e diritto*, in G. Arena-F. Cortese (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, Cedam, Padova 2011, p. 10; F. Bilancia, *Le forme della democrazia contemporanea e il germe della sua autodistruzione*, in Aa.Vv., *Democrazia. Storia*, cit., pp. 140-143.

[168] F. Bilancia, *Le forme della democrazia*, cit., p. 145 scrive, significativamente, di modelli costruiti su premesse che presuppongono "l'assenza di corpi intermedi, una forte omogeneità sociale e culturale tra i componenti la comunità in cui si attivano i processi deliberativi"; A. Magnaghi,

affidata ad "abitanti", la cui figura tipica è quella di "un residente che non possiede i mezzi di produzione del proprio quartiere, della propria città, del proprio territorio: non sa da dove gli arrivano la luce, il cibo, gli alimenti; dove vanno i suoi rifiuti; non sa il motivo per cui il suo lavoro salariato è «lontano»"; "persone spodestate da tempo di qualunque sapienza ambientale, di qualunque capacità e possibilità concreta di partecipare alla costruzione sociale del proprio ambiente".

[169] O. Hoeffe, *La democrazia nell'era della globalizzazione*, cit., pp. 97-98 indica quale necessaria "modernizzazione" del principio di sussidiarietà il riconoscimento di "una molteplicità orizzontale"; per l'A., questo fattore "pur non entrando in contraddizione con la sussidiarietà tradizionale, entra tuttavia in tensione con l'antropologia sociale della cooperazione che ne costituisce il fondamento: un fattore di concorrenza e conflitto".

[170] A. Magnaghi, *Il progetto locale*, cit., pp. 17 e 21-22.

[171] A. Magnaghi, *Il progetto locale*, cit., pp. 20-23.

[172] A. Magnaghi, *Il progetto locale*, cit., p. 23; *ibidem*, p. 28: "In sostanza, il territorio, nella sua accezione complessa e integrata di ambiente fisico, ambiente costruito e ambiente antropico, viene semplicemente sepolto, ridotto allo spazio astratto, atemporale dell'economia. Il «locale» scompare perché scompaiono i «luoghi» e le identità locali come valori utilizzabili nel modello di sviluppo economico e nella «modernizzazione»".

[173] Sostiene P. Veltz, *Au-delà du développement local*, in *Esprit*, 2, 2008, p. 69: "L'économie mondialisée, loin d'être une pure économie de flux, s'appuie sur des pôles territoriaux où ces flux se croisent et s'enracinent. Paradoxalement, elle est liée à une renaissance des «économies-territoires»"; v. anche A. Magnaghi, *Il progetto locale*, cit., p. 97 circa le potenzialità racchiuse dal lavoro autonomo, quando non sia "appendice molecolare delle imprese a rete e delle imprese virtuali", ma il "tessuto connettivo di nuove relazioni produttive tra comunità insediata e ambiente".

[174] E. Rotelli, *Riforme istituzionali e sistema politico*, Lavoro, Roma 1983, p. 64 ss.. Si v. il concetto di "autonomia locale" definito dall'art. 3 della Carta europea dell'autonomia locale, ratificata con l. 439/1989: "1. Per autonomia locale, s'intende il diritto e le capacità effettiva, per le collettività locali, di regolamentare ed amministrare nell'ambito della legge, sotto la loro responsabilità, e a favore delle popolazioni, una parte importante di affari pubblici. 2. Tale diritto è esercitato da Consigli e Assemblee costituiti da membri eletti a suffragio libero, segreto, paritario, diretto e universale, in grado di disporre di organi esecutivi responsabili nei loro confronti. Detta disposizione non pregiudica il ricorso alle Assemblee di cittadini, al referendum, o ad ogni altra forma di partecipazione diretta dei cittadini qualora questa sia consentita dalla legge".

[175] Rinvio a F. Pizzolato, *Dopo le circoscrizioni, i quartieri*, in *Amministrare*, 2014, p. 281 ss..

Comune di Bergamo che, al posto delle sopresse circoscrizioni, intende istituire, nei quartieri della città, "reti sociali", intese come "strutture vitali di partecipazione" e "strumenti dinamici di governo della vita della comunità", composte da gruppi, associazioni, istituzioni (scuole, parrocchie, ...), servizi (del. 126 del cons. com. dell'8.9.2014). Il lavoro di queste "reti sociali" sarebbe accompagnato da un "operatore di quartiere", di nomina comunale. L'aspetto interessante di questa soluzione, ancora peraltro in fase di progettazione, risiede nel fatto che tale strumento di raccordo tra quartieri e amministrazione comunale dovrebbe funzionare non solo nella direzione della definizione di richieste dai primi alla seconda, ma anche nella promozione della capacità delle reti sociali, sostenute dall'istituzione, di organizzare risposte di cura e di autogoverno.

[177] Si v., ad esempio, l'art. 8 della legge 278 del 1976.

[178] ..."essenziale (...) è il sistema dei partiti, che consente rendimenti «federali» del modello solo se funziona davvero in modo decentrato" (M. Luciani, *A mo' di conclusione*, cit., p. 232). La questione è colta e sottolineata, nella sua centralità, anche da R. Bin, *...e l'autonomia politica? Riflessioni del dopo-elezioni*, in *Le Regioni*, 2008, pp. 244-245; ora anche R. Bin, *Regioni e partiti politici*, in *Le Regioni*, 2014, pp. 317-320.

[179] D.J. Elazar, *Idee e forme*, cit., p. 56. Ma si v., nella dottrina giuridica italiana, il contributo fondamentale di F. Benvenuti, *Le autonomie locali*, cit., p. 2724 che ha sottolineato l'importanza di una concezione autonomistica come dato "culturale e di civiltà".

[180] E.W. Boeckenfoerde, *La democrazia come principio costituzionale*, cit., pp. 414-5.

[181] Si v. la sent. 365/2007 della Corte costituzionale: "pretendere ora di utilizzare in una medesima espressione legislativa, quale principale direttiva dei lavori di redazione di un nuovo statuto speciale, sia il concetto di autonomia sia quello di sovranità equivale a giustapporre due concezioni tra loro radicalmente differenziate sul piano storico e logico (tanto che potrebbe parlarsi di un vero e proprio ossimoro piuttosto che di una endiadi), di cui la seconda certamente estranea alla configurazione di fondo del regionalismo quale delineato dalla Costituzione e dagli Statuti speciali". Sul piano storico, v. O. Brunner, *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, a cura di P. Schiera, tr. it., Vita e Pensiero, Milano 2000, pp. 85-86. V. anche R. Bellamy, *Sovranità, post-sovrano e pre-sovrano: tre modelli di Stato, democrazia e diritti nell'Unione Europea*, in S. Chignola-G. Duso (a cura di), *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, Franco Angeli, Milano 2005, p. 283.

[182] Cfr. G. Cazzetta, *Pagina introduttiva*, cit., p. 8; sullo sfasamento tra prospettiva costituzionale sull'autonomia e persistenza di un'impostazione "autarchica" nella legislazione, si v. F. Benvenuti, *L'ordinamento repubblicano* (1975), ora in Id., *Scritti giuridici. I. Monografie e manuali*, Vita e Pensiero, Milano 2006, p. 697; G. Berti, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., p. 355. *Ibidem*, pp. 358-359: "Quando si attribuiscono materie secondo il criterio della enumerazione, significa che non si riconosce la politicità dell'ente e che la

investito di una competenza definita per materia, esso non può uscire da questa competenza, senza determinare un'invalidità dei propri atti. Tutto ciò è all'opposto della politicità, che vorrebbe dire facoltà di inventare in modo diretto le misure idonee a soddisfare interessi raccolti immediatamente nella società". V. anche Id., *Amministrazione comunale*, cit., p. 37, per cui l'autarchia è la capacità di "amministrare da sé gli interessi non tanto espressi dalle rispettive comunità, quanto ricavati dalle materie definite e loro attribuite dal legislatore"; G. Rolla, *L'autonomia delle comunità*, cit., p. 38 richiamando la posizione di Treves.

[183] L'osservazione è formulata da G. Rolla, *L'autonomia costituzionale delle comunità territoriali. Tendenze e problemi*, in T. Groppi (a cura di), *Principio di autonomia e forma dello Stato. La partecipazione delle collettività territoriali alle funzioni dello Stato centrale nella prospettiva comparata*, Giappichelli, Torino 1998, p. 16; Id., *L'autonomia delle comunità*, cit., p. 39 ss.. Per il Giannini, "le norme che promanano dai soggetti investiti di tale potestà (scil.: autonomia normativa) regolano interessi che sono curati propriamente da questi soggetti: tali interessi coincideranno, in tutto o in parte, con quelli dello Stato, a seconda delle particolari regole del diritto positivo; ma la regolazione normativa di essi è affidata non allo Stato, bensì direttamente al soggetto che li cura. Autonomia normativa vale pertanto, da questo punto di vista, nel senso di indipendenza (ma non libertà) di regolazione normativa. Il soggetto attributario di autonomia normativa possiede una potestà di regolare interessi, propri e statali insieme, con norme proprie, integratrici di quelle statali, e a queste ad ogni effetto equiparate" (M.S. Giannini, *Autonomia*, cit., p. 205). L'A. si differenzia però dalla concezione di Romano per quanto riguarda la nozione "istituzionale" dell'autonomia (p. 207), per la quale "tali enti possono costituirsi per iniziativa propria delle comunità interessate".

[184] Come puntualmente dimostra la ricostruzione di A. Mattioni, *Sovranità*, cit., p. 670, il quale definisce "un'idea permanente" l'identificazione della sovranità con la legge.

[185] Emblematico è il modo con cui la Corte costituzionale ha, anche recentemente, affrontato la questione della definizione delle funzioni "proprie" e "fondamentali", ex art. 117.2.p, degli enti locali (si v. sent. 22/2014), in ossequio a un criterio di "auto-qualificazione" da parte del legislatore statale. Sul punto, si v. F. Cortese, *La Corte conferma che le ragioni del coordinamento finanziario possono fungere da legittima misura dell'autonomia locale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014, pp. 3-5; v. anche, F. Merloni, *Una «new entry» tra i titoli di legittimazione di discipline statali in materie regionali: le «funzioni fondamentali» degli enti locali*, in *Le Regioni*, 2010, p. 800 ss.; e, in termini generali, G. Rolla, *L'autonomia costituzionale*, cit., p. 17.

[186] P. Costa, *Storia e storicità*, cit., p. 4. La citazione di Tocqueville è ripresa da *La democrazia in America*, tr. it., BUR, Milano 1999, p. 70.

[187] Si v. la sent. 22/2014 della Corte costituzionale, che ribadisce la subordinazione della definizione delle "funzioni fondamentali" degli enti locali alla legge statale, salva restando la competenza regolativa dell'ente locale in

L'amministrazione locale, cit., p. 78 auspicava l'utilizzo di un criterio teleologico-oggettivo per settori organici, piuttosto che uno schema enumerativo di compiti più o meno scoordinati.

[188] C. Calvieri, *Stato regionale*, cit., p. 47 sostiene la necessità di mantenere ragionevoli diversificazioni.

[189] R. Bin, *Gli enti locali tra sussidiarietà, adeguatezza e comunità*, in R. Bin-L. Coen (a cura di), *Il sistema delle autonomie locali tra efficienza amministrativa e rappresentanza della comunità*, Cleup, Padova 2010, par. 5.

[190] Artt. 114, 117.2.p e 118 Cost.. L'art. 2.4.b della l. 131/2003, nel definire principi e criteri della delega al Governo per l'attuazione dell'art. 117.2.p, imponeva al Governo stesso di individuare le funzioni fondamentali "essenziali e imprescindibili per il funzionamento dell'ente e per il soddisfacimento di bisogni primari delle comunità di riferimento, tenuto conto, in via prioritaria, per Comuni e Province, delle funzioni storicamente svolte". Si v. ora l'art. 19 del d.l. 95/2012 (conv. in l. 135/2012). Sul rapporto tra funzioni "proprie", ex art. 118 Cost., e funzioni "fondamentali", ex art. 117.2.p, si v. la sent. 22/2014 della Corte costituzionale. Si v. l'utile ricostruzione dell'evoluzione normativa in materia in G. Meloni, *Le funzioni fondamentali dei Comuni*, in *Federalismi.it*, 19.12.2012, soprattutto pp. 11-14, in cui l'A. evidenzia la significativa prevalenza di ragioni economico-finanziarie sui dati ordinamentali nella definizione, da parte del legislatore statale, delle funzioni dei Comuni. Sulla connessione tra incerta definizione delle funzioni fondamentali e autonomia finanziaria si v. lo studio di C. Buzzacchi, *La fiscalità municipale: l'evoluzione dalla riforma federalista al decreto «liberalizzazioni»*, in *Federalismi.it*, 2.5.2012, p. 4 ss.; nonché R. Bin, *Gli enti locali*, cit., p. 21 ss., e, in particolare, il par. 4.

[191] Art. 13 d. lgs. 267/2000, che individua anche i settori organici dell'assetto e utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico.

[192] Cfr. G. Berti, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., p. 365. G. Duso, *Introduzione*, cit., p. 11 e *ibidem*, p. 13. Su un piano diverso, di sociologia politica, arriva a conclusione simile G. Moro, *Cittadinanza attiva e qualità della democrazia*, Carocci, Roma 2013, pp. 212-214.

[193] Cfr. le riflessioni di L. Ornaghi, *Nell'età della tarda democrazia*, cit., pp. 109-110. Su una possibile tensione tra approccio comunitario della l. 142/90 all'autonomia locale e l'elezione diretta dei Sindaci, si v. gli spunti in A. Pavan, *Ripensare la democrazia a partire dalle libertà della comunità locale*, in Id. (a cura di), *Riflessioni sulla democrazia locale*, CEL, Gorle 1995, p. 3 ss.. Sulle ambiguità di una democrazia intesa come mera legittimazione del potere, si v. F. Bilancia, *Le forme della democrazia*, cit., pp. 158-164.

[194] A ciò contribuisce l'orientamento recente a favorire l'attribuzione legislativa di funzioni al Sindaco, non in quanto organo del Comune, bensì in qualità di ufficiale del Governo, come in materia di sicurezza. Sul punto, si v. R. Bin, *Gli enti locali*, cit., par. 1 e soprattutto par. 4: "Il Sindaco-sceriffo, come è stato definito con ironia ma non con esagerazione, è invece un organo che riceve la propria investitura dall'alto, dallo Stato e dal ministro: risponde ad

prescindono dai canali - di rappresentanza o di partecipazione diretta - attraverso i quali la comunità può esprimerle. Forte della sua investitura elettorale, non ha bisogno di riscontri partecipativi: usa poteri «speciali», ma se non è solerte nell'occuparsi degli interessi che gli sono affidati dallo Stato, essi possono essere soddisfatti direttamente dal prefetto. Il che dimostra che quegli interessi non vengono dalla comunità, ma dall'alto, dal vertice politico-amministrativo. Tutto ciò evoca, non tanto l'esotica immagine del sindaco-sceriffo, ma piuttosto l'autarchica figura del podestà".

[195] Cfr. A. Pavan, *Ripensare la democrazia*, cit., p. 16; P. Caretti, *La riforma del sistema delle autonomie. Per una rifondazione del principio di unità dello Stato*, in *Le Regioni*, 1995, p. 713. Con riferimento alle Regioni, si v., a conferma di ciò, la pedissequa ripetizione del modello "suggerito" dalla Costituzione di elezione diretta del Presidente della Giunta (sul punto, si v. A. D'Andrea, *La forma di governo regionale e degli enti locali nella prospettiva "federalista"*, in R. Balduzzi-J. Luther, *Annuario DRASD 2012*, cit., p. 37 ss.).

[196] Si v. G. Duso, *Libertà e costituzione*, cit., p. 246, per il quale, nella modernità, "l'unità politica, per la sua affermazione, si basa sugli uguali individui, anch'essi determinati universalmente ed astrattamente, e non riesce a dare spazio politico alle differenze, alle parti, alla pluralità dei soggetti, inibendo in tal modo fin dall'origine un senso forte e reale della *partecipazione* dei cittadini".

[197] Con questo non si intende però sostenere la tesi che province e, men che meno, le circoscrizioni comunali operassero efficacemente come vettori di partecipazione entro la sfera pubblica.

[198] Si tratta infatti di promuovere "un sistema complesso, dai molti centri di vita", che disciplini, senza eliminarlo, "lo slancio vitale degli uomini, degli organismi e delle istituzioni umane" (C. Esposito, *Autonomie locali*, cit., p. 85).

[199] ...come ricorda G. Berti, *Art. 5*, cit., p. 279.

[200] Questa tesi, relativamente agli enti locali, è stata sostenuta con piena coerenza da M. Luciani, *A mo' di conclusione*, cit., p. 228 ss.. Per questo A. *ibidem*, p. 226 non è sufficiente, per parlare di autonomia politica, "che l'entità locale sia rappresentativa delle comunità locali e dei loro interessi". Solo "in tale potestà normativa primaria può esprimersi un indirizzo politico alternativo a quello statale, ed è appunto in questa capacità di indirizzo e di progetto (negata all'amministrazione, vincolata dalla legge) che sta la «naturale» politicità delle funzione legislativa" (*ibidem*, p. 228). V. anche la discussione critica condotta sul punto da F. Pizzetti, *Il sistema costituzionale*, cit., p. 242 ss.. Per M.S. Giannini, *Autonomia*, cit., p. 225: "Autonomia politica, in tutta l'ampiezza di significato che si può avere in un ordinamento a struttura democratica, ossia come autoamministrazione e come possibilità di direzione da parte di forze politiche di opposizione o quantomeno diverse dalle forze politiche che reggono l'apparato dello Stato (...) è così possibile, agli enti territoriali, darsi un indirizzo politico diverso da quello che danno allo Stato i competenti organi costituzionali. Si capisce che tale diversità trova un limite assoluto nella legge, la quale, promanando dallo Stato, quale ente sovrano, contiene l'autonomia degli

differente da quello dello Stato ma non contrastante con esso se non nella sfera del meramente lecito".

[201] G. Berti, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., p. 366. Una posizione simile ha espresso anche De Martin, il quale sostiene l'equiordinazione degli enti autonomi territoriali, facendo interagire l'art. 5 con le norme del titolo V, sulla base di una "opzione comunitaria (...), ossia il riconoscimento della connessione tra territorio e collettività, che individua comunità attive" (G.C. De Martin, *L'amministrazione locale*, cit., pp. 62-63).

[202] G.C. De Martin, *L'amministrazione locale*, cit., p. 72 parla di "un sistema policentrico di autonomie non separate, ma correlate da molteplici interdipendenze". V. anche F. Benvenuti, *Le autonomie locali*, cit., p. 2722; C. Calvieri, *Stato regionale*, cit., p. 45. L'autore rifiuta, per descrivere il sistema dei rapporti tra autonomie e centro, l'immagine delle sfere concentriche e propone quella del sistema stellare, in cui ciascun corpo (ordinamento autonomo) ha "una sua autoreferenzialità che risponde alle logiche relazionali (forze che regolano il moto) che lo inquadrano nell'ambito del sistema cui appartiene" (*ibidem*, p. 46). Sull'autonomia come indirizzo politico, l'A. (*ibidem*, pp. 12-13) coglie tre limiti: "la libertà di scelta degli altri soggetti, l'impossibilità di perseguire determinati obiettivi senza la collaborazione di altri, la necessità di garantire esigenze unitarie delle quali nessuno è *dominus* in via esclusiva".

[203] G. Berti, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., p. 368: "è certo evidente la riduzione di capacità autonoma discendente dal fatto che tutti devono rispondere ad un modello: non possono perciò essere totalmente rappresentativi delle comunità locali. *La diversità, che è alla base dell'autonomia, viene negata dall'uniformità data da una legge dello stato*". Uno studio accurato sull'interpretazione da dare all'art. 128, in relazione all'art. 5 è compiuto da F. Pizzetti, *Il sistema costituzionale*, cit., pp. 192 ss.; 250-251 e 475 ss.; si v. anche le acute considerazioni in F. Staderini-P. Caretti-P. Milazzo, *Diritto degli enti locali*, Cedam, Padova 2014, p. 46.

[204] Cui ora si aggiunge il riformulato art. 114 Cost.. F. Pizzetti, *Il sistema costituzionale*, cit., p. 253 ss. valorizzava molto, a riguardo, anche l'originaria formulazione dell'art. 114. C. Esposito, *Autonomie locali*, cit., p. 73 e ss. ha colto un'uniformità del concetto di autonomia, nell'art. 5, ciò che vale ad escludere che "alcuna di queste autonomie possa differire nel genere e non nella specie dalle altre, e che essa possa vantare particolare titolo di nobiltà e sia qualitativamente diversa dalle altre".

[205] G. Berti, *Amministrazione comunale*, cit., p. 20; F. Pizzetti, *Il sistema costituzionale*, cit., p. 279 ss.; soprattutto pp. 285-6 e 300.

[206] Così, con efficacissima sintesi, G. Rolla, *L'autonomia costituzionale*, cit., p. 17.

[207] Significative riflessioni sul punto in R. Bin, *Gli enti locali*, cit., soprattutto il par. 3, che richiama a riguardo la sent. 246/2006 della Corte costituzionale.

[208] L'A. distingueva, sulla scia di Tocqueville, il carattere artificiale della

famiglia" (G. Berti, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., p. 369). La frase citata è in G. Berti, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti*, in *Rivista di Diritto Privato*, 3/2003, p. 20. V. anche Id., *La giuridicità pubblica e la riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione*, in *Jus*, 2002, pp. 159 e 160: "bisogna dunque far posto alla dimensione comunale come espressione di un ordinamento che si giustifica proprio sulla immediata percezione delle infinite relazioni che in concreto si istituiscono fra interesse sociale e gli interessi personali o dei vari gruppi che si formano nella stessa società locale"; A. Pubusa, *Sovranità popolare*, cit., p. 179.

[209] G. Rolla, *L'autonomia costituzionale*, cit., p. 12. V. già G.C. De Martin, *L'amministrazione locale*, cit., p. 53, il quale ricava dalla Costituzione la "imposizione di limiti al legislatore statale (o regionale), il quale dovrebbe arrestarsi dall'intervenire con proprie norme, una volta definite le competenze locali, col criterio della più larga valorizzazione, e una volta stabilite le eventuali norme indispensabili per contemperare gli interessi delle comunità locali con gli interessi della più ampia autonomia nazionale (o regionale)"; F. Merloni, *Riflessioni sull'autonomia normativa degli enti locali*, in *Le Regioni*, 2008, p. 91 ss.. Per C. Esposito, *Autonomie locali*, cit., p.79, l'autonomia non vale ad attribuire valore di legge agli atti degli enti locali, ma a stabilire un limite di "rispetto del principio della autonomia" in capo alle leggi della Repubblica, a vantaggio della potestà regolamentare.

[210] Rinvio, anche per indicazioni bibliografiche, a F. Pizzolato, *La sussidiarietà tra le fonti: socialità del diritto ed istituzioni*, in *Politica del diritto*, 2006, p. 385 ss.. V. anche già G. Berti, *Art. 5*, cit., p. 289; F. Pizzetti, *Il sistema costituzionale*, cit., p. 316.

[211] H. Kelsen, *Essenza e valore*, cit., p. 120. *Ibidem*, p. 121: "Il principio democratico, infatti, si può applicare agli strati superiori, e non può penetrare - senza mettere in questione, cioè, la sua validità nel campo della formazione della volontà generale - negli strati più profondi di un processo nel quale il corpo dello Stato si crea e si rinnova incessantemente".

[212] La formula è usata da M. Magatti, *Il potere istituyente della società civile*, Laterza, Roma-Bari 2005. Nella sent. 75/1992, la Corte costituzionale, a proposito del vincolo di appartenenza dell'uomo alla comunità civile, ha affermato che "esso è, in altre parole, la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa. Si tratta di un principio che, comportando l'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente. Della natura di tali diritti fondamentali il volontariato partecipa: e vi partecipa come istanza dialettica volta al superamento del limite atomistico della libertà individuale, nel senso che di tale libertà è una manifestazione che conduce il singolo sulla via della costruzione dei rapporti sociali e dei legami tra gli uomini, al di là di vincoli

[213] L'art. 1.3 del d.lgs. 267/2000 prevede espressamente che "la legislazione in materia di ordinamento degli enti locali e di disciplina dell'esercizio delle funzioni ad essi conferite enuncia espressamente i principi che costituiscono limite inderogabile per la loro autonomia normativa".

Italicum: un sistema anomalo e antidemocratico

di MAURO VOLPI

Professore ordinario di Diritto pubblico comparato – Università degli studi di Perugia

ABSTRACT

La nuova legge elettorale presenta numerose anomalie. Nel metodo si è fatto ricorso a varie forzature procedurali, fino alla posizione della questione di fiducia che alla Camera ha consentito il voto favorevole di una parte soltanto della maggioranza. Alcuni meccanismi ipermaggioritari (come il premio di maggioranza e il doppio turno di lista) sono sconosciuti o quasi negli altri Paesi democratici. Diverse disposizioni sollevano seri dubbi di legittimità costituzionale, anche nuovi rispetto a quelli già rilevati nel Porcellum dalla Corte costituzionale. Infine il sistema elettorale, insieme al d.d.l. costituzionale all'esame del Senato, determinerebbe una trasformazione della forma di governo da parlamentare a presidenzialistica senza contrappesi e, pregiudicando gli equilibri fra i poteri, inciderebbe anche sulla forma di Stato.

The new electoral law presents many anomalies. As far as the method, the procedures were bended by the Government which raised the question of confidence for obtaining the approval of the Bill by the Parliament (so that it gained the support of only a part of the majority). Some ipermajoritarian mechanisms (such as the majority premium and the two round system with an eventual second ballot between the two top rated lists at the first round) are almost unknown in other democratic countries. Several provisions raise serious doubts of constitutional legitimacy, even new than those already found in Porcellum by the Constitutional Court. Finally, the electoral system, together with the constitutional reform bill which is before Senate, would lead to a transformation as of the form of Government (from a parliamentary Government to presidential one, without adequate checks and balances between the powers), as well as the form of the State (for the prejudice of the

Sommario: 1. La legge 6 maggio 2015 n. 52. – 2. Le anomalie di metodo e procedurali. – 3. Le anomalie risultanti dalla comparazione. – 4. Le anomalie costituzionali. – 5. Le anomalie sostanziali.

1. La legge 6 maggio 2015 n. 52

Dunque il cosiddetto *Italicum* è divenuto legge dello Stato, la n. 52 del 6 maggio 2015. Esso disciplina la legge elettorale della sola Camera dei deputati, adottando una formula teoricamente proporzionale per liste concorrenti, ma accompagnata da correttivi talmente forti da trasformarla in realtà in un sistema maggioritario di lista. Infatti sulla ripartizione nazionale dei seggi, basata sul criterio del quoziente, vengono innestati i seguenti correttivi:

- alla lista che ha avuto più voti vengono attribuiti 340 seggi, pari al 54% di quelli dell'intera Camera, purché superi la soglia del 40% dei voti validamente espressi;
- se nessuna lista ottiene il 40% dei voti, si tiene un secondo turno di ballottaggio al quale possono accedere solo le due liste più votate; a quella che prende più voti è attribuito il premio di 340 seggi; tra primo e secondo turno è vietato qualsiasi apparentamento;
- 278 seggi sono attribuiti a tutte le liste di minoranza, compresa quella battuta al secondo turno; la soglia di accesso perché una lista possa ottenere seggi è pari al 3% dei voti.

Va aggiunto che i 12 seggi restanti continuano ad essere assegnati alla Circoscrizione estero. Infine all'interno dei 100 collegi plurinominali i capilista sono bloccati e possono essere candidati in un numero massimo di dieci collegi, mentre gli altri candidati sono eletti con la doppia preferenza di genere (si può esprimere una sola preferenza, ma qualora se ne diano due, la seconda deve andare ad un candidato di sesso diverso rispetto al primo, pena l'annullamento della preferenza).

Il sistema elettorale adottato è un vero e proprio concentrato di anomalie: per il metodo che ne ha segnato la nascita e le forzature procedurali che ne hanno garantito l'approvazione in sede parlamentare; nella comparazione con i sistemi elettorali vigenti negli altri Paesi democratici; per i numerosi profili di dubbia legittimità costituzionale che presenta; per gli effetti che produrrebbe sia sulla forma di governo sia sulla forma di Stato, in specie se fosse approvato il d.d.l. che modifica 47 articoli della Costituzione nel testo votato dalla Camera il 10 marzo 2015.

L'origine della legge n. 52 è nota. Le sue linee di fondo, insieme a quelle della "riforma" costituzionale sono state concordate nel cosiddetto "patto del Nazareno", stipulato tra Renzi e Berlusconi nella sede nazionale del PD il 18 gennaio 2014, e poi aggiornate in una serie di incontri successivi. Il patto aveva natura extraparlamentare, in quanto Renzi, appena eletto segretario nazionale del PD, non era parlamentare né era stato nominato Presidente del Consiglio, e Berlusconi era stato dichiarato decaduto dalla carica di senatore in seguito alla condanna definitiva a quattro anni di reclusione. L'anomalia non sta ovviamente nella ricerca di un ampio accordo politico su una legge importante e delicata come quella elettorale, ma nel fatto che l'intesa veniva stipulata, al di fuori di qualsiasi previa discussione nel partito di maggioranza relativa, nella maggioranza di governo e con gli altri partiti di opposizione. Il contenuto del patto quindi appariva come un "prendere o lasciare", strettamente correlato agli interessi dei due partiti e dei due leader contraenti e non alle esigenze di equilibrio, democraticità e incentivazione della partecipazione popolare, che avrebbero dovuto essere al centro dell'attenzione dopo la sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale, che ha annullato i premi di maggioranza e le liste bloccate previste dalla legge n. 270 del 2005 (il cosiddetto *Porcellum*). Lo dimostra la blindatura sul testo del d.d.l. che si è avuta nella prima votazione alla Camera dei deputati e il fatto che i più importanti emendamenti approvati dal Senato (l'attribuzione del premio non ad una coalizione, ma ad una lista; l'elevazione della soglia per il premio dal 37 al 40% dei voti, l'introduzione di liste semi-bloccate) sono stati previamente concordati tra i due contraenti del patto.

Altra evidente anomalia: l'accordo a due, sia sulla legge elettorale sia sulla riforma costituzionale, è stato oggetto di disegni di legge presentati alle Camere non dai gruppi parlamentari, come sarebbe stato opportuno per testi sui quali deve essere ricercato il più ampio consenso parlamentare, ma dal Governo. Inoltre l'iter parlamentare è stato accompagnato dalla incombente minaccia del Presidente del Consiglio di ricorrere allo scioglimento anticipato delle Camere, come se questo fosse un suo potere sostanziale che avrebbe relegato il Presidente della Repubblica ad un ruolo meramente notarile. Infine l'iter dell'*Italicum* è stato costellato da ampie e frequenti forzature dei regolamenti parlamentari. Tre sono state quelle più eclatanti.

Al Senato è stata consentita la votazione dell'emendamento Esposito, che permetteva al testo di legge un articolo 01, il quale riassumeva i contenuti essenziali dell'intera legge. La sua approvazione determinava la decadenza di gran parte degli emendamenti presentati, inaugurando una procedura contrastante con l'art. 72 Cost., che impone la discussione e l'approvazione articolo per articolo. Inoltre il testo messo ai voti non era un emendamento in quanto non modificava nessun articolo né aveva natura precettiva e quindi avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile. Si è dato vita così ad un precedente al quale potrebbe rifarsi ogni futuro governo strangolando la dialettica parlamentare su un qualsiasi disegno di legge mediante la previa presentazione di uno pseudo-emendamento riassuntivo dei suoi contenuti^[1].

parte dell'Ufficio di presidenza del gruppo del PD di dieci deputati componenti della Commissione affari costituzionali, accusati di sostenere emendamenti al testo approvato dal Senato. A tal proposito va ricordato che il Senato aveva modificato il testo varato dalla Camera e l'aveva fatto con il voto decisivo dei senatori di Forza Italia e con la non partecipazione al voto o il voto contrario di una ventina di senatori del PD. Anche qui si è seguita la logica del "prendere o lasciare" e la fretta che è stata imposta per addivenire all'approvazione definitiva da parte della Camera è apparsa priva di ogni seria giustificazione istituzionale, anche alla luce della previsione contenuta nel testo che il nuovo sistema entrerà in vigore il 1° luglio 2016. La sostituzione di un numero cospicuo di parlamentari dissenzienti, per ragioni non tecniche ma politiche, già avvenuta ma per un numero più ridotto di parlamentari nell'iter del d.d.l. costituzionale alla I Commissione del Senato, rappresenta una novità che colpisce un diritto sancito dal divieto del mandato imperativo *ex art. 67 Cost.* Non si può sostenere che tale principio, caratteristico di ogni ordinamento liberal-democratico, varrebbe solo per i lavori in aula e non per quelli nelle commissioni, che costituirebbero la proiezione non, come è giusto che sia, dei gruppi parlamentari in misura proporzionale alla loro consistenza, ma della linea politica di maggioranza stabilita al loro interno. Ciò significa colpire alla radice il diritto di un parlamentare di presentare in commissione proposte emendative su un testo in discussione. Ovviamente se si ritiene che un parlamentare violi sistematicamente la disciplina di gruppo, si può decidere di estrometterlo dal gruppo e quindi chiederne la sostituzione in commissione, ma questa non può servire a soffocare in via preventiva la libera dialettica parlamentare su un singolo disegno di legge.

La forzatura più grave è derivata dalla posizione della questione di fiducia, che ha imposto un voto blindato sui singoli articoli sotto la minaccia delle dimissioni del Governo. La Presidente della Camera ha ritenuto ammissibile tale iniziativa sulla base di una interpretazione letterale dell'art. 116. C. 4, Re. Ca., che vieta la posizione della questione di fiducia sugli «argomenti per i quali il regolamento prescrive votazioni per alzata di mano o per scrutinio segreto». Ora, l'art. 49, c. 1, Re. Ca., prevede che qualora ne venga fatta richiesta, sia effettuata a scrutinio segreto la votazione sulle leggi elettorali (per le quali l'art. 51, c. 2, richiede l'iniziativa di trenta deputati). Non era quindi obbligata l'interpretazione data dalla Presidente neppure sotto il profilo letterale, in quanto dall'art. 116 non si desume che debba essere necessariamente consentita la questione di fiducia anche sulle questioni sulle quali il regolamento stabilisce il voto segreto non obbligatoriamente ma su richiesta[2]. E nel dubbio doveva essere prescelta l'interpretazione più favorevole all'autonomia della Camera e comunque sarebbe stata opportuno sottoporre la questione alla Giunta per il regolamento. Ma se si va alla sostanza di quanto è accaduto, non può non essere sottolineata la gravità di una iniziativa la quale ha certificato che la legge elettorale è cosa del Governo, che fa parte integrante del suo programma e risponde ai suoi interessi politici. A sostegno della iniziativa si è sostenuto che la legge elettorale è la più politica delle leggi, il che legittimerebbe il Governo a considerarla come essenziale per la prosecuzione del suo mandato[3]. Ma la legge elettorale è la prima e fondamentale regola del gioco che, trasformando in seggi i voti degli elettori, inverte il principio della sovranità

maggioranza o di un governo volto a perseguire interessi politici di parte, ma deve trovare il più ampio possibile consenso parlamentare al di fuori della contrapposizione tra maggioranza e opposizione. Del resto fu proprio questa la critica rivolta alla legge n. 270 del 2005, voluta e approvata dalla sola maggioranza di centro-destra con l'obiettivo di ostacolare la probabile vittoria del centro-sinistra nelle elezioni del 2006 e che gli valse la denominazione di *Porcellum*.

È significativa a tal proposito l'invocazione del precedente rappresentato dalla posizione della questione di fiducia, prima alla Camera, poi al Senato, da parte di De Gasperi sulla cosiddetta "legge truffa" n. 148 del 1953. L'altro precedente storico, che ovviamente è di ben altra natura, è il ricorso alla fiducia da parte di Mussolini sulla legge fascista Acerbo n. 2444 del 1923. In entrambi i casi la posizione della questione di fiducia derivò da esigenze politiche: nel 1923 dall'intento di Mussolini «di dare legittimità formale alla sua presa del potere e di stringere alleanze organiche con le forze reazionarie»; nel 1953 dalla volontà di De Gasperi di «blindare il centrismo per non dover aprire né alla destra.....né alla sinistra»[4]. In particolare, la fiducia sulla "legge truffa" va considerata in un contesto come quello dell'immediato dopoguerra, contrassegnato dall'esplosione della guerra fredda e dalla contrapposizione frontale tra maggioranza e opposizione. Essa fu giustificata da De Gasperi con ragioni che ne sottolineavano l'eccezionalità, anche in considerazione della prossimità dello scioglimento della Camera[5]. E comunque in concreto l'infelicità di tale scelta è dimostrata dallo scontro politico-parlamentare di particolare virulenza, che essa contribuì a determinare, il quale alla fine impedì alla coalizione centrista di raggiungere la maggioranza del 50% più uno dei voti e quindi di far scattare il premio. Nulla quindi di paragonabile con l'*Italicum*, trattandosi di una legge applicabile solo dal 1° luglio 2016 e in presenza di una opposizione, quella della minoranza del PD, non certo frontale ma favorevole a circoscritte modifiche del testo approvato dal Senato. In ogni caso l'effetto determinato dal ricorso alla fiducia, che costituisce ormai un pericoloso precedente utilizzabile da un futuro governo che voglia nuovamente modificare la legge elettorale a sua piacimento, è stata l'approvazione della legge con 334 voti favorevoli, circa 70 in meno rispetto alla maggioranza di governo, e quindi solo da una parte della maggioranza (peggio quindi che per l'adozione del *Porcellum*), drogata da un premio dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale e quindi con ogni probabilità non corrispondente agli orientamenti politici della maggioranza del corpo elettorale[6].

3. Le anomalie risultanti dalla comparazione

L'aspetto più condivisibile della legge elettorale sta nella denominazione di *Italicum* che gli è stata unanimemente attribuita. In effetti alcune delle caratteristiche essenziali del nuovo sistema elettorale lo rendono del tutto anomalo nel quadro delle democrazie contemporanee[7]. Così è innanzitutto per il premio di maggioranza, correttivo alla proporzionale di cui si riscontra

qui il premio consiste nell'attribuzione al partito che ha ottenuto più voti di un numero fisso di seggi, 50 su un totale di 300, che non gli consente automaticamente di avere la maggioranza assoluta dei seggi in Parlamento e può obbligarlo a costituire governi di coalizione, come sono stati gli ultimi due presieduti da Samaras di Nuova Democrazia (2012-2015) e da Tsipras di Syriza (da fine gennaio 2015).

Se si eccettua il precedente francese della “*loi scélerate*” del 1951, che non contribuì certo a risolvere i problemi della Quarta Repubblica, il ricorso al premio attributivo della maggioranza più che assoluta dei seggi a chi arriva in testa, costituisce una specialità italiana periodicamente ricorrente nella storia patria. Basti pensare alla legge Acerbo del 1923, che attribuiva i due terzi dei seggi alla lista arrivata in testa che avesse avuto il 25% dei voti, alla “legge truffa” del 1953, che assicurava il 65% dei seggi della Camera alla coalizione che raggiungesse il 50% più uno dei voti e, infine al *Porcellum* del 2005, che assegnava alla coalizione più votata il 54% dei seggi alla Camera e il 55% in ogni Regione al Senato. A parte la legge Acerbo, sulla cui natura ultramaggioritaria e antidemocratica non c'è bisogno di spendere parole, qualche considerazione va fatta sulle altre due leggi. In particolare, non vi è dubbio che la legge del 1953 fosse molto meno distorsiva della volontà del corpo elettorale rispetto all'*Italicum*. Intanto il premio di 390 seggi su 580 poteva essere assegnato non alla lista più forte ma ad una coalizione. In secondo luogo se ne prevedeva l'attribuzione alle liste apparentate che avessero conquistato la maggioranza assoluta dei voti e De Gasperi nel suo intervento alla Camera del 17 gennaio 1953 ebbe modo di affermare quanto segue: «Questa legge non trasforma la minoranza in maggioranza. Se così facesse sarebbe un tradimento della democrazia»[9]. Infine il mancato raggiungimento della soglia prescritta avrebbe impedito l'attribuzione del premio, come si verificò nelle elezioni dello stesso anno, che portarono poco dopo alla abrogazione della legge. Ciò non toglie che, a fronte delle tardive conversioni di chi oggi ne fa l'esaltazione, la legge del 1953 fosse criticabile sia perché mossa dall'intento politico di blindare la maggioranza e di emarginare l'opposizione in un contesto di inesistenza di una normale dialettica democratica, sia perché alla Camera (ma l'intento era di estenderlo poi anche al Senato) il premio avrebbe consentito alla maggioranza di governo di avere una percentuale di seggi vicinissima a quella di due terzi dei componenti che consente la modifica della Costituzione escludendo il ricorso al referendum oppositivo. Quanto al *Porcellum*, i premi di maggioranza tanto alla Camera quanto al Senato sono stati dichiarati incostituzionali in quanto, nel perseguimento dell'«obiettivo di rilievo costituzionale» della stabilità di governo, determinavano «una compressione della funzione rappresentativa dell'assemblea nonché dell'eguale diritto di voto, eccessiva e tale da produrre un'alterazione profonda della composizione della rappresentanza democratica» (sent. n. 1/2014)

Alla anomalia di un premio di maggioranza che trasforma la minoranza più forte in maggioranza i sostenitori dell'*Italicum* hanno replicato, rifacendosi ai sistemi maggioritari in vigore nel Regno Unito e in Francia che possono attribuire ad un partito che ottenga tra il 35 e il 40% dei voti la maggioranza assoluta dei seggi[10]. Ma ogni buon comparatista sa che non si possono raffrontare termini diversi se non chiarendo a monte le differenze fra di essi.

la ipotesi artificiale attribuita a tavolino alla lista che arriva in testa nel quadro di un sistema formalmente proporzionale, ma è il frutto dell'applicazione di una formula maggioritaria nell'ambito di collegi uninominali. Quindi un partito ottiene la maggioranza assoluta dei seggi perché i suoi candidati hanno vinto nella metà più uno dei collegi. Si tratta di sistemi certamente distorsivi, che penalizzano soprattutto i terzi partiti di dimensioni nazionali. In particolare nel maggioritario a turno unico può verificarsi che ottenga più seggi il partito che ha avuto meno voti (come si verificò nel Regno Unito alle elezioni del 1951). Tuttavia a fronte di affermazioni che sostengono la superiorità dell'*Italicum* su tali sistemi[11], tanto che secondo il Presidente del Consiglio sarà sicuramente imitato dagli altri Paesi europei, è opportuno ricordare che quei sistemi non garantiscono con certezza, come pretende di fare l'*Italicum*, l'ottenimento della maggioranza assoluta dei seggi da parte di un partito e in questa ipotesi impongono coalizioni di governo, com'è avvenuto nel Regno Unito tra il 2010 e il 2015. Inoltre nel Regno Unito il bipartitismo ha preceduto storicamente l'adozione del maggioritario a turno unico, mentre con l'*Italicum* si pretende di dare vita al bipartitismo per legge[12]. Infine la distorsività e la crescente sofferenza di alcuni sistemi maggioritari deriva dal fatto che vi è una strisciante crisi del bipartitismo, attestata dalla percentuale sempre più ridotta di voti ottenuti dai due maggiori partiti[13]. Non è quindi un caso che nei Paesi che l'adottano si discuta da vari anni di riforma del sistema elettorale. È vero che nel Regno Unito la maggioranza dei votanti nel referendum tenutosi nel maggio 2011 ha votato contro la sostituzione del *plurality* con il voto alternativo, ma in vari Paesi anglosassoni il sistema elettorale di stampo britannico è stato abbandonato[14]. Anche in Francia si discute da anni della introduzione di una quota di proporzionale nel maggioritario a doppio turno come "diritto di tribuna" da riconoscere alle formazioni minori. Con l'*Italicum* si ha la pretesa di imporre un assetto bipartitico ad un sistema politico almeno tripolare, come quello uscito dalle elezioni 2013, e per fare ciò si introduce un meccanismo che distorce in modo grave una formula teoricamente proporzionale, producendo un effetto (maggioranza più che assoluta dei seggi ad un solo partito con il 40% dei voti al primo turno o anche con un numero di voti inferiore al secondo turno) che i sistemi proporzionali corretti di regola non producono[15].

Se il premio di maggioranza è rarissimo, del tutto assente nelle altre democrazie è il doppio turno di lista previsto dall'*Italicum*. Si tratta di un sistema che non ha nulla a che vedere con quello maggioritario a doppio turno che si applica per l'elezione dei titolari di cariche monocratiche, come per il Presidente della Repubblica in Francia o i Sindaci dei Comuni con più di 15.000 abitanti in Italia, o per l'elezione dei parlamentari in collegi uninominali, come per l'Assemblea nazionale francese. In questi casi il doppio turno è finalizzato a garantire l'ampia rappresentatività dell'eletto, che deve ottenere la maggioranza assoluta (e non il 40%) dei voti per conquistare il seggio al primo turno. Inoltre in Francia al secondo turno delle elezioni parlamentari sono ammessi non solo i primi due candidati, ma tutti quelli che abbiano ottenuto una percentuale di voti pari al 12,5% degli elettori, e quindi all'incirca il 20% dei voti, al primo turno. Se questo sistema fosse recepito oggi in Italia, in gran parte dei collegi uninominali si avrebbe una competizione non riservata ai primi due candidati

l'elezione dei Sindaci italiani sia per quella dei deputati francesi si svolgono trattative e vi sono accordi tra i candidati rimasti in lizza e gli altri, che rendono meno costrittivo il voto degli elettori dei candidati esclusi, cosa che l'*Italicum* espressamente vieta. Anche qui si realizza una forzatura senza eguali al fine di decretare la vittoria di un partito che al primo turno ha ottenuto meno del 40% dei voti, senza che sia stabilita una soglia minima per l'accesso al secondo turno (e quindi anche con il 20/25% dei voti).

4. Le anomalie costituzionali

L'*Italicum* presenta vari profili di dubbia legittimità costituzionale: alcuni ripropongono quelli già censurati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 1 del 2014; altri sono nuovi e aggiuntivi.

Cominciamo dai primi. Viene innanzitutto in considerazione l'entità del premio di maggioranza attribuito al primo partito. Si può affermare che esso non comprime in modo eccessivo e sproporzionato la funzione rappresentativa dell'assemblea e l'eguale diritto di voto? Non è così: la previsione di una soglia minima di voti per accedere ad un premio, che attribuisce alla lista vincente ben più della metà dei seggi in palio, fa sì che al partito che arriva in testa, e quindi alla più forte minoranza, sia attribuito un premio che può arrivare fino al 14% dei seggi in palio (pari a più di un terzo dei voti di un partito che superasse di poco la soglia del 40%). Basti pensare che l'entità del premio è analoga a quella proposta dalla legge n. 148 del 1953, che fu qualificata dalla opposizione come «legge truffa», ma che almeno attribuiva il 65% dei seggi alla Camera alle liste apparentate che raggiungevano il 50% più uno dei voti e non alla minoranza più forte.

L'illegittimità costituzionale è ancora più manifesta nell'ipotesi in cui nessuna lista ottenga il 40% dei voti, esito probabile stando ai sondaggi attuali, e quindi si tenga un secondo turno di ballottaggio tra le due liste più votate. Qui va rilevato che non è prevista nessuna soglia di accesso al secondo turno e quindi potrebbero essere ammesse anche due liste che abbiano ottenuto il 25% dei voti, come si è verificato nelle elezioni del 2013. Inoltre non è stabilito alcun quorum di partecipazione al voto per la validità del secondo turno, per cui la lista vincente potrebbe conquistare la maggioranza più che assoluta dei seggi con un numero di voti pari o inferiore a quello ricevuto al primo turno. È evidente che in questo modo la soglia per l'accesso al premio viene ad essere totalmente aggirata, anzi è come se non vi fosse, costituendo solo una foglia di fico per imporre lo svolgimento del secondo turno e l'assegnazione del premio. Non si può poi escludere che al secondo turno il premio sia vinto dalla lista arrivata in seconda posizione anche con una percentuale di voti inferiore al 25%. Se si tiene conto della crescente astensione dal voto e dal suo quasi certo aumento al secondo turno, potrebbe ottenere più del 54% dei seggi un partito che è stato votato da una percentuale esigua di elettori (un quarto o anche meno). Il fatto che al secondo turno la lista vincente conquisterebbe la maggioranza assoluta dei voti non toglie che il ricorso al turno di ballottaggio

dalla larga maggioranza del corpo elettorale di non assegnare il premio a nessuna lista e la compressione della libertà degli elettori che al primo turno hanno votato per tutte le altre liste (e in particolare per una terza lista che potrebbe superare il 20% dei voti). Viene quindi violata l'eguaglianza e la libertà del voto degli elettori, violazione aggravata dal fatto che tra primo e secondo turno le altre liste non possono apparentarsi con una delle due ammesse. Un sistema di questo tipo risulta meno distortivo in un contesto politico nel quale vi sono due coalizioni che ottengono un'altissima percentuale del voto popolare, come si è verificato nelle elezioni del 2006 e del 2008, ma diventa abnorme e irragionevole in un contesto politico tripolare come quello emerso dalle elezioni del 2013.

Altro profilo non nuovo di dubbia legittimità è la previsione di liste semi-bloccate, nelle quali i capilista ottengono automaticamente un seggio conquistato dalla lista, mentre gli altri seggi sono attribuiti ai candidati in base alle preferenze ottenute. Il Presidente del Consiglio ha sostenuto che si tratterebbe di una specie di *Mattarellum*, che accoppierebbe il voto personale al singolo candidato di collegio con quello alle liste mediante l'espressione delle preferenze. Non è così: nel sistema che precedeva il *Porcellum* i tre quarti dei seggi erano assegnati in collegi uninominali in ciascuno dei quali si eleggeva un solo parlamentare con sistema maggioritario a turno unico, mentre il quarto restante era distribuito con sistema proporzionale tra liste bloccate. Al contrario nell'*Italicum* non vi è alcun rapporto esclusivo tra eletto e collegio, in quanto nello stesso collegio possono essere eletti i capilista di diverse liste e anche altri candidati. Inoltre il capolista può presentarsi in dieci collegi e quindi la sua opzione per uno dei collegi in cui risulta eletto può manipolare la volontà degli elettori, consentendo l'elezione di candidati primi non eletti che hanno ottenuto una percentuale di preferenze rispetto ai votanti del collegio inferiore a quella del primo dei non eletti nel collegio prescelto dal capolista. Viene quindi ad essere pregiudicato il diritto degli elettori di scegliere liberamente i propri rappresentanti. Inoltre l'*Italicum* non favorisce affatto la conoscibilità degli eletti in quanto la ripartizione dei seggi avviene non nei collegi ma a livello nazionale e nell'eventuale secondo turno i candidati spariscono e si vota solo per il simbolo del partito (e di fatto per il suo leader). Quindi il voto dato ad una lista con preferenza per uno o due candidati può essere utilizzato per eleggere in una diversa circoscrizione un candidato totalmente sconosciuto all'elettore.

L'*Italicum* contiene, come si è detto, profili di dubbia legittimità costituzionale ulteriori rispetto a quelli censurati nella sentenza n. 1 del 2014 con riferimento al *Porcellum*.

In primo luogo la riforma riguarda la sola Camera dei deputati e, in attesa della revisione costituzionale che dovrebbe rendere il Senato non più elettivo, stabilisce l'entrata in vigore del nuovo sistema elettorale il 1° luglio 2016. Quindi anziché far precedere la riforma del Senato a quella della legge elettorale, come sarebbe stato logico e corretto, si è voluto approvare la seconda nell'aspettativa di un evento incerto sia nell'*an* che nel *quando*, in quanto non può esservi sicurezza né sull'approvazione del d.d.l. costituzionale né sui tempi, anche in considerazione della quasi certa sottoposizione del testo approvato a referendum popolare. Cosa accadrebbe se la riforma costituzionale non

Repubblica dovesse decretare lo scioglimento anticipato del Parlamento? Le due Camere verrebbero ad essere elette con due sistemi elettorali molto diversi e al Senato si applicherebbe il cd *Consultellum*, cioè la normativa di risulta derivante dalla sentenza n. 1 del 2014, e cioè un sistema proporzionale senza premio di maggioranza e senza liste bloccate (con la possibilità di esprimere una preferenza), ma non puro, come è stato superficialmente sostenuto, in quanto sarebbero mantenute le soglie di sbarramento per l'accesso alla rappresentanza (il 3% per le liste coalizzate, l'8% per quelle non coalizzate). Il risultato più che probabile sarebbe l'esistenza di due diverse maggioranze nelle due Camere. Ma se è così, il premio di maggioranza previsto per la Camera risulta irragionevole, in quanto in assenza della riforma del Senato e con due sistemi elettorali diversi per le due Camere che votano entrambe la fiducia al Governo, non garantisce affatto la governabilità, che ne costituisce la *ratio* essenziale. Questa è stata la motivazione con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionali i premi di maggioranza regionali al Senato previsti dal *Porcellum*, in quanto non garantivano l'esistenza di una maggioranza o di una maggioranza corrispondente a quella della Camera e quindi frustravano la finalità precipua del premio di maggioranza. Lo stesso rilievo potrebbe essere rivolto al premio che è stato confezionato per la sola Camera.

Un secondo nuovo profilo di dubbia legittimità riguarda le liste semi-bloccate, per le quali si configura una duplice violazione del principio di eguaglianza. In primo luogo vi è una irragionevole disparità tra candidati facenti parte di una stessa lista, il primo dei quali, gradito ai vertici del partito, non ha bisogno per essere eletto di alcun voto di preferenza a differenza di tutti gli altri^[16]. Qui non c'è alcun comune paragone con il discutibile "listino" che ha caratterizzato dal 2000 l'elezione dei consiglieri regionali nella maggioranza delle Regioni, e oggi in via di superamento, che consentiva ai candidati collocati in una lista collegata al candidato eletto Presidente di essere automaticamente eletti, costituendo un premio di maggioranza a favore della coalizione vincente. Ma in tale caso si aveva almeno il pudore di distinguere il listino dalle liste per le quali era previsto il voto di preferenza, mentre nell'*Italicum* il capolista è un candidato "più eguale" degli altri collocati nella stessa lista. Viene compiuta poi una discriminazione irragionevole a danno degli elettori, in quanto solo quelli che votano per la lista che otterrà il premio potranno incidere significativamente sulla scelta di un notevole numero di eletti (240 su 340, una parte dei quali saranno individuati in base alle opzioni compiute dai capolista), mentre quelli degli altri partiti avranno una possibilità di scelta nulla o molto ridotta.

Vi è infine un profilo di possibile illegittimità che deriva dalle modalità di attribuzione dei seggi previsti per la Valle d'Aosta (uno con maggioritario a turno unico) e per il Trentino Alto Adige (otto in collegi uninominali con maggioritario a turno unico più due di recupero proporzionale)^[17]. L'*Italicum* prevede che nelle due circoscrizioni i candidati siano collegati con una delle liste presentate a livello nazionale e che i voti ivi espressi siano calcolati per determinare le cifre elettorali nazionali, individuare la lista vincente ed eventualmente quelle ammesse al ballottaggio, mentre «non concorrono alla ripartizione dei seggi assegnati nella restante parte del territorio nazionale» (nuovo art. 83, c. 6 del T.U. n. 361 del 1957). Ciò significa che non incidono

278). Ma, mentre disposizioni specifiche della legge prevedono che i seggi conquistati dalla lista più votata siano defalcati dai 340 che le spettano in base al premio di maggioranza, manca un'analoga disposizione di sottrazione dei seggi ottenuti nelle due circoscrizioni dalle liste di minoranza ai 278 a queste spettanti. Ne deriva che il numero dei deputati sarebbe variabile, potendo andare da un massimo di 640 (340+10+12 eletti nella circoscrizione estero) qualora le liste di minoranza vincessero in tutti i collegi uninominali e ottenessero un seggio nella quota proporzionale, a un minimo di 631 (340+1+12) nell'ipotesi in cui a ottenere tutti i seggi fosse la lista vincente a livello nazionale, in quanto uno di quelli proporzionali spetterebbe comunque ad una delle altre liste. Sarebbe quindi violato l'art. 56, c. 2, Cost., che fissa il numero dei deputati a seicentotrenta, di cui dodici eletti nella circoscrizione Estero.

5. Le anomalie sostanziali

Nel merito i principali difetti della legge n. 52/2015 derivano dalla volontà, apertamente proclamata, di imporre che la sera stessa del voto si abbia un vincitore e si conosca il nuovo Governo. Certezza che non esiste neppure nelle democrazie che adottano sistemi elettorali maggioritari o comunque selettivi. Proprio per questa ragione gli ideatori dell'*Italicum* non hanno optato per l'adozione di sistemi elettorali maggioritari, nonostante ne avessero sostenuto in passato l'assoluta superiorità nei confronti di quelli proporzionali. La logica è identica a quella che stava alla base del *Porcellum*, del quale la nuova legge costituisce una riedizione con alcune modifiche che non ne alterano l'essenza^[18]. Poiché ci si rende conto che nel contesto italiano nessun sistema maggioritario potrebbe di per sé garantire con certezza che un partito ottenga la maggioranza assoluta dei seggi in Parlamento, si opta per una formula proporzionale ma stravolta da un premio abnorme e da un secondo turno anomalo che consente di aggirare qualsiasi soglia per l'accesso al premio.

Inoltre, nel perseguire l'obiettivo del vincitore certo, l'*Italicum* pecca di una congiunturalità che mal si addice ad un nuovo sistema elettorale che voglia durare nel tempo^[19]. Non è un caso che gli emendamenti al testo originario dell'*Italicum* siano stati successivi al risultato delle elezioni europee del 2014, nelle quali il PD ha ottenuto il 40,8% dei voti (anche se nel quadro di una partecipazione popolare pari al 58% degli aventi diritto al voto). Di qui la scelta di innalzare la soglia necessaria per ottenere il premio dal 37 al 40% dei voti nonché quella di sopprimere il premio alla coalizione sostituito da quello alla più forte lista. Ma questo è un calcolo miope, che potrebbe in futuro essere smentito dalla evoluzione dei rapporti di forza elettorali e che è ritagliato sulle aspettative congiunturali del partito maggiore e del suo leader. Ora, un metodo di questo tipo non può dare vita ad un sistema elettorale valido e durevole, ma al più utile

immediatamente successive.

L'aspetto più discutibile di un sistema che impone l'attribuzione di una maggioranza più che assoluta dei seggi ad un solo partito consiste nell'impatto sistemico che esso produrrebbe sul sistema istituzionale, determinando l'alta probabilità di uno stravolgimento della forma di governo parlamentare prevista dalla Costituzione. Tale esito viene apertamente rivendicato da chi sostiene che con l'adozione dell'*Italicum* verrebbe ad essere recepito a livello nazionale il presunto «modello italiano di governo»[20], adottato a livello locale e regionale e fondato sulla elezione popolare della persona posta a capo del potere esecutivo, al quale viene garantita (con certezza nelle Regioni, con forte probabilità nei Comuni) una maggioranza assembleare determinata dal premio di maggioranza attribuito alla coalizione (o alla lista) collegata al candidato vincente. Non intendo in questa sede valutare quanto sia auspicabile una forma di governo che, anche grazie allo scioglimento automatico dell'assemblea che voti la sfiducia al capo dell'esecutivo, si configura non come presidenziale, ma come presidenzialistica, in quanto fondata sul ridimensionamento del ruolo dell'organo assembleare e priva dei contrappesi che garantiscono l'equilibrio tra i poteri. Più moderata, ma sostanzialmente convergente è la posizione di chi afferma che l'*Italicum* «introduce di fatto il premierato», basato sulla investitura diretta del Governo[21].

Ebbene, il modello «italico» di forma di governo verrebbe imposto a livello nazionale non da una legge di revisione costituzionale, ma dalla legge ordinaria di riforma del sistema elettorale. In tal senso è decisiva la riproposizione nella nuova legge della norma, già contenuta nel *Porcellum*, secondo la quale «i partiti o i gruppi politici organizzati che si candidano a governare depositano il programma elettorale nel quale dichiarano il nome e cognome della persona da loro indicata come capo della forza politica» (nuovo art. 14-*bis* del d.P.R. n. 361 del 1957). Anche qui, come nel *Porcellum*, si avverte il bisogno di precisare che restano ferme le prerogative del Presidente della Repubblica sulla nomina dei componenti del Governo ex art. 92, c. 2, Cost. La precisazione è pleonastica, non potendo ovviamente una legge ordinaria violare una disposizione costituzionale, ma è rivelatrice della concezione secondo la quale il capo della forza politica (non più della coalizione) che si candida a governare, alla quale viene garantito almeno il 54% dei seggi (più quelli che potrebbe ottenere nella circoscrizione Estero), sarebbe di fatto eletto dal popolo. Tale concezione acquisterebbe maggiore forza nel turno di ballottaggio quando al voto popolare sono sottoposti solo i simboli dei due primi partiti e i loro rispettivi capi. In pratica la nomina del Presidente del Consiglio da parte del Capo dello Stato sarebbe a rime obbligate e la fiducia iniziale della Camera si trasformerebbe in uno stanco e inutile rito. Ma ciò equivarrebbe ad un accantonamento della forma di governo parlamentare, la cui essenza sta, come ha insegnato Leopoldo Elia, nel fatto che il titolare del potere esecutivo deriva dal Parlamento e non direttamente dal voto popolare[22] e nella sua flessibilità, che consente di sostituire il Primo ministro nel corso della legislatura senza che si debba necessariamente procedere a nuove elezioni e quindi non tollera l'inserimento «di un premier non rimovibile eletto direttamente»[23].

Il rischio di un cambiamento surrettizio della forma di governo parlamentare

una “*democrazia di investitura rafforzata*”»[24], risulta con ancora maggiore evidenza se si collega la riforma elettorale al d.d.l. costituzionale approvato in prima lettura dalla Camera il 10 marzo 2015. Questo prevede un bicameralismo, nel quale vi sarebbero una sola Camera politica (cosa di per sé condivisibile), e un Senato non più eletto dal corpo elettorale, con una composizione debole e privo di significativi poteri di controllo e di garanzia. In caso di sua approvazione, nella Camera dei deputati il partito più forte, che avrebbe una maggioranza più che assoluta dei seggi, pur rappresentando una minoranza dei votanti, sarebbe in grado di condizionare, anche per il peso numerico ridotto del Senato, l’elezione dei titolari di organi di garanzia (Presidente della Repubblica, un terzo dei giudici costituzionali, un terzo dei membri laici del CSM, Presidente della Camera), nonché di approvare i disegni di legge ordinaria di iniziativa governativa entro 70 giorni e le leggi costituzionali[25]. Diventerebbe, quindi, determinante il ruolo del Presidente del Consiglio plebiscitato di fatto dal popolo, in un contesto fortemente intriso di una cultura populistica, che in passato ha consentito al leader della coalizione di centro-destra risultata vincente di fregiarsi del titolo di «unto dal Signore» e recentemente al Presidente del Consiglio in carica di affermare che, in virtù dell’esito delle primarie del PD e del buon risultato ottenuto nelle elezioni per il Parlamento europeo, il suo programma era voluto dai cittadini.

Infine la trasformazione della forma di governo produrrebbe uno squilibrio tra i poteri ancora più forte di quello che si è già determinato di fatto nelle ultime legislature e quindi inciderebbe sulla stessa forma di Stato, determinando una torsione della democrazia in senso plebiscitario e personalistico, che sarebbe favorita dall’indebolimento di tutti i corpi intermedi sia istituzionali sia politici e dalla crescente disaffezione dei cittadini.

[1] Vedi G. Azzariti, *Il canguro illegittimo*, in *il manifesto*, 22 gennaio 2015.

[2] Vedi G. Azzariti, *Il passo falso della presidente*, in *il manifesto*, 1 maggio 2015.

[3] Questa è la posizione più volte espressa da S. Ceccanti, da ultimo in *Italicum: giù il velo su bugie e bluff. Sette obiezioni che non reggono*, in *La Nazione*, 27 aprile 2015.

[4] Cfr. C. Galli, *Metamorfosi. Sulla nuova legge elettorale*, in www.centroriformastato.it, 18 maggio 2015.

[5] Vedi sul punto la ricostruzione di N. Lupo, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in E. Gianfrancesco e N. Lupo (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, 2007, 87 ss.

[6] Cfr. M. Villone, *Italicum, al danno di oggi si aggiunge quello futuro*, in *il*

[7] Vedi G. Sartori, *Io idealista? Tu fuori dai modelli dell'Occidente*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 gennaio 2014, replica a R. D'Alimonte, *Con il premio l'elettore sceglie chi governerà*, in *Il Sole 24 Ore*, 28 gennaio 2014.

[8] Fra gli Stati "esigui" il premio è previsto nella Repubblica di San Marino, dove può essere dato anche ad una coalizione, e a Malta, dove al partito che ha ottenuto più voti viene assicurato un seggio in più del totale spettante a tutti gli altri facendo ricorso alla attribuzione di seggi aggiuntivi.

[9] In senso analogo si espresse Aldo Moro nel suo intervento alla Camera del 18 gennaio 1953.

[10] Vedi fra i tanti F. Clementi, *Questo è il modello che garantisce l'alternanza di governo*, in *l'Unità*, 23 gennaio 2014.

[11] Vedi R. D'Alimonte, *Con il premio alla lista sistema migliore di quello francese*, in *Il Sole 24 Ore*, 31 marzo 2015 e *La lezione inglese*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 maggio 2015.

[12] Cfr. R. D'Alimonte, *Così il sistema di voto porterà al bipartitismo*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 aprile 2015.

[13] L'indebolimento elettorale dei due maggiori partiti è evidente nel Regno Unito, dove fino al 1992 essi superavano insieme il 75% dei voti, mentre poi sono progressivamente calati toccando il 65,1% alle elezioni del 2010 e il 67,4% a quelle del 2015, nelle quali però il partito liberal-democratico è passato dal 23% al 7,87% dei voti, il che significa che gran parte dei suoi voti sono andati in altre direzioni. Ma anche in Francia e in Spagna le elezioni europee del 2014 hanno determinato un forte indebolimento dei due maggiori partiti. E in Germania il partito socialdemocratico ha avuto un drastico ridimensionamento (23% dei voti nelle elezioni del 2009, 25,7% in quelle del 2013).

[14] Il *plurality* inglese è stato sostituito in Australia nel 1918 dal voto alternativo per la Camera bassa e nel 1948 dal voto singolo trasferibile per la Camera alta, in Nuova Zelanda nel 1993 da un sistema misto molto simile a quello tedesco, in Sud Africa nel 1994 da un sistema proporzionale per liste concorrenti.

[15] In Germania nelle elezioni del 2013 del *Bundestag* la CDU-CSU con il 41,5% dei voti ha ottenuto 311 seggi (il 49,35%) e quindi ha dovuto costituire un governo di grande coalizione con il partito socialdemocratico. In Spagna nelle elezioni del Congresso dei deputati del 2011 il partito popolare è riuscito a raggiungere la maggioranza assoluta dei seggi (il 53%), ma con il 44,62% dei voti.

[16] Vedi sulla disparità di status tra i candidati G. Canale, *Italicum: un viaggio verso Itaca, sognando la California (una prima lettura critica della legge n. 52/2015)*, in www.giurcost.org, 2015, fasc. II.

[17] Vedi ampiamente L. Spadacini, *L'Italicum e alcune sue ulteriori criticità: la disciplina per Valle d'Aosta e Trentino Alto Adige, la distribuzione dei seggi*

www.forumcostituzionale.it, *Forum di Quaderni costituzionali*, Rassegna n. 4/2015.

[18] Vedi V. Tondi della Mura, *Del Porcellum "camuffato"*, in www.confronticostituzionali.eu, 12 maggio 2015. Del resto non è un caso che il principale artefice dell'*Italicum*, Roberto D'Alimonte, prima della sent. n. 1 del 2014 abbia insistito più volte sulla necessità di apportare alcune modifiche alla legge allora vigente considerandone valido l'impianto.

[19] Per una critica al doppio turno di lista e al carattere congiunturale dell'*Italicum* vedi O. Massari, *Sistemi di partito, effetti dei sistemi elettorali dopo il 1993 e la riforma elettorale*, in M. Volpi (a cura di), *Istituzioni e sistema politico in Italia: bilancio di un ventennio*, Bologna, 2015, 108 ss.

[20] Cfr. R. D'Alimonte, *Con il premio alla lista governi più coesi*, in *Il Sole 24 Ore*, 28 gennaio 2015.

[21] Cfr. T.E. Frosini, *Rappresentanza+Governabilità=Italicum*, audizione presso la Commissione Affari costituzionali della Camera dei deputati sulla legge elettorale, 15 aprile 2015, in www.confronticostituzionali.eu, 12 maggio 2015.

[22] Cfr. L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, XIX, 642.

[23] Cfr. G. Sartori, *Ingegneria costituzionale comparata. Strutture, incentivi ed esiti*, VI ed., Bologna, 2013, 131.

[24] Cfr. C. Galli, *Metamorfosi*, cit.

[25] Naturalmente una legge costituzionale approvata con maggioranza assoluta ma inferiore ai due terzi dei componenti delle due Camere continuerebbe ad essere sottoponibile al referendum ai sensi dell'art. 138, c. 2, Cost. Ma la maggioranza assoluta, comunque sufficiente per l'approvazione parlamentare non sarebbe più adeguata alla luce del premio attribuito dalla riforma elettorale e potrebbe consentire ad un solo partito, che avesse un terzo dei seggi al Senato, di approvare le modifiche della Costituzione a suo piacimento.

La riforma della legge elettorale*

di CLAUDIO DE FIORES

Professore straordinario di Diritto costituzionale - Seconda Università di Napoli

L'articolo analizza criticamente i contenuti della recente riforma della legge elettorale (L. n. 52/2015) mettendo in evidenza i rischi di concentrazione del potere politico nelle mani del Governo e le inevitabili implicazioni dal punto di vista costituzionale.

This paper gives a critical evaluation of the recent electoral reform act (L. n. 52/2015) highlighting risks of concentration of power by the government and inevitable implications on the Constitution.

Sommario: La sent. n. 1/2014: una pronuncia “storica”; 2. Un Parlamento “sorvegliato” dalla Corte costituzionale?; 3. Il sistema delle liste bloccate; 4. La previsione del premio di maggioranza; 5. Disomogeneità dei sistemi di voto tra Camera e Senato.

1. La sent. n. 1/2014: una pronuncia “storica”

Forse nessun'altra legge, al pari di quella elettorale, intrattiene un rapporto così intenso e simbiotico con la Costituzione. A rilevarlo, già alle origini del costituzionalismo italiano, fu Gian Domenico Romagnosi, secondo il quale «la teoria dell'elezione altro non è che la teoria della Costituzione»: «in uno Stato

Costituzioni - la legge elettorale «ha importanza non minore delle norme fondamentali dello Statuto medesimo»[1]. Di qui la valenza paradigmatica della legge elettorale e la sua propensione ad incarnare lo *Zeitgeist* di una determinata fase storica.

In questo delicato crinale (quello del rapporto tra Costituzione e sistema elettorale) si colloca la sent. n. 1/2014 della Corte. Una sentenza - come è stato più volte evidenziato dalla pubblicistica corrente - destinata a rivestire una importanza storica[2].

Per una ragione innanzitutto. La sentenza infrange quello che, per una lunghissima stagione, è stato un vero e proprio tabù: l'insindacabilità della legge elettorale. Quel tabù che aveva sospinto dottrina e giurisprudenza a considerare il sistema elettorale una sorta di zona franca all'interno dell'ordinamento giuridico[3].

Il sistema di giustizia costituzionale italiano non consente, infatti, ai singoli cittadini di rivolgersi a un giudice comune per ottenere una dichiarazione di incostituzionalità di una legge. Ne discende da ciò che «il giudizio a quo deve avere, da un lato, un *petitum* separato e distinto dalla questione di costituzionalità, sul quale il giudice remittente sia legittimamente chiamato, in ragione della propria competenza, a decidere; dall'altro, un suo autonomo svolgimento, nel senso di poter essere indirizzato a una propria conclusione, al di fuori della questione di legittimità costituzionale, il cui insorgere è solo eventuale» (sent. n. 38/2009).

In assenza di tali presupposti (originalità del *petitum* e *autonomo svolgimento* del giudizio) ci troveremmo pertanto di fronte a una *fictio litis*, una controversia cioè «provocata intenzionalmente e strumentalmente per potere sollevare la questione incidentale»[4]. A rivelarla dovrebbe essere, in prima istanza, il giudice *a quo* o successivamente la Corte.

Nel caso di specie ciò non è però avvenuto: la Cassazione ha ritenuto sussistenti tutte le condizioni idonee a sollevare la questione di costituzionalità[5]. E la Corte, da parte sua, non ha ravvisato un'identità di *petitum* tra la richiesta avanzata dal cittadino-elettore alla Cassazione e l'eccezione di costituzionalità così come posta dal giudice a quo.

La decisione del giudice costituzionale suscita ciononostante non poche perplessità. Sia perché tende - se non a (con)fondere, quanto meno - a sovrapporre i due giudizi, *a quo* e *a quem*[6]. Sia perché essa appare ampiamente condizionata da preoccupazioni di ordine sostanziale (più che di natura giuridico-formale)[7]e, in particolare, della concreta esigenza di porre fine a «una zona franca nel sistema di giustizia costituzionale proprio in un ambito strettamente connesso con l'assetto democratico, in quanto incide sul diritto fondamentale di voto ... [determinando] un vulnus intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato» (*Considerato in diritto*, §. 2).

L'iter argomentativo seguito su questo punto dalla Corte appare discontinuo, contorto e per certi versi contraddittorio (anche rispetto alla sua stessa

altri elusi. Ad esempio non si comprende per quale ragioni di ordine formale solo le disposizioni che disciplinano il diritto di voto sarebbero derivazione diretta del principio di costituzionalità e non anche le norme di giustizia costituzionale. Norme queste che – come si è detto - impediscono al singolo cittadino di adire direttamente la Corte: *senza se e senza ma*. E quindi anche a prescindere dalle nobili motivazioni che ne animerebbero eventualmente la richiesta (violazione delle garanzie politiche, dei diritti di libertà, del principio di eguaglianza)[9].

Il sistema incidentale di accesso alla giurisdizione costituzionale (così come delineato dalla L. cost. n. 1/1948) può anche non piacerci, ma ciò non significa che la Corte sia legittimata procedere ad una sua riforma *motu proprio*. Il rispetto della legalità costituzionale non ammette deroghe.

Ma se sfuggente e contorto è l'iter giuridico seguito dalla Corte, lo stesso non può però dirsi dell'effetto dirompente da essa sortito attraverso questa operazione ermeneutica: trincerandosi dietro l'esigenza (sostanziale) di assicurare la massima espansione possibile del principio di costituzionalità, «la Corte sembra essersi riservata un potere di derogare alle regole processuali che delimitano i suoi poteri»[10], fino al punto di forzare gli stessi criteri (formali) di accesso al sindacato di legittimità.

2. Un Parlamento “sorvegliato” dalla Corte costituzionale?

Ma oltre che per i profili procedurali, la sent. n. 1/2014 ha suscitato interesse e clamore, soprattutto, per i suoi contenuti, il dispositivo utilizzato, le motivazioni ad esso connesse.

E non mi riferisco solo alle numerose e controverse prese di posizione assunte, all'indomani della sentenza, dalla ristretta cerchia dei giuristi. Ma innanzitutto alle reazioni della politica: la Corte, travolgendo i principali cardini della trascorsa legge elettorale, ha sospinto le principali forze politiche a fare i conti con la costruzione di un nuovo sistema elettorale.

Tutto ciò rientra nelle dinamiche “naturali” dei rapporti tra Corte e Parlamento: emanata la sentenza, la questione, che la politica si è immediatamente posta, è stata quella del suo “seguito legislativo”[11]. Né avrebbe potuto essere diversamente.

Non si è trattato pertanto di una pretesa soverchiante del giudice costituzionale. Né tanto meno di un subdolo tentativo di esautorazione degli spazi di decisione politica del Parlamento, come è stato da alcuni sostenuto. Siamo piuttosto di fronte a quelli che sono sempre stati gli effetti spontanei, tipici di una sentenza della Corte che, essendo di incostituzionalità, genera vincoli, determina vuoti, veicola moniti con i quali il Parlamento è chiamato a fare i conti ... “*sous l'oeil des russes*”[12].

soltanto al Parlamento tocca «soppesare le istanze che vengono dalla società»[13] è allo stesso tempo altrettanto vero che, in una democrazia costituzionale, tutto ciò deve avvenire nel rispetto della legalità “superiore” e nella scrupolosa osservanza delle decisioni assunte dagli organi di garanzia[14]. Perché una cosa è ritenere che «non è compito dei giudici definire quale sia il modello costituzionalmente legittimo di governabilità»[15] (visto che ce ne possono essere innumerevoli). Altra cosa è invece sostenere che i giudici costituzionali - una volta ammessa la questione - non possano censurare un determinato “modello di governabilità” anche se lo ritengono illegittimo.

In breve, non c'è dubbio che nel nostro ordinamento si è oramai da tempo venuto profilando un vulnus nei rapporti tra politica e giurisdizione. E non sono certamente io a negare che nelle società contemporanee (e quindi non solo in Italia) si stia minacciosamente delineando una insidiosa tendenza “*towards Juristocracy*”[16]. Ma per arginare tali fenomeni la soluzione non può essere la delegittimazione della Corte.

Certo, ciascuno di noi ha una predilezione per un modello di legge elettorale oppure per un altro. E io stesso non nego che un sistema proporzionale con soglie di sbarramento, qual era quello ricavato dalla sentenza della Corte, ha esercitato su di me una certa seduzione. Ma qui non stiamo discettando delle nostre opzioni personali. E sono anzi per primo io ad ammettere che lo svolgimento di una consultazione politica con la legge elettorale *prodotta* dalla Corte sarebbe stato uno smacco per tutti. E innanzitutto per il Parlamento.

3. Il sistema delle liste bloccate

Tre sono i profili di incostituzionalità censurati dalla Corte nel corso della sent. n. 1/2014: a) il sistema delle liste bloccate; b) l'introduzione del premio di maggioranza; c) la disomogeneità dei sistemi di voto tra Camera e Senato.

Con riferimento alle liste bloccate vi è da dire che la Corte considera illegittimo questo istituto in quanto foriero di modalità di voto che «impongono al cittadino, scegliendo una lista, di scegliere in blocco anche tutti i numerosi candidati in essa elencati, che non ha avuto modo di conoscere e valutare e che sono automaticamente destinati, in ragione della posizione in lista, a diventare deputati o senatori» (*Considerato in diritto*, §. 5.1).

Siamo pertanto in presenza (come si evince chiaramente dal dispositivo[17]) di una sentenza di tipo additivo, con la quale il giudice costituzionale non ha inteso censurare il sistema delle liste bloccate *in toto*, ma “*solo nella parte in cui non prevede*” determinate garanzie.

La legge n. 52/2015 privilegia l'introduzione di un sistema misto imperniato su liste bloccate (per i capolista) e voto di preferenza (diversamente da quanto previsto originariamente dal disegno A.C. n. 2038, approvato dalla Camera dei

liste bloccate ... accorciandole)[18].

Si tratta di una soluzione che, in linea di principio, parrebbe andare incontro ai due principali rilievi espressi dalla Corte su questo punto: a) l'esigenza di assicurare «l'effettiva conoscibilità degli stessi [candidati] e con essa l'effettività della scelta e la libertà del voto»; b) la salvaguardia della «indicazione personale dei cittadini» (*Considerato in diritto*, §. 5.1). Condizioni, queste, che un sistema integrale a liste lunghe e bloccate, qual era quello prefigurato dalla L. n. 270, non era in grado di garantire: la «circostanza che alla totalità dei parlamentari eletti, senza alcuna eccezione, manca[ss]e il sostegno dell'indicazione personale dei cittadini» *feriva* «la logica della rappresentanza consegnata nella Costituzione» (*Considerato in diritto*, §. 5.1).

Anche su questo punto l'impianto argomentativo utilizzato dalla Corte non brilla tuttavia per chiarezza. Si riscontrano non pochi punti di oscurità (es. il rapporto tra preferenza e conoscenza) e soprattutto non se ne comprendono appieno le implicazioni "funzionali". Ciò nonostante – come ho già detto - non mi pare che la Corte con questa sentenza abbia inteso dire che le liste bloccate costituiscano *ex se* una limitazione della libertà di voto del cittadino, ma solo che la loro "integrale" e irragionevole disciplina (così come posta dalla L. n. 270/2005) lo era stato[19].

In ragione di ciò affannarsi ad ostentare il carattere antidemocratico – e quindi incostituzionale – delle liste bloccate è non solo giuridicamente infondato, ma soprattutto azzardato, perché lascerebbe intendere che Paesi con ordinamenti costituzionali consolidati (come la Spagna, il Portogallo, la Germania ...) non sarebbero delle "vere" democrazie solo perché utilizzano, in tutto o in parte, un siffatto sistema di scrutinio. D'altronde se così fosse persino il sistema di voto nei collegi uninominali dovrebbe allora dirsi incostituzionale perché *bloccato*, dato che anche in questi sistemi l'elettore è *costretto* ad aderire ad una scelta obbligata, quella espressa dal vertice del partito o "peggio" dei partiti che compongono una coalizione[20].

Così come è altrettanto ardito ritenere che solo il voto di preferenza sarebbe in grado di assicurare, per sua intrinseca natura, la libera e genuina espressione del diritto di voto.

Sappiamo tutti che così non è. E non lo è per la semplice ragione che così non è mai stato. E - sia ben chiaro - non si tratta di assolvere l'uso scellerato che del sistema delle liste bloccate è stato fatto in questi anni da parte delle cd. "oligarchie" di partito[21]. Né tanto meno di occultare le distorsioni da esso prodotte nei rapporti con i cittadini (mi riferisco *in primis* all'assenza di un effettivo radicamento territoriale degli eletti). Tutto ciò non può però consentirci di rimuovere sbrigativamente quelli che sono (e che sono sempre stati) i limiti e le perversioni congenite di un sistema di voto imperniato sulla preferenza: personalizzazione della politica, crescente capacità di infiltrazione e di condizionamento da parte dei poteri criminali, candidature "censitarie" (alle elezioni si potranno presentare solo coloro che economicamente potranno permetterselo, soprattutto in tempi di smantellamento del sistema pubblico di finanziamento della politica).

anch'essa chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della L. n. 270/2005. Per la Corte europea dei diritti dell'uomo il sistema di voto a liste bloccate non solo non sarebbe in contrasto con le finalità e i contenuti dell'art. 3 del Protocollo addizionale alla CEDU[22], ma esso viene anzi ritenuto un modello congeniale per lo sviluppo e la promozione dei diritti politici. Basta solo pensare – rileva il giudice CEDU - alla capacità, insita in siffatto sistema, di «contrastare l'influenza della criminalità organizzata sul risultato elettorale tenuto conto del contesto specifico italiano, di prevenire il commercio dei voti e favorire l'emergenza di candidati che possiedono competenze specifiche»[23].

Il vulnus democratico che pervade oggi il sistema politico italiano non è pertanto costituito dalla futura e parziale sopravvivenza delle liste bloccate all'interno dei procedimenti elettorali, ma semmai dal declino delle forme organizzate della politica. E, in particolare, dalla progressiva deriva della forma partito, oramai sempre meno in grado di assicurare una adeguata selezione della classe dirigente. Ne discende da ciò che la “soluzione mista” (candidature bloccate/preferenze) inserita nella nuova legge può piacerci o meno (sul piano politico), ma non può però essere frettolosamente liquidata in quanto incostituzionale.

E con ciò non si intende dire che il sistema di selezione delle candidature, delineato dalla riforma elettorale, sia esente da critiche, ma semmai che queste dovrebbero essere, più coerentemente, rivolte ad altri profili della legge. A cominciare dalla sopravvivenza dell'istituto della *pluricandidabilità*, prerogativa questa che consente ad uno stesso capolista di presentarsi in più collegi (l'art. 1, lett. b), della legge ne fissa il limite addirittura a dieci).

Il voto a sostegno di un capolista “forte e riconoscibile” verrebbe, in questo caso, sostanzialmente vanificato. La sua rinuncia, favorendo la contestuale elezione di un altro candidato, rischierebbe di frustrare ulteriormente il significato della partecipazione democratica al voto. Non saranno più i cittadini votanti di un collegio a decidere chi eleggere, ma *ex contrario* sarà lo stesso capolista a decidere da quale collegio essere eletto.

Di qui l'innestarsi di un vistoso elemento di casualità, e quindi di alterazione, delle dinamiche democratiche opportunamente evidenziato dallo stesso giudice costituzionale che, in un significativo *obiter dictum* (§. 5.1 del *Considerato in diritto*) della sent. n. 1/2014, svela l'istintiva predisposizione del candidato eletto a «optare», in siffatte circostanze, «per altre circoscrizioni sulla base delle indicazioni del partito».

Rilievo quanto mai opportuno, ma palesemente eluso dalla legge di riforma.

4. La previsione del premio di maggioranza

Anche riguardo al premio di maggioranza, la Corte non considera *ex se*

precisa: il meccanismo premiale non deve essere «foriero di una eccessiva sovra-rappresentazione della lista di maggioranza relativa ... tale da comprometterne la compatibilità con il principio di eguaglianza del voto» (*Considerato in diritto*, §. 3.1). L'art. 48 Cost. – precisa il giudice costituzionale - «pur non vincolando il legislatore ordinario alla scelta di un determinato sistema, esige comunque che ciascun voto contribuisca potenzialmente e con pari efficacia alla formazione degli organi elettivi. E sulla scia della giurisprudenza costituzionale tedesca fa propria la «legittima aspettativa che non si determini uno squilibrio sugli effetti del voto, e cioè una diseguale valutazione del “peso” del voto “in uscita”, ai fini dell’attribuzione dei seggi » (*Considerato in diritto*, §. 3.1).

In questo ambito la Corte innova significativamente la sua precedente giurisprudenza precisando, a tale riguardo, che l’eguaglianza del voto debba essere ponderata, dal punto di vista costituzionale, non solo in entrata ma anche in uscita[24]. Di qui l’illegittimità del premio di maggioranza, così come delineato dalla L. n. 270/2005, le cui «disposizioni, non subordinando l’attribuzione del premio di maggioranza al raggiungimento di una soglia minima di voti e, quindi, trasformando una maggioranza relativa di voti (potenzialmente anche molto modesta) in una maggioranza assoluta di seggi, determinerebbero irragionevolmente una oggettiva e grave alterazione della rappresentanza democratica» (*Considerato in diritto*, §. 3).

Si ricordi, a tale riguardo, che finanche la legge Acerbo del 1923 - seppur “ritagliata” sulle pretese totalitarie del partito fascista – prevedeva il raggiungimento di un quorum (minimo) di voti (il 25%) ai fini dell’assegnazione di un (esorbitante) premio di maggioranza (i due terzi dei seggi)[25]. E così anche la cd. “legge truffa” del 1953[26].

La determinazione di un congruo *plafond* di voti, dal quale far dipendere l’attribuzione del premio è un punto che la L. n. 52/2015 pare accogliere, soprattutto a fronte del sopraggiunto innalzamento della soglia dal 37% (originariamente previsto) al 40% (art. 1, lett. f)).

Con riferimento alla nuova legge elettorale vi è però da precisare che - diversamente da quanto inizialmente prospettato - il premio (340 seggi su 617 pari al 55% dei seggi disponibili) verrà assegnato non più alle coalizioni, ma solo alla «lista vincente». Una soluzione destinata ad avere i suoi effetti diretti anche sull’articolazione delle soglie di sbarramento, travolgendo *d’emblée* l’originaria distinzione tra liste coalizzate e non coalizzate.

Nella sent. n. 1/2014 non si parla espressamente di soglie d’accesso, sebbene la questione venga, nella sostanza, evocata dal giudice costituzionale in più passaggi (soprattutto con riferimento alla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*[27]). In uno di essi, in particolare, la Corte rammenta che la garanzia della «stabilità del governo del Paese e ... l’efficienza dei processi decisionali nell’ambito parlamentare» non costituiscono una priorità in assoluto, ma devono necessariamente rispettare gli «altri interessi e valori costituzionalmente protetti». A cominciare dalla salvaguardia della «funzione rappresentativa dell’assemblea» (*Considerato in diritto*, §. 3.1).

superamento delle abnormi clausole di sbarramento previste dall'originaria versione del disegno di legge e la contestuale riduzione di queste al 3%^[28]. Ciò che però non si comprende è come questa soluzione possa mai raccordarsi con la previsione di un premio. Qual è il senso cogente di questa disposizione che nulla toglie e nulla aggiunge alla stabilità numerica della maggioranza?

Dal mio punto di vista, in un sistema imperniato sul premio di maggioranza, le soglie non dovrebbero esistere. Delle due l'una: o l'introduzione del premio o le soglie. La formazione della rappresentanza politica non può avvenire attraverso una doppia strozzatura: in alto e in basso. Introdurre le soglie significa azzerare il diritto di voto di centinaia di migliaia di cittadini, senza ragione alcuna e senza alcun giovamento per la governabilità (che sarebbe comunque garantita dal premio).

Il perseguimento delle ragioni della governabilità – come ci rammenta il giudice costituzionale - deve avvenire con il “minor sacrificio possibile” (*Considerato in diritto*, §. 1) degli altri interessi costituzionali. In questo caso, tuttavia, la soluzione prospetta si muove su un piano diverso, per certi aspetti paradossale, dal momento che il sacrificio che il sistema rappresentativo sarebbe chiamato a sopportare non è né minore, né maggiore. Ma solo inutile.

C'è una sorta di moda, alimentata in questi anni dall'ideologia del maggioritario, a introdurre soglie di sbarramento a piè sospinto, anche laddove non ve ne siano le condizioni, né tanto meno se ne avverta il bisogno. Una moda silente, ma pervasiva che sottende una ripetuta avversione per le minoranze. E infatti di soglie di accesso non vi era alcun bisogno nella normativa elettorale per le elezioni europee (dal momento che nell'Ue la “governabilità” non dipende in alcun modo dal Parlamento europeo)^[29]. Né tanto meno ve ne sarebbe bisogno oggi in Italia (per le ragioni appena dette).

Il nuovo sistema elettorale italiano si presenta così ai nostri occhi come una sbiadita e stantia riproposizione delle vecchie ricette del maggioritario all'italiana e delle sue oramai note perversioni: instillare artificialmente il bipolarismo (o addirittura il bipartitismo), irrigidire i sistemi di voto, comprimere le soggettività politiche, dopare la formazione delle maggioranze di governo.

Eppure sulle modalità di costruzione dei congegni elettorali la sentenza della Corte era stata chiara: il legislatore – ammonisce il giudice costituzionale - deve limitarsi ad «agevolare» la formazione delle maggioranze di governo, ma non può imporle, perché ciò rischierebbe di produrre una «eccessiva divaricazione tra la composizione dell'organo della rappresentanza politica e ... la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto» (*Considerato in diritto*, §. 3.1).

Ecco perché – come dice la Corte – il premio di maggioranza ha sempre bisogno di una soglia per poter validamente “scattare”. Ed ecco perché qualora nessuna forza politica abbia meritato tale ricompensa (in ragione del mancato raggiungimento del plafond di voti richiesto), i seggi a disposizione dovrebbero essere coerentemente distribuiti con il sistema proporzionale (come è sempre avvenuto nei sistemi elettorali muniti di premio di maggioranza: dalla elettorale L. n. 2444/1923 alla legge elettorale n. 148/1953). Ma la legge elettorale,

questa soluzione e, a fronte del mancato raggiungimento della soglia, “incassa” (il fallito obiettivo) e “rilancia” un differente *exit vote*, più drastico e selettivo: in caso di «esito negativo, si procede ad un turno di ballottaggio» (art. 2.5 della L. n. 52/2015). A tale competizione potranno accedere solo le due liste più votate al primo turno e il vincitore otterrà il 53% dei seggi (pari a 327 deputati).

Una soluzione che, più che sanare le incongruenze del sistema evidenziate dalla Corte, parrebbe piuttosto esasperarle. Come si è detto, per il giudice delle leggi la previsione del premio non è *ex se* contraria a Costituzione, a condizione però che la sua applicazione sia rispettosa dei principi di «proporzionalità e ragionevolezza» e avvenga con il «minor sacrificio possibile» per la rappresentanza, in modo da non compromettere il «sistema di democrazia rappresentativa e della forma di governo parlamentare prefigurati dalla Costituzione» (*Considerato in diritto*, §. 3.1).

Ne discende da siffatte premesse che se in un regime parlamentare «agevolare la formazione di una adeguata maggioranza, allo scopo di garantire la stabilità del governo del Paese e di rendere più rapido il processo decisionale» è un «obiettivo costituzionalmente legittimo» (*Considerato in diritto*, §. 3.1), non lo è invece – a mio modo di vedere – il tentativo sotteso alla legge n. 52/2015 di predeterminare, *ab origine*, la “consistenza” dell’esito elettorale. Fino a stabilire con legge che al partito più votato dovrà essere *in ogni caso* attribuita (e quindi se non al primo, certamente al secondo turno) una maggioranza dei seggi talmente ampia da essere «in grado di eleggere gli organi di garanzia che restano in carica per un tempo più lungo della legislatura» (*Considerato in diritto*, §. 1.1).

La condizione prioritaria posta dalla Corte (il rispetto del vincolo di proporzionalità nella determinazione del rapporto tra soglia e premio) risulterebbe così sostanzialmente elusa. Il giudice costituzionale aveva sì riconosciuto la parziale non-illegittimità del premio di maggioranza, ma solo quale esito *ponderato* di un confronto elettorale aperto tra tutte le forze politiche e non quale istanza risolutiva all’interno di una competizione selettiva comprendente solo le due liste più forti con i loro capi.

Con l’introduzione del secondo turno, il terreno di confronto cessa infatti di essere quello della rappresentanza, per divenire esclusivamente quello dell’investitura del *leader*: non ci saranno più le preferenze, non ci saranno più le liste, non ci saranno più i candidati “bloccati”. In una sorta di vortice tutto viene travolto per far posto, grazie a modalità di espressione del diritto di voto tipicamente plebiscitarie, alla «idolatria della governabilità, della stabilità, della personalizzazione del potere, tutto a un uomo solo»[30].

La recente riforma elettorale varata dal Parlamento italiano (anche grazie all’utilizzo ripetuto e spasmodico del voto di fiducia) si muove, pertanto, su un terreno che non è più quello della democrazia parlamentare, ma semmai della democrazia di investitura[31]. E tutto ciò – si sente ossessivamente ripetere – al fine di assicurare a tutti i cittadini la possibilità di conoscere “la sera delle elezioni” il nome del Presidente del Consiglio. Una patologia ansiogena assai singolare che non ha riscontri in nessun’altra democrazia parlamentare

Blindata all'interno dei rigidi schemi binari della governabilità coatta anche la morfologia della rappresentanza rischierebbe di uscirne profondamente alterata. Potrebbe infatti avvenire che la lista che ha ottenuto al primo turno il 20% dei voti prevalga poi al secondo sulla formazione politica che aveva ottenuto il 39%, triplicando (quasi) così i propri seggi (dal 20% al 55%). La casualità e l'indeterminatezza del premio, censurate dalla Corte con la sent. n. 1/2014, continuerebbero in tal modo a sopravvivere seppure sotto mentite spoglie.

Su questo punto, tra la pronuncia della Corte e i contenuti della legge di riforma, parrebbe essersi innescato una sorta di corto circuito: se obiettivo della Corte era quello di favorire la costruzione di un sistema meno esposto al caso e in grado di «agevolare la partecipazione alla vita politica dei cittadini» (*Considerato in diritto*, §. 5.1), con l'introduzione di questo sistema a doppio turno si rischia, all'opposto, di incrementare i già consistenti margini di accidentalità del procedimento elettorale e di apatia politica tra gli elettori^[32].

5. Disomogeneità dei sistemi di voto tra Camera e Senato

La Corte imputa alla L. n. 270/2005 di avere «creato un meccanismo intrinsecamente irrazionale, in contrasto con lo scopo di assicurare la governabilità. Infatti, essendo detto premio diverso per ogni Regione, il risultato sarebbe una somma casuale dei premi regionali, che potrebbero finire per rovesciare il risultato ottenuto dalle liste o coalizioni di liste su base nazionale, favorendo la formazione di maggioranze parlamentari non coincidenti nei due rami del Parlamento» (*Considerato in diritto*, §. 1.2).

Su questo terreno - com'è noto - la riforma elettorale si intreccia con la revisione costituzionale (per il superamento del bicameralismo perfetto e l'istituzione di un Senato non elettivo)^[33], ragione per la quale potrebbe, a breve, delinarsi una «cessata materia del contendere».

A rendere il rapporto tra legge elettorale e legge costituzionale ancor più stringente è nel frattempo intervenuta l'approvazione definitiva della *lett. i*) dell'art. 1 della L. 52/2015 che testualmente recita: «la Camera dei deputati è eletta secondo le disposizioni della presente legge a decorrere dal 1° luglio 2016».

È stata in tal modo compiuta una precisa scelta politica destinata ad assumere una spiccata valenza anche sul terreno giuridico e costituzionale: procedere alla riforma della legge elettorale come se la legge di revisione fosse già stata approvata e il Senato *tamquam non esset*.

Siamo in presenza di una soluzione che risponde a espedienti di natura prevalentemente politica ricorrendo ai quali il Governo ha inteso assicurare i suoi *parteners* e l'intero Parlamento che l'approvazione della nuova legge

eventuali elezioni anticipate non potranno, in nessun caso, essere celebrate prima della conclusione del processo riformatore della Costituzione^[34].

Ma se non dovesse essere così? E se le elezioni divenissero, per qualche motivo, inevitabili? Con quale legge si andrebbe a votare?

Qualora le elezioni si dovessero svolgere dopo il compimento del processo di riforma della Costituzione ... *nulla quaestio*: si andrebbe a votare per la sola Camera dei deputati e con la nuova legge elettorale.

La questione si porrebbe, invece, qualora lo scioglimento delle Camere dovesse intervenire all'indomani dell'approvazione della nuova legge elettorale, ma prima che il processo di riforma della Costituzione sia stato portato a compimento. Cosa accadrebbe in questo caso? Sarebbe possibile recarsi al voto con due normative così eterogenee e anzi contraddittorie tra Camera e Senato: la prima con un impianto marcatamente maggioritario e ispirata alle ragioni della governabilità, la seconda di tipo proporzionale e protesa a salvaguardare innanzitutto le ragioni della rappresentanza?

Se la Corte aveva duramente censurato le modalità di elezione del Senato in ragione di un «meccanismo intrinsecamente irrazionale» e «in contrasto con lo scopo di assicurare la governabilità» (*Considerato in diritto*, §. 1.2), in questo caso i rischi di distorsione del sistema parrebbero amplificati. E questo perché, nel caso di specie, non si tratterebbe più soltanto di una irrazionalità sottesa al sistema di elezione di un ramo del Parlamento, né tanto meno di un mero e accidentale effetto innescato dalla «sommatoria casuale» di più premi regionali. In questo caso l'elemento irrazionale tende ad assumere una valenza sistemica coinvolgendo simultaneamente Camera e Senato, rappresentanza e governabilità.

In altre parole, se la Corte costituzionale ha ritenuto che la disciplina del premio di maggioranza, assegnato su base regionale, è illegittima perché «produce l'effetto che la maggioranza in seno all'assemblea del Senato sia il risultato casuale di una somma di premi regionali, che può finire per rovesciare il risultato ottenuto dalle liste o coalizioni di liste su base nazionale» (*Considerato in diritto*, §. 4), tanto più lo sarebbe un assetto normativo così informe e in evidente antitesi sia con la sentenza della Corte, sia con lo spirito «politico» dalla recente riforma elettorale: come sarà mai possibile sintonizzare un sistema così sbilenco con l'investitura - *sostanzialmente* diretta - del Presidente del Consiglio? Saremmo ancora in grado di conoscere «la sera stessa delle elezioni» il nome del capo del Governo come i sostenitori della riforma pretendono?

Si tratta di domande prevalentemente retoriche e che, in quanto tali, non meritano risposta. E ciò per l'evidente ragione che le istanze sottese all'attuale sistema elettorale possono essere perseguite solo in presenza di un sistema monocamerale o quanto meno a bicameralismo differenziato. Nessun'altra soluzione sarebbe in grado di garantire un esito analogo. Neppure l'estensione della L. n. 52/2015 al Senato attraverso l'applicazione della cd. «clausola di salvaguardia»^[35]. Si tratterebbe, in ogni caso, di forzature iperboliche destinate a produrre effetti pregiudizievoli per l'intero sistema. Una legge elettorale a doppio turno non può innestarsi all'interno di un sistema bicamerale perfetto. A

politiche in un doppio ballottaggio, con due diverse coppie di leader, due diverse maggioranze di riferimento, due diversi esiti elettorali^[36].

* Relazione tenuta nell'ambito del Seminario dedicato a **“La riforma della legge elettorale”** svoltosi il **1° dicembre 2014 presso** il “Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale” dell'Università Statale di Milano (successivamente aggiornata alla luce delle modifiche introdotte dalla Legge 6 maggio 2015, n. 52 - *Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati*).

[1] G.D. ROMAGNOSI, *La scienza delle Costituzioni* (1848), IV, 1934, 90.

[2] Cfr., fra i tanti, G. AZZARITI, *La sentenza e gli effetti indiretti sulla legislazione futura*, in *Nomos*, 3, 2013, 2 per il quale la sent. n. 1/2014 costituirebbe, a tutti gli effetti, una sentenza «storica. Una sentenza assolutamente innovativa, dalla quale sarà difficile “liberarsi”»; P. CARNEVALE, *La Corte vince, ma non (sempre) convince. Riflessioni intorno ad alcuni profili della “storica” sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 3, 2013; M. D'AMICO, *Corte costituzionale e materia elettorale: una decisione storica* in Id. – S. Catalano (a cura di), *Prime riflessioni sulla “storica” sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, Milano, 2014.

[3] Cfr., in particolare, V. MESSERINI, *La materia elettorale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 553 ss.; M. SICLARI, *Il procedimento in via incidentale*, in R. Balduzzi – P. Costanzo (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007, 11 ss.; P. CARROZZA – R. ROMBOLI – E. ROSSI, *I limiti dell'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 680 ss.; A. PIZZORUSSO, *“Zone d'ombra” e “zone franche” della giustizia costituzionale italiana*, in A. D'Atena (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 1021 ss.

[4] G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 286.

[5] Sul punto si vedano, in particolare, i rilievi critici di E. GROSSO, *Riformare la legge elettorale per via giudiziaria? Un'indebita richiesta di ‘supplenza’ alla Corte costituzionale, di fronte all'ennesima disfatta della politica*, in *Riv. AIC*, 4, 2013, 1 ss.

[6] In questo senso, in particolare, P. CARNEVALE, *La Corte vince, ma non (sempre) convince*, cit., 5 ss.; L. IMARISIO – I. MASSA PINTO, *La sentenza n. 1 del 2014 sull'incostituzionalità parziale della legge elettorale: le sue possibili narrazioni e il suo seguito legislativo*, in *Dem. Dir.*, 3-4, 2013, 305 ss.; R. ROMBOLI, *La costituzionalità della legge elettorale 270/05: la Cassazione introduce, in via giurisprudenziale, un ricorso quasi diretto alla Corte costituzionale?*, in *Foro it.*, 2013, I, 1836 ss.; A. ANZON DEMMIG, *Un*

legge per le elezioni politiche (e per coprire una "zona franca" del giudizio di costituzionalità), in *Nomos*, 1, 2013, 6; F. DAL CANTO, *Corte Costituzionale, diritto di voto e legge elettorale: non ci sono zone franche*, in *Confronti costituzionali*, 16 gennaio 2014.

[7] Sul punto persuasivamente R. BIN, *"Zone franche" e legittimazione della Corte*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 5 maggio 2014, 2 ss.

[8] Sul punto si rinvia alla puntuale ricostruzione critica di M. BENVENUTI, *Zone franche che si chiudono e zone d'ombra che si aprono nella sent. n. 1/2014 della Corte Costituzionale. Prime considerazioni interlocutorie a margine dell'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale*, in *Nomos*, 2013, 4 che da un sistematico esame di verifica della congruenza tra le *rationes decidendi* adottate dalla sent. n. 1/2014 e quelle riscontrate nelle altre sentenze espressamente richiamate dalla Corte ravvisa come «la scelta operata in tale ultimo frangente dal giudice costituzionale nell'autocitazione dei propri precedenti sia stata particolarmente selettiva, per non dire, in qualche caso, disinvolta».

[9] L'idea di ammettere l'estensione del giudicato costituzionale in casi singolari e circoscritti (in particolare laddove è in gioco la garanzia dei diritti) è stata di recente avallata, tra gli altri, da G. AZZARITI, *Lo spazio teorico e l'opportunità politica per un mutamento di giurisprudenza*, in *Nomos*, 1, 2013; A. CERRI, *Ci sarà pure un giudice a Berlino! Il mugnaio di Postdam e la legge elettorale*, in *Nomos*, 1, 2013, 4; F. BILANCIA, *"Ri-porcellum" e giudicato costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 24 gennaio 2014; F. LANCHESTER, *Dal porcellum all'Italicum: nuovi collegamenti e nuovi orari, ma su vecchi binari*, in *Nomos*, 1, 2013, 3-4.

[10] R. BIN, *"Zone franche" e legittimazione della Corte*, cit., 4.

[11] Sul seguito "parlamentare" delle sentenze della Corte costituzionale si veda, fra i tanti, G. D'ORAZIO, *Prime osservazioni sull'esercizio della funzione legislativa "conseguenziale" alle decisioni della Corte costituzionale*, in *Archivio giuridico Serafini*, 1967, 134 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale ed il legislatore*, in P. Barile – E. Cheli – S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 142 ss.; F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1981, I, 1646 ss.; A. RUGGERI, *Le attività "conseguenziali" nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milano, 1988; R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, Milano, 1993, 73 ss.; E. GUARDUCCI, *Sul necessario potenziamento del seguito delle sentenze della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Scritti in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2005, 431 ss; R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi: prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, 2007.

[12] Cfr. F. ZANON, *Fare la legge elettorale "sous l'oeil des russes"*, in M. D'Amico – S. Catalano (a cura di), *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, cit., 123 ss.

ancora sulla legge elettorale, in *Confronti costituzionali*, 25 novembre 2014.

[14] Profilo, questo, opportunamente, evidenziato da G. AZZARITI, *Ragionevolezza, scopo e valore della legge elettorale. Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014*, in *Costituzionalismo.it*, 20 gennaio 2014 che rileva come al giudice costituzionale «spetta esplicitare i principi costituzionali cui deve necessariamente attenersi il legislatore; quest'ultimo, invece, deve – entro i principi posti – scrivere le regole in base a scelte propriamente politiche. In questo caso, poi, v'è di più. La sentenza della Consulta, infatti, ha chiarito – per la prima volta – a quale specifico “tipo” di controllo di costituzionalità sono sottoposte le leggi elettorali, sino ad ora ritenute, invece, esenti da ogni verifica».

[15] R. D'ALIMONTE, *Prima la riforma del Senato? Scusa per frenare*, in *Il Sole24Ore*, 28 novembre 2014.

[16] Per citare il noto contributo di R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy*, Cambridge-London, 2004.

[17] Al terzo punto del dispositivo la Corte dichiara «l'illegittimità costituzionale degli artt. 4, comma 2, e 59 del D.P.R. n. 361 del 1957, nonché dell'art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 533 del 1993, nella parte in cui non consentono all'elettore di esprimere una preferenza per i candidati».

[18] L'art. 1, lett. g) della L. n. 52/2015 prevede infatti che «sono proclamati eletti, fino a concorrenza dei seggi che spettano a ciascuna lista in ogni circoscrizione, dapprima i capolista nei collegi, quindi i candidati che hanno ottenuto il maggior numero di preferenze».

[19] In questo senso A. MORRONE, *La riforma elettorale dopo la fine del porcellum*, in *Confronti costituzionali*, 14 gennaio 2014.

[20] Per più ampie considerazioni in merito mi sia consentito rinviare a C. DE FIORES, *Rappresentanza politica e sistemi elettorali in Italia*, in ID. (a cura di), *Rappresentanza politica e legge elettorale*, Torino, 2007, 54-55.

[21] Sulla posizione di dominio assunta dai capi dei partiti, sull'attuale deriva oligarchica delle forze politiche e sulla loro dimensione personale si rinvia, in particolare, a M. CALISE, *Il partito personale*, Roma-Bari, 2000, 87.

[22] L'art. 3 del Protocollo garantisce ai cittadini di ogni Stato europeo il diritto a partecipare a «intervalli ragionevoli, [a] libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo»

[23] *Saccomanno e a. c. Italia*, ricorso n. 11583/2008, sentenza del 13 marzo 2012 §. 61.

[24] Sulle implicazioni costituzionali derivanti dal rapporto tra voto *in uscita* e voto *in entrata* e più in generale sul rapporto tra “eguaglianza e sistemi elettorali” si veda G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, 2000, 27 ss.

[25] Sulla L. n. 2444/1923 cfr., fra i tanti, il contributo di Z. CIUFOLETTI, *La*

democrazia nell'Italia liberale, Firenze, 1987, 129 ss.

[26] Per più puntuali considerazioni in merito si rinvia a C. DE FIORES, *Rappresentanza politica e sistemi elettorali in Italia*, cit., 35 ss. e alla bibliografia ivi citata.

[27] *BVerfGE*, sentenza 3/11 del 25 luglio 2012; ma v. già la sentenza n. 197 del 22 maggio 1979 e la sentenza n. 1 del 5 aprile 1952.

[28] Il testo licenziato dalla Camera il 12 marzo 2014 prevedeva un articolato sistema di soglie: 12% per le coalizioni, 8% per i partiti non coalizzati, 4,5% per quelli coalizzati. Sul punto si rinvia a C. DE FIORES, *La porta della Consulta ormai è aperta*, in *Costituzionalismo.it*, 22 gennaio 2014.

[29] Con la L. 20 febbraio 2009, n. 10 (*Modifiche alla legge 24 gennaio 1979, n. 18, concernente l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia*) il Parlamento italiano ha introdotto una soglia di sbarramento del 4%. Il 5 maggio 2014 il Tribunale di Venezia (sez. III civ.) ha sollevato la questione di legittimità costituzionale con riferimento ad alcune norme della legge elettorale per il Parlamento europeo. In particolare, sarebbero illegittimi gli artt. 21, comma 1, n. 1 bis e 2 della legge 24 gennaio 1979 n. 18 (per contrasto con gli artt. 1, comma 2°, 3 e 48 della Costituzione) nella parte in cui introducono la soglia di sbarramento per le liste che non abbiano conseguito sul piano nazionale almeno il 4% dei voti validi espressi. A tale riguardo l'ordinanza precisa che *“l'esistenza di una soglia di sbarramento nella normativa nazionale può trovare giustificazione al fine di evitare l'eccessiva frammentazione dei partiti ed assicurare la stabilità del governo, che dalle Camere elette deve ottenere la fiducia; laddove analoga esigenza non può invece ravvisarsi con riguardo all'elezione del Parlamento Europeo che ha funzioni diverse dal Parlamento nazionale e non deve concedere la fiducia ad alcuna forma di governo espletando compiti di coordinamento con altri organi in rappresentanza di tutti i cittadini dell'Unione”*. L'argomento utilizzato per sostenere l'incostituzionalità è affine a quello impiegato dal Tribunale costituzionale tedesco che, già in ben due occasioni, ha dichiarato incostituzionali le soglie di sbarramento del 5% (*BVerfGE* 2 BvC 4/10 et al. del 9 novembre 2011) e successivamente del 3% (per le elezioni del Parlamento europeo (*BVerfGE* 2 BvE 2/13 et al. del 26 febbraio 2014)). Sul punto si vedano, in particolare, i contributi di S. LIETO, *Sulla questione di legittimità costituzionale della «soglia di sbarramento» della legge elettorale per il Parlamento europeo*, in *Forum Quad. cost.*, 7 luglio 2014; G. DELLEDONNE, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara l'illegittimità costituzionale della soglia di sbarramento per le elezioni europee*, in *Quad. Cost.*, 2012, 137 ss.

[30] G. FERRARA, *In un Paese civile*, in *Nomos*, 3/2013, 2. Lo stesso ricorrente richiamo al modello del cd. “Sindaco d'Italia” e ai sistemi elettorali “locali” è, in questa prospettiva, quanto mai fuorviante perché – come è stato opportunamente evidenziato - mentre a «a livello nazionale ci si confronta con una forma di governo parlamentare, a livello locale e regionale la composizione dell'organo consiliare è collegata all'elezione diretta del vertice dell'esecutivo» (F. BIONDI, *Il premio di maggioranza dopo la sentenza della Corte*

Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1 del 2014 in materia elettorale, cit., 74).

[31] Diversamente l'asse di riferimento della sentenza della Corte è, invece, costituito dalla rappresentanza, dal primato del Parlamento, dalle modalità di «composizione dell'organo della rappresentanza politica, che è al centro del sistema di democrazia rappresentativa e della forma di governo parlamentare prefigurati dalla Costituzione» (*Considerato in diritto*, §. 3.1). Sul punto si vedano le interessanti ricostruzioni di A. GIGLIOTTI, *La riforma elettorale e il "gattopardo"*, in *Nomos*, 3, 2013, 8 ss.; L. IMARISIO – I. MASSA PINTO, *La sentenza n. 1 del 2014 sull'incostituzionalità parziale della legge elettorale, cit., 331-333.*

[32] Cfr., persuasivamente, M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Roma, 1991, 82 secondo il quale «la previsione dei due turni elettorali espone al rischio di un aumento dell'astensionismo (specie nel caso di un elettorato che ha già mostrati segni di stanchezza e nel quale è forte la polemica antipartitica) e di causalità del risultato elettorale (in dipendenza della diversa incidenza dell'astensionismo sull'uno o sull'altro partito)».

[33] Ddl Cost., A.C. 2613-A e abb. (*"Superamento del bicameralismo paritario e revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione"*).

[34] Si tratta tuttavia di un escamotage giuridicamente effimero e politicamente fragile destinato ad essere rapidamente travolto qualora si rendesse necessario (o anche solo conveniente) procedere a nuove elezioni. Si allude, in particolare, al cd. "emendamento Lauricella" avente quale obiettivo quello di vincolare l'applicazione della nuova legge elettorale all'entrata in vigore della riforma costituzionale (documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/.../11/.../comunic.htm). Un'opzione per taluni aspetti illegittima (l'efficacia di una legge non può essere fatta dipendere da un evento futuro e incerto), per altri inutile dato che nulla potrebbe impedire al Governo di adottare, di fronte al profilarsi di una crisi, un decreto-legge che estenda la normativa elettorale prevista per la Camera dei deputati anche al Senato (cd. "norma-ponte"). Ma tutto ciò con esiti a dir poco paradossali, dei quali dirò in conclusione.

[35] Ci si riferisce, in particolare, alla presa di posizione assunta, nel corso di un'audizione (svoltasi in Senato il 19 novembre 2014) dal Presidente emerito della Corte Gaetano Silvestri che nel rilevare che è «impossibile andare a votare con una legge elettorale che valga solo per la Camera» ha poi sollecitato l'introduzione di una "clausola di salvaguardia" in modo che, qualora si dovesse votare prima dell'entrata in vigore della riforma costituzionale, al Senato vengano automaticamente estese le norme elettorali previste per la Camera. O, in alternativa, che sia la medesima Camera dei deputati a essere eletta con il sistema proporzionale ritagliato dalla Corte (soluzione, questa, certamente più coerente sul piano funzionale). Ciò che è certo, per Gaetano Silvestri, è che «non possiamo avere due leggi elettorali schizofreniche:

[36] È la stessa logica del premio di maggioranza, in buona sostanza, a negare che esso possa essere assegnato *ex aequo* a più contendenti. Adottare la suddetta *clausola di salvaguardia* (estendendo la nuova legge elettorale anche al Senato) vorrebbe pertanto dire immaginare due diversi premi di maggioranza e ammettere che, quanto meno in linea di principio, ci possano essere due vincitori. Per più ampie considerazioni sulle implicazioni costituzionali del doppio turno mi sia consentito rinviare a C. DE FIORES, *Premio di maggioranza e doppio turno nel dibattito italiano*, in G. Cantarano – A. Cantaro, *Riforma elettorale e rappresentanza politica*, Napoli, 1992, 132 ss.

La legge 52/2015 (Italicum): da pochi voti a molti seggi[1]

di MASSIMO VILLONE

Già Professore ordinario di Diritto costituzionale - Università degli Studi di Napoli Federico II

Abstract

La nuova legge elettorale 52/2015 è stata approvata tra forti contrasti politici e critiche diffuse. La legge non si mostra rispettosa delle garanzie costituzionali della rappresentanza democratica e del diritto di voto, come definiti nella recente fondamentale sentenza 1/2014 della Corte costituzionale. Su tutto ha prevalso l'interesse del partito maggiore in Parlamento. Il procedimento legislativo è stato segnato da forzature e violazioni dei regolamenti parlamentari e delle prassi. Sorgono gravi dubbi sulla costituzionalità della legge, che potranno essere sottoposti al giudice delle leggi.

The new electoral law 52/2015 has been approved among strong political conflict and widespread criticism. The law does not appear to comply with the constitutional guarantees of democratic representation and of the right to vote, as recently defined by the Constitutional Court in a landmark case (1/2014). The political interests of the leading party in Parliament have been paramount. Parliamentary procedures and precedents have been frequently disregarded. Therefore, the constitutionality of the law can be strongly questioned, and new challenges may be expected.

Sommario. 1. Premessa. 1.1 La sentenza Corte cost. 1/2014: voto libero e uguale, rappresentanza, governabilità. 1.2. La sentenza Corte cost. 275/2014. 1.3. La legge elettorale europea e la sentenza Corte cost. 110/2015. 2. *L'Italicum*: un percorso parlamentare accidentato. 2.1 Il "maxi-canguro". 2.2. La sostituzione forzata di componenti di commissione. 2.3. La questione di

elettorale per una sola Camera. 3.2 Il principio di proporzionalità. 3.3. La rappresentanza politica. 3.4. Il voto libero e uguale. 3.5. La partecipazione democratica. 4. Effetti collaterali: governi e vocazione minoritaria e Costituzioni cedevoli.

1. *Premessa.*

Da un quarto di secolo si discute in Italia di legge elettorale. Un confronto quasi ininterrotto, che ha visto infinite proposte, molteplici iniziative referendarie, e cambiamenti anche radicali. Il primo nel 1993 dal proporzionale puro al maggioritario uninominale di collegio (Mattarellum), poi nel 2005 con il proporzionale a lista bloccata e premio di maggioranza (Porcellum), ed infine con l'ultima legge (52/2015, cd. Italicum[2]).

L'avvio nel 2013 della XVII legislatura vede una novità importante. Un cittadino elettore si rivolge al giudice – Tribunale e poi Corte di Appello di Milano – chiedendo che sia accertata l'impossibilità di votare conformemente ai principi costituzionale con la legge elettorale vigente. L'istanza viene respinta, ma in sede di ricorso avverso il rigetto la Corte di cassazione[3] solleva una questione di legittimità, con cui si prospetta la possibilità di molteplici violazioni, ed in specie la distorsione eccessiva e irragionevole della rappresentanza politica e del voto libero e uguale.

In passato, la Corte costituzionale è stata ripetutamente chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità di quesiti referendari in materia elettorale, ed è stata anche protagonista della svolta verso il maggioritario uninominale di collegio[4]. Ma con la pronuncia sulla legge elettorale una materia tradizionalmente assegnata alla discrezionalità del legislatore, e dunque alle scelte delle forze politiche, viene attratta nell'orbita del controllo giurisdizionale di costituzionalità. Con quali conseguenze?

1.1. *La sentenza Corte cost. 1/2014.*

Il 4 dicembre 2013 la Corte decide per l'incostituzionalità parziale della legge 270/2005. Ne dà notizia attraverso un comunicato[5], dal quale già risulta che la pronuncia è stata mirata sui punti del Porcellum che maggiori dubbi avevano fatto sorgere fin dal primo momento: il premio di maggioranza svincolato da qualsiasi soglia, e la lista bloccata per tutti i parlamentari[6].

La Corte afferma nel comunicato che «il Parlamento può sempre approvare nuove leggi elettorali, secondo le proprie scelte politiche, nel rispetto dei principi costituzionali». Quali che saranno le motivazioni, la pronuncia non vincolerà il legislatore al sistema elettorale che ne risulta. Ma nemmeno lo lascerà assolutamente libero di scegliere. La chiave è nelle parole «rispetto dei principi costituzionali». La domanda è: quale legge elettorale è compatibile con i principi posti dalla Corte? Non è consentito reintrodurre disposizioni dichiarate illegittime. Ma sono in prospettiva precluse anche formulazioni normative equivalenti o comunque tali da produrre analoghi effetti.

Appena qualche giorno dopo il comunicato della Corte, il Presidente del consiglio Letta, in occasione del voto su una questione di fiducia, afferma che si

maggioritario, puntare alla democrazia dell'alternanza, restituire ai cittadini la scelta di chi li rappresenta e li governa[7]. Ed è subito evidente il problema: ribadire in termini assoluti gli obiettivi del bipolarismo e della governabilità in una fase in cui il sistema politico sembra durevolmente strutturato su tre poli. Qualunque sistema azzerasse o comprimesse oltre misura due dei poli per garantire la vittoria nei numeri parlamentari del terzo sarebbe probabilmente in contrasto con la linea già enunciata dalla Corte nel comunicato.

Il 13 gennaio 2014 viene depositata la sentenza[8]. La Corte supera anzitutto le perplessità di una parte della dottrina sulla ammissibilità della questione. Invero, a tali dubbi la precedente giurisprudenza della Corte offriva qualche argomento, per la sostanziale sovrapposibilità del *petitum* posto al giudice a quo rispetto a quello posto alla Corte[9]. Ma l'ostacolo viene superato, oltre che facendo riferimento alla motivazione sulla rilevanza adottata dal giudice remittente, con una netta affermazione di principio: le questioni sollevate sono ammissibili "anche in linea con l'esigenza che non siano sottratte al sindacato di costituzionalità le leggi, quali quelle concernenti le elezioni della Camera e del Senato, che definiscono le regole della composizione di organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo e che quindi non possono essere immuni da quel sindacato. Diversamente, si finirebbe con il creare una zona franca nel sistema di giustizia costituzionale proprio in un ambito strettamente connesso con l'assetto democratico, in quanto incide sul diritto fondamentale di voto; per ciò stesso, si determinerebbe un *vulnus* intollerabile per l'ordinamento costituzionale".

La Corte colpisce due cardini essenziali del Porcellum. Il primo. La mancanza di una soglia per il premio di maggioranza rende possibile una distorsione eccessiva del risultato elettorale. Possibile, si badi, non certa. È del tutto ovvio che essendo il premio configurato come l'aggiunta di seggi in numero variabile fino a un totale di 340, la mancanza di una soglia per l'applicazione non determina di per sé la misura della distorsione, che potrà essere ridotta o elevata in ragione della distribuzione dei consensi tra i soggetti politici. Dunque, il dettato normativo viene colpito non in virtù di una quantificazione data del premio, ma per la eventualità che in concreto esso possa giungere a una misura incompatibile con il bene costituzionalmente protetto della rappresentatività dell'istituzione. Il contrasto con una rappresentatività costituzionalmente protetta e quindi necessaria sussiste per la mera *possibilità* che l'applicazione del premio di fatto produca esiti non rispettosi di quella rappresentatività. Un esito eventuale si traduce in una violazione certa della Costituzione. Da questo si trae il corollario che un sistema elettorale – qualunque sia – sarà conforme a Costituzione solo se eviterà *con certezza* quella stessa eventualità. Saranno conformi a Costituzione tutti i sistemi elettorali, comunque configurati, per i quali una eccessiva distorsione nel tradursi dei voti in seggi sia impossibile in principio, e a prescindere dal concreto esito del voto.

Il secondo. La previsione di una lista bloccata estesa a tutta la rappresentanza parlamentare nega all'elettore ogni scelta. Il bene costituzionalmente protetto è qui il libero determinarsi nell'esercizio del diritto di voto, che non può essere limitato alla scelta di un soggetto politico, tramite la mera adesione alla offerta di candidature messa in campo da quel soggetto. Un principio di libera scelta

conculcabile nella sua interezza. E certo l'intervento del giudice delle leggi è molto invasivo, tanto da assumere – per la parte relativa alle liste bloccate – la forma della sentenza additiva.

L'argomentare della sent. 1/2014 è saldamente incardinato sulla natura del voto come diritto fondamentale. È proprio con questa impostazione che la Corte sposta la materia da un'area sostanzialmente rimessa ai soggetti politici, e dunque assoggettata a un'ampia discrezionalità del legislatore, ad un terreno nel quale la scelta del decisore politico trova rigorosi confini. Beninteso, un bilanciamento rimane necessario. Per la Corte, la rappresentatività delle assemblee elettive è centrale per il sistema democratico, ma anche la governabilità e l'efficienza decisionale sono valori costituzionalmente rilevanti. Al tempo stesso, non è prescritto in Costituzione uno specifico modello, ed in specie un sistema elettorale proporzionale puro. Ma essendo il cardine nel voto come diritto fondamentale, l'ambito di scelta del legislatore trova rigorosi confini nei principi di necessità, proporzionalità, ragionevolezza^[10].

È la chiara affermazione della applicabilità di questo *test* che cambia, anche in prospettiva, i termini della questione. Il legislatore si potrà allontanare dalla esatta corrispondenza tra voti e seggi, ma solo per quanto necessario, e seguendo la scelta meno lesiva tra quelle possibili. Dunque, non in misura eccessiva o arbitraria. Da questa premessa viene con chiarezza la lesione derivante da un premio di maggioranza applicabile senza alcuna soglia minima di voti conseguiti, e dunque tale da produrre una distorsione anche molto elevata.

Analogo ragionamento la Corte svolge quando guarda, sia pure forse con minore nettezza^[11], al principio del voto "eguale", concludendo per la violazione anche dell'art. 48 della Costituzione. Ed infine quando considera la scelta consapevole dell'elettore ai fini del voto "libero", precluso dalle liste bloccate sull'intera rappresentanza parlamentare.

La sent. 1/2014 si collega in modo diretto al confronto politico e parlamentare a quel momento in corso sulla legge elettorale. Nell'argomentare della Corte rappresentatività e voto eguale si intrecciano, e non tutte le risposte sono semplici e nette. Tuttavia, se ne traggono indicazioni ineludibili, oltre a punti problematici. Se la rappresentatività assume un autonomo e decisivo rilievo costituzionale per la democraticità del sistema, ne segue che la misura della distorsione, comunque prodotta, deve osservare i principi di proporzionalità e ragionevolezza. Una distorsione eccessiva o arbitraria è di per sé lesiva della Costituzione, anche se espressione di un voto tecnicamente libero ed eguale. E ribadiamo che per l'incostituzionalità basta che la distorsione sia potenziale.

Infine, la sent. 1/2014 ribadisce la legittimità formale del parlamento in carica, eletto in base alla legge all'epoca vigente. Ma non sfugge il rilievo di un dato: gli equilibri politici nelle assemblee sono decisamente conformati proprio dal premio di maggioranza dichiarato illegittimo. Se questo non incide sulla legittimità formale, certo colpisce la legittimazione sostanziale, in specie quella a perseguire riforme istituzionali, affidate a un parlamento viziato nella sua composizione dal premio di maggioranza espunto dalla legge. Forse non è un

alle “delicate funzioni connesse alla stessa garanzia della Costituzione (art. 138 Cost.)”. È un suggerimento che il parlamento in carica – illegittimamente composto - dovrebbe astenersi dall’esercitare quelle “delicate funzioni”?.

1.2. *La sentenza Corte cost. 275/2014.*

Il Testo unico delle leggi regionali Trentino Alto Adige sulle elezioni comunali dispone per i Comuni con più di 3.000 abitanti un premio fino al 60% dei seggi per la lista o la coalizione di liste collegate al candidato eletto sindaco. In sede di ricorso di cittadini-candidati il giudice amministrativo solleva una questione di costituzionalità, in specie richiamando il premio attribuito senza previsione di una soglia minima di voti, la irrazionalità di un sistema che incentiverebbe coalizioni disomogenee, e la violazione del principio di eguaglianza del voto, per il diverso peso attribuito al voto espresso per le liste perdenti rispetto a quelle vincenti^[12]. Le argomentazioni dell’ordinanza sulla non manifesta infondatezza della questione richiamano ampiamente le motivazioni alla base della sent. 1/2014 della Corte costituzionale.

La Corte dichiara la questione infondata, nonostante le evidenti assonanze con la propria precedente pronuncia. Cosa è cambiato?

In realtà, nella sentenza 275/2014 la Corte poteva affrontare il problema in due modi diversi. O partendo dagli elementi che le due fattispecie avevano in comune, ed in particolare dal voto come diritto fondamentale e inviolabile. Oppure partendo dalle differenze, ed esercitandosi nella sottile arte del *distinguishing*. La prima opzione avrebbe probabilmente condotto a un accoglimento. La seconda – che la Corte ha scelto - ha condotto al rigetto^[13].

Nella pronuncia sono ampiamente sottolineati gli elementi che differenziano la fattispecie da quella oggetto della sentenza 1/2014: voto locale, elezione diretta, ballottaggio^[14]. Non è dubbio che vi siano elementi tecnicamente distintivi. Ma doveva porsi la domanda se tali elementi fossero nella specie rilevanti. Soprattutto considerando che da essi viene un bilanciamento sfavorevole per un diritto che è esattamente lo stesso assunto a perno della sentenza 1/2014: il voto.

Non si potrebbe infatti considerare il diritto di voto a livello locale come geneticamente minore rispetto a quello espresso a livello nazionale. Il rilievo politico-istituzionale del diritto di voto si misura nell’ambito della comunità di riferimento, in ordine alla quale è sempre parimenti essenziale. La prova la troviamo nell’art. 114 della Costituzione, per cui la Repubblica “è costituita” dai comuni, dalle province, dalle città metropolitane, dalle regioni e dallo stato. Possiamo mai intendere che in elementi che parimenti concorrono a costituire la Repubblica l’essenziale elemento del voto sia differenziabile per importanza in ragione della dimensione dell’ente territoriale interessato? Analogo ragionamento può svolgersi in base all’art. 5 Cost., per cui la Repubblica riconosce e favorisce le autonomie locali. È proprio l’impianto autonomistico e multilivello della Costituzione che certifica la pari dignità delle comunità che costituiscono la Repubblica, e la natura parimenti fondamentale e inviolabile

diritto di voto in sede locale non può vedersi come più cedevole rispetto ad esigenze di governabilità in ragione della diversità delle funzioni che fanno capo all'ente territoriale.

Se poi si volesse ritenere che il bilanciamento più sfavorevole al diritto di voto viene non già dalla natura locale, ma dalle diversità prima elencate di per sé, ne verrebbe una conseguenza parimenti aberrante. Si tratterebbe infatti di differenze che la Corte ha ormai certificato nella pronuncia come legittime costituzionalmente. Sarebbero quindi come tali traducibili a livello nazionale. Ed è agevole vedere che in tale ipotesi tutto l'argomentare della sent. 1/2014 potrebbe essere smantellato senza difficoltà alcuna. In realtà, dopo la sentenza 275/2014 o si argomenta che quelle differenze non possono essere trasposte a livello nazionale, oppure a livello nazionale si riapre la via ad una compressione anche radicale del diritto di voto e della rappresentanza politica.

Quindi la sentenza 275/2014 quanto meno introduce elementi di ambiguità in un contesto che sembrava con grande chiarezza definito dalla sent. 1/2014. Un momento di timidezza giurisprudenziale? L'inizio di un ripensamento? Per saperlo, bisognerà aspettare. Il punto di debolezza della sentenza 275/2014 è nel non assumere a proprio fondamento la considerazione del voto come diritto fondamentale e inviolabile. Che come tale trascina inevitabilmente un test di costituzionalità più rigoroso per la discrezionalità del legislatore: necessità, proporzionalità, indisponibilità di opzioni meno invasive. È significativo che nella sentenza 275/2014 le parole diritto fondamentale, proporzionalità, necessità non siano menzionate nemmeno una volta. Il suggerimento del giudice *a quo*, che la Corte non ha inteso cogliere era appunto che il voto non perde le sue caratteristiche genetiche a livello regionale e locale. Invece, nella sent. 275/2014 l'argomentare si risolve tutto nella razionalità del sistema politico-istituzionale in chiave di governabilità. Ogni compressione della rappresentanza politica può allora diventare razionale, e a cascata la natura fondamentale e inviolabile del diritto di voto fatalmente sfuma nello sfondo. La pronuncia avrebbe potuto essere scritta tal quale anni addietro, ed è in realtà scritta come se la sentenza 1/2014 non avesse visto la luce.

1.3. *La legge elettorale europea e la sentenza Corte cost. 110/2015.*

Una postilla di rilievo è data dalla vicenda della legge elettorale europea. Il tribunale di Venezia^[15] rimette alla Corte costituzionale il dubbio di incostituzionalità della soglia di sbarramento al 4% che la legge vigente prevede per le elezioni europee. La Corte costituzionale tedesca ha già dichiarato l'incostituzionalità dello sbarramento al 5 e poi al 3% previsto in quel paese con due successive sentenze (9 novembre 2011 e 26 febbraio 2014^[16]). Il tribunale di Venezia sostanzialmente assume le motivazioni della corte tedesca, prospettate nel giudizio.

Cosa dice la Corte tedesca? Il ragionamento si può così sintetizzare. Primo: uno sbarramento è comunque lesivo del principio di eguaglianza del voto e tra i partiti politici. Secondo: può trovare giustificazione ed essere costituzionalmente consentito per esigenze di governabilità e stabilità. Terzo: in Europa queste esigenze non sussistono, perché il parlamento non ha sul governo i poteri tipici

soglia è oggi per tale motivo incostituzionale. Quinto: la situazione potrebbe cambiare, e la soglia divenire costituzionalmente compatibile, se l'architettura istituzionale europea dovesse in futuro cambiare.

Il ragionamento posto nella sent. 1/2014 sul Porcellum suggerisce che la Corte italiana potrebbe seguire per la legge elettorale europea un percorso analogo a quello della corte tedesca. I parametri costituzionali sono essenzialmente gli stessi. Come si arrivò in Italia alla soglia del 4%? Il blitz parlamentare che nel giro di pochi giorni la introdusse, nell'imminenza delle elezioni europee del 2009, volle rendere il sistema elettorale europeo omogeneo con il Porcellum nella lettura data da Veltroni nel 2008, con la chiusura a sinistra della coalizione. La porta chiusa nel 2008 doveva rimanere chiusa. La relazione all'aula del Senato^[17] di Malan (PDL) e Ceccanti (PD) ricorda che le regole elettorali erano state nel 2008 "curvate politicamente". E quanto all'assenza di esigenze di governabilità, si dice che bisogna comunque evitare la frammentazione delle rappresentanze di un grande Paese per evitare un danno al "peso degli eletti in Italia, nei gruppi più rappresentativi".

L'argomento è palesemente privo di merito. Maggior rilievo assume la considerazione che oggi l'Europa è dei governi prima che dei popoli. La dominanza degli esecutivi è evidente. Abbiamo un consiglio europeo dei capi di stato e di governo, un consiglio europeo di emanazione governativa, una commissione europea del pari derivante dalle scelte dei governi, e un presidente della commissione per la cui scelta è decisivo un accordo intergovernativo. Una prima timida correzione la vediamo ora nelle candidature alla presidenza prospettate agli elettori nel voto, e chissà se è nel senso giusto^[18]. Per contro, il parlamento europeo è solo partecipante – non dominus – del procedimento di formazione della legge europea, in cui è decisivo il ruolo degli organi di emanazione governativa. E non ha poteri sulla vita e sull'indirizzo politico della commissione europea e del suo presidente, cui non vota la fiducia e che non ha il potere di rimuovere.

L'assetto istituzionale incide sulle politiche che attraverso di esso si producono. Per questo il punto della rappresentatività del parlamento europeo e delle soglie è rilevante. Aprire a tutti i soggetti politici significa dare visibilità e voce più compiuta ai diritti e ai bisogni delle persone che votano. Ma qui troviamo una contraddizione, che la corte tedesca espone con chiarezza. La soglia è incostituzionale, e quindi la rappresentatività prevale, perché il parlamento conta poco. Se contasse di più, si giustificerebbe la soglia e la riduzione della rappresentatività. È questo il dilemma per chi crede in una democrazia rappresentativa e parlamentare. Si può accettare una centralità dell'assemblea elettiva conquistata a spese della sua rappresentatività? È la stessa contraddizione che viviamo in Italia^[19]. La vicenda della legge elettorale europea sottolinea in modo specifico il dilemma tra rappresentatività e stabilità/governabilità. Due poli contrapposti tra i quali la sent. 1/2014 impone sia trovato un ragionevole equilibrio.

La Corte costituzionale ha dichiarato la questione inammissibile^[20]. La decisione si impernia nell'affermazione che per la legge elettorale europea è possibile adire il giudice per contestare un concreto esito elettorale. Quel

inammissibile invece la questione posta – come nel caso – in via di accertamento della portata del diritto di voto, al di fuori della contestazione di uno specifico esito elettorale da parte di chi abbia diritto a contestarlo. Ed è questa la differenza rispetto alla elezione al parlamento nazionale. La Corte afferma che “in quel caso, il controllo dei risultati elettorali è sottratto al giudice comune ed è rimesso dall’art. 66 Cost. alle Camere di appartenenza degli eletti ... Di conseguenza il vulnus che si lamenta arrecato a un diritto fondamentale, quale è il diritto di voto, da una normativa elettorale che si sospetti costituzionalmente illegittima non potrebbe essere eliminato attraverso lo strumento del giudizio incidentale”.

La sentenza 110/2015 da questo punto di vista non si pone in antitesi rispetto alla precedente 1/2014, anche se ne sottolinea in qualche modo l’unicità. Ribadisce anzi il principio che non debba esservi alcuna zona d’ombra sottratta al controllo di costituzionalità laddove un diritto di cruciale importanza per il sistema democratico sia in gioco. Rimane impregiudicato il merito, che potrà essere di nuovo sottoposto all’attenzione della Corte.

2. L’Italicum: un percorso parlamentare accidentato.

Matteo Renzi, neo-segretario con le primarie dell’8 dicembre 2014 e la successiva assemblea PD del 15 dicembre, assume tra le priorità urgenti la legge elettorale^[21]. Inizialmente, avanza tre proposte: un Mattarellum modificato, con il 75% di collegi uninominali maggioritari, 15% di premio di maggioranza, 10% di diritto di tribuna; un sistema similspagnolo, maggioritario con collegi piccoli o piccolissimi e miniliste bloccate; e un modello simil sindaci, con elezione sostanzialmente diretta del capo del governo, e conseguente trascinarsi della lista o coalizione collegata al premier vincente al 60% (o forse 55%) dei seggi nell’assemblea elettiva. A prima lettura, le proposte – tutte – sono volte a un bipolarismo blindato e all’obiettivo di avere dal giorno del voto un vincitore certo non solo nel voto popolare, ma anche – e soprattutto – nei numeri parlamentari.

La proposta di Renzi si precisa nel confronto con Berlusconi, condannato e decaduto dalla carica di senatore. In un incontro nella sede romana del PD tenuto il 18 gennaio 2014 viene raggiunta – secondo la dichiarazione dello stesso Renzi, una “profonda sintonia” sui temi della legge elettorale, nonché della riforma del titolo V e del senato^[22]. L’accordo, noto come “patto del Nazareno”, suscita forti polemiche. La proposta viene precisata nella direzione del PD del 20 gennaio 2014^[23]: tre soglie di accesso al 5, 8 e 12%; premio di maggioranza del 18% con soglia del 35%, e fino a concorrenza del 55% dei seggi; doppio turno per il premio se nessuno raggiunge il 35% dei voti; minicollegi e liste bloccate brevi, con primarie per la scelta dei candidati.

L’impianto delineato nel patto del Nazareno viene tradotto^[24] nel testo approvato dalla Camera l’11 marzo 2014. Il Senato approva con modifiche il 27 gennaio 2015. La soglia per l’attribuzione del premio, attribuito alla sola lista vincente e non più alla coalizione, è stabilita al 40%, con un secondo turno di ballottaggio nel caso di mancato raggiungimento. Le soglie per l’accesso sono fissate al 3%. Si introduce la preferenza, rimanendo il blocco per i capilista. La

Il percorso parlamentare è tormentato. Si segnalano in specie tre questioni: la sostituzione forzosa di componenti di commissione per evitarne il dissenso; l'uso estremamente estensivo del cd. "canguro" a fini anti-ostruzionistici; il ricorso alla questione di fiducia nel voto delle pregiudiziali e del testo della legge elettorale;

2.1. *Il "maxi-canguro"*

Il 21 gennaio 2015 in Senato l'approvazione dell'emendamento 01.103, a firma Esposito – oggi, art. 1 della legge 52/2015 - fa decadere migliaia di emendamenti[25]. In pratica, un solo emendamento decisamente contribuisce a stroncare l'ostruzionismo. Si dice sia stata applicata una tecnica – il "canguro" – ben nota alla prassi parlamentare. Ma non è così.

In principio, un emendamento vuole sostituire il contenuto normativo di un dettato testuale con un contenuto diverso[26]. Il principio alla base del "canguro" è che l'assemblea non può essere chiamata a votare nuovamente su quello che ha già deciso. Quindi, se un emendamento viene rigettato, il voto travolge anche gli altri emendamenti di contenuto sovrapponibile al primo, assumendo tra l'altro che uguale volontà esprimerebbe l'Aula votandoli uno a uno. Si salta all'emendamento successivo, e da qui il nome. Ma è corretto ritenere che il voto negativo su un emendamento ne travolga altri solo fino a quando si può assumere che in tutti gli emendamenti vi sia una parte coincidente, e che questa sia assorbente per il merito dell'emendamento nel complesso[27]. E va nella specie ricordato che per l'art. 72 Cost. la legge elettorale è necessariamente discussa e approvata in assemblea articolo per articolo. Per l'art. 100 del regolamento Senato gli emendamenti seguono la stessa logica.

L'emendamento 01.103 premetteva all'art. 1 dell'Italicum un articolo 01 recante in sintesi gli indirizzi generali desumibili dall'intera proposta. Non richiamava altri articoli, commi, emendamenti, e non ne toccava quindi il contenuto normativo specifico. Nemmeno poneva norme autonomamente applicabili. Né infine rispettava il principio della discussione e approvazione articolo per articolo, come è provato proprio dalla decadenza di emendamenti a molteplici articoli del disegno di legge. Come è stato detto in Aula, al più avrebbe potuto configurarsi come ordine del giorno.

Seguendo la logica dell'emendamento Esposito basterebbe – sotto le mentite spoglie di emendamento – anteporre a qualsiasi disegno di legge un riassunto dei suoi contenuti e approvarlo per far ritenere preclusi tutti gli emendamenti. Un bavaglio istantaneo e, se fatto dal governo, una sostanziale ghigliottina disponibile in ogni momento, con effetti di fatto analoghi a quelli ottenibili attraverso una questione di fiducia, ma senza l'attivazione dello speciale procedimento a tal fine previsto e senza l'assunzione di una specifica responsabilità. Ciò prova il tradimento della lettera e dello spirito della Costituzione e del regolamento, e per di più in una materia cruciale, come è quella elettorale.

quanto privo di «reale portata modificativa» (art. 100.8 reg. sen.).

2.2. *La sostituzione forzata di componenti nelle commissioni.*

Il 20 aprile 2015 una vasta eco di stampa circonda la notizia che l'Ufficio di presidenza del gruppo parlamentare PD ha deciso la sostituzione nella Commissione affari costituzionali della camera di ben dieci componenti, tutti appartenenti alla minoranza del partito, per il dissenso manifestato sulla proposta di legge elettorale in discussione. La sostituzione tende ad evitare – come vuole il Governo - che la Commissione modifichi il testo uscito dal Senato. La sostituzione vale per la sola proposta di legge elettorale, e non è stata né richiesta né consentita dagli interessati, che anzi la rifiutano. Dunque, una rimozione forzata mirata a determinare l'esito dell'esame in Commissione[28].

La prassi in entrambe le Camere conosce la sostituzione temporanea di componenti nelle commissioni per una o più sedute[29], ad esempio quando il tema in discussione richieda una competenza specialistica che altro parlamentare possiede. Ma si tratta ovviamente di sostituzioni concordate e motivate con la specificità delle competenze. La rimozione forzata pone ben altri problemi, ed investe in modo specifico la questione del dissenso nel gruppo, nel più ampio quadro del diritto di ciascun parlamentare di esercitare le proprie funzioni rappresentando la nazione senza vincolo di mandato, ai sensi dell'art. 67 della costituzione, e del principio, parimenti sancito in Costituzione, che le commissioni sono composte in modo da riflettere i gruppi parlamentari. Il che implica da un lato che il parlamentare non può essere obbligato a votare in un modo o nell'altro, come è provato dalla menzione nei regolamenti del dissenso rispetto al gruppo. Ma al tempo stesso che ciascun gruppo ha il diritto di vedere espresse nelle commissioni posizioni coerenti con quelle assunte dal gruppo stesso sulle materie in discussione. Conseguentemente, i regolamenti parlamentari assegnano ai gruppi il potere di indicare per ciascun proprio componente la commissione di appartenenza. Vanno anche considerati in proposito i regolamenti interni dei gruppi[30].

Il conflitto è dunque tra la tutela accordata sia alla libertà del singolo parlamentare, sia all'identità politica del gruppo nei lavori parlamentari. Se la composizione in sede politica fallisce – come nel caso – bisogna in principio perseguire la soluzione che sia meno lesiva per entrambi i beni protetti. Nella specie, il bavaglio imposto al parlamentare con l'estromissione forzata non era tecnicamente indispensabile. Il dissenso era dichiaratamente mirato sulla singola questione, e non volto in via generale alle politiche del gruppo. Qualunque esito non gradito della votazione in commissione sulla legge elettorale avrebbe potuto essere agevolmente corretto in Aula in via emendativa. Se poi il costo politico del dissenso fosse stato ritenuto intollerabile, l'alternativa sarebbe stata la espulsione dal gruppo, cui sarebbe seguita la sostituzione definitiva in commissione con un parlamentare espressione del gruppo. È la espulsione il modo corretto di affrontare la rottura non recuperabile dell'*idem sentire* tra parlamentare e gruppo di appartenenza.

La sostituzione forzata in commissione per il singolo affare nel caso di dissenso

grandi numeri, indicando ciò che si usa l'istituzione per affrontare un problema che sarebbe più appropriatamente collocato in una sede di partito. Nella specie, si può ritenere che la presidenza dell'assemblea, cui spetta in via generale e residuale la garanzia del rispetto delle regole che a ogni livello disciplinano la vita della istituzione, avrebbe potuto e dovuto intervenire per bloccare la sostituzione.

2.3. La questione di fiducia

Nel dibattito nella Camera dei deputati il governo ha posto la fiducia sia sulle pregiudiziali, sia sugli articoli del testo in discussione. Tale iniziativa avrebbe dovuto essere preclusa, ai sensi degli artt. 49 e 116 del regolamento.

Per l'art. 49 il voto è palese, salvo che per alcune materie enumerate in cui è necessariamente segreto, e per alcune altre in cui è segreto a richiesta di almeno 30 deputati (art. 51). Tra queste ultime - voto segreto a richiesta - troviamo appunto la legge elettorale. Per l'art. 116 la questione di fiducia non può essere posta «su tutti quegli argomenti per i quali il Regolamento prescrive votazioni per alzata di mano o per scrutinio segreto». Il che è ovvio, visto che la fiducia si vota per appello nominale. La domanda dunque è: lo scrutinio segreto a richiesta sulla legge elettorale ex art. 49 si configura come voto segreto "prescritto" ai sensi dell'art. 116? O deve considerarsi "prescritto" solo il voto "necessariamente" segreto, e cioè segreto anche in assenza di richiesta?

La risposta è chiara. Anche il voto segreto a richiesta - beninteso, una volta che la richiesta sia stata avanzata - deve considerarsi "prescritto" ai sensi dell'art. 116, e dunque idoneo a determinare la preclusione della questione di fiducia. Bisogna partire dalla considerazione che la modalità di votazione in ambito parlamentare non è mai oggetto di valutazione discrezionale da parte di chicchessia. Che il voto sia segreto o palese non discende da una scelta di opportunità, ma dal dettato regolamentare. Ciò per ovvi motivi di garanzia dei singoli parlamentari e delle forze politiche, in specie di minoranza.

Ci può essere un «dubbio sull'oggetto della deliberazione», cioè un dubbio interpretativo se una fattispecie rientri o meno nelle materie per cui il voto è segreto o palese. Ma, sciolto il dubbio da parte della presidenza dell'assemblea, eventualmente con il parere della Giunta per il regolamento, il voto è obbligatoriamente determinato dalla norma regolamentare. Quindi, la modalità di votazione è sempre «prescritta».

Nel caso, non c'era alcuna possibilità di dubbio interpretativo, poiché la legge elettorale è esplicitamente inclusa nell'elenco delle materie per cui il voto è segreto a richiesta. E pertanto la questione di fiducia rimane preclusa ai sensi dell'art. 116, laddove richiesta di voto segreto vi sia. Spetterà alla Presidenza dell'Assemblea impedire ogni prevaricazione a danno dei diritti dei singoli deputati e delle forze politiche. Essendo chiaro che la Presidenza non si oppone a una scelta politica del governo, ma solo applica - come deve - una inequivoca norma regolamentare.

la questione di fiducia sia sulla pregiudiziale, che sugli articoli del testo in discussione. Anche i precedenti suggerivano che lo strumento della fiducia non andava utilizzato. Per la pregiudiziale di costituzionalità, nel gennaio 2014 la Camera discuteva la legge elettorale. Partivano la scalata di Matteo Renzi a Palazzo Chigi, ancora occupato da Enrico Letta, e la stagione del Nazareno. Sulla pregiudiziale a prima firma Migliore (allora capogruppo di Sei, ora Pd) si votò a scrutinio segreto, su richiesta dello stesso Migliore[31]. Nessuno parlò di fiducia. Un precedente si trova nel 1980, con la fiducia posta da Francesco Cossiga sulla riezione della pregiudiziale di costituzionalità a un decreto legge[32]. In ogni caso, la vicenda del 1980 non sarebbe un buon precedente, essendo il voto segreto per il regolamento di allora previsione di ordine generale, e non mirata a ipotesi tassative come è oggi. Proprio dalla tassatività dovrebbe venire un *favor* per la segretezza laddove richiesta. Del diverso contesto la presidenza dell'Assemblea, il cui primo dovere è garantire la libertà dell'istituzione parlamentare e non il successo del governo, avrebbe dovuto tener conto.

Quanto alla fiducia posta sugli articoli, un precedente si trova con De Gasperi e la legge c.d. truffa. Lo stesso de Gasperi, intervenendo alla Camera il 17 gennaio 1953, difendeva la richiesta di fiducia argomentando che l'iniziativa del governo sulla legge elettorale era giustificata dall'intento di rafforzare il centro politico contro il rischio per la democrazia posto da una possibile saldatura tra le ali estreme e anti-sistema. Ma sottolineava che il premio sarebbe scattato solo se voluto dalla maggioranza assoluta degli elettori[33]. Ribadiva poi questa caratteristica nel porre la fiducia in Senato nella seduta dell'8 marzo[34]: una situazione ben diversa da quella prefigurata dalla proposta oggi in discussione. Ciononostante, il presidente dell'assemblea teneva a precisare che la richiesta di fiducia non costituiva precedente[35]. E la questione di fiducia fu definita una "mostruosità"[36] dall'allora senatore Pertini, futuro Presidente della Repubblica.

Più in generale, nei casi qui riportati si è fatto riferimento a precedenti veri o presunti. Ma la validità di un richiamo al precedente non è data soltanto dalla mera ripetizione di un comportamento tenuto in passato. Il precedente va visto anche nel contesto in cui il comportamento si colloca. Quindi, una prima considerazione di ordine generale ci dice che dopo la sentenza 1/2014 qualsiasi precedente doveva essere valutato con estrema cautela. La sentenza poteva anche - secondo l'opinione prevalente e il suggerimento della stessa Corte - non inficiare la legittimità formale del parlamento in carica. Ma certo determinava una situazione eccezionale e priva di riscontro nel passato. Ne veniva ineluttabilmente che il rapporto tra le forze politiche non era quello che avrebbe dovuto essere, per l'indebito vantaggio nei numeri parlamentari concesso ad alcune di esse dal premio di maggioranza dichiarato illegittimo. Questo avrebbe dovuto togliere peso e significato ai precedenti volti a garantire un dominio maggioritario dei lavori in Commissione e in Aula. Il fulmine che colpisce la maggioranza nel suo momento genetico colpisce fatalmente al tempo stesso il suo diritto a governare. Le Presidenze delle Assemblee avrebbero dovuto interpretare regolamenti, prassi e precedenti con intelligenza istituzionale volta a tenere conto di tale eccezionalità. Al contrario, hanno consentito un uso mai visto prima di strumenti volti a comprimere la dialettica parlamentare, senza

special modo ogni spazio di opposizione e dissenso. Proprio nel momento in cui ne veniva colpito il fondamento con la sentenza 1/2014, alla maggioranza numerica in parlamento sono stati consentiti strumenti di ampiezza inusitata rispetto al passato. Se quanto è accaduto diventa a sua volta precedente[37], è chiaro il rischio che per l'istituzione parlamento si profili una dittatura di maggioranza, per di più drogata dal sistema elettorale e asservita al leader.

3. *Profili di incostituzionalità della legge 52/2015*

Nella sent. 1/2014 la Corte non prescrive – né avrebbe dovuto o potuto prescrivere – alcuna specifica soluzione cui attenersi. Dunque, un arco di scelte rimane consentito al legislatore in materia elettorale anche dopo la pronuncia. Ma è certo che non ogni legge elettorale è consentita, e che in specie molte scelte fatte con la legge 52/2015 si mostrano dubbie o precluse. La sent. 1/2014 rimane il riferimento primario. Le ambiguità rilevate nella sent. 275/2014 si possono superare proprio per il *distinguishing* operato dalla Corte e riferito alla natura locale e amministrativa della competizione elettorale considerata. In questa prospettiva i profili di incostituzionalità sono molteplici. Ciò non meraviglia, dal momento che è dal primo momento chiaro che della sentenza 1/2014 non si tiene conto[38]. Il patto Berlusconi-Renzi segue di pochi giorni il deposito in cancelleria della pronuncia, avvenuto il 13 gennaio, ma l'orientamento della Corte era già pienamente desumibile dal comunicato del 4 dicembre 2013.

3.1. *Una legge elettorale per una sola Camera.*

La legge espressamente si riferisce alla sola Camera dei deputati. La scelta si motiva con la parallela iniziativa di una riforma costituzionale volta ad introdurre un senato non eletto direttamente, e privato del potere di esprimere la fiducia al governo. Ciononostante, una legge elettorale limitata a una sola camera è di per sé segnata – allo stato - da un vizio di incostituzionalità.

La legge 52/2015 rinvia l'entrata in vigore del nuovo sistema elettorale al 1 luglio 2016. Prima di quella data eventuali elezioni si svolgerebbero per entrambe le Camere secondo la normativa di risulta derivante dalla sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale (proporzionale puro con lista e preferenza). Ma se la riforma costituzionale non fosse operante entro quella stessa data, per ritardi nell'approvazione, per i tempi di svolgimento di un referendum ex art. 138, o per l'eventuale bocciatura nel voto referendario medesimo, le elezioni politiche successive a quella data potrebbero doversi svolgere per la Camera dei deputati secondo la nuova legge, e per il Senato secondo la normativa di risulta anzidetta, radicalmente diversa. Un esito tale da mantenere equilibri politici ragionevolmente simili in entrambe le camere sarebbe del tutto improbabile, con ovvie conseguenze negative sul piano del rapporto fiduciario con il governo, e quindi della governabilità.

La previsione di sistemi elettorali diversi in un sistema bicamerale paritario non

sistemi comprime rappresentatività e voto eguale per l'obiettivo - costituzionalmente rilevante - della governabilità. Venendo meno l'obiettivo, viene meno anche ogni bilanciamento fatto in quella chiave. La compressione del voto eguale e della rappresentanza astrattamente giustificabili per la governabilità perderebbero ogni ragione di essere e rimarrebbero *sine causa*. Diventerebbero per questo inaccettabile lesione di beni costituzionalmente protetti. Un approccio corretto avrebbe richiesto di procedere prima alla riforma del Senato cancellandone l'elezione diretta, e solo dopo alla approvazione di una legge elettorale per la sola Camera dei deputati[39].

3.2. *Il principio di proporzionalità*

La sent. 1/2015 assume la governabilità e l'efficienza decisionale come beni costituzionalmente protetti da bilanciare con la compressione del voto libero e uguale e della rappresentanza. Anche accettando tale impostazione, ne viene comunque il corollario che, una volta assicurata la governabilità, qualsiasi compressione ulteriore sia costituzionalmente illegittima, perché in violazione dei principi di necessità e proporzionalità. Se ne può dedurre la incostituzionalità della contemporanea previsione nel sistema elettorale di soglie di accesso, premio di maggioranza e ballottaggio.

Nella legge 52/2015 la governabilità è assicurata dal premio nel caso di lista che supera il 40%, e dal ballottaggio nel caso tale soglia non sia raggiunta da alcuno. Quindi, l'obiettivo di avere un vincitore certo, sostenuto da una altrettanto certa maggioranza parlamentare, risulta pienamente soddisfatto, senza margini residui. Ma allora, perché porre anche soglie di sbarramento verso il basso, quale che sia la percentuale prevista? Perché azzerare il diritto al voto di centinaia di migliaia di cittadini senza alcun beneficio per la governabilità, comunque assicurata *aliunde*? Colpisce che nella Camera dei comuni della Gran Bretagna siedano tradizionalmente parlamentari eletti con poche migliaia di voti, che nessuno accusa di essere un attentato alla stabilità del sistema o alla governabilità.

Il punto è che con la legge 52/2015 vediamo sovrapporsi alla governabilità il fine di una ristrutturazione del sistema politico in chiave bipolare ed anzi bipartita. Già nelle prime fasi del confronto viene dichiarato il proposito di favorire i due partiti maggiori, a danno di tutti gli altri soggetti politici[40], solo parzialmente corretto con il conclusivo abbassamento delle soglie imposto dalle richieste dei partners minori della maggioranza di governo. Ma se la governabilità è assicurata, la riduzione artificiosa delle soggettività politiche non è un obiettivo costituzionalmente protetto, e dunque bilanciabile con il diritto fondamentale di suffragio. Al contrario, una norma come l'art. 49 della Costituzione garantisce per tutti il diritto di partecipare. E non è dubbio che strumento di tale diritto sia la possibilità di accedere alle assemblee elettive.

3.3. *La rappresentanza politica.*

l'attribuzione del premio di maggioranza senza previsione di alcuna soglia. La legge 52/2015 prevede una soglia al 40%, e in caso di mancato raggiungimento, un secondo turno di ballottaggio. Possiamo chiederci se sia in tal modo superata la censura rivolta al Porcellum. La risposta è: solo in apparenza.

È già opinabile che una soglia al 40% superi il test di necessaria rappresentatività che si desume dalla sentenza 1/2014. Un premio di maggioranza del 15% comporta comunque una distorsione molto forte della rappresentanza, in specie se attribuito necessariamente alla singola lista e non alla coalizione, come la legge prevede. Ma in realtà, in un sistema ormai stabilmente orientato verso un modello tripolare, è il ballottaggio l'ipotesi che dobbiamo oggi considerare come primaria. E il ballottaggio come è configurato non supera il test della proporzionalità.

Accedono infatti al ballottaggio le due liste più votate qualora nessuna raggiunga la soglia del 40%. Ma al di sotto di tale soglia non è prevista alcun altro sbarramento se non quello del 3% per l'accesso alla distribuzione dei seggi. Sono preclusi collegamenti o apparentamenti. Quindi, accedono al ballottaggio le due liste più votate, senza previsione di soglia specifica e qualunque sia il numero di voti conseguito, purché superiore al 3%. A quella vincente nel confronto a due andrebbero comunque il premio e i 340 seggi.

Ricordiamo che alla base della dichiarazione del Porcellum è la possibilità – non la certezza – che una lista con pochi voti abbia il premio di maggioranza e dunque molti seggi. Ma è esattamente quel che può accadere con il ballottaggio cui si accede senza soglia. Se tutti gli elettori nel secondo turno confermassero il voto – o non-voto – espresso nel primo, tale esattamente sarebbe l'esito. L'esperienza dei sindaci dimostra che l'ipotesi fatta può non essere lontana dal vero, essendo anzi la partecipazione al secondo turno generalmente più bassa che al primo. Le maggiori percentuali espresse nel ballottaggio occultano in un risultato virtuale una pochezza di consensi che rimane. E dunque la vera domanda è: potrebbe con la legge 52/2015 verificarsi un esito assimilabile a quello censurato dalla Corte costituzionale per il Porcellum, con una forte distorsione della rappresentanza? La risposta è: certamente sì, ancor peggio che nel Porcellum per l'attribuzione del premio di maggioranza alla singola lista, senza collegamenti o apparentamenti.

La distanza dalla sent. 1/2014 viene dal fatto che il punto della rappresentatività dell'assemblea è del tutto pretermesso, per inseguire il dichiarato obiettivo di avere un vincitore certo sostenuto da una altrettanto certa maggioranza nel giorno stesso del voto (o, nel caso, in quello del ballottaggio). A questo fine si aggiunge ancora quello di ristrutturare il sistema, di cui si è già detto, con l'attribuzione del premio di maggioranza alla singola lista. Che questo sia utile alla governabilità è del tutto opinabile, vista la spinta alla creazione di listoni eterogenei che riprenderebbero con ogni probabilità la propria libertà di azione appena chiuse le urne. E comunque nessun sistema elettorale potrà mai garantire di per sé il vincitore immediato e certo. Che tale esito si abbia dipende dalla configurazione del sistema politico. Ed è del tutto ovvio che in un sistema ormai tripolare è ben difficile raggiungere tale obiettivo rimanendo negli ambito disegnati dalla Corte nella sent. 1/2014. Sarebbe infatti

un terzo, con la forzosa compressione di una maggioranza anche larga di voti in una comparativamente piccola minoranza di seggi.

3.4. *Il voto libero e uguale.*

Quanto alla libertà degli elettori di scegliere i rappresentanti, sin dalle prime proposte messe in campo in attuazione del patto del Nazareno è stato evidente l'intento di non tenere conto della sentenza 1/2014. La prima ipotesi è stata quella di liste bloccate brevi, sostenuta dall'argomento che in tal modo si rendeva possibile la conoscenza dei candidati. Ma si risponde agevolmente che conoscere i candidati non basta, perché conoscere non è sinonimo di scegliere. Il sommarsi delle liste brevi su tutta la rappresentanza avrebbe riprodotto esattamente il parlamento di "nominati" dato dal Porcellum, che si voleva cancellare. Comunque avrebbero sottratto — sommandosi — l'intera rappresentanza politica alla scelta dell'elettore. Che, non volendo sostenere una presenza sgradita tra i componenti di una lista, avrebbe dovuto cambiare il voto, o non votare affatto. Effetti negativi per niente corretti dalla previsione di eventuali primarie. Non essendoci identità di platea tra votanti nelle primarie ed elettori, il problema della preclusione di ogni scelta per l'elettore sarebbe rimasto tal quale. Per l'elettore nulla cambia se i nomi sulla scheda sono scritti da un organo di partito, o con procedimenti plebiscitari. Il punto è che l'elettore è comunque costretto a votare a scatola chiusa l'offerta politica proposta, piaccia o non piaccia, nella sua interezza. È ben vero che nessun sistema elettorale potrà mai garantire la piena corrispondenza del voto di ognuno ai personali orientamenti. Ma anche qui la domanda è: esistono alternative che meno comprimono il bene costituzionalmente protetto della libertà di voto? La risposta è: certamente sì. Di certo un sistema di collegio o di lista e preferenza avrebbero meglio e più soddisfatto l'esigenza di consentire la libera determinazione dell'elettore quanto al suo rappresentante.

Il problema non è risolto nemmeno con la scelta conclusivamente fatta dalla legge 52/2015 di limitare il blocco ai capilista, consentendo l'espressione della preferenza sulla restante parte della lista. Già rileva — come è ampiamente emerso nel dibattito parlamentare — che i capilista bloccati sarebbero di fatto un'ampia maggioranza degli eletti, e praticamente la totalità per le liste minori escluse dal premio di maggioranza. Ma ancor più conta che ogni elettore vota necessariamente insieme lista e capolista. Ne segue che il voto di tutti è inevitabilmente condizionato *ex lege*, e quindi per definizione non è libero. È ovvia la contraddizione intrinseca e inevitabile che sorgerebbe qualora il capolista non fosse gradito. L'elettore non potrebbe volere la lista, e disvolere il capolista. Con argomenti analoghi la Corte costituzionale decide sull'ammissibilità del quesito per il referendum abrogativo ex art. 75 della Costituzione. Il quesito deve essere univoco, omogeneo e ispirato a una matrice razionalmente unitaria perché diversamente ne verrebbe lesa la libertà di voto, per l'impossibilità di volere contemporaneamente il sì e il no su un medesimo quesito.

Il blocco riferito ai soli capilista è dubbio anche sotto il profilo del voto uguale,

elettori e tra i candidati. Tra i primi, perché chi esprime una preferenza non potrà per definizione avere uguali probabilità di avere un proprio rappresentante nell'assemblea elettiva, e dunque di pesare in modo uguale sull'esito rispetto a chi vota solo la lista, e con essa il capolista. Tra i candidati, perché al capolista si conferisce un vantaggio *ex lege* nell'accesso alla carica pubblica. È ben vero che per l'art. 51 Cost. si accede alla carica pubblica secondo i requisiti stabiliti dalla legge. Ma deve trattarsi di requisiti stabiliti in via generale per tutti, e non di un *favor* che la legge consente sia attribuito a singoli nella definizione delle candidature. È corretto ritenere che il voto eguale è rispettato se una lista è tutta bloccata o tutta suscettibile di scelta. Certo, in una lista tutta bloccata il capolista avrà comunque migliori chances di successo. Ma è sempre possibile in principio che la lista veda eletti tutti, o nessuno. In ogni caso, che il capolista di una lista tutta bloccata consegua il seggio o meno sarà dovuto al voto, e non a un privilegio accordato per legge.

Ancora, si può ritenere lesivo del voto libero e uguale la possibilità di candidature plurime dei capolista (fino a un massimo di dieci). È del tutto irrazionale il meccanismo che blocca il capolista, e contestualmente determina l'inevitabilità di un'opzione dopo il voto. In tal modo l'elettore è dapprima costretto a votare il capolista insieme alla lista, ed è successivamente privato del rappresentante che è stato chiamato a votare necessariamente. Anche il premio alla sola lista più votata colpisce il voto eguale. Nel caso di una coalizione vincente, l'elettore – pur avendo scelto lo stesso schieramento – si troverà sotto o sopra rappresentato a seconda che abbia votato per il partito maggiore o quello minore.

Infine, si può esprimere un dubbio in radice sulla compatibilità costituzionale del meccanismo premiale. Ad esempio, facciamo l'ipotesi che un sistema maggioritario di collegio come il Mattarellum e un sistema proporzionale di lista con premio di maggioranza come la legge 52/2015 diano – come tecnicamente è possibile – un identico esito in seggi. Quanto all'eguale peso del voto si potrebbe considerare conforme a Costituzione, il primo e non il secondo. Per quale motivo? Perché il primo non correggerebbe in alcun modo la traduzione dei voti in seggi: chi vince nei voti conquista il seggio. Ciascun elettore può incidere sull'esito in pari misura, e ne possiamo trarre che ciascun voto pesa in misura eguale. Il secondo invece introduce una distorsione, aumentando artificialmente il peso del voto espresso per la lista più votata e corrispondentemente diminuendo il peso del voto espresso per tutti gli altri. Questo effetto è plasticamente descritto laddove la legge 52/2015 definisce un quoziente elettorale di maggioranza e uno di minoranza. Pertanto, un sistema proporzionale con premio di maggioranza è intrinsecamente più sospetto quanto al principio del voto eguale di un maggioritario di collegio, che pure tendenzialmente esprime un *favor* per la formazione politica vincente.

3.5. *La partecipazione democratica.*

E si può anche rilevare un dubbio di costituzionalità nella coazione *ex lege* ad una configurazione non più bipolare ma bipartitica del sistema politico, come

interazione con il principio del voto libero e uguale. Coazione che si realizza attribuendo il premio di maggioranza alla singola lista e non più alla coalizione.

Non è infatti possibile negare che le due norme – art. 48 e art. 49 – debbano essere oggetto di una lettura sistematica e sinergica. Il diritto a partecipare è costruito come un diritto dei cittadini ad associarsi in partiti al fine specifico di partecipare con metodo democratico alla politica nazionale. L'art. 49 è dunque in questa prospettiva una specificazione dell'art. 18 Cost. sulla libertà di associazione, e non può non condividerne la natura di libertà fondamentale, anche per la parte concernente la partecipazione alla politica nazionale. Al tempo stesso, tale partecipazione può aversi in modi diversi, non tutti predeterminati e codificabili. Ma di certo si effettuerà nelle sedi in cui quella politica si determina, attraverso la formulazione, la discussione e l'attuazione degli indirizzi di governo. Quindi, il luogo primario della partecipazione di cui si discute si trova nella assemblea, o nelle assemblee, verso cui il governo è legato da un rapporto fiduciario. In sintesi, il diritto ad associarsi in partiti è emanazione diretta della libertà di associazione, e l'accesso alle assemblee elettive ne è diretto e necessario strumento. Quindi l'accesso non è più comprimibile di quanto sia il diritto ad associarsi in partiti in sé considerato.

Se questa premessa è vera, anche a tale accesso vanno applicati i principi di necessità e proporzionalità. Il più rigoroso test di costituzionalità non deve dunque essere limitato al diritto di voto in quanto tale, ma anche a quel che segue alla libertà di associarsi in partiti al fine specifico di concorrere a determinare la politica nazionale. A tal fine, consideriamo ora l'obiettivo – costituzionalmente rilevante – della governabilità e dell'efficienza decisionale. Si può anche ammettere che sia in specie perseguito attraverso una semplificazione del sistema politico ed in specie a mezzo di una riduzione del numero delle formazioni politiche in parlamento. Tale è la ragion d'essere della previsione di soglie per l'accesso. L'attribuzione di un premio di maggioranza alla sola lista e non a coalizioni si può intendere come volta nel medesimo senso. Ma si applicano parimenti i principi di necessità e proporzionalità. A prescindere da questi, l'obiettivo di raggiungere una maggiore efficienza decisionale non può essere perseguito con una semplificazione estrema e forzosa del sistema politico, per legge condotto a un sistema bipartitico anziché bipolare. Se l'efficienza decisionale è una misura razionalmente definita di semplificazione si perseguono in altro modo, ed in specie con la individuazione di una soglia, o con un premio di maggioranza, imporre *ex lege* una evoluzione in chiave bipartitica riferendo il premio alla singola lista si mostra come ulteriore aggravio, non necessario, non proporzionato e quindi incostituzionale.

È ben vero che ad una configurazione semplificata e tendenzialmente bipartitica del sistema politico si potrebbe giungere senza alcuna previsione legislativa, per le scelte delle forze politica. È quel che è accaduto nelle elezioni politiche del 2008, con le scelte fatte dal PD e da Veltroni^[41]. Ma una evoluzione spontanea del sistema politico non può definirsi incostituzionale, dal momento che nessun sistema politico si può ritenere costituzionalmente congelato nel tempo. È proprio la menzione del “metodo democratico” che suggerisce come costituzionalmente compatibili il cambiamento che viene dalle libere scelte del popolo sovrano. Mentre è la costrizione entro rigidi limiti di

governabilità e l'efficienza decisionale, che pone l'antitesi con i principi costituzionali.

4. *Effetti collaterali: governi a vocazione minoritaria e Costituzioni cedevoli.*

La legge 52/2015 è la traduzione in norma cogente di posizioni da tempo presenti nel dibattito politico e istituzionale. È il popolo che sceglie chi governa, ed anzi elegge il leader di un partito con una sua maggioranza garantita in parlamento, per la durata della legislatura. È una versione rigida della democrazia di mandato, e una sostanziale riscrittura della forma di governo secondo una linea implicita di elezione diretta del premier. L'architettura dei poteri ne viene pesantemente condizionata, soprattutto considerando la sinergia della legge con la riforma costituzionale ancora in discussione[42]. In ogni caso, a questa legge non sopravvive il modello di democrazia parlamentare e rappresentativa posto dalla Costituzione.

Già di per sé questo suggerirebbe il contrasto con i principi posti dalla sentenza 1/2014. Ma ancor più il contrasto si evidenzia considerando che il sistema politico si è allontanato dalla ipotesi bipolare che a lungo è stata assunta come linea evolutiva fisiologica e necessaria. Invece, è emersa una struttura tripolare[43], e non si può oggi escludere una ulteriore evoluzione in senso quadripolare.

Se in un contesto bipolare la disproporzionalità determinata dalla legge è possibile, ma non certa quanto alla eccessiva misura che ne comporta la incostituzionalità, in un contesto multipolare la estrema disproporzionalità è certa e inevitabile. Il premio di maggioranza alla singola lista con ballottaggio senza soglia e la forzatura *ex lege* verso un bipartitismo ormai lontano dalla realtà del sistema politico comportano inevitabilmente che sia fortemente sovra-rappresentata una minoranza – anche relativamente piccola - che l'artificio legislativo rende invece maggioritaria nei numeri parlamentari. Parallelamente, viene gravemente sotto-rappresentata una maggioranza, che può essere anche molto ampia, degli elettori. Si è scritta una legge che si può senza eccesso definire come fondamento di governi a vocazione sostanzialmente minoritaria.

La sovra-rappresentazione di una minoranza e la garanzia alla stessa di una maggioranza superiore alla metà più uno dei componenti indebolisce poi la rigidità della Costituzione. Viene così colpito uno dei connotati unanimemente ritenuti essenziali dell'assetto costituzionale vigente.

Già con il passaggio al maggioritario del Mattarellum era stata rilevata la opportunità di “mettere in sicurezza” la Costituzione, elevando i quorum necessari per l'approvazione definitiva in misura sufficiente a riassorbire o temperare l'eventuale – non sicura e predeterminata - sovra-rappresentazione derivante dal sistema elettorale. Con la legge 52/2014, invece, il fine di garantire comunque a un singolo partito una maggioranza con certezza superiore a quella assoluta dei componenti è voluto e dichiarato. Il premio di maggioranza di misura variabile serve appunto a questo. Anche considerando

attribuzione anche al Senato non elettivo del potere di revisione. Infatti, l'elezione di secondo grado rende del tutto casuale la effettiva rappresentatività di quella assemblea, soprattutto considerando che essa deriva da sistemi elettorali regionali che sono a loro volta tutti volti a garantire tramite premi le maggioranze di governo, con risultati fortemente disproportionali per quanto concerne l'aderenza agli equilibri politici reali in ciascuna regione.

Mettere in sicurezza la rigidità della Costituzione sembra non sia stato affatto un punto all'attenzione dei riformatori di oggi. Il fatto che l'art. 138 non sia in alcun modo toccato non deve ingannare. È lo stravolgimento del sistema politico e istituzionale nell'ambito del quale la norma opera che ne dissolve il senso e la funzione. L'intento originario del costituente del 1948 di stabilire in principio la necessità di un ampio consenso sulle regole fondamentali, è in ogni caso svanito. Le conseguenze non sono da poco. Ad esempio, il partito vincitore nella competizione elettorale e blindato nei numeri parlamentari potrà affrontare le questioni più controverse non cercando mediazioni difficili e consensi tra i perdenti, ma più semplicemente apportando alla norma costituzionale qualche utile ritocco mirato. È il crepuscolo per le libertà e i diritti.

[1] Questo lavoro è destinato agli *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, in corso di pubblicazione. Riflette le analisi da me svolte in numerosi articoli su Il Manifesto dalla presentazione delle prime proposte alla definitiva approvazione della legge 52/2015, e già in parte tradotte nel mio *Il tempo della Costituzione*, V ed., Aracne, Roma, 2014, part. Cap. IV. Riprende altresì le posizioni da me esposte nelle *Indagini conoscitive* svolte presso la I Commissione del Senato della Repubblica nei giorni 18-25 novembre 2014, e la I Commissione della Camera dei deputati nei giorni 14-15 aprile 2015.

[2] Per commenti e analisi sulla legge 52/2015 e sulle più recenti vicende che hanno preceduto l'approvazione v. tra gli altri, oltre agli Autori citati *infra* e agli esperti che hanno preso parte alle *Indagini conoscitive* richiamate *supra*, Balduzzi P., *Chi guadagna e chi perde con l'Italicum*, *ibidem* (7 maggio 2015); Id., *Come sarà la Camera eletta con l'Italicum*, in *Lavoce.info* (12 maggio 2015); Canale G., *"Italicum": in viaggio verso Itaca, sognando la California (una prima lettura critica della legge 52/2015)* in *Consulta online* (27 maggio 2015); Ceccanti S., *Italicum: 16 risposte alle 16 domande de il Sole 24 ore*, in *Huffington Post* (3 maggio 2015); Chiaramonte A., *The unfinished story of electoral reforms in Italy*, in *Contemporary Italian Politics*, 1/ 2015; Ciriaco T., *Intervista a Augusto Barbera, La riforma è il contrario del presidenzialismo*, in *La Repubblica*, 28 aprile 2015; D'Alimonte R., *La strada lunga del maggioritario*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 maggio 2015; De Fiores C., *La riforma della legge elettorale*, in *costituzionalismo.it* (18 maggio 2015); Franco M., *Un vero spartiacque politico*, in *Corriere della Sera*, 5 maggio 2015; Frosini T.E., *Rappresentanza + Governabilità = Italicum*, in *www.confronticostituzionali.eu* (12 maggio 2015); Galli C., *Metamorfosi. Sulla nuova legge elettorale*, in *centroriformastato.it* (18 maggio 2015); Ignazi P., *Tre questioni sull'Italicum*, in *La Repubblica*, 14 maggio 2015; Onida V., *Renzi viola le regole del gioco*.

elettorale che non rispetta la reale maggioranza, Lettera al *Corriere della Sera*, 10 marzo 2015; Pasquino G., *Quel premier debordante*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 maggio 2015; Rauti A., *L'italicum fra "liturgia" elettorale e prove di bipartitismo*, in *Rivista AIC*, n. 2/ 2015 (12 giugno 2015); Saitta A., *La forma di governo in Italia tra revisione costituzionale e nuova legge elettorale*, in *Rivista AIC*, 2/2015; Scalfari E., *Senza appoggio popolare la sinistra diventa un inutile club*, in *La Repubblica*, 12 aprile 2015; Schmit H., *Eppur è incostituzionale*, in *Consulta online* (27 maggio 2015); Tito C., *Una certezza dalle urne*, in *La Repubblica*, 5 maggio 2015; Tondi della Mura V., *Del Porcellum "camuffato"*, in *www.confrontocostituzionali.eu* (12 maggio 2015); Tondi della Mura V., *La fiducia e l'Italicum: dal "primato della politica" al "primato dei meccanismi elettorali"*, in *Osservatorio AIC*, maggio 2015; Trucco L., *Il sistema elettorale "italicum.bis" alla prova della sentenza della corte costituzionale n. 1 del 2014 (atto secondo)*, in *Consulta online* (27 aprile 2015); Volpi M., *Italicum: un sistema anomalo e antidemocratico*, in *Costituzionalismo.it* (5 giugno 2015); Id., *Le riforme e la forma di governo*, Relazione al *III Seminario dell'Associazione Italiana Costituzionalisti "I Costituzionalisti e le Riforme"*, Bologna, 11 giugno 2015.

[3] I. Civ., ord. 17 maggio 2013, n. 12060.

[4] Con la sent. 32/1993, che dichiarò ammissibile il quesito referendario proposto avverso la legge elettorale del Senato. Il referendum vide poi una ampia partecipazione e la larga vittoria dei sì, e la legge elettorale fu modellata per entrambe le Camere sulla normativa di risulta. V. sul punto il discorso programmatico del Presidente del consiglio Ciampi alla Camera dei deputati il 6 maggio 1993: Camera dei deputati, XI leg., 6 mag. 1993, p. 13158 La Corte aveva in precedenza dichiarato inammissibile un analogo quesito con la sent. 47/1991.

[5] Ecco il testo del comunicato: "La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme della legge n. 270/2005 che prevedono l'assegnazione di un premio di maggioranza – sia per la Camera dei Deputati che per il Senato della Repubblica – alla lista o alla coalizione di liste che abbiano ottenuto il maggior numero di voti e che non abbiano conseguito, almeno, alla Camera, 340 seggi e, al Senato, il 55% dei seggi assegnati a ciascuna Regione. La Corte ha altresì dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme che stabiliscono la presentazione di liste elettorali "bloccate", nella parte in cui non consentono all'elettore di esprimere una preferenza. Le motivazioni saranno rese note con la pubblicazione della sentenza, che avrà luogo nelle prossime settimane e dalla quale dipende la decorrenza dei relativi effetti giuridici. Resta fermo che il Parlamento può sempre approvare nuove leggi elettorali, secondo le proprie scelte politiche, nel rispetto dei principi costituzionali."

Per un commento Villone, *La Corte sceglie la via maestra*, e *I paletti della Corte segnano la strada*, in *il Manifesto*, risp. 5 e 13 dicembre 2013; Salazar, *Quel che resta del Porcellum: brevi riflessioni sul comunicato della Corte costituzionale*, in *Confronti costituzionali*, 9 dicembre 2013.

espresso dubbi sul premio di maggioranza (v. in specie, 13/2012, e già 15/2008 e 16/2008).

[7] Camera dei deputati, XVII leg., 11 dicembre 2013.

[8] Corte cost., sent. 1/2014.

[9] Va menzionato, in proposito, l'art. 13 della proposta di riforma costituzionale, attualmente in Senato ancora in prima deliberazione (AS 1429 - B), recante l'aggiunta di un comma all'art. 73 Cost.: «Le leggi che disciplinano l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica possono essere sottoposte, prima della loro promulgazione, al giudizio preventivo di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale, su ricorso motivato presentato da almeno un quarto dei componenti della Camera dei deputati o almeno un terzo dei componenti del Senato della Repubblica entro dieci giorni dall'approvazione della legge, prima dei quali la legge non può essere promulgata. La Corte costituzionale si pronuncia entro il termine di trenta giorni e, fino ad allora, resta sospeso il termine per la promulgazione della legge. In caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale, la legge non può essere promulgata». Si tratta dunque di un giudizio di costituzionalità preventivo sulla legge elettorale, in deroga al modello generale adottato nella Costituzione italiana del controllo di costituzionalità *ex post*. Segue un comma aggiuntivo nell'art. 134: «La Corte costituzionale giudica altresì della legittimità costituzionale delle leggi che disciplinano l'elezione dei membri della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica ai sensi dell'articolo 73, secondo comma».

[10] Il test utilizzato viene così definito dalla Corte: «Il test di proporzionalità utilizzato da questa Corte come da molte delle giurisdizioni costituzionali europee, spesso insieme con quello di ragionevolezza, ed essenziale strumento della Corte di giustizia dell'Unione europea per il controllo giurisdizionale di legittimità degli atti dell'Unione e degli Stati membri, richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi» (punto 3.1 del *Considerato in diritto*).

[11] In particolare la Corte ricorda che «In ordinamenti costituzionali omogenei a quello italiano, nei quali pure è contemplato detto principio e non è costituzionalizzata la formula elettorale, il giudice costituzionale ha espressamente riconosciuto, da tempo, che, qualora il legislatore adotti il sistema proporzionale, anche solo in modo parziale, esso genera nell'elettore la legittima aspettativa che non si determini uno squilibrio sugli effetti del voto, e cioè una diseguale valutazione del «peso» del voto «in uscita», ai fini dell'attribuzione dei seggi, che non sia necessaria ad evitare un pregiudizio per la funzionalità dell'organo parlamentare».

[12] Il dato concreto è inoppugnabile: la lista vincente con il 27% dei voti ha conseguito il 60% dei seggi, e le liste con il 72,80 dei voti il restante 40%.

rappresentatività assume per le assemblee parlamentari una centralità maggiore che per le assemblee regionali e locali.

[14] In specie, la Corte afferma che «nel dare il proprio voto al sindaco, la manifestazione di volontà dell'elettore è espressamente legata alle liste che lo sostengono e ciò giustifica l'effetto di trascinamento che il voto al sindaco determina sulle liste a lui collegate con l'attribuzione del premio del 60 per cento dei seggi. Il meccanismo di attribuzione del premio e la conseguente alterazione della rappresentanza non sono pertanto irragionevoli, ma sono funzionali alle esigenze di governabilità dell'ente locale, che nel turno di ballottaggio vengono più fortemente in rilievo».

[15] III Civ, ord. 1025/14, 9 maggio 2014.

[16] <https://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg14-014en.html>;

https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20140226_2bve000213.html

[17] Senato della Repubblica, XVII leg., AS 1360-A, 13 febbraio 2009, <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00395692.pdf>.

[18] La inadeguatezza del framework elettorale europeo come elemento di debolezza strutturale dell'Unione è sottolineata in Committee on Constitutional Affairs, Hübner D.H. and Leinen J. Rapp., Working Document on The Reform of the Electoral Law of the European Union, http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/afco/dv/dt_1060017_/dt_1060017_en.pdf. In specie, il si argomenta che “the current degree of heterogeneity in national electoral rules conflicts with the notion of European citizenship and the principle of equality”.

[19] Con l'aggravante che attraverso la riforma in parallelo della legge elettorale e della Costituzione si vuole simultaneamente ridurre sia la rappresentatività che il peso politico-istituzionale del parlamento: v. il mio *Il tempo della Costituzione*, cit., Sez. II e III, e le *Conclusioni*.

[20] Corte cost. sent. 110/2015.

[21] *Renzi non arretra su Fassina. E accelera sulla legge elettorale*, in *Corriere della sera*, 6 gen. 2014, pag. 2.

[22] <http://www.lastampa.it/2014/01/18/italia/politica/renziberlusconi-incontro-a-casa-del-pd-d1fGe41POpjaGmIB8Mu5TL/pagina.html?exp=1>; *Patto del Nazareno Renzi-Berlusconi: legge elettorale e via il Senato. Il segretario: mi gioco il tutto per tutto*, in *Repubblica.it*, 19 gennaio 2014.

[23] *Legge elettorale, da direzione Pd ok a Renzi. “Basta subalternità a Berlusconi”*, in *ilfattoquotidiano.it*, 20 gennaio 2014.

[24] La proposta viene illustrata dall'on. Fiano (PD) nella seduta del 21 gennaio della Commissione affari costituzionali della Camera: <http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2014/01/21/leg.17.bolo161.data20140121.pdf>. Viene tradotta tal quale in un testo unificato proposto dal relatore on Sisto già

<http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2014/01/21/leg.17.bolo161.data20140121.pdf>

[25] Per l'elenco degli emendamenti preclusi
<http://www.senato.it/leg/17/BGT/Testi/Allegati/00000184.pdf>

[26] Da qui la tipica formula: «sostituire le parole A, B, C con le parole D, E, F».

[27] Un esempio. Primo emendamento: «è rinviato l'inizio del procedimento per...». Secondo: «è rinviato l'inizio dell'anno scolastico...». Terzo: «è rinviato l'inizio della stagione venatoria...». Non sarebbe una corretta applicazione del canguro mettere in votazione per il primo le parole «è rinviato l'inizio», e assumere che il voto negativo travolga anche gli altri due. Ovviamente, non si potrebbe desumere dal rigetto che l'assemblea sia contraria ad ogni rinvio, di qualsiasi oggetto o finalità. Ugualmente scorretto sarebbe mettere in votazione il rinvio come principio unificante, e trarre dal voto negativo il rigetto.

[28] Analoga vicenda si era già svolta in Senato, con la sostituzione nella Commissione affari costituzionali dei senatori Mineo, Mauro e Chiti.

[29] Possibilità espressamente prevista dai regolamenti: v. art. 19.3 reg. Camera, e 31.2 reg. Senato.

[30] Il gruppo PD della Camera dei deputati ha uno "Statuto" approvato per la XVII legislatura il 25 marzo 2013:
http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/file/documenti/statuto_pd.pdf.
Per l'art. 1.4 "4. Il pluralismo è elemento fondante del Gruppo e suo principio costitutivo. Esso si basa sul rispetto e la valorizzazione del contributo personale di ogni parlamentare alla vita del Gruppo, nel quadro di una leale collaborazione e nel rispetto delle norme del presente Statuto". Per l'art. 2.2 "Ogni aderente al Gruppo nello svolgimento della sua attività parlamentare si attiene agli indirizzi deliberati dagli organi del Gruppo, che sono vincolanti".

[31] Camera dei deputati, XVII leg., 31.01.2014, p. 9-11.

[32] Camera dei deputati, VIII leg., 26.08.1980, p. 17291. Per un'argomentata opinione contraria di Rodotà *ivi*, p. 17293.

[33] Camera dei deputati, I leg. 17 gennaio 1953, p. 45485 e 45488: "Egredi colleghi, qualunque sia il vostro giudizio sulla legge, potete chiamarla come volete voi, ma non potete negare questo: che la decisione viene presa a maggioranza assoluta, ci vuole la maggioranza per lo schieramento, e che solo lo schieramento che raggiunge la maggioranza assoluta avrà una maggioranza dei propri seggi ... abbiamo introdotto una maggioranza ridotta in favore dello schieramento che nella nazione avrà raggiunto la maggioranza assoluta dei voti ...".
http://legislature.camera.it/_dati/leg01/lavori/stenografici/sed1074/sed1074.pdf.

[34] Senato della Repubblica, I leg., 8 marzo 1953, p. 3923: " ... la legge, nella sua applicazione, dipende infine dal voto popolare, giacché sarà la maggioranza

qual misura esso risultati ...".
<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/487882.pdf>

[35] *Ibidem.*

[36] Senato della Repubblica, I leg., 10 marzo 1953, p. 39351,
<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/487886.pdf>.

[37] Per considerazioni ulteriori v. il mio *Italicum. Un danno è per sempre*, in *Il Manifesto*, 6 maggio 2015, p. 1.

[38] Bilancia F., "Ri-porcellum" e giudicato costituzionale, in questa *Rivista*, 24 gennaio 2014, in specie par. 5 e 6; Villone M., *La bilancia della Corte; La Consulta disattesa; Una scommessa pericolosa*, risp. in *Il Manifesto*, 15 gennaio 2014, pag. 1, 21 gennaio 2014, pag. 1, 31 30 gennaio 2014, pag. 1.

[39] L'argomento emerge nell'*Indagine conoscitiva* svolta presso la I Commissione del senato, 18-25 novembre 2014.

[40] La definisce un colpo di Stato elettorale, sottolineando in specie il rilievo del principio di eguaglianza in materia, Ferrara G., *Contro i colpi di Stato elettorali*, in *Costituzionalismo.it* (27 gennaio 2014).

[41] V. il discorso con cui Veltroni nell'Aula della Camera il 14 maggio 2008 ammette la sconfitta subita, ma esalta l'obiettivo, cui nella sua opinione il PD aveva decisamente contribuito, di ristrutturare il sistema politico-istituzionale: "Se oggi questo Parlamento vede sei gruppi, come nel resto d'Europa, e non più i quattordici dell'ultima legislatura, e non più i trentanove partiti ai quali ha fatto riferimento ieri l'onorevole Fassino, se sono finite le coalizioni assembleari messe insieme solo dalla contrapposizione nei confronti dell'avversario, ciò - lo hanno riconosciuto tutti - è perché il Partito Democratico ha avuto per primo il coraggio di compiere scelte difficili e innovative..." <http://leg16.camera.it/410?idSeduta=0005&tipo=stenografico#sed0005.stenografico.tito0020.sub00020.int00390%20-%20sed0005.stenografico.tito0020.sub00020.int00390>. Si potrà anche ricordare il tentativo referendario del 21 giugno 2009, volto a espungere le coalizioni dall'attribuzione del premio di maggioranza. Referendum rimasto lontanissimo dal quorum, con la partecipazione di meno del 24% degli aventi diritto: Ministero interno, Archivio elezioni, *Risultati referendum 21 giugno 2009*.

[42] XVII leg., AS 1429-B.

[43] Sostanzialmente confermata anche nell'ultimo turno elettorale del 31 maggio 2015, che vede centrosinistra, centrodestra e M5S come elementi costitutivi di un sistema privo di una forza politica egemone e in grado di tendere a una stabile prevalenza.

La Costituzione dello Stato e i partiti politici: l'attualità del noto saggio di Heinrich Triepel*

di FRANCESCO BILANCIA

Professore ordinario di Diritto costituzionale - Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara

Abstract

Partendo dall'analisi del noto saggio di Heinrich Triepel sui partiti politici l'articolo analizza le importantissime trasformazioni storiche, istituzionali e giuridiche occorse durante la transizione dal regime liberale alla democrazia di massa, soffermandosi in particolare sulle fondamentali reciproche interferenze tra diritto e politica nell'evoluzione storica della forma di Stato in Europa.

Moving from the famous essay on political parties written by Heinrich Triepel, this article deals with the important historical, institutional and legal transformation during the transition from liberal State to mass democracy, especially analyzing fundamental relationship between law and politics in European historical perspective.

Sommario: 1. Premessa. La crisi del regime liberale. – 2. Stato e struttura sociale, diritto e politica nella tradizione giuspolitica weimariana. – 3. La Costituzione e la questione della regolamentazione giuridica dei partiti politici. – 4. Il declino del parlamentarismo liberale e l'incerto affermarsi della democrazia di massa.

Premessa. La crisi del regime liberale

il contrappunto tra questi e lo Stato che, nella espressione “*Staatsverfassung*”, emerge come questione centrale. Nella notissima voce per l'*Enciclopedia del diritto* sui partiti politici, non a caso, Paolo Ridola^[1] colloca questo saggio “alle origini della moderna problematica costituzionale dei partiti politici”, in un'epoca storica che, con la crisi del regime liberale e l'avvento dei partiti di massa, si caratterizzerà per le più profonde trasformazioni occorse all'idea stessa di rappresentanza politica. L'assunzione della rappresentanza quale oggetto di analisi portò, quindi, la riflessione della più attenta cultura giuspolitica ad interrogarsi sui riflessi istituzionali e, quindi, costituzionali delle trasformazioni in atto. Per tacere delle radicali conseguenze che l'evoluzione della composizione e del ruolo della rappresentanza politica nello Stato costituzionale avrebbe determinato con riferimento allo stesso ordinamento giuridico ed al sistema delle fonti. Basterebbe richiamare alla memoria l'evoluzione della concezione della “legge” che, a partire dalla Costituzione di Weimar del 1919, si rivelerà strumento di trasformazione della forma di Stato dal regime liberale allo Stato democratico rappresentativo, tanto nei rapporti autorità/libertà quanto nella stessa organizzazione del sistema delle istituzioni statali.

Ma per tornare alla centralità dello Stato nella riflessione di Triepel, non è secondario segnalare come nella *Prefazione* alla seconda edizione del saggio sui partiti in relazione ai riferimenti dedicati al tema “cultura e università” l'autore si richiami a categorie quali quella del “patriottismo” prussiano (e tedesco) o della “forza morale dello Stato”, a rivelare la più profonda concezione giuspolitica caratterizzante la cultura dell'epoca. Questione fondamentale, ma già in profonda tensione per il rilievo che cominciano ad assumere concetti quali quelli di “nazione” e “società”. Ecco, forse potremmo assumere che la questione fondamentale posta da Triepel in questo saggio stia proprio nel tentativo di comporre una sintesi muovendo da questo *dualismo* tra diritto statale e società civile, di cui i partiti di massa – tuttora sullo sfondo – cominciano a disvelare le contraddizioni. Inizia ad emergere, con tutta la forza del fatto politico acquisito, il profondo contrasto tra liberalismo borghese e partiti politici – che cominciano ad affacciarsi con energia nuova sulla scena politica – lasciando già trasparire sullo sfondo della osservazione storica e della riflessione scientifica i pericoli della degenerazione del *Parteienstaat*. La pressione della società di massa, generando una profonda trasfigurazione della rappresentanza popolare, rende manifesta la ormai inesorabile rottura della omogeneità borghese, mandando in tensione le istituzioni parlamentari nella loro concezione tradizionale, come è reso evidente dalle trasformazioni della relazione tra voto parlamentare e (divieto di) mandato imperativo^[2]. Per dirla con le parole dello stesso Triepel, ormai “l'organizzazione di partito aggredisce il parlamentarismo dall'esterno e dall'interno”, consolidando i limiti e gli strumenti di vincolo sulle scelte del singolo deputato per via della disciplina del gruppo parlamentare/partito.

Quanto sia significativo il salto concettuale prodotto dagli sviluppi materiali della storia è reso evidente dalle riflessioni di Carlo Roehrsen sulla forte dipendenza esercitata, fino a quel momento, dalla struttura sociale borghese e dal liberalismo stesso, sul moderno sistema giuridico e sulla “evoluzione della scienza giuridica pubblicistica in Germania”^[3], che non avrebbero potuto

questa prospettiva trovo estremamente esemplificativo il saggio dedicato, dal citato studioso, all'affermarsi della «teoria generale» alle origini del diritto pubblico nel pensiero di Georg Jellinek[4]. La *teoria generale*, vale a dire la *sistematica* come carattere proprio dell'ordinamento giuridico statale è elemento essenziale, proprio del fenomeno giuridico dell'epoca in quanto prodotto di quella specifica struttura sociale. La «teoria generale» è, quindi, il sistema di elaborazione culturale della scienza del diritto dell'epoca quale carattere proprio della struttura statale del diritto moderno. Rappresenta, in sintesi, il “diritto” come prodotto del regime proprio dello Stato liberale, della relativa concezione politica dell'ordinamento, prodotto della omogeneità borghese e, quindi, totalmente privo di un ruolo controfattuale rispetto agli assetti reali della società contemporanea. L'interesse generale, per la «teoria generale» del diritto, è presupposto dall'ordinamento, dalla sua struttura, e rispetto alla omogeneità degli interessi protetti dalle sue norme questo si presenta, quindi, all'osservazione della scienza giuridica come caratterizzato da una essenziale *neutralità*. Omogeneità della struttura sociale e neutralità del sistema giuridico per come ricomposte dalla «teoria generale» che vengono, ora, mandate in crisi dall'avvento dei partiti di massa.

Stato e struttura sociale, diritto e politica nella tradizione giuspolitica weimariana

Ed è proprio questa fase storico-politica, questa transizione culturale ad essere illuminata dal saggio di Heinrich Triepel sui partiti politici, muovendo dalla oggettiva presa d'atto della evoluzione della struttura sociale sottostante e quindi, per il tramite dei partiti, della rappresentanza. Processo storico che genera significative tensioni istituzionali – ed ordinamentali – che non possono non riflettersi sulla stessa Costituzione *dello Stato*. Costituzione che, per altro verso, su posizione e ruolo dei partiti politici tace. E' su queste basi analitiche che si rende evidente, come accennato all'inizio, che proprio lo stesso Stato – e la sua Costituzione – rappresentino qui uno dei termini del confronto critico. L'altro essendo la “politica”, come riflesso evolutivo delle trasformazioni sociali sottostanti. L'epoca in cui Triepel osserva questi fenomeni e scrive il saggio sui partiti incarna proprio il momento storico in cui si rivela l'essenza culturale di questa dicotomia tra diritto e politica. Ed è proprio in ciò che risiede l'esemplare ricchezza del crogiuolo di Weimar[5], nell'aspirazione alla sintesi dei due estremi. Ed è proprio questa aspirazione culturale a caratterizzare la scienza del diritto pubblico in questo momento, così fondamentale per la definizione dei suoi propri caratteri distintivi, per il delinearsi degli elementi suoi propri in seno alla tradizione della scienza giuridica.

Forse questo può rappresentare il primo elemento di fortissima attualità del saggio che si commenta. La denuncia dei limiti di una concezione del diritto – e della scienza giuridica – che si professi a-storica ed a-temporale[6]. Il che emerge con grande efficacia allorché si passi dall'analisi delle strutture

lega tra loro la struttura costituzionale e la società civile. Una finestra per aprire il diritto all'influenza del reale – da un lato – ma allo stesso tempo un filtro, che setacci la pluralità propria della realtà popolare, la sua eterogeneità, i suoi conflitti intrinseci, per offrire in resa una ritrovata omogeneità. La nazione come concetto è lo strumento culturale di questa rappresentazione falsata del reale[7]. Un filtro, appunto, che protegga e garantisca ancora la omogeneità come carattere ordinamentale del regime liberale al tramonto. Elemento dal quale possiamo trarre già un secondo segnale di attualità di questa affascinante riflessione di Triepel.

Per usare le parole stesse di Carlo Roehrsen al fine di introdurre il punto di vista di Triepel, questi muove dalla constatazione che “le strutture dello Stato sono espressione delle concrete istanze presenti nella società civile (...); mutando la struttura della società civile, modificandosi i rapporti di forza tra i gruppi in essa presenti” non è possibile che “possano non modificarsi le strutture statali”[8]. Il secondo elemento di attualità, cioè, sta proprio nell'impostazione metodologica del saggio. Un saggio che insiste sull'osservazione e l'analisi critica di un momento di transizione, di più, della crisi culturale e politica prodotta da tale transizione[9]. Questo coglie con profonda lucidità Triepel, la crisi della egemonia borghese ed i suoi riflessi, le profonde trasformazioni istituzionali e, se non ancora delle strutture formali dell'ordinamento, almeno della resa normativa di queste. Sono proprio lo stesso ambiente materiale ed il medesimo clima culturale che genereranno il ben noto paradigma della contrapposizione tra legge in senso formale e legge in senso materiale (Laband) nelle dinamiche conflittuali tra il Parlamento ed il Governo nel contesto delle profonde trasformazioni politiche ed istituzionali in atto.

La Costituzione e la questione della regolamentazione giuridica dei partiti politici

Ma, tornando ai partiti politici, riprendiamo la riflessione dalla constatazione, formulata da Triepel, della indifferenza da parte della Costituzione “dello Stato”, come della scienza giuridica fino a quel momento, per tale fenomeno. Sono i caratteri dello Stato moderno, starei per dire della *statualità* propria dello Stato moderno, a determinare tale indifferenza, come riflesso stesso dell'opzione politica[10] incarnata dalla Costituzione, dal regime politico fino a quel momento vigente. Su questi presupposti culturali l'affermarsi, tanto sul piano delle ideologie politiche quanto sul terreno delle forze materiali, dei partiti marxisti e cristiano-democratici genererà una straordinaria evoluzione delle strutture costituzionali. Nelle more di tali formalizzazioni, Triepel è appunto già un attento osservatore critico di questa evoluzione.

Ciò a partire dalle pressioni esercitate dai partiti stessi, già letti secondo i paradigmi di questa nuova concezione, sul sistema parlamentare vigente, attraverso la disciplina di partito, per il tramite del gruppo, sui singoli deputati e

studioso, scaturisce pertanto la questione della “regolamentazione normativa” del fenomeno. Da un lato, nella importantissima doppia accezione della opportunità/necessità di porre limiti ed attribuire funzioni ai partiti mediante regole costituzionali; dall’altro, considerando lo speculare rischio di offrire però loro una legittimazione e contribuendo attraverso il diritto costituzionale al consolidamento delle spinte evolutive da essi incarnate. Fino a legittimare, appunto, il superamento delle strutture ordinamentali e costituzionali proprie del regime liberale. Sono già evidenti, infatti, i significativi sintomi della crisi del parlamentarismo liberale borghese e della sovraesposizione della funzione di governo che, nei partiti politici, trova sostegno, legittimazione ed energia materiale.

In questo rileverei un terzo elemento di attualità di questo saggio. Nell’attenzione dedicata a quella che, in quel momento storico, si rivelava come una vera e propria sfida *costituzionale* per il diritto pubblico. Il tentativo di regolare, di disciplinare gli interstizi dei rapporti tra Diritto e Politica, tra diritto formale e dinamiche materiali, nella consapevolezza dei pericoli connessi al rischio di legittimazione di un *parlamentarischeparteiregierung* già considerato come deriva degenerativa del sistema rappresentativo (*Parteienstaat*). Ma con la acquisita certezza della necessità di una razionalizzazione del potere politico attraverso il diritto^[11] “a fronte della effettiva esistenza del regime dei partiti”. Approccio critico consapevole che, non a caso, caratterizzerà la dottrina costituzionalistica italiana più attenta alle concrete dinamiche scaturenti dai rapporti tra diritto e politica, tra fatto politico e diritto costituzionale, a partire dal celebre saggio di Carlo Esposito^[12]. Ma già Costantino Mortati aveva posto particolare attenzione a questi profili della riflessione di Triepel nel suo contributo su *La Costituzione in senso materiale*^[13].

L’impostazione problematica apre, quindi, all’analisi delle questioni connesse alla regolamentazione giuridica dei partiti, con riferimento all’ipotesi di norme statali cogenti sui partiti politici, la loro struttura interna, la selezione delle candidature con eventuali elezioni primarie, la disciplina della segretezza delle procedure di voto e la lotta alla corruzione, ecc. Analisi che, anche qui, si sviluppa secondo la linea di problematicità già assunta, ragionando intorno alla giuridica possibilità, per un verso, ed alla concreta opportunità, per l’altro, di un intervento legislativo sui partiti, ed all’opposto ai fondamenti della necessità di tale intervento. Il tutto per fissare regole specifiche contro il fenomeno della corruzione, per ridurre il potere dei “capi-bastone” restituendo un ruolo di partecipazione piena in grado di influenzare concretamente la vita dell’associazione agli iscritti al partito; per garantire un’effettiva democraticità, per il tramite dei partiti, agli stessi procedimenti elettorali^[14]. Da un lato insistendo sulle istanze di democraticità del sistema costituzionale contaminato dall’esperienza dei partiti; dall’altro denunciando i pericoli delle degenerazioni del parlamentarismo come conseguenze del riconoscimento legale delle organizzazioni di partito. Denuncia che coinvolge, insieme ai partiti, il sistema elettorale proporzionale, lo scrutinio di lista, la struttura della stessa scheda elettorale che ne rechi il nome, tutti strumenti di forte sovraesposizione del ruolo dei partiti a scapito dei diritti dell’elettore, dei candidati, dello stesso Parlamento.

Il declino del parlamentarismo liberale e l'incerto affermarsi della democrazia di massa

Sullo sfondo, appunto, una consapevolezza ormai acquisita del ruolo centrale assunto dai partiti nel sistema politico-istituzionale, essendo questi divenuti di fatto un elemento essenziale delle procedure e dei meccanismi elettorali nonché degli stessi lavori parlamentari. In ciò potendosi individuare la sintesi problematica della riflessione di Heinrich Triepel sui partiti politici nello Stato costituzionale tedesco. Nella contrapposizione inconciliabile tra *Parteienstaat* in potenza, e parlamentarismo liberale in declino. Uno Stato dei partiti ancora privo di legittimazione giuridica, di fondamento costituzionale, ma già affermatosi nella concreta realtà politica. A fronte della constatazione che i partiti detengano, ormai, il potere politico sostanziale, sembra quasi che il temuto *Parteienstaat* sia ormai già una realtà di fatto. Transitato dal sistema sociale alle istituzioni statali per il tramite del sistema elettorale proporzionale che, aprendo le porte alla democrazia di massa^[15] ha determinato le condizioni per un'auto-organizzazione della stessa società in partiti^[16] e per una conseguente legittimazione di fatto del ruolo di questi nel sistema istituzionale, ancorché non ancora nella Costituzione. Il diritto statale di matrice liberale ed il parlamentarismo borghese, da un lato, e la democrazia di massa, dall'altro, rivelano in queste riflessioni tutta la loro sostanziale inconciliabilità, generatrice nella crisi del vecchio regime di una transizione ancora aperta e, a giudizio di Triepel, dal futuro incerto.

Queste brevi osservazioni a commento del saggio di Triepel sui partiti politici nella *Staatsverfassung* potrebbero terminare qui, ma in conclusione vorrei almeno soltanto indicare due ulteriori prospettive di analisi che non è stato possibile sviluppare. La prima rinvia alle riflessioni di Leibholz intorno all'idea che lo "Stato di partiti potesse...configurarsi come forma razionalizzata di democrazia plebiscitaria"^[17], mettendo in comunicazione tra loro principio rappresentativo ed *Identitätsprinzip*^[18]. Prospettiva che nella alternativa della identificazione delle istituzioni democratiche con il popolo o con la sua rappresentanza, da un lato, oppure con i partiti – ed eventualmente il partito – dall'altra, apre scenari di analisi dall'immenso spettro problematico e, ad un tempo, tuttora di estrema attualità. La seconda passa per il rinvio ad un'altra fondamentale opera di Heinrich Triepel, il saggio sull'*Egemonia*^[19]. Vissuto tra il 1868 ed il 1946, Triepel ha senz'altro subito il forte richiamo culturale di uno dei temi classici dell'epoca bismarckiana, il ruolo *egemone* dello Stato, del *führenden Staaten*, appunto. Il saggio sviluppa, tra gli altri, la prospettiva di riflessione intorno all'istintivo ruolo *egemone*, di *direzione* politica, di potenza dello Stato nei rapporti internazionali; ancora, di pretesa guida, anzi, di *comando*^[20], nei rapporti con altri Stati. L'interesse per questa opera, nella presente riflessione, risiede ancora nella linea di contatto tra diritto ed energia politica, intesa quale volontà di potenza, prospettiva *egemonica*, appunto. In una dimensione materiale di condotta delle istituzioni politiche statali che vuole

führen, non di *richten*, in un'idea di *direzione* che vuole farsi *comando*[21], così sviluppando la propria forza politica in un rapporto che tende a farsi *egemonico*.

Questa prospettiva di riflessione riceverà, poi, come è noto, una declinazione proiettata nella struttura interna dell'organizzazione statale ad opera di Antonio Gramsci, proprio (anche) con esplicito riferimento alla posizione e al ruolo dei partiti nel sistema politico. E', infatti, il partito politico a consentire l'ingresso nella dimensione statale della politica delle grandi masse; masse che, guidate attraverso il "consenso" divengono fondamento e sostegno del potere politico, dell'*egemonia* nelle relazioni istituzionali e nella dimensione politica interna. Proiezione che contempla però anche la sua declinazione critica, l'ingresso degli "interessi privati" nel sistema delle istituzioni statali. Interessi privati introiettati attraverso i partiti, che sono a loro volta delle "strutture private", così determinando una ridefinizione, all'interno di esse, dei rapporti di egemonia[22]. Il regime parlamentare diventa, insomma, teatro di esercizio dell'egemonia, in una combinazione di forza e consenso che può rinvenire, proprio nel Parlamento, il suo virtuoso punto di equilibrio. Ma, allo stesso modo, degenerare in "corruzione e frode". La crisi dell'"apparato egemonico" materiale determinando la crisi del principio di autorità (istituzionale), quindi la crisi del sistema politico e costituzionale, con la dissoluzione del regime parlamentare. Il crollo di un sistema egemonico riduce in crisi il sistema istituzionale di riferimento, nel nostro caso concorrendo alla distruzione del parlamentarismo. Sembrano pagine scritte oggi. La crisi interna permanente degli stessi partiti politici, che si fa crisi "morale". Che, peggio, concorre alla dissoluzione della "morale comune" e che conduce ad una crisi delle istituzioni statali, ad una crisi dello Stato e del suo apparato egemonico. Quindi ad una perdita di effettività e, poi, di fondamento del proprio apparato giuridico ed istituzionale, del proprio diritto formale[23], e ad una conseguente trasformazione profonda della dinamica politica.

* Questo scritto è destinato ad una raccolta di contributi che accompagneranno la pubblicazione della traduzione del celebre saggio di H. Triepel, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, tr.it. nel volume a cura di G. Grasso, E. Gianfrancesco, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, che è in corso di stampa.

[1] P. Ridola, voce *Partiti politici*, in *Enc.dir.*, XXXII, Milano, 1982, 66 ss.

[2] Si veda l'analisi G. Azzariti, *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari: esiste ancora il divieto di mandato imperativo?*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2008, Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Jovene, Napoli, 2009, 177 ss.

3C. Roehrsen, *Diritto e politica. Lo stentato affermarsi dello stato borghese in Germania visto con gli occhi dei giuristi*, Giappichelli, Torino, 1995, fin dalla *Premessa*.

[4] C. Roehrsen, *Il diritto pubblico verso la «teoria generale»: G. Jellinek*, *ivi*,

[5] Qui mi limito a rinviare al significativo saggio costruito in prospettiva storica di F. Lanchester, *Alle origini di Weimar*, Giuffrè, Milano, 1985.

[6] In senso opposto a quello criticamente denunciato da C. Roehrsen, *Il diritto pubblico*, cit., 93.

[7] Rinvio ancora all'analisi di C. Roehrsen, *Governo, Legge, Politica*, Giuffrè, Milano, 1969, 109 ss.

[8] C. Roehrsen, *Governo, Legge, Politica*, cit., 134.

[9] Così come nell'impostazione del saggio di G. Ferrara, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Roma, 2006.

[10] Nel senso di cui in G. Ferrara, *La Costituzione*, cit..

[11] P. Ridola, *Partiti politici*, cit., 70 ss.

[12] C. Esposito, *I partiti nella Costituzione italiana*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, spec. 214 ss. Rinvio, altresì, alla riflessione critica di P. Ridola, *L'evoluzione storico-costituzionale del partito politico*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2008*, cit., 7 ss. e, in generale, ai saggi ora raccolti nel bel volume *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Giappichelli, Torino, 2011. Si vedano, ancora, i saggi raccolti nel bel volume di F. Lanchester, F. Brancaccio (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 2012.

[13] *La Costituzione in senso materiale* (1940), ristampa inalterata, Giuffrè, Milano, 1998, spec. 121 ss. Si veda G. Zagrebelsky, *Premessa*, *ivi*.

[14] Come è noto il tema è stato studiato, in Italia, da C. Pinelli, *Disciplina e controlli sulla democrazia interna dei partiti*, Cedam, Padova, 1984. Quanto al carattere della segretezza del voto alle origini della vicenda costituzionale dei partiti si veda l'analisi condotta da C. Pinelli, "Non sai che il voto è segreto?". *L'affermazione di un principio costituzionale e delle sue garanzie* (1996), ora in Id., *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti 1985-2011*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, 439 ss., con particolare riferimento ai rischi connessi con una segretezza garantita in assenza di libertà del voto. Si vedano, però, ancora almeno S. Merlini, *I partiti politici, il metodo democratico e la politica nazionale*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2008*, cit., 51 ss. e P. Marsocci, *Sulla funzione costituzionale dei partiti e delle altre formazioni politiche*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, spec. 143 ss.

[15] Rinvio all'articolata riflessione di C. Roehrsen, *Governo, Legge, Politica*, cit., 141 ss.

[16] P. Ridola, *Partiti politici*, cit., 69 ss.

[17] P. Ridola, *Partiti politici*, cit., 100.

[18] Ancora sul punto P. Ridola, *L'evoluzione storico-costituzionale del partito*

[19] H. Triepel, *Hegemonie. Ein Buch von führenden Staaten*, Stuttgart, 1938, tr.it. *L'Egemonia*, Sansoni, Firenze, 1949.

[20] H. Triepel, *Hegemonie*, cit., spec. 129 ss. Si veda, ora, con riferimento al pensiero di Gramsci, l'articolata e meditata riflessione critica di A. Burgio, *Gramsci. Il sistema in movimento*, DeriveApprodi, Roma, 2014, spec. 46 ss., 75 ss., 211 ss.

[21] Rinvio alle chiarissime riflessioni di G. Ferrara, *Gli atti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2000, 221 ss.

[22] A. Gramsci, *Quaderni del carcere*, ed. critica dell'Istituto Gramsci a cura di V. Gerratana, Einaudi, Torino, 1975 (rist. 2001), I, *Quaderni 1-5*, (1929-1932), 56 ss.; II, 6-11, (1930-1933), 1056; III, 12-29, (1932-1935), 1603 s., 1754 s., 1809 (i numeri sono riferiti alle pagine dell'edizione citata).

[23] Se si vuole, in questa medesima prospettiva critica, F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Cedam, Padova, 2000.

La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale

di ILENIA MASSA PINTO

Professoressa associata di Diritto costituzionale - Università degli Studi di Torino

Abstract

L'articolato apparato argomentativo al quale la Corte costituzionale ricorre nella sentenza n. 10 del 2015 costituisce un laboratorio privilegiato per lo studio del diritto costituzionale del nostro tempo, rispetto al quale si deve definitivamente prendere atto che il giudice delle leggi decide ormai a prescindere dal testo scritto della Costituzione. Il suo parametro di giudizio è l'onnipresente principio di ragionevolezza, che però qui la Corte utilizza in modo da impedire al legislatore di tornare sulla materia per risolvere politicamente il conflitto sotteso alla questione sottoposta al suo giudizio.

The essay shows the reasoning setup in Constitutional Court judgement n. 10 of 2015. It seems particularly interesting because it gives away the dominant feature of these days constitutional law: that is Constitutional Court decides notwithstanding the written text of the Constitution. Its main instrument is the so-called reasonableness control. The fundamental problem is the risk to violate political questions.

1. La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015: il diritto costituzionale del nostro tempo e l'ipergiusdizionalismo costituzionale. – 2. Lo schema argomentativo della sentenza. – 2.1. L'irragionevolezza della disposizione oggetto. – 2.2. La considerazione delle conseguenze pratiche dell'accoglimento della questione. – 3. Conclusioni: una duplice indebita attività creativa della Corte.

1. La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015: il diritto costituzionale del nostro tempo e l'ipergiusdizionalismo costituzionale

L'articolato apparato argomentativo al quale la Corte costituzionale ricorre nella sentenza n. 10 del 2015 costituisce, sotto una molteplicità di profili, un laboratorio privilegiato per lo studio del diritto costituzionale del nostro tempo, rispetto al quale si deve definitivamente prendere atto che il giudice delle leggi decide ormai a prescindere dal testo scritto della Costituzione. I suoi parametri di giudizio sono piuttosto tecniche argomentative che essa stessa – in dialogo con altre corti costituzionali – ha via via elaborato, affinato e consolidato. In alcuni casi il riferimento alle disposizioni costituzionali scritte è solo una formula di stile, in altri è giustificato dalla necessità di motivarne esplicitamente la deroga.

Il caso che qui si commenta è particolarmente significativo perché la Corte ricorre a una pluralità di queste tecniche argomentative, e le intreccia in un raffinato ordito che le consente di addivenire, infine, a una soluzione di compromesso di certo conforme a Costituzione: alla *sua* soluzione di compromesso conforme a Costituzione, però, e non all'*unica* soluzione (che potrebbe essere) conforme a Costituzione, impedendo così al legislatore di tornare sulla materia per risolvere *politicalmente* il conflitto sotteso alla questione sottoposta al suo giudizio^[1].

2. Lo schema argomentativo della sentenza

La Corte era stata chiamata a pronunciarsi in ordine all'illegittimità costituzionale della disposizione con la quale il legislatore aveva introdotto un regime fiscale differenziato per alcuni soggetti: in particolare, la disposizione oggetto prevedeva un prelievo aggiuntivo, qualificato come «addizionale», all'imposta sul reddito delle società a carico di imprese operanti in determinati settori, tra cui la commercializzazione di benzine, petroli, gas e olii lubrificanti, e che avessero conseguito una certa soglia di ricavi^[2]. I parametri invocati dal giudice *a quo* erano diversi, ma quelli che rilevano ai fini della decisione sono gli artt. 3 e 53 della Costituzione.

Nel merito la Corte decide nel senso dell'illegittimità costituzionale della

agli artt. 3 e 53 della Costituzione: tali limiti consistono nel fatto che la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata «a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione di questa sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica».

Lo schema argomentativo della Corte ruota intorno a due questioni principali: da un lato, (2.1.) l'irragionevolezza della disposizione oggetto – sotto il duplice profilo del conflitto logico interno alla disposizione medesima e dell'eccessivo sacrificio di un principio costituzionale –; dall'altro, (2.2.) la considerazione delle conseguenze pratiche dell'accoglimento della questione, che conduce la Corte a limitare nel tempo gli effetti della sua pronuncia di accoglimento.

2.1. L'irragionevolezza della disposizione oggetto

Rispetto alla prima questione, la Corte prende in esame il parametro della ragionevolezza, sotto due distinti profili:

la «discriminazione qualitativa dei redditi»[3]: secondo la Corte, la previsione per la quale l'addizionale si applica solo ad alcuni soggetti economici non costituisce, di per sé, una discriminazione. Qui entra in gioco la questione del ragionevole bilanciamento tra due interessi costituzionali: il principio di uguaglianza e di capacità contributiva, da un lato, e il principio redistributivo, dall'altro. L'«irrazionalità rispetto allo scopo»[4]: secondo la Corte, l'intento del legislatore – colpire i “sovra-profitti” conseguiti da una particolare categoria di soggetti in una particolare congiuntura economica – si traduce nella previsione di un'imposta la cui struttura non è coerente con quell'intento. Sintomi di questa irrazionalità sarebbero: l'individuazione della base imponibile, che è costituita dall'intero reddito anziché dai soli “sovra-profitti”; la durata permanente, anziché contingente, dell'addizionale, «che non appare in alcun modo circoscritta a uno o più periodi di imposta, né risulta ancorata al permanere della situazione congiunturale, che tuttavia è addotta come sua ragione».

I due profili risultano dunque interdipendenti, sebbene concettualmente distinti: il giudizio sulla ragionevolezza del bilanciamento tra principi costituzionali (1) dipende dal giudizio sulla ragionevolezza della struttura dell'imposta (2), *ma quest'ultimo non è un giudizio autonomo, in quanto è in funzione del primo*. E' al primo, infatti, che la Corte è chiamata a rispondere, in ultima analisi, poiché il secondo, *trattandosi di scelte legislative che attuano principi costituzionali*, non può costituire un vizio autonomo d'incostituzionalità: la mancanza di un limite temporale al regime contributivo differenziato previsto dal legislatore rende discriminatorio, e dunque irragionevole, il bilanciamento tra il principio di uguaglianza – che risulta eccessivamente sacrificato, proprio a causa dell'assenza di un (qualunque) limite – e il principio redistributivo.

Dunque, la legge è incostituzionale non perché è irrazionale rispetto allo scopo, ma perché viola il principio di uguaglianza, e lo viola perché non è previsto un

per concentrare la sua motivazione sul secondo, come se questo potesse essere considerato, nel caso di specie, una causa autonoma d'incostituzionalità (salvo poi riprendere l'argomento del ragionevole bilanciamento tra principi costituzionali nella conclusione, e decidere essa stessa a favore di un determinato bilanciamento)[5].

Il conflitto logico interno alla legge, quale tipo di vizio di arbitrarietà della funzione legislativa, non può costituire infatti un profilo d'incostituzionalità autonomo quando si tratta di giudicare la ragionevolezza di una legge che attua principi costituzionali: come nel caso di specie, è la Costituzione che impone di differenziare i regimi fiscali a seconda della capacità contributiva. Il vizio del conflitto logico interno alla legge, o della irrazionalità della legge rispetto al suo scopo, può costituire un vizio autonomo d'incostituzionalità solo quando non sono coinvolti principi costituzionali, e dunque il legislatore differenzia perché vuole differenziare, non perché la Costituzione glielo impone: in questo caso, il legislatore ha il dovere di essere coerente con se stesso[6].

Lo schema argomentativo, e la confusione tra i profili della irragionevolezza della legge, sono gli stessi che ricorrono nella sentenza n. 1 del 2014, con la quale la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità parziale della legge elettorale in vigore: anche in quella occasione la Corte confonde il profilo relativo alla irragionevolezza della legge causata dal conflitto logico interno alla legge stessa – l'intento del legislatore era quello di approntare un sistema elettorale di tipo proporzionale, ma gli esiti ai quali la legge conduce sono di tipo maggioritario: il legislatore non è stato coerente con se stesso – con il profilo relativo alla irragionevolezza della legge causata dall'eccessivo sacrificio di uno dei principi costituzionali coinvolti nel bilanciamento – il principio di rappresentatività rispetto al principio della governabilità: il legislatore ha sacrificato in modo eccessivo il primo a favore del secondo –. E' evidente che la *ratio decidendi*, in quel caso, era l'eccessivo sacrificio della rappresentatività[7].

Benché la Corte insista sul vizio del conflitto logico interno alla legge come vizio autonomo della disposizione oggetto, il profilo della irragionevolezza per eccessivo sacrificio di uno dei principi coinvolti nel bilanciamento torna a più riprese. Posto che, sostiene la Corte, «non ogni modulazione del sistema impositivo per settori produttivi costituisce violazione del principio di capacità contributiva e del principio di eguaglianza», tuttavia, «ogni diversificazione del regime tributario, per aree economiche o per tipologia di contribuenti, deve essere supportata da adeguate giustificazioni, in assenza delle quali la differenziazione degenera in arbitraria discriminazione». In ordine ai principi di cui agli artt. 3 e 53 Cost., «la Corte è, dunque, chiamata a verificare che le distinzioni operate dal legislatore tributario, anche per settori economici, non siano irragionevoli o arbitrarie o ingiustificate...: cosicché in questo ambito il giudizio di legittimità costituzionale deve vertere “sull'uso ragionevole, o meno, che il legislatore stesso abbia fatto dei suoi poteri discrezionali in materia tributaria, al fine di verificare la coerenza interna della struttura dell'imposta con il suo presupposto economico, come pure la non arbitrarietà dell'entità dell'imposizione”...»[8].

La coerenza interna non è un vizio autonomo dal momento che i due profili

adeguate giustificazioni devono riflettersi nelle caratteristiche della struttura dell'imposta; le adeguate giustificazioni sono (nel senso che coincidono con) le caratteristiche della struttura dell'imposta; non possono essere altro: il legislatore fa leggi, non trattati di politica del diritto in cui ci spiega le ragioni politiche delle sue scelte. Il giudizio sulla struttura dell'imposta è al contempo il giudizio sul come il legislatore ha bilanciato il principio di eguaglianza e il principio redistributivo.

Così la Corte ricostruisce l'intento del legislatore: «Alla luce dei principi affermati nella giurisprudenza costituzionale – che ... non impongono un'uniformità di tassazione e, tuttavia, vietano le differenziazioni ingiustificate, arbitrarie, irragionevoli o sproporzionate – è appena il caso di aggiungere che non si può escludere che le peculiarità del settore petrolifero si prestino, in linea teorica, a legittimare uno speciale regime tributario. Come si evince dalle istruttorie e dalle indagini conoscitive dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, svariati indizi economici segnalano che si tratta di un ambito caratterizzato da una scarsa competizione fra le imprese. D'altra parte, lo stampo oligopolistico del settore, popolato da pochi soggetti che spesso operano in tutte le fasi della filiera – dalla ricerca, alla coltivazione, fino alla raffinazione del petrolio e alla distribuzione dei carburanti – unitamente agli elevati costi e alle difficoltà di realizzazione delle infrastrutture, rende particolarmente arduo l'ingresso di nuovi concorrenti che intendano operare su vasta scala. Inoltre, nel settore petrolifero ed energetico, le ordinarie dinamiche di mercato faticano ad esplicarsi, anche perché l'aumento dei prezzi difficilmente può essere contrastato da una corrispondente contrazione della domanda che, in questi ambiti, risulta anelastica. In sintesi, non è del tutto implausibile ritenere che questo settore di mercato possa essere caratterizzato da una redditività, dovuta a rendite di posizione, sensibilmente maggiore rispetto ad altri settori, così da poter astrattamente giustificare, specie in presenza di esigenze finanziarie eccezionali dello Stato, un trattamento fiscale ad hoc»[9].

Alla luce di tali premesse, la Corte conclude nel senso che «lo scopo perseguito dal legislatore appare senz'altro legittimo». A questo punto «occorre allora verificare se i mezzi approntati siano idonei e necessari a conseguirlo». Ma per far ciò, la Corte torna significativamente al profilo della ragionevolezza del bilanciamento: «infatti, affinché il sacrificio recato ai principi di eguaglianza e di capacità contributiva non sia sproporzionato e la differenziazione dell'imposta non degradi in arbitraria discriminazione, la sua struttura deve coerentemente raccordarsi con la relativa ratio giustificatrice. Se, come nel caso in esame, il presupposto economico che il legislatore intende colpire è la eccezionale redditività dell'attività svolta in un settore che presenta caratteristiche privilegiate in un dato momento congiunturale, tale circostanza dovrebbe necessariamente riflettersi sulla struttura dell'imposizione»[10].

E la conclusione della Corte è nel senso che la struttura dell'imposta non riflette i suoi presupposti (che significa: il modo nel quale il legislatore ha bilanciato i principi costituzionali è irragionevole): «...la richiamata giurisprudenza di questa Corte è costante nel giustificare temporanei interventi impositivi differenziati, volti a richiedere un particolare contributo solidaristico a soggetti privilegiati, in circostanze eccezionali. Orbene, a differenza delle ipotesi appena

senza essere contenute in un arco temporale predeterminato, né il legislatore ha provveduto a corredarle di strumenti atti a verificare il perdurare della congiuntura posta a giustificazione della più severa imposizione»^[11].

Il riferimento alla questione dell'ancoraggio dell'addizionale all'intero reddito dell'impresa, anziché a quella eventuale parte di reddito suppletivo connessa alla posizione privilegiata dell'attività esercitata dal contribuente, è del tutto secondario nella motivazione della Corte: è l'assenza di un limite temporale che rende incostituzionale la disposizione. Così come appaiono secondarie le osservazioni sulla difficoltà pratica di controllare il rispetto del divieto di traslazione degli oneri sui prezzi al consumo, che risulterebbe «difficilmente assoggettabile a controlli efficaci, atti a garantire che non sia eluso»^[12]: evidentemente non si dichiara incostituzionale una norma che prevede un divieto solo perché è difficile farlo rispettare.

L'accento posto sull'argomento della irragionevolezza del bilanciamento tra principi costituzionali in assenza di un (qualunque) limite temporale – *ossia sull'argomento che sottintende che i principi costituzionali possono essere bilanciati in modi (conformi a Costituzione) diversi* –, anziché su quello della irrazionalità della legge rispetto allo scopo, avrebbe consentito alla Corte di far emergere in modo più chiaro la posta in gioco, ossia il vero conflitto sotteso alla questione, alla *political question*, che, in quanto tale, avrebbe dovuto essere lasciata alla soluzione *politica*, appunto, del legislatore. E che così sia, è dimostrato dal fatto che sul ragionevole bilanciamento tra principi costituzionali la Corte torna per affrontare la seconda questione, ossia la considerazione degli effetti pratici della sua pronuncia di accoglimento.

2.2. La considerazione delle conseguenze pratiche dell'accoglimento della questione

La seconda questione riguarda la considerazione degli effetti pratici della pronuncia di accoglimento, che è la premessa della decisione di limitare i suoi effetti retroattivi. La Corte sostiene che la restituzione delle somme incassate dallo Stato grazie a questo prelievo addizionale dalle società coinvolte costituirebbe un danno finanziario tale da compromettere seriamente altre esigenze costituzionali: «l'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla dichiarazione di illegittimità costituzionale (...), determinerebbe (...) uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.) e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime. Pertanto, le conseguenze complessive della rimozione con effetto retroattivo della normativa impugnata finirebbero per richiedere, in un periodo di perdurante crisi economica e finanziaria che pesa sulle fasce più deboli, una irragionevole redistribuzione della ricchezza a vantaggio di quegli operatori economici che possono avere invece beneficiato di

delle esigenze di solidarietà sociale con grave violazione degli artt. 2 e 3 Cost.»[13].

E la Corte, consapevole della deroga compiuta alle fonti che disciplinano i suoi poteri decisorii, avverte l'esigenza di motivare il fondamento del suo preteso potere di limitare la retroattività delle pronunce di accoglimento: «...come il limite dei "rapporti esauriti" ha origine nell'esigenza di tutelare il principio della certezza del diritto, così ulteriori limiti alla retroattività delle decisioni di illegittimità costituzionale possono derivare dalla necessità di salvaguardare principi o diritti di rango costituzionale che altrimenti risulterebbero irreparabilmente sacrificati. In questi casi, la loro individuazione è ascrivibile all'attività di bilanciamento tra valori di rango costituzionale ed è, quindi, la Corte costituzionale – e solo essa – ad avere la competenza in proposito. (...). Il compito istituzionale affidato a questa Corte richiede che la Costituzione sia garantita come un tutto unitario, in modo da assicurare "una tutela sistemica e non frazionata" (...) di tutti i diritti e i principi coinvolti nella decisione. "Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette": per questo la Corte opera normalmente un ragionevole bilanciamento dei valori coinvolti nella normativa sottoposta al suo esame, dal momento che "la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi (...). Sono proprio le esigenze dettate dal ragionevole bilanciamento tra i diritti e i principi coinvolti a determinare la scelta della tecnica decisoria usata dalla Corte: così come la decisione di illegittimità costituzionale può essere circoscritta solo ad alcuni aspetti della disposizione sottoposta a giudizio – come avviene ad esempio nelle pronunce manipolative – similmente la modulazione dell'intervento della Corte può riguardare la dimensione temporale della normativa impugnata, limitando gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale sul piano del tempo»[14].

Una sentenza *manipolativa di tipo "diacronico"*, verrebbe dunque da dire.

E ancora: «del resto, la comparazione con altre Corti costituzionali europee – quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese – mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi. Una simile regolazione degli effetti temporali deve ritenersi consentita anche nel sistema italiano di giustizia costituzionale»[15].

Inoltre, la Corte precisa che la regolazione degli effetti temporali della declaratoria d'incostituzionalità «non risulta inconciliabile con il rispetto del requisito della rilevanza, proprio del giudizio incidentale (sentenza n. 50 del 1989). Va ricordato in proposito che tale requisito opera soltanto nei confronti del giudice a quo ai fini della prospettabilità della questione, ma non anche nei confronti della Corte ad quem al fine della decisione sulla medesima. In questa chiave, si spiega come mai, di norma, la Corte costituzionale svolga un

rilevanza, nell'ordinanza di rimessione, comunque effettuato con esclusivo riferimento al momento e al modo in cui la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata. In questa prospettiva si spiega, ad esempio, quell'orientamento giurisprudenziale che ha riconosciuto la sindacabilità costituzionale delle norme penali di favore anche nelle ipotesi in cui la pronuncia di accoglimento si rifletta soltanto «sullo schema argomentativo della sentenza penale assolutoria, modificandone la ratio decidendi [...], pur fermi restando i pratici effetti di essa» (sentenza n. 148 del 1983, ripresa sul punto dalla sentenza n. 28 del 2010). Né si può dimenticare che, in virtù della declaratoria di illegittimità costituzionale, gli interessi della parte ricorrente trovano comunque una parziale soddisfazione nella rimozione, sia pure solo pro futuro, della disposizione costituzionalmente illegittima. Naturalmente, considerato il principio generale della retroattività risultante dagli artt. 136 Cost. e 30 della legge n. 87 del 1953, gli interventi di questa Corte che regolano gli effetti temporali della decisione devono essere vagliati alla luce del principio di stretta proporzionalità. Essi debbono, pertanto, essere rigorosamente subordinati alla sussistenza di due chiari presupposti: l'impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento e la circostanza che la compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco»[16].

Ciò premesso in ordine al potere della Corte di regolare gli effetti delle proprie decisioni, la Corte stessa ravvisa, nel caso di specie, l'esigenza di limitare gli effetti retroattivi della pronuncia d'incostituzionalità in quanto «nella specie, l'applicazione retroattiva della presente declaratoria di illegittimità costituzionale determinerebbe anzitutto una grave violazione dell'equilibrio di bilancio ai sensi dell'art. 81 Cost.»[17].

Dunque la Corte torna in modo esplicito sull'argomento della ragionevolezza della legge, sotto lo specifico profilo della ragionevolezza del bilanciamento tra principi costituzionali. Tuttavia, anziché limitarsi a smontare il bilanciamento compiuto dal legislatore – *incostituzionale nella parte in cui non prevede un (qualunque) limite temporale* – ne crea uno essa stessa incidendo sull'efficacia temporale della sua sentenza di accoglimento.

3. Conclusioni: una duplice indebita attività creativa della Corte

Questa pronuncia rivela, dunque, una duplice indebita attività creativa della Corte: da un lato, sotto il profilo della *determinazione dell'ottima proporzione tra principi costituzionali* e, dall'altro, sotto il profilo della *regolazione degli effetti temporali delle sue decisioni*. Né l'una né l'altra spettano alla Corte: la prima perché le combinazioni possibili tra principi costituzionali (conformi a Costituzione) sono tante, e alla Corte spetta solo il compito di annullare quelle non conformi, non quello di determinare *la* combinazione che li ottimizza[18]; la seconda perché gli effetti innovativi o costitutivi nell'ordinamento giuridico

che li disciplinano^[19].

La Corte avrebbe potuto pronunciare una sentenza additiva di principio – la disposizione oggetto è incostituzionale nella parte in cui non prevede un (quale che sia) limite temporale –: questa è, del resto, la ragione dell'incostituzionalità^[20]. I giudici comuni, sulla base del principio *aggiunto* dalla Corte, avrebbero infatti potuto, per i casi successivi, non applicare (più) la legge, proprio perché riconosciuta incostituzionale in quanto *sine die*, senza la possibilità tuttavia che la parte ricorrente e/o altri soggetti potessero ottenere la restituzione di quanto già versato, in quanto, di per sé, la differenziazione contributiva tra società non è stata giudicata dalla Corte come discriminatoria.

In alternativa la Corte avrebbe potuto pronunciare una sentenza di “ancora costituzionalità”, con l'accertamento esplicito dell'incompatibilità costituzionale dovuta al *solo* profilo dell'assenza di un limite temporale, e avvertendo così il legislatore che alla prossima occasione sarebbe potuta seguire una pronuncia d'incostituzionalità: i giudici concreti, infatti, non avrebbero potuto, in presenza di una tale sentenza della Corte, ritenere manifestamente infondata la questione nei casi successivi.

Tutto ciò in attesa dell'intervento del legislatore, che magari avrebbe potuto prorogare, a sua discrezione, ancora per un periodo la vigenza del regime fiscale differenziato.

Di fronte al giudicato costituzionale formato con la pronuncia della Corte in commento, ci si domanda se il legislatore potrà reintrodurre in futuro la medesima addizionale nei confronti della medesima categoria di soggetti: se si ritiene, come qui si ritiene, che il giudicato si è formato *solo* sul punto relativo all'assenza (incostituzionale) di un (qualunque) limite temporale, il legislatore potrà reintrodurre un regime differenziato per la medesima categoria di soggetti, prevedendo, questa volta, un limite di durata.

[1] Sul punto si rinvia però alle riflessioni conclusive.

[2] L'art. 81, commi 16, 17 e 18, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 6 agosto 2008, n. 133, disponeva: «16. In dipendenza dell'andamento dell'economia e dell'impatto sociale dell'aumento dei prezzi e delle tariffe del settore energetico, l'aliquota dell'imposta sul reddito delle società di cui all'articolo 75 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e successive modificazioni, è applicata con una addizionale di 5,5 punti percentuali per i soggetti che abbiano conseguito nel periodo di imposta precedente un volume di ricavi superiore a 25 milioni di euro e che operano nei settori di seguito indicati: a) ricerca e coltivazione di idrocarburi liquidi e gassosi; b) raffinazione petrolio, produzione o commercializzazione di benzine, petroli, gasoli per usi vari, oli lubrificanti e residuati, gas di petrolio liquefatto e gas naturale; c) produzione o commercializzazione di energia elettrica. Nel caso di soggetti operanti anche in settori diversi da quelli di cui alle lettere a), b) e c), la disposizione del primo

settori siano prevalenti rispetto all'ammontare complessivo dei ricavi conseguiti. La medesima disposizione non si applica ai soggetti che producono energia elettrica mediante l'impiego prevalente di biomasse e di fonte solare-fotovoltaica o eolica. [...] 17. In deroga all'articolo 3 della legge 27 luglio 2000, n. 212, la disposizione di cui al comma 16 si applica a decorrere dal periodo di imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2007. 18. È fatto divieto agli operatori economici dei settori richiamati al comma 16 di traslare l'onere della maggiorazione d'imposta sui prezzi al consumo. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas vigila sulla puntuale osservanza della disposizione di cui al precedente periodo. [...] L'Autorità per l'energia elettrica e il gas presenta, entro il 31 dicembre 2008, una relazione al Parlamento relativa agli effetti delle disposizioni di cui al comma 16».

Successivamente all'ordinanza di rimessione il legislatore ha modificato la disposizione oggetto: con la legge 23 luglio 2009, n. 99 (Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia); con il decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 14 settembre 2011, n. 148; con il decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 9 agosto 2013, n. 98; con il decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101 (Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 30 ottobre 2013, n. 125. Si tratta di modifiche con le quali, ferma restando la struttura dell'imposta, è stata elevata la misura dell'«addizionale» a 6,5 punti percentuali; è stata ampliata la platea dei soggetti rientranti nel campo di applicazione dell'imposta, dal momento che il legislatore ha diminuito il volume minimo di ricavi oltre il quale le società operanti nel settore rientrano fra i soggetti passivi, portandolo dagli originari 25 milioni a 10 milioni e poi a 3 milioni di euro; è stata introdotta l'ulteriore soglia del conseguimento di un reddito superiore a 1 milione di euro, poi abbassata a 300 mila euro; sono stati limitati i poteri di controllo dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico alle sole imprese che integrino i presupposti per l'applicazione dell'«addizionale».

La Corte ha ritenuto che tali modifiche legislative non comportino la necessità di restituire gli atti al giudice *a quo*, anzitutto perché l'anno di imposta a cui si riferisce il silenzio-rifiuto formatosi sulla richiesta di rimborso, oggetto del giudizio *a quo*, è il 2008, di tal che la legge applicabile risulta quella anteriore alle modifiche intervenute. A ciò aggiunge che le modifiche introdotte non rimediano affatto ai profili di illegittimità dedotti dal rimettente, ma semmai li accentuano, con particolare riguardo a quelli prospettati in riferimento agli artt. 3 e 53 Cost., dal momento che innalzano la percentuale dell'«addizionale», ampliano l'area dei soggetti tenuti a versarla e stabilizzano l'imposta senza limiti di tempo, tanto che la Corte ritiene che alcune delle censure prospettate dall'ordinanza di rimessione interessino anche le novelle successive.

[3] Punto 6.1. del Considerato in diritto.

[5] Tutta la letteratura che si è occupata dell'argomento condivide il giudizio secondo il quale bisogna riconoscere che il termine onnicomprensivo "ragionevolezza" è ormai meramente evocativo di una pluralità eterogenea di tecniche argomentative diverse, e che la stessa Corte costituzionale non sembra intenzionata a mettere ordine in questo campo, pur essendo dichiaratamente consapevole del problema (A. Ruggeri – A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2014, spec. p. 126). In argomento cfr. almeno R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, spec. pp. 42 ss., e, del medesimo A., *A discrezione del giudice. Ordine e disordine. Una prospettiva "quantistica"*, FrancoAngeli, Milano, 2013; G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001; F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2007; G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010, spec. pp. 173 ss. e pp. 201 ss.

[6] Quanto appena accennato nel testo apre in realtà un'importante e assai dibattuta questione intorno al principio di uguaglianza e al tema della "funzionalizzazione" della legislazione: ci si domanda cioè se il legislatore possa (e debba) fare differenziazioni sempre e solo invocando ragioni giustificatrici che abbiano un fondamento costituzionale, oppure se possa invece differenziare anche quando non esistano ragioni giustificatrici che permettano o impongano di distinguere. Se si ritiene, come qui si ritiene, che il legislatore possa differenziare anche a prescindere da ragioni giustificatrici di tipo costituzionale, onde evitare di «configura[re] la Costituzione come piano totalizzante della vita sociale», e di «ridurre la legislazione a una funzione esecutiva di quel piano» (G. Zagrebelsky – V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 199), deve restare chiara la differenza tra i due tipi di vizi (di arbitrarietà) della legge: l'irrazionalità – la «rottura dell'interna coerenza dell'ordinamento giuridico» (G. Zagrebelsky – V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 196) – riguarda il vizio del legislatore che non è stato coerente con se stesso, a prescindere da disposizioni costituzionali materiali specifiche; l'irragionevolezza – la «[in]congruenza rispetto a valori superiori» (*ibidem*, p. 202) – riguarda il vizio del legislatore che ha male attuato disposizioni costituzionali materiali specifiche. Mantenere distinti i due profili, dal punto di vista concettuale, serve, come meglio si vedrà, per trovare soluzioni rispettose della discrezionalità politica del legislatore.

[7] Sul punto sia consentito il rinvio a L. Imarisio – I. Massa Pinto, *La sentenza n. 1 del 2014 sull'incostituzionalità parziale della legge elettorale: le sue possibili narrazioni e il suo seguito legislativo*, in *Dem. Dir.*, 2013, nn. 3-4, pp. 305 ss.

[8] Punto 6.2. del Considerato in diritto.

[9] Punto 6.4. del Considerato in diritto.

[10] Punto 6.5. del Considerato in diritto.

[11] Punto 6.5.2. del Considerato in diritto.

[13] Punto 8. del Considerato in diritto.

[14] Punto 7. del Considerato in diritto.

[15] *Ibidem*. Su tale regolazione degli effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale si era già dibattuto in Italia alla fine degli anni Ottanta, in occasione di un seminario di studi (AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*: atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988, Giuffrè, Milano, 1989). In argomento cfr. M. D'Amico, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993; R. Pinardi, *La corte, i giudici e il legislatore: il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993; A. Pace, *Superiorità della Costituzione ed efficacia immediata della sentenza di incostituzionalità*, in *Giur. Cost.*, 1997, pp. 444 ss.; F. Politi, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale: contributo ad una teoria dell'invalidità costituzionale della legge*, Cedam, Padova, 1997; M. Ruotolo, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Cedam, Padova, 2000.

[16] Punto 7. del Considerato in diritto.

[17] *Ibidem*.

[18]...come normalmente decide invece la Corte, seguendo l'impostazione di una parte della dottrina (R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1994, trad. it., *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 106 ss.). Nel senso indicato nel testo cfr., invece, A. Giorgis, *Alcune brevi considerazioni (critiche) sul significato che ha storicamente assunto nella giurisprudenza l'art. 3, primo comma, della Costituzione*, in S. Labriola (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, vol. II: *Diritti e libertà*, Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 757 ss. Ma, come noto, la letteratura sul punto è assai vasta. Da ultimo è tornato a ragionare sull'argomento O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2014, spec. pp. 321 ss.

[19] Per tutti cfr. G. Zagrebelsky – V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 346: «Non spetta alla decisione della Corte disporre circa le conseguenze della declaratoria di incostituzionalità: la Corte si occupa della “dichiarazione” di illegittimità di una disposizione, ma non può “gestire” gli effetti che ne conseguono, né estendendoli né circoscrivendoli». Nel medesimo senso v. E. Malfatti – S. Panizza – R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 140-141. *Contra* A. Celotto – F. Modugno, *La giustizia costituzionale*, in F. Modugno (a cura di), *Diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 719, secondo i quali «il contrasto con il sistema risultante dagli artt. 136 Cost., 1, legge cost. n. 1/1948 e 30, legge n. 87/1953 può essere superato se si ammette che alla Corte non è precluso di circoscrivere alle norme diacronicamente ricavabili dagli enunciati la dichiarazione di incostituzionalità».

retroattivi delle sue decisioni di accoglimento: nella sentenza n. 266 del 1988 aveva dichiarato incostituzionale, con effetti solo *pro futuro*, la disposizione transitoria di cui all'art. 15 della legge 7 maggio 1981, n. 180 (Modifiche all'ordinamento giudiziario militare di pace), nella parte in cui istituiva una procedura amministrativa per la quale, in sostanza, il potere di decisione sulle nomine, trasferimenti e conferimenti di funzioni ai magistrati militari veniva conferito all'esclusiva competenza del Ministro della Difesa («Va chiarito che la decisione che qui si va ad assumere non tocca in alcun modo gli atti amministrativi e giurisdizionali già posti in essere in conseguenza del disposto di cui alla norma impugnata, tenuto conto della (...) necessaria gradualità nella completa attuazione della normativa costituzionale in materia e delle difficoltà contingenti che hanno potuto "rallentare" la preindicata attuazione. Ciò che non può esser tollerato è la protrazione ulteriore dell'inerzia del legislatore nell'integralmente mandare ad effetto il chiaro, inequivocabile disposto di cui all'art. 108, secondo comma, Cost. L'illegittimità costituzionale del primo comma dell'art. 15 della legge in esame, che qui si va a dichiarare, derivata, appunto, dall'inerzia legislativa protrattasi per sì lungo tempo, non incide, ripetesì, in alcun modo su quanto finora avvenuto, sia in via amministrativa sia in via giurisdizionale, sotto il vigore della citata norma ordinaria»); nella sentenza n. 501 del 1988 la Corte si spinge addirittura a indicare nel suo dispositivo il *dies a quo* dell'efficacia della sentenza d'incostituzionalità: la Corte infatti «dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, 3, primo comma, e 6 della legge 17 aprile 1985, n. 141 (Perequazione dei trattamenti pensionistici in atto dei pubblici dipendenti), nella parte in cui, in luogo degli aumenti ivi previsti, non dispongono, a favore dei magistrati ordinari, amministrativi, contabili, militari, nonché dei procuratori e avvocati dello Stato, collocati a riposo anteriormente al 1° luglio 1983, la riliquidazione, a cura delle Amministrazioni competenti, della pensione sulla base del trattamento economico derivante dall'applicazione degli artt. 3 e 4 della legge 6 agosto 1984, n. 425 (Disposizioni relative al trattamento economico dei magistrati), *con decorrenza dalla data del 1° gennaio 1988*»; nella sentenza n. 50 del 1989 la Corte aveva dichiarato incostituzionale la disposizione di cui all'art. 39, primo comma, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636 (Revisione della disciplina del contenzioso tributario), nella parte in cui escludeva l'applicabilità dell'art. 128 c.p.c. (pubblicità delle udienze) ai giudizi che si svolgono dinanzi alle Commissioni Tributarie di primo e di secondo grado, ma solo «a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione di questa sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, ferma restando la validità di tutti gli atti anteriormente compiuti» («Ormai compiutasi l'evoluzione legislativa e consolidatisi l'opinione dottrinale e l'orientamento giurisprudenziale circa il carattere giurisdizionale dei processi tributari, ricondotti nell'alveo della giurisdizione, onde adeguarli al precetto costituzionale dell'art. 101, primo comma, della Costituzione, non può più procrastinarsi la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 39, primo comma, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636, nella parte in cui esclude l'applicabilità dell'art. 128 del codice di procedura civile (principio della pubblicità delle udienze) ai giudizi tributari di primo e secondo grado. Va precisato al riguardo che, stante la gradualità con la quale è avvenuta detta evoluzione, soltanto ora può considerarsi realmente verificata la sopravvenuta illegittimità costituzionale. La declaratoria di illegittimità costituzionale non può

emessi anteriormente alla data di pubblicazione della sentenza, i quali rimangono tutti pienamente validi. In altri termini, il requisito della pubblicità opera esclusivamente per i procedimenti pendenti successivamente alla data prevista dall'art. 136, primo comma, della Costituzione, ferme restando le attività compiute ed i provvedimenti emessi anteriormente a tale data, nella vigenza della norma ora dichiarata costituzionalmente illegittima»); nella sentenza n. 398 del 1989 la Corte aveva dichiarato incostituzionale l'art. 27, secondo comma, della legge 16 giugno 1927, n. 1766 (Conversione in legge del r.d. 22 maggio 1924, n. 751, riguardante il riordinamento degli usi civici nel Regno, del r.d. 28 agosto 1924, n. 1484, che modifica l'art. 26 del R.D. 22 maggio 1924, n. 751, e del r.d. 16 maggio 1926, n. 895, che proroga i termini assegnati dall'art. 2 del r.d.l. 22 maggio 1924, n. 751), nella parte in cui - in luogo della disciplina ivi prevista - non rimetteva alla competenza del Consiglio superiore della magistratura, a norma dell'art. 105 della Costituzione, le assegnazioni a magistrati ordinari dell'ufficio di Commissario agli usi civici, ma «in relazione all'esigenza della progressiva attuazione del disegno costituzionale, la norma impugnata va caducata senza che le nomine divenute inoppugnabili siano toccate nella loro legittimità (argom. ex art. 136 Cost.)».

[20] Come si dice nel testo, una pronuncia additiva di principio avrebbe infatti consentito comunque la dichiarazione d'incostituzionalità, a differenza dei casi nei quali la Corte, pur riconoscendo l'incostituzionalità, non la dichiara proprio per tener conto degli effetti pratici delle sue sentenze di accoglimento (c.d. sentenze d'incostituzionalità accertata, ma non dichiarata). Cfr. sentenze nn. 467 del 1991, 125 e 256 del 1992.

AL DI LÀ DEL GIURIDICO

Il romanzo della resistenza e la transizione costituzionale italiana: la letteratura tra moralità e istituzioni

di GIANLUCA BASCHERINI, GIORGIO REPETTO

Ricercatore in Diritto costituzionale - Università Sapienza di Roma e Ricercatore in Diritto pubblico - Università di Perugia

Abstract

Prendendo le mosse da una rivalutazione del contributo che può venire dalla letteratura allo studio delle transizioni costituzionali, lo scritto analizza la specificità del discorso letterario della Resistenza italiana e il suo ruolo nella costruzione del paradigma antifascista. Attraverso l'analisi delle opere letterarie di Fenoglio, di Calvino e di Meneghello, vengono messi in luce alcuni caratteri di fondo dell'esperienza resistenziale (l'antiretorica, la violenza, l'aiclassismo, l'autonomismo) che sono rimasti nascosti nei dibattiti politico-giuridici a causa, tra le altre cose, di una forte ipoteca partitica su tutto il fenomeno in questione. Rivalutarne il messaggio oggi, mettendo in luce la tensione tra le istanze morali e le ricadute istituzionali, vuol dire evidenziare la persistente vitalità di quell'esperienza e, con essa, la sua capacità di dare nuovi significati ad alcune premesse di fondo della costituzione repubblicana.

Moving from the assumption that literature improves a deeper understanding of constitutional transitions, the essay investigates the contribution of Italian novels on Resistance (1943-1945) and their role in the making of an 'anti-fascist paradigm'. In the major works of Beppe Fenoglio, Italo Calvino and Luigi Meneghello the historical and political turmoil of those years has been highlighted with some basic traits (non-bombast, violence, classlessness, self-governement) that remained largely obscured in legal and political debates, mainly because of the role played by political parties as heirs of that movement. A critical reappraisal of that contribution requires to take into account the

shaped that experience, so that its vitality and its influence on Italian constitutionalism can be reinforced.

A me m'ha rovinato lo Stato di diritto

(Ferruccio Parri)[1]

Sommario: 1) Il problema della transizione costituzionale italiana nella crisi del paradigma antifascista. – 2) Diritto, letteratura, esperienza giuridica. – 3) Letteratura partigiana e paradigmi resistenziali. – 4) Beppe Fenoglio. Raccontare una guerra *civile*. – 4.1.) Antiretorica della resistenza. – 4.2.) La violenza. – 5) La Resistenza di Calvino e Meneghello: la dialettica tra le generazioni e l'acllassismo. – 6) Segue: autonomismo e ciellenismo. – 7) Primato dell'azione e moralità della Resistenza. – 8) Resistenza, Costituzione e valore della scelta nel prisma della letteratura.

1. Il problema della transizione costituzionale italiana nella crisi del paradigma antifascista

Per i giuristi, le transizioni costituzionali – e in special modo il passaggio dal fascismo alla repubblica – hanno costituito essenzialmente un problema di continuità/discontinuità dello Stato, di rottura o meno della legalità, d'individuazione del punto a partire dal quale si produce il passaggio da un ordinamento a un altro[2]. Nel caso della vicenda repubblicana e dunque dei rapporti tra resistenza e costituzione[3], particolare attenzione è stata prestata al ruolo svolto dai partiti[4], a scapito ad es. della cd. prospettiva ciellenista. Questo anche in ragione del fatto che il paradigma antifascista della costituzione nata dalla resistenza era funzionale a fini di legittimazione del cd. “arco costituzionale” di partiti che hanno retto la cd. I repubblica, ed è questo nesso resistenza/partiti che aiuta a comprendere le ragioni per cui, con la crisi di quel sistema di partiti, è entrato in crisi anche quel paradigma.

Lavori come quelli di Sergio Luzzatto, e, più ampiamente, di Claudio Pavone, hanno mostrato la debolezza di un paradigma antifascista edificato su un terreno più agevole, ma forse proprio per questo più fragile; un paradigma oggi in crisi di fronte a un attacco portato avanti con una logica simmetrica, che appanna le differenze tra storia condivisa e memoria condivisa[5] e a seguito del quale rischiano di venir messi in discussione non tanto i limiti e le ombre di quel paradigma – e la sua funzione di legittimazione di un mondo di partiti ormai al tramonto – quanto piuttosto le stesse ragioni di valore retrostanti all'idea di una costituzione nata dalla e nella resistenza al fascismo:

“non rinunciabile di sé”» dell'identità nazionale[6]. Già Antonio Baldassarre nei primi anni '80 evidenziava come l'esaurimento di quel paradigma si collegasse al suo carattere difensivo e conservatore (dei valori unificanti), richiamando al contempo l'attenzione sul rischio che, caduto quel paradigma quale fattore di riconoscimento di un determinato assetto politico, venissero travolte anche le ragioni costituzionali di quel paradigma: «la fissazione dei confini estremi della tavola dei valori nel cui ambito le forze sociali e politiche avrebbero dovuto radicare la legittimazione del nuovo potere democratico». E a entrare in crisi è anche il “criterio procedurale” che la resistenza (e con essa il CLN, l'esarchia, i governi di unità nazionale e la stessa Costituente) propose alla nuova Italia: «un modello di interazione specifica tra le parti di tipo strettamente parlamentare». Il paradigma antifascista dunque, nel suo «aspetto positivo» come «sinonimo di una democrazia parlamentare». Il rischio, in altri termini, è che quel paradigma, esaurita la sua funzione di legittimazione politica, perda anche la sua funzione propriamente costituzionale: «la individuazione della serie di valori e/o principi fondanti la convivenza di una società che si affacciava alla democrazia in una situazione di acuto conflitto tra le forze politiche»[7]. Ecco, la letteratura fornisce al contempo un *caveat* e un possibile antidoto contro simili esiti.

2. Diritto, letteratura, esperienza giuridica

La letteratura (ma lo stesso è a dirsi per qualsiasi forma d'arte), in quanto «forma di conoscenza e comunicazione di valutazioni sostanziali [...] e di riflessione sulle emozioni», ci restituisce innanzitutto il quadro d'insieme all'interno del quale si inserisce il fenomeno oggetto di studio e al contempo contribuisce a una miglior conoscenza e «presa di coscienza dei contenuti etici e umani» retrostanti i diversi fenomeni giuridici. Romanzi, film, quadri, sculture, brani musicali, opere di architettura aiutano infatti a ricostruire i «contesti culturali e umani» nei quali le transizioni costituzionali si sviluppano e nei quali al contempo «prendono forma le costruzioni argomentative» a partire dalle quali i giuristi leggeranno quelle dinamiche.

Il giurista che studi la letteratura non deve dunque cercare in essa nuove sistematiche o, peggio, una conferma di quelle già affermatesi. Essa costituisce piuttosto occasione di una riflessione critica sulle diverse componenti del giuridico, sulle costruzioni di giudici, legislatori e dottrina in un dato momento storico e nello scorrere del tempo. Per il giurista la letteratura può dunque costituire una via attraverso cui acquisire una maggior consapevolezza del «significato storico» delle costruzioni giuridiche e dei «problemi sociali e umani che sono alla base delle valutazioni» elaborate, in dato momento, dai diversi operatori giuridici[8]. In questa prospettiva, si potrebbe dire che la letteratura e le altre arti offrono un contributo di primo piano nel pensare il *diritto* in termini di *esperienza giuridica*[9].

Per il giurista interessato esclusivamente alla purezza del ragionamento giuridico, la letteratura costituisce dunque un terreno di lavoro sfidante,

tende a rimuovere^[10]. L'attenzione alla letteratura e alle altre forme d'arte educa lo studioso del diritto a «una visione aperta degli enunciati giuridici, considerati come non autosufficienti, ma strumentali alla tutela di valori la cui genesi accade in mondi altri rispetto al diritto»^[11]; lo induce a interrogarsi sul proprio impegno etico, recuperando una visione meno formalista e più critica del diritto, e una maggiore consapevolezza dell'importanza del proprio ruolo d'interprete della coscienza sociale; favorisce uno studio comparativo del diritto, evidenziando i limiti di ogni costruzione sistematica chiusa e prestando attenzione non solo alle opinioni prevalenti, ma anche a quelle minoritarie e meno conformiste^[12].

3. Letteratura partigiana e paradigmi resistenziali

Nello specifico della vicenda resistenziale, la letteratura permette di gettare uno sguardo su quella che Claudio Pavone definisce la *moralità* della resistenza, intesa quale «terreno d'incontro/scontro tra politica e morale, rinviando alla storia come possibile misura comune»^[13], terreno il quale a sua volta, come si cercherà di evidenziare nel prosieguo, riempie di contenuti il percorso costituente di istituzionalizzazione, ponendosi al contempo in tensione con esso.

In questa prospettiva, le opere letterarie che hanno a oggetto la lotta partigiana sollecitano una riflessione sul complesso di passioni che hanno accompagnato la resistenza e l'edificazione del paradigma antifascista, restituendo la diffusa consapevolezza del carattere epocale degli eventi che vennero allora a maturazione, delle scelte che si stavano compiendo e, insieme, quella coscienza della crisi che costituirebbe il "senso profondo" (Mortati) delle costituzioni nate dalla resistenza. I libri come le altre espressioni artistiche che raccontano la lotta antifascista portano in primo piano la varietà delle sensibilità e degli atteggiamenti etici, politici e culturali di cui furono portatori i soggetti (le persone, gli uomini e le donne, prima che i partiti) che parteciparono a quei processi; le dinamiche interiori, le aporie, i conflitti che segnarono quei processi; la parte dunque che eccede il "sistema", ma che non di meno rivela la vitalità di quelle dinamiche, la loro umanità e la posta in gioco in termini di valori e principi.

In questa prospettiva, le opere prese in considerazione in queste pagine costituiscono altrettante occasioni per riflettere intorno alla costruzione di quel paradigma antifascista posto a fondamento della repubblica e della sua costituzione. Quel paradigma infatti è dovuto essere doppiamente *edificante*: per un verso doveva essere *edificabile*, operare da criterio di legittimazione del nuovo assetto politico, da fondamento sul quale appunto costruire la "repubblica nata dalla resistenza"; per altro verso, esso aveva da essere edificante anche in un senso che potremmo definire *estetico*, e dunque espungere i tratti più disturbanti e più laceranti della vicenda resistenziale, che sono poi quelli legati al carattere *civile* di quella guerra, sul quale non si voleva

del campo fascista. La letteratura sulla resistenza invece mette a tema tanto gli aspetti più qualificanti quanto quelli che si è preferito appannare quando non rimuovere dalle versioni più istituzionali del paradigma antifascista (concentrate su una narrazione della resistenza secondo i timbri della guerra nazionale) perché perturbanti, perché attenevano al carattere *civile*, e dunque fratricida, della guerra partigiana, laddove è proprio nelle guerre civili che si registra la maggior diversità tra le parti in conflitto, la posta in gioco essendo l'identità nazionale.

La resistenza è presente in molte opere del '900 italiano, anche precedenti la lotta partigiana – già alcuni scritti di Pavese, di Moravia e *Cristo s'è fermato a Eboli*, di Carlo Levi esprimono infatti una sorta di resistenza intellettuale al fascismo, una «maieutica della resistenza»^[14]. In queste pagine s'indagheranno piuttosto opere di autori che parteciperanno attivamente alla partigianeria e che narreranno in seguito quell'esperienza, innanzitutto perché sembrano meglio rispondere all'interrogazione *supra* abbozzata.

Molti dei motivi che guidano la narrativa resistenziale della generazione nata negli anni '20, quella maggiormente coinvolta nella resistenza combattuta, investono infatti profili che in vario modo toccano i grandi temi della transizione costituzionale italiana. Seppure è del tutto assente – ma sul punto si dovrà tornare – una specifica attenzione ai temi strettamente istituzionali, il contributo di idee proveniente da questi romanzi (e in particolare dai lavori di Fenoglio, dal *Sentiero dei nidi di ragno* di Italo Calvino e da *I piccoli maestri* di Luigi Meneghello) alimenta meccanismi, proiezioni, spinte identificative che qualificano, nel senso di dare qualità, a quel contributo di moralità prestato dalla Resistenza alla transizione costituzionale, contributo che continua a costituire uno dei banchi di prova per vagliare bontà e vitalità delle istituzioni^[15].

Beppe Fenoglio, Italo Calvino e Luigi Meneghello appartengono infatti a quella generazione venuta al mondo col fascismo (Fenoglio e Meneghello sono del '22, Calvino del '23), che aveva vent'anni all'armistizio e che in quel momento sceglie di combattere il fascismo. È in questi autori che la letteratura resistenziale offre i suoi risultati migliori, perché nelle loro opere la verità del resoconto non appare soverchiata dalle retrostanti ragioni ideologiche e politiche. Se buona parte della letteratura resistenziale non sfugge infatti a quel populismo che già caratterizzava molta letteratura democratica e cattolica di età risorgimentale e che finiva per proporre una narrazione di quella lotta più coerente col paradigma antifascista maggioritario, contribuendo anzi alla stessa edificazione di quel paradigma^[16], il discorso cambia quando si passa a esaminare le opere appena ricordate.

4. Beppe Fenoglio. Raccontare una guerra civile

esplicitamente tematizzandola nei termini di quella *guerra civile* che ha faticato invece e non poco a imporsi quale categoria storiografica d'interpretazione, assieme ad altre, della lotta partigiana. Fenoglio scriverà sempre di resistenza tornando, tra romanzi e racconti, alle vicende langarole che lo videro protagonista in armi e con le sue opere offre un'interessante rassegna di "casi e materiali" riguardanti «quel vero e proprio "fatto costituente che è l'autogoverno partigiano"»[17].

In queste pagine s'intende richiamare l'attenzione su due aspetti caratterizzanti del racconto fenogliano della "guerra civile"[18] e attinenti rispettivamente al piano delle forme e quello dei temi: il timbro antiretorico della narrazione e la persistente interrogazione attorno alla violenza esercitata in quella lotta dalle parti in conflitto.

4.1. *Antiretorica della resistenza*

Fenoglio, attirandosi le critiche di chi aveva ampiamente contribuito alla costruzione di quel paradigma e investito su di esso ai fini della propria legittimazione[19], evoca nelle sue opere una resistenza demitizzata, raccontata con toni scevri da facili celebrazioni e moralismi. Nei suoi lavori le ragioni propriamente storico-politiche della lotta rimangono sullo sfondo, in primo piano stanno piuttosto le motivazioni più umane ed elementari della partigianeria, e lo sguardo dell'autore si rivela attento più alle truppe partigiane che alle loro dirigenze; interessato a raccontare «il fiore e la feccia» della resistenza[20], scrivendone «*with a deep distrust and a deeper faith*»[21].

«Erano gli uomini che avevano combattuto con lui, che stavano dalla sua parte ché all'opposta. E lui era uno di loro, gli si era completamente liquefatto dentro il senso umiliante dello stacco di classe. È come loro, bello come loro se erano belli, brutto come loro, se brutti. Avevano combattuto con lui, erano nati e vissuti, ognuno con la sua origine, giochi, lavori, vizi, solitudine e sviamenti, per trovarsi insieme a quella battaglia»[22].

Risalta nelle opere di Fenoglio il carattere epicizzante e "d'azione" della sua narrativa resistenziale. I protagonisti dei suoi scritti (esemplari a riguardo *Il partigiano Johnny* e *Una questione privata*) appaiono costantemente in fuga e in rincorsa, in percorsi solo apparentemente senza senso. Pur rinviando *infra* sul punto, va fin d'ora richiamata l'attenzione sulla valenza non solo narrativa ma anche etico-politica del movimento e dell'azione nella narrativa fenogliana, alludendo sul piano delle forme alla scelta di parte compiuta a seguito dell'8 settembre 1943: espressioni artistiche della consapevolezza che non scegliere, rimanere fermi nel tiepido moderatismo tipicamente italico[23], non solo avrebbe lasciato la soluzione del conflitto agli eserciti stranieri presenti nel territorio italiano, ma avrebbe se possibile aggravato la disfatta e la caduta dei doveri e degli imperativi morali che aveva fatto seguito all'annuncio

Primavera di bellezza, ad esempio, evoca con precisione e *pathos* quella perdita della patria che ha nella sconfitta bellica l'ultimo anello di una più risalente catena che conduce al doppio esito dell'8 settembre – motivo di disperazione e occasione di riscatto – restituendo il transito verso una nuova e incognita situazione che caratterizzò quel momento, e le radici di una scelta che recava in sé la rinascita di un imperativo morale[25]. *Il partigiano Johnny* – attraverso un conglomerato linguistico espressivamente funzionale al tono quasi picaresco dell'opera, e nel quale il dialetto situa la vicenda, la rende concreta, mentre l'inglese conferisce ad essa un più ampio respiro – racconta la resistenza antifascista senza esaltazioni ideologiche, ma piuttosto come una sequenza di crisi d'identità politica e ideologica, segnali di una progressiva presa di coscienza del fallimento di miti e orpelli del fascismo[26]. Ne *I ventitré giorni della città di Alba* i partecipanti alla vicenda non hanno nomi propri, ma sono designati collettivamente come “partigiani”, “fascisti”, “borghesi”, “ragazze”, “*mâitresses*”. La città è la vera protagonista del racconto, mentre i soggetti sono definiti dalle azioni che compiono *nella e in funzione della città*. Il racconto *War can't be put into a book* esprime quella spinta (evidenziata anche da Calvino nella prefazione del 1964 a *Il sentiero dei nidi di ragno*) della sua generazione a raccontare la resistenza evidenziando, da una parte, la difficoltà, quando non l'impossibilità, di rievocare gli infiniti aspetti di quella guerra civile e al contempo la necessità di scrivere, di narrare quegli eventi non nella loro dimensione meramente cronachistica, bensì restituendone, come scrisse lo stesso Fenoglio, la loro «storia interiore»[27].

Altri racconti di quella raccolta e altri scritti offrono un punto di vista interessante sugli aspetti meno gloriosi e su alcuni di quelli meno indagati della resistenza. Pensiamo ad es. allo sguardo che Fenoglio getta sul ruolo a lungo trascurato delle donne nella resistenza. Interessante a riguardo il passo de *I ventitré giorni* circa l'opportunità o meno di far sfilare le donne partigiane in Alba conquistata, e che restituisce in controluce anche il diverso atteggiamento che sul punto mostrarono le brigate Garibaldi e le formazioni autonome: «Cogli uomini sfilarono le partigiane, in abiti maschili, e qui qualcuno tra la gente cominciò a mormorare: - Ahi, povera Italia! - perché queste ragazze avevano delle facce e un'andatura che i cittadini presero tutti a strizzar l'occhio. I comandanti, che su questo punto non si facevano illusioni, alla vigilia della calata avevano dato ordine che le partigiane restassero assolutamente sulle colline, ma quelle li avevano mandati a farsi fottere e s'erano scaraventate in città»[28]. Peraltro, la narrazione fenogliana della Resistenza si sposterà oltre il termine della lotta antifascista, nell'immediato dopoguerra, ma non per soffermarsi sugli esiti istituzionali di quella lotta, o sulle vicende politiche che ad essa fecero seguito, quanto piuttosto per raccontare lo spiazzamento, lo stress posttraumatico, patito da quei combattenti una volta tornati alla quotidianità[29]. Una crisi che a sua volta riflette in controluce per un verso la limitata capacità di trasformazione sociale della lotta antifascista – la resistenza, dunque, secondo l'immagine di Calamandrei come una rivoluzione mancata alla quale la costituzione avrebbe offerto in cambio una promessa di rivoluzione[30]. Per altro verso, quella crisi riflette il deflagrare di quel conflitto di classe che segnerà i primissimi anni di vita repubblicana tanto sul piano interno quanto su quello internazionale[31].

4.2. La violenza

Quello della violenza è un tema ricorrente della letteratura resistenziale – si pensi alla centralità dell'episodio di Giulaj divorato dai cani in *Uomini e no* di Vittorini – e Fenoglio non manca di soffermarsi anche sugli aspetti più riposti e più disturbanti del tema, quelli che hanno finito per venire messi in secondo piano nella memoria nazionale e nelle più diffuse ricostruzioni del paradigma antifascista. Nelle molte morti che chiudono le sue narrazioni sembra dunque trasparire una «s drammatizzazione della propria morte violenta» che si collega all'atteggiamento assunto di fronte a un esercizio della violenza inteso al contempo come una condizione/condanna generazionale e quale «sbocco ineliminabile della scelta [di campo] operata, scelta di cui è parte la stessa rimessa in discussione della violenza come strumento e come valore»[32]. Se in *Golia* Fenoglio esprime con forza il carattere *fratricida* che la violenza assume in una guerra civile[33], in *Vecchio Blister* e in *Un altro muro* questo tema della violenza è esplorato rispettivamente all'interno delle formazioni partigiane e nei rapporti tra partigiani e fascisti, e sembrano riecheggiare in queste pagine le riflessioni weberiane sull'idealtipo della “giustizia del cadi” [34]. *Vecchio Blister* è anche un racconto che rinvia ai temi dell'autodisciplina della violenza resistenziale, alla severità delle punizioni per i partigiani colpevoli di rapina o di violenza verso i civili. *Un altro muro* invece, come anche *Golia*, tematizzano le questioni del trattamento da riservare ai nemici, e in controluce offrono spunti sfidanti a proposito dei criteri che guideranno successivamente l'epurazione[35].

Beppe Fenoglio sembra dunque proporre nelle sue opere una duplice interrogazione riguardo la violenza che ha accompagnato quella guerra civile. Da una parte restituisce la tensione che attraversa la Resistenza tra l'inevitabile “irregolarità” della guerriglia partigiana e le regole, con le loro sanzioni e i loro giudici, necessarie ad assicurare la sopravvivenza delle formazioni (per non cadere nelle mani dei fascisti e per non scadere a livello di banditi, grassatori) e al contempo per praticare e rappresentare all'esterno il significato e il valore retrostante alla scelta di combattere quella lotta, di resistere[36]. D'altra parte, Fenoglio riporta spesso la penna sul rischio che la pratica della violenza, e, con la pratica, l'assuefazione alla violenza, alla «facile crudeltà» di cui scrisse Giaime Pintor[37], portasse una confusione col nemico, specialmente in quel “più di violenza” che connotava la crudeltà verso il nemico e il tragico gioco di rappresaglie e contro-rappresaglie. Il rischio quotidiano di questa disumanizzazione è evocato ad es. dal Milton di *Una questione privata*, quando afferma che «[q]uesta guerra non la si può fare che così. E poi non siamo noi che comandiamo a lei, ma è lei che comanda a noi»[38].

Peraltro, che questo sguardo fenogliano – antiretorico, attento alla dimensione umana della resistenza e alla violenza fraticida di quel conflitto – non perda di vista le differenze tra le due parti in campo, e dunque il significato profondo di quella scelta, è testimoniato dalle parole che Italo Calvino dedica a quello che forse è il testo più maturo dello scrittore langarolo, *Una questione*

è «il libro che la nostra generazione voleva fare», con esso «una stagione è compiuta», perché in quel libro c'è «la resistenza proprio com'era, di dentro e di fuori, vera come mai era stata scritta [...] e con tutti i valori morali, tanto più forti quanto più impliciti, e la commozione e la furia»[39].

5. La Resistenza di Calvino e Meneghello: la dialettica tra le generazioni e l'acllassismo

Venendo ora al romanzo calviniano, non ci si può non soffermare innanzi tutto sulla scelta di attribuire il ruolo di protagonista a Pin, un bambino che si trova a vivere troppo presto vicende riservate agli adulti: la guerra senza i genitori, la convivenza con la sorella prostituta, la vicinanza alla piccola delinquenza locale. L'infanzia di Pin non è però solamente turbata dalla guerra: è costitutivamente ambigua, «Pin ha una voce rauca da bambino vecchio»[40], «i ragazzi non vogliono bene a Pin: è l'amico dei grandi, Pin, sa dire ai grandi cose che li fanno ridere e arrabbiare, non come loro che non capiscono nulla quando i grandi parlano»[41], «lui deve muoversi nella notte solo e attraverso l'odio dei grandi, e rubare la pistola al tedesco, cosa che non fanno gli altri ragazzi che giocano con pistole di latta e spade di legno»[42]. Calvino, all'atto di spiegare le ragioni di questa scelta nella prefazione alla seconda edizione del romanzo nel 1964, scrisse che l'inferiorità di Pin di fronte al mondo dei grandi corrisponde allo smarrimento che all'epoca provò lui stesso, borghese, a cimentarsi con un'esperienza che coinvolgeva in modo radicale persone appartenenti a tutte le classi sociali.

Nella scelta, per quanto trasfigurata e simbolica, di una simile sfasatura (Pin bambino proiettato nel mondo dei grandi/Calvino borghese a contatto con una realtà sociale più ampia) è possibile cogliere almeno due aspetti che sono stati alla base del fenomeno resistenziale e la cui onda lunga ha alimentato il dibattito sulla transizione e sul rinnovamento delle istituzioni: la dialettica tra le generazioni e l'acllassismo.

Dal primo punto di vista, ancora una volta accuratamente esaminato da Claudio Pavone[43], il registro del dibattito è quello che vede alternarsi lo smarrimento per il tradimento operato dai padri, sia intesi in senso biografico che come patrimonio culturale, alla consapevolezza, scrive ancora Calvino, di sentirsi «depositari [di] un senso della vita come qualcosa che può ricominciare da zero»[44]. Una generazione, come ha scritto Massimo Mila, «costretta a cavare quasi tutta da sé le risorse per sanare la bancarotta avuta in eredità dai padri, senza possibilità di eccepire il diritto al beneficio d'inventario»[45]. Attraverso il filtro della letteratura, una generazione perduta (l'espressione è di G. Pintor) si riappropria, anche se in modo sghembo e antierico come è per Pin o per i piccoli maestri di Meneghello, di uno spazio di manovra che è insieme politico e morale, in cui convivono l'entusiasmo, la progettualità anche ingenua con la presa d'atto della fragilità del giudizio morale e, con esso, anche

romanzi).

Dal secondo punto di vista, va segnalato come questi romanzi, pur inseriti in esperienze di lotta partigiana connotate politicamente (comunista, per quanto *sui generis*, per Calvino, azionista per Meneghello, badogliana per Fenoglio), volutamente rinunciano a narrare l'epopea di un gruppo o di una fazione nella prospettiva partitica (secondo quella "ideologia gramsciano-desanctisiana" di cui spesso ha scritto Alberto Asor Rosa). Nel romanzo di Calvino operano protagonisti ascrivibili a diversi filoni resistenziali, sia dentro che fuori il campo della sinistra: il gappista fedele interprete delle direttive del partito (Lupo Rosso), il "politico" consapevole della strategia del togliattiano partito nuovo (Kim), il trotzkista (Mancino), ma anche il liberale azionista (Zena il lungo) e il badogliano (Carabiniere). Ne *I piccoli maestri*, il rapporto del protagonista, azionista, con gli altri attori della resistenza è segnato dal filo dell'interesse e dell'autonomia: soprattutto con i comunisti, ammirati per l'integrità e le capacità organizzative ma anche accusati, tra le righe, di eccessiva rigidità: «I comunisti sparavano di più, e guastavano con mano più pesante; ma noi avevamo più vivo il senso delle conseguenze dei guasti e degli spari. ... Loro avevano comandanti e commissari già sposati a una dottrina generale sull'uomo, e la società, e la guerra in genere, e questa in ispecie»[46]. Significativa è, per entrambi, l'assenza dei cattolici. A partire dalla proiezione che la letteratura offre sulle strategie e sulla cultura politica delle forze impegnate nella Resistenza, appare quindi chiaro come già qui la tensione (che attraversa variamente tutto il campo democratico e progressista, anche riallacciando un problematico dialogo con l'esperienza risorgimentale[47]) tra rivoluzione nazionale e rivoluzione sociale è tutta spostata sul primo fronte. La letteratura, da questo punto di vista, si rivela capace di filtrare assai consapevolmente il dibattito – forte nel partito d'azione, più tormentato nella sinistra, soprattutto comunista – che anima l'unità del fronte antifascista, con l'effetto di lasciare sullo sfondo la natura classista della rivolta partigiana o comunque la possibilità di pensarla come il possibile approdo di un percorso rivoluzionario che, fallito o represso nel periodo risorgimentale, sembrava aver trovato in occasione della Resistenza il suo più autentico e efficace punto di emersione[48]. Pur correndo il rischio di un errore di prospettiva, l'aclassismo della lotta resistenziale, per come viene efficacemente filtrato e restituito dalla letteratura, anticipa *in nuce* una certa fisionomia dell'accordo costituente, nella quale il compromesso tra partiti rivela in alcune occasioni la capacità di spogliarsi dell'assolutismo delle relative ideologie per individuare un terreno comune, una «formula di convivenza»[49], rispetto al quale proprio l'antifascismo costituiva il comune denominatore[50].

6. Segue: autonomismo e ciellenismo

Un altro aspetto da considerare riguarda poi la valutazione che, all'interno di quella esperienza, viene data dell'autonomismo resistenziale e, in prospettiva,

stondo, perché in tutto il *Sentiero* affiorano le strutture organizzative del partito, fino alla estrema personificazione nella figura del suo emissario ineffabile, chiamato appunto *Comitato*, la prospettiva azionista di Meneghello, ben più individualista, mette in luce l'investimento nei confronti delle articolazioni organizzative incentrate sulle bande e sull'appoggio che ad esse dava la popolazione: «Dappertutto (almeno da noi, nel vicentino) si sentiva muovere la stessa corrente di sentimento collettivo; era l'esperienza di un vero moto popolare, ed era inebriante; si avvertiva lo strapotenza delle cose che partono dal basso, le cose spontanee; si provava il calore, la sicurezza di trovarsi immersi in questa onda della volontà generale. Ma guarda un po', dicevamo con Lelio; vien fuori che c'è per davvero, la volontà popolare»[51]. Ne *I piccoli maestri*, la prospettiva è quella di un autogoverno locale in mano ai partigiani che, sostituendosi all'apparato burocratico nazionale e fascista, si pone come garanzia morale ancora prima che istituzionale rispetto al dilagare a livello locale di prefetti e podestà (spesso bersagli dell'azione della banda del protagonista: «... ci siamo cercati istintivamente, per andare almeno insieme in montagna, col senso che non restasse più che il tesoretto dell'antifascismo da difendere, l'onore, per modo di dire»[52]). Nella stessa prospettiva, si può richiamare la dura critica formulata qualche anno dopo da Carlo Levi ne *L'Orologio* alle burocrazie ministeriali, ritenute garanti del passaggio al nuovo corso postresistenziale del personale politico compromesso col regime e, soprattutto, accusate di invischiare ogni prospettiva di cambiamento: «Voi non sapete cos'è un Ministero. Nessuno lo sa, se non ci sta dentro ... È un mondo sconosciuto, sotterraneo e infernale. ... Abbiamo fatto la guerra, che è stata, si voglia o no, una rivoluzione, abbiamo visto la morte, abbiamo pagato per i peccati nostri e per quelli degli altri, abbiamo buttato dietro le spalle il passato e anche tutte le cose care, gli affetti, le dolcezze della vita, abbiamo vissuto con gli uomini, ci siamo sentiti uniti fra noi, abbiamo capito cos'è il mondo, ma tutto questo è come se si fosse svolto in un altro pianeta. Si è sparato sul marciapiede di faccia ...; ma dentro il palazzo del Ministero, a pochi metri di là, è come nulla fosse mai avvenuto. Quei muri isolano dal mondo di fuori una casta chiusa di piccoli borghesi degenerati e miserabili, sordi e ciechi e insensibili a tutto se non ai loro piccoli bisogni, alla loro omertà, ai loro intrighi talmente meschini e microscopici da riuscire incomprensibili»[53].

La critica antiburocratica e anticentralista, di evidente matrice azionista, assume una coloritura ancora più evidente se la si mette a raffronto con la vitalità, subito svaporata, delle forme di autogoverno e con le idee di autonomismo che hanno costellato l'ultima fase del periodo resistenziale[54]. La letteratura coglie in quelle manifestazioni una dimensione aurorale, la ricerca di nuove chiavi di organizzazione della convivenza e di ripensamento della legalità che il giudizio dei contemporanei, stretto tra un certo velleitarismo (di parte azionista) e la subordinazione, da parte comunista, al disegno del fronte nazionale[55], non potrà far altro che lasciare sullo sfondo, alla periferia del dibattito istituzionale[56]. Ancora Meneghello, con la sua consueta ironia, riporta l'esperienza del confronto tra i vari comitati e comandi prima dell'insurrezione di Padova: «In certi momenti ci pareva di essere il governo ombra del Veneto ... I Comitati nei paesi erano quel che si dice paritetici: c'erano individui con un'etichetta, quasi un distintivo invisibile, indossato spesso

questo e il socialista, questo il democristiano, magari il liberale lo potresti fare tu, ti andrebbe bene liberale? E così ci siamo tutti"[57].

La fase di sfaldamento e di cattura partitica dell'esperienza ciellenistica, avvenuta nel momento di maggiore realizzazione dell'ideale e della pratica della Resistenza[58], costituisce il filo conduttore di quella narrativa che più tardi vedrà in quel passaggio un tornante decisivo e trascurato della recente storia italiana. Si pensi ancora a Carlo Levi e al suo *Orologio*, nel quale le dimissioni del governo Parri segnano la fine irreversibile di un'epoca e l'ascesa di un discorso pubblico ancora difficile da decodificare anni dopo[59]; oppure – ma siamo già in pieno *boom* economico – alla calviniana *Giornata di uno scrutatore*, tutta segnata dalla presa d'atto del fallimento pressoché immediato di quell'esperienza: «pensò che solo quella democrazia appena nata poteva meritare il nome di democrazia; ... perché quell'epoca era ormai finita, e piano piano a invadere il campo era tornata l'ombra grigia dello Stato burocratico, uguale a prima, durante e dopo il fascismo, la vecchia separazione tra amministratori e amministrati»[60].

Al netto dell'enfasi narrativa e autobiografica (di cui a breve), il punto centrale pare essere ancora una volta la capacità del discorso letterario sulla Resistenza di catturare motivi che hanno segnato il dibattito sulla transizione e sulla successiva progettazione istituzionale: questa volta la centralità dell'apparato amministrativo, misconosciuta, se non in fase di Assemblea costituente, sicuramente nella fase immediatamente transitoria, come è dimostrato prima d'ogni altra cosa dal fallimento della strategia di epurazione.

7. Primato dell'azione e moralità della Resistenza

C'è però, dietro tutto questo, un motivo più ampio e complesso che lega il discorso narrativo della Resistenza a quello politico ed istituzionale. La consapevolezza, cioè, che di quel fenomeno storico le sue narrazioni letterarie non potessero surrogare un'ideologia e, tanto meno, una teoria unitaria. «La banda non c'era più – scrive assai significativamente Meneghello – perché c'è la guerra per bande, ma la pace per bande no»[61]. La celebrazione della democrazia consiliare, ciellenistica, dura nella letteratura non più a lungo di quanto sia percorsa nel dibattito politico e istituzionale, e questo non solo perché è impossibile individuare un'unità del fronte antifascista che andasse, appunto, al di là del suo essere antifascista (appunto il meneghelliano «tesoretto dell'antifascismo»), ma anche perché – questo ci sembra un punto essenziale – qui il fatto narrativamente dominante è l'azione: è l'azione che dà senso ai motivi etico-politici dei personaggi dei romanzi esaminati, senza la possibilità di tracciare alcuna direzione di senso dell'esperienza individuale che possa coincidere con una precisa direttiva storico-politica, o anche solo partitica. Per dirla ancora con la riflessione dell'io narrante de *I piccoli maestri*: «Si sentiva che qui le cose erano venute prima delle idee»[62].

letteratura resistenziale la traccia di un chiaro populismo in cui «a scelte politiche fundamentalmente riformiste [corrisponde] un'attitudine analoga di 'protesta democratica e costituzionale'»[63], ha ad esempio rintracciato come «anche nel razionalissimo Calvino l'indicazione progressista funzionava a senso unico, dalla storia alla sub-storia, dalla coscienza alla sub-coscienza, poiché anche in lui la lotta antifascista era essenzialmente 'una spinta di riscatto umano, elementare, anonimo, da tutte le nostre umiliazioni: per l'operaio dal suo sfruttamento, per il contadino dalla sua ignoranza, per il piccolo borghese dalle sue inibizioni, per il paria dalla sua corruzione»[64]. Non è probabilmente utile approfondire le ragioni di questa critica, quanto piuttosto enfatizzare, dietro di essa, l'irriducibilità dei motivi etici che animano la narrazione letteraria della Resistenza ad un discorso pubblico che ne volesse distillare i principi di fondo per dare avvio ad un percorso di rinnovamento politico e istituzionale. Non che siano mancati tentativi di questo genere; la consonanza tra alcuni degli estratti sopra riportati e un articolo scritto da Pajetta sulle colonne dell'einaudiana *Risorgimento* sono eloquenti: «In certi trattati universitari, nelle utopie, si parla del diritto costituzionale come del prodotto di un processo razionale. [...] In principio è l'azione. Il diritto costituzionale è la forma della vita che il popolo vive. [...] Un trattato sui CLN del Nord difficilmente potrebbe essere di schemi. È che, nel Nord, c'è un processo in corso di sviluppo. [...] I CLN sono sorti come organi di collegamento dei partiti. Raccogliersi, per mettere insieme gli aiuti, per difendersi, creare un'autorità nuova, là dove l'antica è venuta meno e quella imposta è nemica, vuol dire fare il comitato. [...] E il concretarsi dell'azione, l'articolarsi, il diffondersi, mutano presto il criterio della rappresentanza. [...] Ecco il problema della rappresentanza per categorie, dei partigiani, del Fronte della Gioventù, dei Gruppi di difesa delle donne. Sarebbe mortificazione e coazione, appena mascherata, l'imporre un partito a chi comincia appena a vivere la vita del suo paese. Sarebbe costrizione imporre l'uno o l'altro dei sei partiti»[65].

In questo caso, tuttavia, la torsione individualista della letteratura resistenziale, la sua capacità più immediata di formulare istanze etiche prima che politiche, illumina un tratto centrale dell'intera esperienza resistenziale, che consiste nella predominanza del fattore morale rispetto ad ogni altro nella ricostituzione del tessuto civile. Una moralità che, ad un primo livello, risulta largamente estranea al percorso propriamente di rifondazione istituzionale. Molto è stato detto e scritto sull'inconsistenza, quando non sul velleitarismo, della progettazione istituzionale promanante dal complesso delle forze resistenziali come tali, indipendentemente cioè dai programmi dei singoli partiti. Il contributo in termini di moralità, al limite di moralità antistituzionale deve essere però compreso e ricondotto alla sua giusta dimensione con le parole di Claudio Pavone, secondo cui «non si deve ... porre, senza ulteriori specificazioni, sul conto delle debolezze della Resistenza la gracilità dei suoi programmi istituzionali, dimenticando che una dimensione antistituzionale passa attraverso tutti i moti di rinnovamento, caratterizza tutti i momenti di crisi, e ne costituisce *una delle spinte tanto indispensabili quanto difficilissime da mediare*. Il raggelarsi delle rivoluzioni in forme istituzionali non sempre atte a esprimerne tutta la potenzialità, o il ripiegare di movimenti innovatori sulle istituzioni preesistenti – come è il più modesto caso dell'Italia 1945 -, non

di cultura tecnico-giuridica»[66]. Del resto, non è contraddittorio ritenere che l'antifascismo abbia operato in quegli anni come potente vettore di simboli che hanno saturato lo spazio comune, restando tuttavia al contempo fortemente indeterminato: più che un contributo specifico da cogliere in quel momento, il suo frutto di più lunga durata era piuttosto quello legato alla salvaguardia del legame tra personalismo e comunitarismo nell'impianto delle libertà, della priorità accordata all'individuo e, con essa, alla capacità di alimentare e vivificare un «discorso costituzionale della cittadinanza»[67].

E sta qui il secondo polo in grado di rischiarare le matrici della moralità del discorso resistenziale, per come si costituisce anche nella narrativa e si riverbera successivamente in quello che è stato definito l'uso pubblico della Resistenza. A differenza di altre esperienze (pensiamo in primo luogo al caso francese), a segnare le sorti della Resistenza italiana – nel bene e nel male, verrebbe da dire – è prima di ogni altra cosa la fortissima ipoteca partitica cui questa è sin da subito andata soggetta[68]. Senza pensare ovviamente di ripercorrere qui cinquant'anni e più di dibattito storiografico, proveremmo a sottolineare come l'eccedenza della letteratura resistenziale, nel senso 'moralizzante' e 'individualizzante' prima detto, rispetto alla specificità dell'uso pubblico della Resistenza veicolato dai partiti, contribuisce a legare in profondità quel percorso storico di rifondazione «a un modo d'essere dell'identità italiana, anch'essa rara e difficile come quella soluzione stilistico-semanticamente: un eroe italiano serio, antiretorico, capace di lotta, di rischio e di sacrificio»[69].

Le opere prese in considerazione inducono quindi a riflettere in due sensi attorno alla scelta della partigianeria che molti si trovarono a compiere a ridosso dell'8 settembre 1943. Per un verso, sollecitando un'interrogazione sulla dimensione soggettiva ed esperienziale di quella scelta, sul valore delle contingenze che portarono i singoli a schierarsi con l'una o con l'altra parte. Per altro verso, emerge da quelle pagine il carattere della scelta partigiana come rifiuto di una condanna a vita al fascismo e come occasione di «riscatto/autopunizione per le colpe della propria generazione», una generazione per la quale, come affermava un proclama di *Giustizia e Libertà* dell'aprile '45, «non v'è congedo»[70].

Scrivono Meneghello: «ci pareva di sentire che perfino dietro la politica, la regina delle cose, ci sono forze oscure che lei non governa. Anche il fascismo è forse collegato con queste forze oscure. Il mondo è misterioso, e questo si sente molto di più quando si vive un pezzo in mezzo ai boschi»[71].

Attraverso il fuoco sulla componente morale e individualizzante, la letteratura meglio di ogni altra riflessione coglie quindi il peculiare tratto antistituzionale della cultura politica resistenziale ma, al tempo stesso, lo sublima, incanalandone la forza nella direzione di rifondazione degli orizzonti di valore e in quella nuova immagine dell'uomo (*Menschenbild*) che di lì a poco sarebbe stata alla base, tra le altre cose, del compromesso costituzionale.

Andando al di là della lettura comune della Resistenza come istanza di legittimazione delle forze politiche che hanno sorretto il paradigma antifascista, il contributo di moralità, forse anche di populismo, che si rintraccia in *Johnny*, nelle figure disperate del *Sentiero* o nell'io narrante de *I piccoli maestri*, ha rappresentato e rappresenta, trasfigurato nella rappresentazione letteraria, il polo in grado di alimentare e, al tempo stesso, di mettere in tensione, vivificandolo, quel percorso di istituzionalizzazione sfociato nella "Costituzione nata dalla Resistenza". Non fosse altro per l'irriducibilità della scelta che ha guidato i protagonisti, reali e letterari (ma forse la distinzione non ha senso), verso l'impegno resistenziale.

A un colonello fascista che gli chiede che faranno i partigiani dell'Italia *Johnny* risponde «[u]na cosa alquanto piccola ma del tutto seria»[72]. Altrettanto chiaramente traspare dalle pagine di questo autore come la vittoria partigiana, più che nel 'vincere' consistesse appunto nel 'resistere', nell'esserci, quando tutto avrebbe consigliato di sparire. Vincere vuol dire impedire al nemico di farti scomparire. All'incalzare dell'ufficiale, «[m]a ci sarà ancora un'Italia con voi?», il più celebre partigiano fenogliano ribatte: «Certamente. Un'altra Italia, un'Italia a modo nostro, ma sempre Italia. Per favore, non se ne preoccupi»[73]. E se anche è vero che, per usare le parole del calviniano Kim, «... basta un nulla, un passo falso, un impennamento dell'anima e ci si trova dall'altra parte, come Pelle, dalla brigata nera, a sparare con lo stesso furore, con lo stesso odio, contro gli uni o contro gli altri, fa lo stesso»[74], questo non fa altro che fare di quella scelta, della sua fragilità, il *plus* di moralità capace di offrire ancora oggi un significato legittimante a quel percorso di rifondazione.

La letteratura, considerata nella prospettiva del nuovo ordine che ne sarebbe venuto, rinsalda e illumina il valore di quella scelta, gli conferisce un valore legittimante perché la mette a valore proprio nella sua debolezza, nelle coordinate della sua fragilità. Viene alla mente, a questo riguardo, come anche nel parlare di diritto di resistenza non si possa non dare peso, oltre alla visione per certi versi "eroica" che ne ravvisa il fondamento nel principio di sovranità popolare, anche al momento del dilemma individuale e al dolore della scelta, a «quell'immane momento di solitudine dell'uomo di fronte al potere, in cui matura la perigliosa decisione di resistere. ... Prima che il popolo tutt'intero insorga, ciascuno si troverà, almeno per un momento, nell'angoscioso dubbio sul 'che fare'. Ed in questa fase i suoi atti isolati, pur orientati in base al principio di sovranità popolare, non ne costituiranno esercizio; saranno, invece, sul terreno giuridico, adempimento del dovere di fedeltà»[75].

Lo specifico portato, quindi, del discorso resistenziale si può apprezzare a partire dal modello di "uomo nuovo" che questo presenta al dibattito costituente più che non, nell'immediato, in una messa in discussione dell'idea di sovranità, che per i costituenti resta in larga parte legata alla tradizione liberal-costituzionale per cui il popolo è e resta il simbolo di legittimazione di un processo istituzionale che si esprime e si realizza nel Parlamento[76]. Ciò nonostante, resta il fatto che ad incidere su quest'idea della sovranità non sarà solamente la transizione dalla

piuttosto il legame vitale iscritto nell'art. 1 della Costituzione tra sovranità popolare e gli individui intesi come «determinanti immensamente differenti»[78], per i quali la realizzazione di un'effettiva libertà ed eguaglianza è tanto decisiva quanto la predisposizione di canali di partecipazione politica che vadano al di là del circuito partitico, *in primis* attraverso gli istituti referendari[79].

È inutile dire quanto questa dimensione, storicamente, faticosi ad essere rintracciata in positivo nei lavori dell'Assemblea costituente, se non altro per il fatto, ormai diventato un vero e proprio *topos* della storiografia costituzionale, che la Costituente lavora nell'assenza pressoché totale di una cultura istituzionale di tipo popolare o comunque espressiva di pressioni esercitate da settori dell'opinione pubblica che non fossero i partiti[80]. L'effetto, ben noto, è stato quello di una storiografia della fase costituente tutta "interna" ai lavori dell'Assemblea: lavori nei quali, come noto, il contributo di idee che viene dalla Resistenza e dall'antifascismo rimane sullo sfondo del dibattito. A parte l'assai modesto esito costituito dalla XII disp. trans., anche se connessa al rifiuto della proposta di Lucifero di connotare l'impianto costituzionale in senso "afascista", il contributo in questione si è manifestato soprattutto "per sottrazione", nel senso che il *fatto storico* della Resistenza ha reso superflue clausole volte a salvaguardare l'acquisizione irreversibile al terreno democratico del patrimonio costituzionale. Basti pensare al rifiuto di introdurre un articolo sul diritto di resistenza o di innestare sul tronco dell'art. 49 Cost. un impianto di democrazia protetta (il paragone è evidentemente, per entrambi i casi, con le vicende tedesche)[81].

Lungi dal ridurre questa dimensione *fattuale* della Resistenza ad un qualcosa di second'ordine rispetto ai "piani alti" della progettazione istituzionale, ci sembra invece che il contributo da rivalutare che viene dalla letteratura resistenziale sia anzi, al di là del formarsi e dell'esaurirsi del "paradigma antifascista", da vedersi nel bagaglio di idee e di cultura che cerca nuove strade per tenere insieme moralità e istituzioni, le storie degli uomini con la Storia.

Ciò non vuol dire che questo tentativo sia facile a realizzarsi, tutt'altro: perché se è vero, come scrive Calvino nel *Sentiero*, che «tutto deve esser logico, tutto si deve capire, nella storia come nella testa degli uomini» non può non riconoscersi che «tra l'una e l'altra resta un salto, una zona buia dove le ragioni collettive si fanno ragioni individuali, con mostruose deviazioni e impensati agganciamenti»[82].

* Il presente lavoro trae origine da una relazione presentata dagli autori al Convegno organizzato dal *Centro documentazione e ricerca Trentin* su *Resistenza e diritto pubblico*, svoltosi a Venezia il 30 maggio 2014, ed è destinato ai relativi Atti, in corso di pubblicazione nella collana *Carte, Studi e Opere*. Esso è frutto della riflessione e dell'elaborazione comune dei due autori. Con tutta la difficoltà di scindere in parti un testo concepito unitariamente, sono da attribuirsi a Gianluca Bascherini i parr. da 1 a 4, a Giorgio Repetto quelli da 5 a 8.

[1] Cit., in C. Pavone, *La continuità dello Stato. Istituzioni e uomini*, ora in Id.,

Stato, Bollati Boringhieri, Torino, 1995, p. 116.

[2] Basti qui ricordare gli scritti dedicati al tema da due maestri del diritto pubblico italiano del '900 quali V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, II ed., Cedam, Padova, 1970, pp. 119 ss. e M. S. Giannini, *La Repubblica sociale rispetto allo Stato italiano*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1951, pp. 330 ss.

[3] Rapporti tematizzati non solo *ex post*, ma anche in sede costituente. Per Aldo Moro, ad es. «la Costituzione deve avere un significato storico ed una particolare funzione storica. Su questa base di polemica antifascista sembra opportuno affermare la priorità e l'autonomia della persona di fronte allo Stato. Questo anche dal punto di vista della funzione educativa che deve esercitare la Costituzione», cit. in F. Bonini, *Storia costituzionale della Repubblica. Un profilo dal 1946 a oggi*, Carocci, Roma, 2007, p. 41.

[4] Oltre ai richiamati lavori di Crisafulli e Giannini si vedano ad es. L. Paladin, *Diritto costituzionale*, III ed., Cedam, Padova, 1998, pp. 91 ss.; i saggi raccolti in E. Cheli (a cura di), *La fondazione della Repubblica*, il Mulino, Bologna, 1979, P. Scoppola, *La repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico*, il Mulino, Bologna, 1997; M. Luciani, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Politica del diritto* 1991, 183 ss.; A. Baldassarre, *La costruzione del paradigma antifascista e la costituzione repubblicana*, in *Problemi del socialismo*, 7/1986, 11 ss.; P. Ridola, *L'esperienza costituente come problema storiografico: bilancio di un cinquantennio*, in *Quaderni costituzionali*, 1998, pp. 241 ss.

[5] V. ad es. S. Luzzatto, *La crisi dell'antifascismo*, Einaudi, Torino, 2004.

[6] Così S. Luzzatto, *La crisi dell'antifascismo*, cit., p. 33.

[7] A. Baldassarre, *La costruzione del paradigma antifascista*, cit., pp. 16 ss.

[8] Così A. A. Cervati, *Educazione giuridica e studio della letteratura*, in *Ritorno al diritto. i valori della convivenza*, 4/2006, pp. 17 ss. Sul contributo che uno studio attento ai rapporti tra diritto e letteratura può offrire alla formazione del giurista insiste da tempo François Ost, del quale si veda, tra i più recenti lavori, *Penser par cas: la littérature comme laboratoire expérimental de la démarche juridique*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2014, pp. 99 ss.

[9] Il richiamo, per tutti, è all'insegnamento e ai lavori di Riccardo Orestano.

[10] Si veda a questo riguardo F. Cerrone, *Perché la letteratura è perturbante per il giurista?*, in *Ritorno al diritto*, cit., pp. 37 ss.

[11] Così A. Vespaziani, *Law and Literature: l'umanizzazione del giurista*, ora in Id., *Costituzione, comparazione, narrazione. Saggi di diritto e letteratura*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 11.

[12] Per una (cauta) rivalutazione della storia che “avrebbe potuto avvenire” v. L. Paladin, *La questione del metodo nella storia costituzionale*, in Id., *Saggi di*

[13] C. Pavone, *Una guerra civile. Saggio storico sulla moralità della Resistenza*, Bollati Boringhieri, Torino, rist. 2000, p. XVIII.

[14] Così A. Asor Rosa, *L'epopea tragica di un popolo non guerriero*, in *Storia d'Italia. Annali. 18 Guerra e pace*, Einaudi, Torino, 2002, p. 906.

[15] Emblematico quanto C. Pavone scrive nella *Prefazione* di *Alle origini della Repubblica*, cit., p. XXII: «ancora oggi mi sembra che la questione più difficile sia comprendere se e come la moralità, le idee, la cultura informino di sé le istituzioni e se e come queste ne tengano conto, soprattutto quando vogliono essere buone e vitali».

[16] È questa la critica che A. Asor Rosa, *Scrittori e popolo. Il populismo nella letteratura italiana contemporanea (1964-5)*, 2. ed., Einaudi, Torino, 1988, pp. 137 ss. muove ad es. a *Uomini e no* di Vittorini. Secondo Asor Rosa, infatti, se *Uomini e no* ha il pregio di essere uno dei pochi testi letterari che racconta la lotta operaia al fascismo è anche vero che questo romanzo non sfugge a un populismo che porta il romanzo a convergere su alcuni temi: «libertà, giustizia, solidarietà nazionale contro l'oppressore straniero, sentimento confuso ma ardente di speranza e d'attesa». Una letteratura, dunque, che non produce capolavori, perché opera su «scoperte già compiute» ed è «manifestazione epigonica di una cultura, che aveva i suoi miti già formati, una sua simbologia, e una serie di modelli troppo facilmente imitabili». Quei «giovani letterati, usciti dall'esperienza partigiana, ripet[er]o nelle grandi linee una lezione appresa da altri» (240 s.).

[17] G. Filippetta, *Referendum abrogativo e riserva di sovranità: una rilettura*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 2058.

[18] Fenoglio intitolerà “racconti della guerra civile” l'insieme dei racconti dai quali saranno tratti i testi che andranno a comporre la raccolta *I ventitré giorni della città di Alba*. Sull'importanza che Fenoglio annette a questi racconti e alla loro intitolazione cfr. L. Bufano, *Le scelte* cit., p. VI.

[19] *L'Unità* ad es. stroncherà ripetutamente alla sua uscita *I ventitré giorni della città di Alba*. Cfr. L. Bufano, *Le scelte di Fenoglio*, in B. Fenoglio, *Tutti i racconti* (a cura dello stesso Bufano), Einaudi, Torino, 2007, p. XIX.

[20] B. Fenoglio, *Il partigiano Johnny*, Einaudi, Torino, 1968, p. 154.

[21] Così Fenoglio in un raro commento autobiografico in E. F. Accrocca (a cura di), *Ritratti su misura di scrittori italiani*, Venezia, Sodalizio del libro, 1960, p. 181.

[22] B. Fenoglio, *Il partigiano Johnny*, cit., p. 71.

[23] Sul moderatismo del carattere italiano, cfr. G. Bollati, *L'italiano. Il carattere nazionale come storia e come invenzione*, Einaudi, Torino, 2011, spec. pp. 35 ss.

[24] V, sulla crisi del giuramento, C. Pavone, *La continuità dello Stato*, cit., p. 79, per il quale «fra le lezioni morali della resistenza la messa in mora del

situazione che è alla base del più valido comportamento resistenziale».

[25] Si veda ad es. il brano sul “lo schifo visto a Roma” e “la scelta di salire sul camion” (B. Fenoglio, *Primavera di bellezza*, Torino, Einaudi, 1985, p. 140).

«– Allievo ufficiale? – domandò subito il tenente.

– Sì. –

– Ti unisci a noi per purgarti dello schifo generale che è stato in Italia? –

– Io ho visto Roma e laggiù è stato uno schifo, – ammise Johnny.

– Scommetto che di tedeschi ne abbiamo uccisi più noi a B...bourg che non tutta la guarnigione di Roma. –

– Bastava ci dessero l'ordine, eravamo talmente pronti a farci ammazzare. –

– Già, – disse il tenente Geo, – ma bisognava farsi ammazzare anche senza l'ordine. –

– È per questo che salgo sul suo camion, tenente».

[26] Cfr. E. Malato, *Storia della letteratura italiana. Vol. IX, parte II*, ed. Salerno, Roma, 2000, pp. 760 s.

[27] L. Bufano, *Le scelte*, cit., XXIV.

[28] B. Fenoglio, *I ventitré giorni della città di Alba*, in Id., *Tutti i racconti*, cit., p. 6.

[29] «Bianco tirò due boccate una dietro l'altra e poi disse – stasera andiamo da uno che è stato fascista ...

– Ho già capito tutto

[...]

– Sentiamo un po' cos'hai capito.

– Che stasera andiamo su e gli prendiamo un po' di soldi per perdonargli il suo fascismo.

– Sì, però noi glielo perdoneremo a rate, capisci?» - B. Fenoglio, *La paga del sabato*, Einaudi, Torino, 1969, 39 s.

[30] P. Calamandrei, *Cenni sulla Costituente e i suoi lavori (1950)*, in *Scritti e discorsi politici*, II, *Discorsi parlamentari e politica costituzionale*, a cura di Norberto Bobbio, La Nuova Italia, Firenze, 1966, p. 461.

[31] Un conflitto forse sottovalutato durante la Resistenza, che fece eccessivo affidamento su una raggiunta omogeneità della società italiana quale base del nuovo pluralismo. Cfr. C. Pavone, *Autonomie locali*, cit., 65.

[32] C. Pavone *Una guerra civile*, cit., p. 418. Sul tema della violenza nell'opera

italiana, Torino, Einaudi, 1976, 162 ss.

[33] «Ma che gente siamo noi italiani? Siamo in una guerra in cui si può far del male a tutti, si deve far del male a tutti, e noi ce lo facciamo soltanto tra noi». B. Fenoglio, *Golia*, in Id., *Tutti i racconti*, cit., p. 127.

[34] M. Weber, *Economia e società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1980, III, p.122 e *passim*.

[35] Sul tema, che sintetizza emblematicamente non poche contraddizioni caratterizzanti la transizione dal fascismo alla repubblica, v. ad es. C. Pavone, *La continuità dello Stato*, cit., pp. 140 ss.; H. Woller, *I conti con il fascismo. L'epurazione in Italia 1943-1948*, il Mulino, Bologna, 1998, 193 ss. Per un inquadramento della vicenda all'interno delle problematiche che essa solleva nella prospettiva della continuità dello Stato e della conservazione degli apparati dell'amministrazione, ci si limita qui a segnalare i lavori di G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana*, il Mulino, Bologna, 1996, 425 ss.; S. Cassese, *Il sistema amministrativo italiano*, il Mulino, Bologna, 1983, 45 ss.; M.S. Giannini, *L'epurazione del secondo dopoguerra*, in Id., *Scritti giuridici*, X, Giuffrè, Milano, 2008, 283 ss. Si veda inoltre di recente A. Cassatella, *Oltre lo Stato fascista? Aspetti giuridici dei procedimenti di epurazione*, in corso di pubblicazione negli atti del convegno *Resistenza e diritto pubblico*.

[36] Cfr. A. Bendotti, *La guerra partigiana*, in *Storia d'Italia. Annali. 18 Guerra e pace*, cit., p. 736.

[37] G. Pintor, *Doppio diario*, Torino, Einaudi, 1978, p. 120.

[38] B. Fenoglio, *Una questione privata*, Einaudi, Torino, 2006, p. 81.

[39] I. Calvino, *Prefazione* (1964) a *Il sentiero*, cit., p. 24.

[40] I. Calvino, *Il sentiero dei nidi di ragno* (1947), Mondadori, Milano, 1993, p. 4.

[41] Op. ult. cit., p. 9.

[42] Op. ult. cit., p. 16.

[43] C. Pavone, *Una guerra civile*, cit., pp. 51 ss.

[44] I. Calvino, *Presentazione* (1964) a *Il sentiero*, cit., p. IV.

[45] *Ricordo di Giaime Pintor*, in Id., *Scritti civili*, Einaudi, Torino, 1995, p. 334.

[46] L. Meneghello, *I piccoli maestri* (1976), BUR, Milano, 2006, p. 178.

[47] C. Pavone, *Le idee della Resistenza. Antifascisti e fascisti di fronte alla tradizione del Risorgimento*, in Id., *Alle origini della Repubblica*, pp. 50 ss. Più di recente in argomento v. anche C. De Fiores, *Le idee costituzionali della nazione tra primo e secondo Risorgimento*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2010.

[48] Il punto è stato esplorato, secondo prospettive e con esiti diversi, talvolta

osserva criticamente che «sottolineare il significato decisivo dell'aspetto genericamente antifascista della lotta significa mettere in secondo piano - o per lo meno rinviare *sine die* - la qualificazione classista di tutta la posizione di sinistra. *Mai come in questo momento è evidente che stalinismo e riformismo si dànno la mano*» (cors. agg.). Tornando successivamente sull'argomento, l'A. nota «che il punto di vista 'letterario', che più fecondamente rilegge la Resistenza, è quello che ne scorge e riflette il carattere di 'rivoluzione nazionale', non quello che la pensa come un momento di passaggio nel lungo cammino della 'rivoluzione proletaria mondiale'» (Id., *L'epopea tragica di un popolo non guerriero*, cit., p. 916).

[49] Come noto, l'espressione è di A. Moro, Intervento del 13 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati-Segretariato Generale, vol. VI, Roma, 1976, p. 369.

[50] È la linea ricostruttiva di P. Costa, *Cittadinanza e "simboli di fondazione": una lettura del processo costituente in Italia (1946-1947)*, in M. Fioravanti e S. Guerrieri, *La Costituzione italiana*, Carocci, Roma, 1999, pp. 105 ss.

[51] L. Meneghelli, *I piccoli maestri*, cit., pp. 33 s.

[52] Op. ult. cit., p. 42.

[53] C. Levi, *L'orologio* (1950), Einaudi, Torino, 1989, pp. 93-4. Sul continuismo degli apparati statali v. G. E. Rusconi, *Resistenza e postfascismo*, il Mulino, Bologna, 1995, pp. 151-2, che evidenzia la debolezza del richiamo effettuato in quegli anni dalle forze di sinistra ad un antifascismo "trasfigurato a somma e sintesi di tutte le virtù non solo democratiche ma virtualmente socialiste".

[54] Tra le riflessioni sul tema v. ad es. M. Legnani, *Politica e amministrazione nelle repubbliche partigiane*, Istituto nazionale per la storia del movimento di liberazione, Milano s.d., pp. 50 ss.; sulle diverse componenti dell'ideale autonomistico v. C. Pavone, *Autonomie locali e decentramento nella Resistenza*, in M. Legnani (a cura di), *Regioni e Stato dalla Resistenza alla Costituzione*, il Mulino, Bologna, 1975, pp. 49 ss.; G. Grassi e M. Legnani, *Il governo dei CLN*, in *ivi*, 69 ss.

[55] Su cui ancora efficaci le lucide pagine di G. Quazza, *Resistenza e storia d'Italia. Problemi e ipotesi di ricerca*, Feltrinelli, Milano, 1976, pp. 209 ss. In argomento v. anche G.E. Rusconi, *Resistenza e postfascismo*, cit., p. 154.

[56] Altre note questioni peraltro concorrono a spiegare la distanza tra le visioni resistenziali dell'autonomismo e le traduzioni costituenti di tale idea, a partire dai fermenti separatisti alle periferie del Paese, dal diseguale sviluppo, politico economico, sociale e civile del Paese e dal fatto che «[n]ella parte d'Italia che [...] non aveva conosciuto la Resistenza, il regionalismo assumeva altre forme» - così L. Valiani, *Considerazioni sul tema della riforma dello Stato nelle lotte politiche del primo dopoguerra*, in M. Legnani (a cura di), *Regioni e Stato*, cit., p. 332. Si veda inoltre su tali questioni F. Calasso, *La Costituente: politica della*

rispettivamente il 7 ed il 21 settembre 1946, ora in Id., *Cronache politiche di uno storico (1944-1948)*, La Nuova Italia, Firenze, 1975, pp. 179 ss e 185 ss. A ciò si aggiunge che l'autonomismo partigiano voleva marcare uno scarto netto con il principio autoritario di concentrazione della sovranità caratterizzante lo statualismo liberale e ancor più fascista, e che in esso convergono tentativi di costruzione di nuovi modelli di sviluppo economico e istanze di razionalizzazione del potere orientate ad un ripensamento non solo della forma di Stato, ma anche della forma di governo e dei meccanismi di rappresentanza politica. Un autonomismo ampio e sfaccettato quello resistenziale, che trova nel federalismo giellista di Emilio Lussu e Silvio Trentin (per il quale l'autonomia è «reagente dissolutore della vecchia compagine statale e fermento generatore della nuova disciplina della vita collettiva» - *L'abdicazione della Francia o la fine di un mondo – Note di un sopravvissuto*, in Id., *Scritti inediti. Testimonianze e studi*, Guanda, Parma, 1972, p. 185) la sua sintesi più rappresentativa e più avanzata. Tutt'altre prospettive e visioni caratterizzeranno la riflessione costituente in materia di autonomia. Chiaramente orientata nel senso della continuità dello Stato e depurata delle potenzialità trasformative della stessa rappresentanza e democrazia, le regioni e gli enti locali che prenderanno forma in quella riflessione si caratterizzeranno per un impasto di istituzionalismo romaniano e organicismo sturziano e per la loro natura difensiva e garantista, natura che a sua volta aiuta a comprendere i ritardi nell'attuazione dell'istituto regione. Per una raccolta di testi espressione dei vari orientamenti caratterizzanti il pensiero italiano in tema di autonomia v. C. Petraccone (a cura di), *Federalismo e autonomia in Italia dall'Unità a oggi*; Laterza, Roma-Bari, 2003. Sui rapporti tra autonomismo resistenziale e autonomismo costituente, v. almeno E. Rotelli, *L'avvento della regione in Italia. Dalla caduta del regime fascista alla costituzione repubblicana*, Giuffrè, Milano, 1967; M. Luciani, *Unità nazionale e principio autonomistico alle origini della Costituzione* e M. Carducci, *Il regionalismo come «idea costituzionale» della Resistenza italiana*, entrambi in C. Franceschini, S. Guerrieri e G. Monina (a cura di), *Le idee costituzionali della Resistenza. atti del Convegno di studi. Roma 19, 20 e 21 ottobre 1995*, Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, 1997, risp. pp. 73 ss. e pp. 129 ss.

[57] Op. cit., p. 212.

[58] In argomento v. anche C. Pinelli, *Comitati di liberazione nazionale*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1988 ora in Id., *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti 1985-2011*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 8, secondo cui «dell'esperienza istituzionale del CLN del Nord può cogliersi la incipiente tendenza dei partiti a risolvere il problema della democrazia in termini di rappresentanza politica, sottovalutando il profilo dell'organizzazione». Sull'esercizio di funzioni pubbliche da parte dei CLN v. ora U. Allegretti, *Storia costituzionale italiana. Popolo e istituzioni*, il Mulino, Bologna, 2014, p. 109.

[59] «Gli uscieri che mi accolsero all'ingresso e mi accompagnarono per scale, scalette e interminabili corridoi, avevano un'aria stranamente allegra [...] le facce distese di chi si è tolto un gran peso dal cuore: essi sentivano che era

parevano di un'altra razza, penetravano in quella loro casa; [...] che quel Palazzo, che aveva resistito imperturbabile a tante bufere, sarebbe finalmente tornato in loro possesso [...] Non avrebbero più dovuto trepidare al pensiero di folli riforme, di insensati cambiamenti, di crudeli epurazioni, di ridicole pretese d'efficienza [...] Del resto, questi barbari non avevano fatto grandi rovine: le avevano soltanto, timidamente, minacciate. Il Palazzo era rimasto quello che era sempre stato»: C. Levi, *L'orologio*, cit., p. 166.

[60] I. Calvino, *La giornata d'uno scrutatore*, in Id., *Romanzi e racconti*, vol. 2, Mondadori, Milano, 1994, p. 16.

[61] *I piccoli maestri*, cit., p. 17.

[62] Op. ult. cit., p. 75.

[63] *Scrittori e popolo*, cit., p. 160.

[64] Op. ult. cit., p. 162.

[65] Marra (G. Pajetta), *Conquista della democrazia*, in *Risorgimento*, n. 2, maggio 1945, pp. 100 ss.

[66] C. Pavone, *La continuità dello Stato*, cit., p. 82.

[67] Su questa prospettiva, per più ampi ragguagli, v. P. Costa, *Cittadinanza e "simboli di fondazione"*, cit., p. 128.

[68] Per una rassegna critica dei relativi problemi rinviamo a S. Luzzatto, *La crisi dell'antifascismo*, cit.

[69] A. Asor Rosa, *L'epopea tragica*, cit., p. 917.

[70] Per le due citazioni, v. ancora C. Pavone *Una guerra civile*, cit., risp. p. 28 e p. 583.

[71] *I piccoli maestri*, cit., p. 105. Sulla stessa scia, ci sembra emblematico quanto riferito da Calvino nell'intervista condotta nel 1973 da Ferdinando Camon (in I. Calvino, *Colloquio con Ferdinando Camon*, in *Saggi*, vol. II, Milano, Mondadori, 1995, p. 2778):

«Camon: - ... Se lei oggi volesse rimettersi a raccontare della guerra partigiana, come ne scriverebbe?

Calvino: - ... Credo che se riprendessi quella materia, se riuscissi a rimetterla a fuoco nella memoria, ecco, sarebbe a livello non macroscopico, ma quasi microscopico, una situazione, un episodio minimo, un momento tra la vita e la morte ... certe cose sulla vita partigiana nessuno le ha mai dette ... nessuno ha mai scritto un racconto che sia anche la storia del sangue nelle vene, delle sostanze nell'organismo, dell'alimentazione».

[72] B. Fenoglio, *Il partigiano Johnny*, p. 182.

[73] *Ibidem*.

[75] A. Cerri, *Resistenza (diritto di)*, in *Enc. giur.*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, s.v., p. 7.

[76] M. Fioravanti, *Sovranità e forma di governo*, in *La Costituzione italiana*, cit., 39 ss.

[77] Del resto già preconizzata in Assemblea Costituente, innanzi tutto da L. Basso, Interventi del 20 novembre 1946, in *La Costituzione della Repubblica*, cit., p. 709.

[78] L'espressione è di Luigi Rossi e viene citata in V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione* (1954), da ultimo in Id., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 145.

[79] Richiama polemicamente entrambe questi aspetti, in piena temperie di inattuazione costituzionale, proprio V. Crisafulli, *La sovranità popolare*, cit., pp. 145-6. Una interessante rilettura recente del rapporto tra *referendum* e esperienza resistenziale è quella avviata da G. Filippetta, *Referendum abrogativo*, cit., pp. 2056 ss.

[80] Per tutti v. E. Cheli, *Il problema storico della Costituente*, in Id., *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, il Mulino, Bologna, 1978, pp. 21 ss.

[81] Per questa lettura v. M. Luciani, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 193, cui cfr. la posizione di P. Costa (*Cittadinanza e "simboli di fondazione"*, cit., p. 107), secondo il quale "la retorica antifascista non offriva soltanto un simbolo di identità per 'negazione', ma suggeriva, in termini 'positivi', un'idea di fondo, il nucleo di un possibile progetto comune".

[82] Op. cit., p. 107.

LA FORZA DELLE IDEE

Storia costituzionale e autobiografia della Nazione

di GAETANO AZZARTI

Professore ordinario di Diritto costituzionale - Università "Sapienza" di Roma

Sommario: 1. Come si fa la storia del diritto e a cosa serve. - 2. Società e diritto: un rompicapo. - 3. Ciò che tiene unita una nazione: il "credo". - 4. Ciò che disgrega una nazione: il particolarismo e l'assenza di una "classe dirigente" nazionale. - 5. La responsabilità degli intellettuali italiani. - 6. il ruolo dei giuristi. - 7. L'unità surrogata: affidarsi al capo. - 8. Il fascismo degli italiani. - 9. La costituzione politica e l'individualismo sociale. - 10. La classe dirigente collettiva: i partiti politici. - 11. La crisi istituzionale attuale e le diverse società. - 12. Una forza di cambiamento collettiva in nome della costituzione. - 13. *L'energia* come surrogato della politica. - 14. E la globalizzazione?

1. Come si fa la storia del diritto e a cosa serve

Nell' *Apologia della storia o mestiere di storico* (trad. it. Torino, Einaudi, 1981, p. 54) Marc Bloch scrive: "L'incomprensione del presente nasce fatalmente dall'ignoranza del passato. Forse però non è meno vano affaticarsi a comprendere il passato, ove nulla si sappia del presente". Se questo vale per la storia in generale, tanto più è vero per la storia costituzionale. Soprattutto in tempi di crisi, quando si avverte forte l'esigenza di tornare alle questioni di fondo della propria disciplina, per ricercarne il significato che la storia ha voluto assegnare ad esse. Volgersi al passato, dunque, per comprendere il presente.

Ed è proprio quest'esigenza di guardare indietro per decifrare meglio la realtà

utilizzato. È essenziale evitare un "uso" distorto o consolatorio della storia. V'è il rischio, infatti, che si finisca tra le braccia del determinismo storico: "non poteva che andare così"; ovvero, simmetricamente, si elabori una storia solo virtuale, di natura controfattuale: "la storia fatta con i se". Ma altrettanto pericoloso è perdersi in una visione puramente nostalgica, che idealizza la storia di fronte all'incomprensione del presente: il passato che è alle nostre spalle interpretato come una mitica età dell'oro dinanzi alla quale non rimane che farsi *laudator temporis acti*. In fondo, un atteggiamento speculare a quello tenuto da tanti che raccontano di un tempo passato necessariamente freno del presente, origine di tutti i mali e delle arretratezze odierne: una storia da cui è necessario prendere le distanze se si vuole affermare il "nuovo". In questo caso, in realtà, lo studio del passato appare strumentale, utile al solo fine di condannare la memoria collettiva, ricercare le colpe di persone, gruppi o ideologie, esaltando al contempo la bellezza del futuro e la propria capacità di interpretarlo senza farsi frenare dall'inutile peso della storia. Una storia da cancellare, una *damnatio memoriae* collettiva e senza appello.

Non basta, dunque, interrogarsi sul passato per comprendere il presente, è necessario saperlo fare con equilibrio, evitando le tante tentazioni che si sono qui riassunte.

Vi è poi un altro rischio corso da molte indagini storiche: quello di limitarsi a considerare le idee ("storia delle idee") ovvero leggere il passato in chiave ideologica ("ideologia della storia"). Entrambi gli approcci sono legittimi, s'intende, e fanno parte integrante degli studi storici. Il carattere di questo genere di analisi, però, appare normalmente più utile alla critica del passato che non alla comprensione del presente. Almeno se – e fin tanto che – non si confrontano con il "contesto" sociale del tempo trascorso e quello diverso del tempo presente.

Proprio la tendenza a *non* confrontarsi con la vita reale è uno tra i maggiori limiti delle riflessioni dei giuristi. L' "autonomia del diritto" intesa come separatezza rispetto al sociale, la ricerca della "purezza" delle norme che si autoqualificano, che devono essere indagate in sé, tenute ben staccate da tutto ciò che le è estraneo (la dimensione sociale in primo luogo), la volontà di imporre la forza del diritto mediante decisioni che conformano i rapporti sociali senza che questi possano condizionarla, sono tutti atteggiamenti che hanno dominato a lungo il metodo d'analisi dei giuristi, anche nelle loro riflessioni volte al passato. Non è vero però – come troppo spesso si va maldestramente a denunciare – che tutte le scuole di pensiero giuridico siano condannate all'autoreferenzialità, incapaci di andare oltre la dimensione propriamente giuridica. C'è, invece, chi proprio sulla "insufficienza" del diritto ha costruito la propria riflessione, ritenendo che al giurista spettasse "mette[re] in evidenza qualche altro aspetto del diritto, più fondamentale e, soprattutto, antecedente, sia per le esigenze logiche del concetto sia per l'esatta valutazione della realtà in cui il diritto si estrinseca" (Santi Romano, *L'ordinamento giuridico* (1918), III ed., Firenze, Sansoni, 1977, p. 5). Ma poi, che il diritto – soprattutto nel momento della riflessione storica su di esso - dovesse ricomprendere l'intera esperienza giuridica, da intendersi come l'unione di tre "mondi" , quello "dei comportamenti umani", quello "delle norme" e quello "delle attività di

(Riccardo Orestano, *"Diritto". Incontri e scontri*, Bologna, il Mulino, 1981, p. 505), rappresenta una lezione dalla quale ci siamo allontanati nei tempi più recenti, con non giustificabile disinvoltura e distrazione.

Per chi volesse tornare a riflettere sul diritto, guardando al passato per comprendere il presente, si dovrebbe iniziare da qui, da questa lezione di metodo dimenticata.

Vero è che non basta un "metodo" per fornire un "risultato", tanto più se il metodo prescelto non ha una natura dogmatica e dunque può essere espressione di molteplici impieghi. Quel che forse oggi solo può dirsi è che v'è bisogno di far tornare il diritto alla vita concreta delle persone, contrastando la tendenza all'astrazione che molti giuristi rivendicano come l'essenza del proprio specialismo. Combattendo, altresì, l'opposta pulsione di far perdere al diritto ogni suo specifico ruolo entro la società, consegnando tanto le norme (invertite) quanto l'attività di riflessione (anomica) al "mondo" dei comportamenti umani (indeterminati). Definire l'intreccio tra società e diritto, riannodare il dialogo tra passato e presente: è questa la sfida alla quale siamo chiamati.

2. Società e diritto: un rompicapo

Una tensione in questa direzione mi sembra al centro dell'ultima riflessione di Umberto Allegretti, certamente non nuovo allo studio della storia costituzionale italiana, ma il cui percorso appare significativo. Se, infatti, le sue riflessioni precedenti – che sono culminate con la pubblicazione del noto *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello Stato liberale* (Bologna, il Mulino, 1989) – erano ascrivibili al genere "storia delle idee", dunque, essenzialmente rivolte a esaminare il carattere ("debole, limitato") del modello ideologico di Stato liberale italiano, nei suoi più recenti scritti è evidente la tendenza a proiettare le sue riflessioni oltre le idee, nel mondo del presente. Con il suo ultimo lavoro (*Storia costituzionale italiana. Popolo e istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2014) l'indagine storica assume un tono integralmente sociale, più attento al "quotidiano" che non alle "istituzioni". Non che i due momenti siano interpretati come separati (tant'è che l'autore scrive di volersi occupare delle "istituzioni del quotidiano"), ma l'impressione è che sia netta l'inversione operata. Non più predominio delle idee, della dogmatica, della legislazione, della giurisprudenza, del potere costituito. Su tutto questo – per spiegare l'evoluzione delle istituzioni giuridiche – c'è la complessità del vivere che dà forma e sostanza all'ordinamento giuridico, alle istituzioni, al diritto, alla costituzione stessa. Un bel passo avanti rispetto all'autoreferenzialità del giuridico, in direzione di un recupero di quella tradizione che – come s'è detto – sull'insufficienza del momento puramente normativo ha costruito la propria riflessione.

La rotta indicata non è priva di pericoli. Il principale può essere subito richiamato: che si finisca per rimanere abbagliati proprio dall'oggetto d'indagine che s'è scelto di privilegiare. Lo studio minuto del quotidiano che fa perdere di vista non solo l'insieme, ma anche lo specifico istituzionale. Può apparire

tar dimenticare la specificità del diritto. Con un moto opposto ma egualmente unilaterale rispetto a quello criticato dell'*assolutismo normativo*, al quale non deve contrapporsi un *assolutismo sociale*. Il nodo – l'eterno rompicapo del giurista – è nel *rapporto* tra l'uno e l'altro, tra società e diritto. "L'esatta valutazione della realtà" cui ci invita Santi Romano, ad esempio, non può cadere nell'esaltazione del "fatto", ma deve definirsi come espressione del momento istituzionale (dell'ordinamento inteso come istituzione), così come l'esperienza giuridica deve essere intesa come insieme di norme, comportamenti e riflessioni, non potendo scindersi l'un momento dall'altro. Ebbene è proprio quest'equilibrio instabile (tra fatto e diritto, tra i momenti diversi che costituiscono gli ordinamenti sociali e giuridici) che non si riesce più a individuare, oscillando pericolosamente tra riflessioni troppo assorbite nel sociale ovvero integralmente chiuse nel diritto. Se il secondo è il rischio solitamente corso, lo studio di Allegretti si espone al primo. Più avanti daremo degli esempi concreti di questa sovraesposizione sociale, ma vediamo prima di chiarire meglio dove conduce l'approccio socio-centrico di Allegretti.

3. Ciò che tiene unita una nazione: il "credo"

La prospettiva indicata, anzitutto, porta ad abbracciare una *filosofia*. La "filosofia del senso comune", come egli si esprime. Ciò che in questo caso si vuole sottolineare è l'importanza del momento culturale, ma non della cultura intesa in termini tradizionalmente dottrinari o teorici, bensì quella della "gente comune", fatta di memoria, di immaginario, soprattutto di credenze. Non solo, però, un senso comune, ma una vera e propria filosofia, una complessiva visione antropologica. Ed in effetti, quel che emerge alla lettura di questa *Storia costituzionale italiana* è una vera e propria "autobiografia della Nazione".

Non sembri irriverente utilizzare la stessa formula con la quale Piero Gobetti definì il fascismo, poiché il parallelo appare invece assolutamente appropriato. L'intellettuale torinese, com'è noto, si oppose alla ricostruzione consolatoria – dominante nella cultura liberale del tempo – che qualificava il nuovo regime come una malattia morale, lontano dalle caratteristiche intrinseche di "noi" come popolo, "noi" come nazione; secondo Gobetti, invece, era proprio la stretta correlazione tra i caratteri profondo degli italiani e il regime fascista che poteva spiegare non solo la nascita, ma anche il diffuso sostegno alla degenerazione istituzionale. Entro questa stessa prospettiva - che guarda alla società senza mitizzarne il ruolo o idealizzarne i tratti – mi sembra si muova anche l'analisi di Allegretti che spiega, motiva e conforma i diversi passaggi della storia costituzionale italiana in ragione dell'antropologia del suo popolo.

Ma può parlarsi di una società, un'istituzione, una costituzione in modo unitario? Esiste un'unica visione delle nazione? Il punto è assai delicato e – a ben vedere – non vi è neppure un'unica risposta possibile. Così può sempre rilevarsi l'esistenza di un pluralismo sociale che divide – a volte frantuma - le diverse società che operano in un dato ordinamento, dentro una nazione, un territorio, un tempo, uno spazio; come anche all'interno di una stessa "società" non deve escludersi il conflitto tra i diversi soggetti in essa operanti, che rendono

agglomerato sociale. Deve, inoltre, distinguersi tra le diverse istituzioni di uno stesso ordinamento politico e sbagliato sarebbe uniformare la dinamica politica che connota i rapporti tra istituzioni. Infine, la stessa costituzione può essere diversamente interpretata e non può essere esentata dalle trasformazioni sociali e dall'atteggiamento delle forze politiche, sociali e culturali. La nostra esperienza repubblicana, in fondo, appare in tal senso sintomatica: passata dalle visioni costituzionali più espansive dominanti nel primo trentennio a quelle più svalutative del quarantennio successivo.

Non esiste dunque un'unica società, una sola dimensione istituzionale, una originaria costituzione. Ciò non toglie però che esiste una *visione dominante*. Sicché può ben dirsi – sotto un diverso punto di vista – quali siano i caratteri profondi di una società, delle istituzioni e della costituzione; quali siano, in sostanza, i tratti prevalenti di un determinato periodo storico.

Allegretti pone in risalto un particolare elemento di questo complesso mosaico: ciò che unisce e dà forma alle diverse fasi della nostra storia costituzionale è un "credo". La storia, la memoria, l'immaginazione producono una specifica *credenza*, ovvero una fedeltà agli ideali promossi in una determinata fase storica. È questo che tiene unita una nazione e si pone a fondamento degli stati. Ed è in base a questa indicazione che si possono individuare tre distinte fasi nella storia costituzionale italiana. Tre fasi che coincidono con quelle più tradizionali: la liberale, quella fascista, quella repubblicana. Ma che nella prospettiva che stiamo esaminando sono sostenute dai tre differenti fedi (più laicamente noi diremo - sulla scia di Thomas Kuhn - tre *paradigmi generali*, intesi come diverse "costellazioni di credenze condivise da un gruppo"). "Questo credo – scrive opportunamente l'autore – può essere nei singoli casi limitato o addirittura inaccettabile: così è stato in Italia, lo vedremo, rispettivamente, nello Stato liberale e in quello fascista; e può essere valido e positivo, ed è quello che possiamo chiamare, per la terza fase attraversata dal nostro paese, il credo repubblicano". Ma ciò non toglie che "ogni costituzione riposa su un 'credo', espressione che ci pare condensi bene il sistema ragione-passione che sostiene la vita costituzionale". Il credo dunque unisce un popolo e dà forza alle costituzioni. Ma cos'è che li divide e indebolisce?

4. Ciò che disgrega una nazione: il particolarismo e l'assenza di una "classe dirigente" nazionale

Se il "credo" è ciò che unisce, il "particolarismo" è ciò che divide. Ed in effetti il *particolare* può ben essere inteso come il rifiuto di ogni credenza in comune, l'agire per esclusivo tornaconto personale, l'abbandono di ogni dimensione pubblica, il dominio della volontà e dell'interesse del singolo. Non ci si può però abbandonare al particolare, ed anzi tutti gli anticorpi espressi dalla socialità sono tesi a far prevalere le ragioni sovraindividuali, la "volontà generale", l'interesse pubblico su quello unicamente personale. In fondo la costituzione stessa può essere intesa come la massima espressione del superamento dell'individualismo e dell'introversione solipsistica. È nella costituzione, infatti, che sono espressi i principi generali da tutti condivisi e che legittima lo stare

Vero è però che non basta una costituzione per determinare il passaggio dal particolare al generale. C'è bisogno di un fattore che renda possibile – in via di fatto – il passaggio dell'uno al molteplice. Dal particolarismo al credo, per dirla con Allegretti. È questo il compito della “classe dirigente” di un paese.

Ed è qui che si incontra il punto morto (ben più di una semplice “debolezza”) della storia costituzionale italiana. Proprio all'incrocio tra credo, particolarismo e classe dirigente nazionale. Quel che contrassegna, infatti, la storia patria (l'autobiografia della Nazione) è l'individualismo come carattere degli italiani da un lato, e l'assenza di una classe dirigente nazionale dall'altro. L'uno e l'altro aspetto – in perversa sintonia tra loro – hanno compromesso, in tutte le diverse fasi della storia d'Italia, il suo sviluppo istituzionale, non sostenendo, ma anzi minando con continuità, il credo.

Non penso ci sia bisogno di dimostrare che i due elementi disgregativi ora richiamati abbiano in effetti contrassegnato il nostro sviluppo storico. Sul *carattere* degli italiani e il loro individualismo hanno scritto pagine intense molti tra gli intellettuali più attenti alla nostra storia: da Francesco Guicciardini, passando per Giacomo Leopardi, arrivando al meno poetico Giuseppe Galasso. Sulla mancanza di una classe dirigente, a fronte di una vocazione cosmopolitica degli intellettuali italiani, basta richiamare l'insuperata analisi gramsciana. Non è dunque sui presupposti che deve svolgersi il seguito della nostra analisi, che possiamo dare per accertati, ma è sul ruolo che questi hanno effettivamente esercitato nel corso del tempo e in funzione di disgregazione del tessuto unitario nazionale, rappresentato – secondo il lessico di Allegretti – dalla forza unificante del “credo”.

Qui può notarsi un fatto curioso. Proprio l'opera che stiamo discutendo, che ha – a mio modo di vedere – il grande merito di aver posto l'attenzione sui due elementi richiamati, correttamente evidenziando il loro ruolo tragicamente decisivo nella storia costituzionale italiana, non sembra però voler trarne le ultime conseguenze. L'analisi che ci viene proposta, infatti, non solo non giunge a conclusioni drastiche, ma risulta alla fine oscillante tra un'elevata dose di pessimismo, ma anche una forte disposizione all'ottimismo. Non so se può dirsi di questo studio che esso si ispira all'abusato paradigma gramsciano del pessimismo della ragione e dell'ottimismo della volontà. Una formula troppo spesso utilizzata per evitare di fare i conti sino in fondo con lo stato delle cose e la ruvidità della realtà, che le analisi di stampo realistico possono evidenziare. Personalmente, mi sia consentito affermarlo, sono propenso a riconoscermi in un diverso – e più crudo – aforisma gramsciano, quello che sottolinea come la verità sia sempre rivoluzionaria. Ed è la “verità” (soggettivamente intesa e non certo fideisticamente pretesa) che deve essere perseguita dagli studiosi. Anche da coloro che, al tempo del disincanto, sono ben consapevoli che persino la verità è relativa.

Ma torniamo al lavoro di Allegretti e seguiamo il suo schema per esaminare in che modo – in concreto – i due fattori di disgregazione hanno operato nelle diverse fasi della storia italiana, ciascuna dotata di una forte identità, definita dai tre successivi credi: quello liberale, quello fascista, quello repubblicano.

5. La responsabilità degli intellettuali italiani

Tra i due fattori disgreganti l'identità di una Nazione quello più lacerante è la mancanza di una classe dirigente. Questa assenza ha permesso il dilagare dell'individualismo, non riuscendo ad aggregare il frantumato corpo sociale, lasciando libero il campo ad ogni possibile forma di personalismo. L'incapacità di porsi come classe dirigente rappresenta invero il più grande fallimento del liberalismo italiano. Inettitudine che si riflette ancora oggi, che si pone al fondo di tante patologie del nostro vivere associato, che spiega molto della debolezza cronica della sfera pubblica italiana. La maggiore responsabilità ricade sulle spalle degli intellettuali e la ragione di fondo – lo si accennava poc'anzi – l'ha indicata con lucidità Antonio Gramsci, quando ha rilevato il carattere e la funzione "cosmopolita" del ceto intellettuale della penisola. Votati al cosmopolitismo, divenuti orfani del rinascimento, hanno accentuato la distanza dalla nazione, segnando una frattura che non s'è mai sanata tra il popolo e la cultura. Non solo. Questa stessa vocazione cosmopolitica – ai tempi della costruzione dell'unità nazionale – ha favorito, oltre che una separazione dal popolo, anche una parallela e progressiva estraneità dal potere. Impermeabilità dal potere degli intellettuali inteso come ceto; eventualmente accontentandosi di porsi individualmente al servizio del potere (classicamente "consiglieri del principe") ovvero direttamente partecipi del potere, ma dimentichi del proprio specifico ruolo di custodi dei valori (operando il più classico "tradimento dei chierici"). Uno stato di cose, quest'ultimo, che – come subito spiegheremo – non può neppure dirsi sia stata la conseguenza di una più o meno consapevole scelta ovvero l'effetto della pesante eredità del passato oramai irrimediabilmente perduta, bensì fu il frutto di una netta sconfitta. In ogni caso il combinato disposto rappresentato dalla distanza dal popolo e dall'estraneità dal potere ha favorito in modo decisivo l'individualismo dei singoli, non riuscendo ad affermare una originalità culturale del potere in Italia (una "cultura di governo", secondo il linguaggio corrente).

Qualcuno oggi tende a rivalutare il carattere propriamente cosmopolitico della tradizione culturale italiana, sostenendo che alla base di un presunto successo internazionale dell'*Italian theory* vi sia proprio il carattere non nazionale del pensiero che contrassegna i maggiori pensatori della penisola. Quel che ha rappresentato un segno di debolezza sin tanto che è prevalsa la dimensione nazionale, costituirebbe oggi, in epoca di deterritorializzazione, il "tratto più originalmente vivente del pensiero italiano" (Roberto Esposito). Si potrebbe discutere a lungo sulla presunta vitalità internazionale della riflessione degli intellettuali italiani, e sia permesso dubitare che l'assenza di confini politici e il vuoto di una dimensione istituzionale capace di collegare la riflessione teorica alla materialità dei processi sociali abbia determinato "la possibilità di un pensiero più libero da vincoli e condizionamenti". Anche in tempi di globalizzazione del sapere a me non pare si possa fare a meno di una contesto politico e ideologico definito, a meno di non auspicare una cultura invertebrata senza luogo, ma anche senza senso, senza tempo, senza consapevolezza di sé. Né questo, a ben vedere, può porsi a fondamento del cosmopolitismo degli intellettuali italiani. Ad ogni buon conto, se anche fosse vero che sul piano internazionale la cultura italiana può aspirare ad una nuova sintonia con il

dalla mancata costruzione di una cultura di governo (nazionale e, semmai oggi, anche sovranazionale).

Gli effetti perversi di questa tradizione si manifestano con evidenza tutt'ora. Il divorzio tra politica e sapere è, infatti, oggi più di ieri, diventato radicale. Si è passati, in Italia, dall'intellettuale *engagé* – che non è stato affatto estraneo alla tradizione cosmopolitica italiana – al tecnico *bon à tout faire*. Proprio lo schiacciamento del ruolo degli intellettuali, che hanno progressivamente rinunciato a rivendicare il ruolo di custodi del sapere per assumere le vesti di asettici conoscitori di tecnicità, ha portato, pian piano, a far perdere ad essi ogni autorevolezza. Non più “sapienti”, ma solo “tecnici”, la cui legittimazione nel dibattito pubblico può essere valutata solo alla stregua del risultato che la politica indica. In questa situazione di estrema debolezza nel quale versa oggi chi parla in nome della scienza e del sapere non possono stupire più di tanto i toni sempre più aggressivi – ai limiti del disprezzo – che una certa politica sempre più autoreferenziale e incolta mostra nei confronti di chi esercita con autonomia la scienza come professione. Max Weber è stato dimenticato.

6. il ruolo dei giuristi

Questa vicenda ha coinvolto l'intera cultura italiana, ma sono i giuristi – i giuspubblicisti in specie – ad aver avuto la maggiore responsabilità. Un'intera esperienza storica che è riassunta nella parabola orlandiana e nella sua scuola. Vittorio Emanuele Orlando, infatti, fu il primo e il più impegnato intellettuale italiano che comprese come una volta conseguita l'unità politica del paese diventava necessario che un ceto consapevole di intellettuali-giuristi si ponesse a capo dello Stato, assumendosi la responsabilità di farsi classe dirigente. L'intero produzione scientifica, la creazione di una scuola “nazionale” di diritto pubblico (anzi della “*prima* scuola nazionale di diritto pubblico”, come amava sottolineare), l'impegno politico diretto possono essere letti come il tentativo di dare finalmente al paese una classe dirigente adeguata al tempo e alla responsabilità di una nazione emergente nel panorama europeo.

Che questo fosse lo scopo nobile della svolta orlandiana non può essere posto in dubbio, basta tornare a quel che è considerato il testo programmatico dell'impegno scientifico del maestro siciliano. Al netto dell'enfasi del tempo non poteva essere più esplicito Vittorio Emanuele Orlando quando scriveva: “Il sangue dei martiri ed il consiglio degli statisti ci diede lo Stato italiano, la scuola giuridica deve essa ora dare la scienza del diritto pubblico italiano”; e poi ancora: “quest'unità di Stato, così lungamente desiderata, non basta che abbia avuto un riconoscimento politico, ma bisogna che viva della vita del diritto, di un diritto nostro, di un diritto nazionale” (V. E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (1889), ora in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881 - 1940) coordinati in sistema*, ristampa, Milano, Giuffrè, 1954, p. 21). Era evidente – in queste parole, ma soprattutto in tutta la successiva attività di costruzione, promozione, imposizione del nuovo “metodo giuridico” – che il principale compito della scuola orlandiana fosse quello di costruire un'identità. Una scuola, certo, che operasse in ambito accademico

ogni spazio culturale. Ma la svolta orlandiana non fu solo questo. Fu anche il tentativo fallito di proiettare verso la politica e al vertice dello Stato una visione unitaria in grado di “fare l’Italia e gli italiani”. Potremmo dire, alla luce delle considerazioni precedentemente svolte, che rappresentò il massimo sforzo per dare forma al credo liberale della nascente nazione superando il particolarismo degli individui senza Stato.

Su questo piano – quello nobile della costruzione di una classe dirigente nazionale – la scuola di Orlando fallì. Altrove si sono esaminate le ragioni della crisi del sistema orlandiano (*Dalla discrezionalità al potere*, Padova, Cedam, 1989, pp. 222 ss.; *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 19 ss., spec. p. 36; *Il liberalismo autoritario e la costruzione dello Stato unitario italiano*. Vittorio Emanuele Orlando, un liberale al servizio dello Stato, in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 45 ss.), troppo strettamente legato alle debolezze dello Stato liberale in costruzione, non riuscì – se non per un breve periodo – a porsi alla testa di quel processo politico e di assumere il compito di dirigere la nazione. In ogni caso, basta qui constatare l’esito finale cui è pervenuta la “prima” scuola italiana di diritto pubblico: la dissoluzione del “metodo giuridico” e la sua sostituzione con un progressivo eclettismo della scienza giuridica. Una perdita di identità dei giuristi che è anche – sul versante politico – la certificazione di un abbandono di ogni ruolo “dirigente” di un gruppo di intellettuali (i giuristi, i giurispubblicisti) che non sembra neppure aver più un unitario statuto disciplinare.

7. L’unità surrogata: affidarsi al capo

Nella storia d’Italia la debolezza della classe dirigente e del ceto degli intellettuali ha favorito un diverso modo d’integrazione nazionale. La fiducia riposta nel capo, nei singoli che di volta in volta potevano rappresentare – magari solo nell’immaginario collettivo – l’unità del popolo. È così che costantemente, nelle più diverse situazioni storiche, una invariante della storia costituzionale del nostro paese è rappresentata dalla sovraesposizione del vertice dello Stato.

Da un lato, l’esaltazione dei vertici formali: prima del Re, poi del suo successore storico il Presidente della Repubblica. Dall’altro, l’affidamento delle proprie sorti individuali al vertice politico: agli uomini della provvidenza (o ritenuti tali) che hanno conquistato a volte proditoriamente il Governo.

Nel primo caso, appare ormai accertato il ruolo determinante che ha ricoperto il Re in tutte le fasi di svolta della storia costituzionale italiana: dalla dichiarazione di guerra, alla nomina di Mussolini, sino alla caduta del fascismo. Una centralità dell’istituto monarchico che non può neppure essere limitata ai soli momenti topici e di passaggio appena richiamati. Un centro di decisione politica vitale e persistente, sebbene spesso mascherato. Una forza della corona che s’è potuta manifestare in ogni frangente della sua storia e che non può essere facilmente ricondotta alle forme di governo e ai principi di legittimazione propri dello Stato costituzionale (nelle diverse forme assunte in Italia dalla monarchia costituzionale). Potere politico e di governo caratterizzato da un alto

il unico modo per far valere, non tanto la responsabilità, quanto la colpa storica della Corona fu quella di cambiare la forma istituzionale del paese, dalla monarchia alla Repubblica. Sostituendo al vertice formale dello Stato un Presidente che rappresenta l'erede storico e che riassume su di sé molte delle caratteristiche di governo intermittente e mascherato del monarca.

Ma il punto che ora interessa è specifico. Non tanto il ruolo costituzionale del Re ovvero del Capo dello Stato, bensì la loro funzione nel processo d'integrazione nazionale che, in assenza di una classe dirigente nazionale, fu massima. È vero che sono le costituzioni (lo statuto albertino prima, la costituzione repubblicana dopo) che assegnano ai vertici dello Stato la funzione di rappresentanza dell'unità nazionale, nonché rendono sfuggente il potere in concreto esercitato dalla persona del re "sacra e inviolabile" ovvero da quello posto in essere dal Presidente irresponsabile per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni. È anche vero, però, che il vertice dello Stato ha goduto in Italia di un plusvalore di legittimazione. Il popolo che non riusciva a riconoscersi nello Stato e nelle sue istituzioni ha trovato un valido surrogato nella mistica del Re, mentre il sovrano ha potuto esercitare la sua influenza difficilmente limitabile da governi spesso fragili e scarsamente legittimati.

Potrebbe a questo punto rilevarsi che non sempre in Italia i governi sono stati deboli e sostenuti da un insufficiente consenso popolare. Si deve notare però che anche in questi casi – in via di massima – i governi forti si sono caratterizzati per essere governi del Primo ministro. Non solo Mussolini, ma anche successivamente, nella storia repubblicana, a ben guardare, i governi ritenuti fortemente legittimati furono tutti dominati dalla figura del capo del governo: Craxi, Berlusconi, ora Renzi (mettendo per ora tra parentesi i governi del primo trentennio della Repubblica, sostenuti dai partiti usciti dalla resistenza, dei quali parleremo in seguito e che – come vedremo - fanno storia a sé). In tutti i casi, dunque, *mutatis mutandis*, la tendenza di affidarsi al capo carismatico sembra emergere come un carattere costante della storia costituzionale italiana. Una personalizzazione della politica che ha origini antiche, che in presenza di un popolo diviso e senza una direzione collettiva ha trovato modo di affermarsi in forme storiche diverse: dal fascismo al leaderismo. È la debolezza della rappresentanza che – ci ha insegnato Carl Schmitt – rende necessario affidarsi all'altro principio di unità di un popolo, quello identitario, che al "capo" affida il proprio futuro.

8. Il fascismo degli italiani

In fondo, anche il fascismo trova una spiegazione nella debolezza del ceto dirigente e nella miopia dell'intellettualità liberale. Sin dalle origini l'instaurazione del regime fu favorita dall'accondiscendenza dei liberali, intimoriti dai moti rivoluzionari e convinti che lo Stato liberale si potesse consolidare grazie all'uomo che assicurava il ritorno all'ordine. In tale frangente decisivo e irresponsabile fu l'intervento della Corona che affidò l'incarico al capo del fascismo, anziché deliberare lo stato d'assedio che il debole Facta pur gli aveva richiesto. Non fu la marcia su Roma a dare il potere a Mussolini, ma

roncamenta.

Quel che forse è più interessante notare, scarsamente evidenziato nella riflessione storica, è che la mancanza di una classe dirigente ha rappresentato un elemento di debolezza anche durante il periodo fascista. Se si guarda oltre la propaganda di regime ci si avvede, infatti, che il ventennio non riuscì a sconfiggere l'individualismo degli italiani. Non se lo propose il Duce, ma neppure il partito unico (PNF), l'organizzazione della gioventù e della società del lavoro, la riorganizzazione dello Stato, la retorica nazionale. Per quanto certamente lo Stato fascista giunse a coinvolgere gran parte della popolazione, non arrivò però a scalfire il particolarismo e l'assenza di senso dello Stato del popolo italiano. Vero è che la burocrazia e la borghesia si misero al servizio del regime, ma più per convenienza che per appartenenza o condivisione. In alcuni casi, più frequenti di quanto non è filtrato dalla nebbia della propaganda di regime e dagli studi affrettati di molti storici, proseguì l'illusione dei liberali di resistere passivamente al regime, nel tentativo di chiudere una parentesi e tornare ad una normalità che non si sarebbe mai potuta ripresentare. Poi arrivò l'assuefazione, il consenso passivo, distorto, imposto. Tutti fascisti, ma senza troppo trasporto. Non si tratta qui di negare la natura totalitaria del regime, ne vale più di tanto stabilire quanto le istituzioni liberali permasero, ed anzi trovarono sviluppo, durante il ventennio (su cui vedi la recente analisi di Sabino Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologna, il Mulino, 2010), ciò che rileva ai nostri fini è constatare che neppure lo Stato totalitario fascista riuscì lì dove lo Stato liberale aveva fallito. La "classe dirigente" propriamente fascista si ridusse ad un cerchia di intellettuali militanti, in grado di esprimere solo singole personalità, anche di alto livello, e assai influenti nei più diversi campi del sapere (da Sironi a D'Annunzio, da Terragni a Gentile), senza però proporsi come una comunità di pensiero collettivo. D'altronde la retorica individualista lo avrebbe impedito. Sintomatico il caso dei giuristi fascisti, alcuni dominarono la scena ed esercitarono un peso decisivo sui governi e nella costruzione dello Stato corporativo (si pensi ad Alfredo Rocco Carlo Costamagna, Sergio Panunzio), ma neppure loro ritengo siano riusciti a dare un senso unitario alla collettività fascista, semmai è ancora l'individualismo (corporativo) il tratto che accomuna l'ideologia giuridica fascista.

Infine fu lo stesso regime che adeguò le proprie strategie al carattere degli italiani. Nel suo rapporto con la società, infatti, adottò una particolare strategia del consenso basata sulla soddisfazione delle istanze individualistiche. Così come nella fase precedente, quella liberale, anche il fascismo inneggiò alle virtù dell'uomo isolato, subordinato all'autorità dello Stato. In caso aumentò la dose di retorica, passando dall'individuo al superuomo. Lo Stato, il pubblico, ancor più che nel periodo liberale, continuava a essere un mezzo per realizzare le proprie individuali aspirazioni. Ci si poteva identificare con lo Stato fascista, persino con l'impero, ma mai in rapporto di solidarietà con gli altri. Visioni pur sempre chiuse alla società, alla socialità, al bene pubblico.

Scrive, in proposito, con arguzia, Umberto Allegretti "nato, a voler tutto concedere, per contrapporsi all'individualismo nazionale, il fascismo non ha saputo veramente modificarlo e, al di là dei comportamenti tenuti per opportunismo o per condizione, gli italiani hanno continuato a praticare, con

poco disposto al vincolo sociale, con quel moito di megalismo e anche di corruzione che esso comportava. Così la nazione, tanto tenacemente voluta e predicata dal regime e benché non abbia perduto l'unità, non si costruiva neanche ora pienamente" (op. cit., p. 90). In breve, l'individualismo, la mancanza di senso dello Stato e della "cosa pubblica" – dunque il *carattere* degli italiani – riuscì a prevalere anche dentro lo Stato totalitario.

9. La costituzione politica e l'individualismo sociale

La terza fase della storia costituzionale italiana - dopo il trauma della guerra, l'Europa sconvolta, Aushwitz, il Duce appeso a testa in giù – si apre in una situazione del tutto particolare. Dopo la barbarie lo spirito pubblico sembra prevalere sull'individualismo e la mancanza di socialità. La costituzione repubblicana italiana viene scritta in una prospettiva chiaramente solidale: lo Stato costituzionale italiano si afferma con i tratti classici delle democrazie sociali. Daremo qui per scontato i caratteri antindividualistici presenti nella nostra costituzione – d'altronde facilmente rinvenibili - per limitarci ad esaminare in che modo essi si siano confrontati con il carattere degli italiani.

Seguiamo, anche in questo caso, l'analisi di Allegretti, che ci servirà da guida per alcune considerazioni di fondo sul punto. La lettura di quest'autore: a) appare decisamente realistica (improntata com'è alla filosofia del senso comune); b) un realismo disincantato che gli permette di giungere ad individuare con precisione il punto di snodo essenziale che collega la tensione antindividualista e solidale della costituzione alla storica mancanza di una classe dirigente nazionale e il carattere individualistico degli italiani; c) in conclusione sembra però confidare su un eccesso di *ottimismo*, che rischia di compromettere la lucidità dell'analisi compiuta.

Fuori dalla retorica costituzionale, l'analisi che Allegretti svolge sul testo della Costituzione lo induce a rilevare alcuni punti deboli che il sistema edificato dai costituenti coltiva sin dal suo nascere. "Tre questioni – rileva l'autore – hanno costituito terreno di acuti conflitti: il bicameralismo, l'istituzione e il volto da dare alle regioni (...) e l'istituzione del controllo di costituzionalità" (p. 110-111). Sin qui è facile concordare. In una stagione convulsa di tentativi di modifiche costituzionali, infatti, sia in sede politica, sia nel dibattito scientifico tra costituzionalisti, ormai in tutto e su tutto divisi, sembra che solo sui "titoli" si trovi un largo consenso e si ammette la debolezza del bicameralismo perfetto e la necessità di intervenire nuovamente – dopo la profonda ma scriteriata revisione del 2001 – sul sistema delle autonomie. Poi ciascuno propone diverse soluzioni, alcune assai poco meditate, ma ciò non toglie che l'"acuto conflitto" iniziato in assemblea costituente non ha trovato ancora una soluzione soddisfacente. In fondo anche per quanto riguarda il sindacato di costituzionalità si può concordare, a condizione che lo sguardo sia rivolto al passato. Ben note sono, infatti, le controversie, le opposizioni e i tentativi di annacquare quel che deve considerarsi il maggiore apporto del costituzionalismo novecentesco in Europa (negli Stati Uniti, com'è noto, la storia del controllo di costituzionalità è più antica). Deve però riconoscersi che

nostro sistema costituzionale. Gli *acta conjuncta*, che inizialmente hanno riguardato l'istituzione dell'organo, il suo ruolo nell'ambito del sistema dei poteri, gli effetti delle sue decisioni, ora assumono un tenore ben diverso collegati perlopiù a singole sentenze politicamente sgradite o teoricamente controverse. Con lo sguardo rivolto al presente, dunque, non può dirsi che si avverta alcuna esigenza di modificare le disposizioni costituzionali riguardanti il sistema di sindacato di costituzionalità, semmai – all'opposto – si tratta di consolidare una scelta che con tanto acume e nonostante le divisioni tra i nostri padri costituenti fu compiuta alle origini della Repubblica.

È però da dire che la parte più interessante dell'analisi di Allegretti non è quella dedicata ad esaminare limiti o virtù dell'organizzazione del sistema costituzionale, bensì quella dedicata ai riflessi che la storia costituzionale italiana determina sul “vivere civile”. Alcuni giudizi, in questa prospettiva, devono far meditare, sembrando assai utili a chi vuol indagare le ragioni di fondo della crisi costituzionale attuale.

Quel che appare più singolare è la lettura non scontata di ciò che è stato il momento più alto nella storia del costituzionalismo novecentesco: il mitico “trentennio d'oro”. È noto che nei primi trent'anni della nostra storia repubblicana si sono conseguite le conquiste più importanti. Il culmine si ebbe negli anni '70 con l'approvazione dello statuto dei lavoratori, il nuovo diritto di famiglia, la riforma sanitaria, la riforma penitenziaria, la chiusura dei manicomi, la riforma delle forze armate, quella del segreto di Stato, il divorzio, l'aborto, e l'elenco potrebbe continuare. Non è dunque un problema di giudizio sui risultati conseguiti, che hanno indubbiamente esteso la portata dei diritti e attraverso i quali s'è riusciti a dare attuazione, almeno momentaneamente, a molta parte del disegno costituzionale. Ciononostante si parla di un “trentennio complesso” (p. 160). Perché? La risposta non può che far riflettere: è già nel momento di massima espansione del costituzionalismo che possono individuarsi i presupposti dei problemi di oggi. L'idea dominante dei “trenta gloriosi” (1945-1975) era che *la crescita potesse essere illimitata*, ma proprio questa illusione impedì di avvertire “che si era di converso in una fase eccezionale che non poteva durare e che nutriva in sé i germi del proprio declino” (p. 176).

Ritengo sia eccessivo sostenere che la crisi del costituzionalismo odierno derivi dall'idea di crescita illimitata. Ciò non toglie però che il limite delle ideologie dello sviluppo sia reale, che un eccesso di determinismo progressivo abbia in effetti contrassegnato la storia costituzionale della Repubblica, che la lunga fase di declino che è seguita nei quarant'anni successivi abbia evidenziato la necessità di fare i conti con le involuzioni oltre che con le evoluzioni costituzionali. La retorica del nuovo che oggi sollecita al cambiamento regressivo, in fondo, può essere ritenuta figlia legittima della illusione di una crescita illimitata. Dunque, usciti da trentennio d'oro e precipitati nel quarantennio di piombo, appare assai opportuno chiedersi se non sia più importante interrogarsi sulla qualità dei diritti in rapporto alla loro socialità (ponendo al centro i concetti di dignità, solidarietà, eguaglianza) che non fermarsi alla semplice pretesa di una crescita illimitata per ogni individuo dei propri diritti, entro una prospettiva che rischia di cadere nell'individualismo e

una crescita limitata e un germe che ha contribuito a minare la forza della nostra costituzione, del suo carattere antindividualista e sociale.

Il vero punto di caduta è però un altro. Se si vuole individuare la ragione essenziale che ha compromesso la tensione antindividualista e solidale della costituzione, dobbiamo tornare a considerare la storica mancanza di una classe dirigente nazionale e il carattere individualistico degli italiani da un ulteriore punto di vista.

10. La classe dirigente collettiva: i partiti politici

L'Assemblea costituente diede vita ad un testo "più avanzato che non il clima complessivo della società italiana" (p. 111). Questa affermazione può essere vera in una pluralità di sensi. Certamente lo è se si confronta – secondo quanto stiamo qui esaminando – il disegno costituzionale con il carattere degli italiani. Pertanto, una volta accertata questa distanza tra società e diritto, per una volta a favore del diritto, la domanda da porsi diventa la seguente: chi ha reso possibile il passaggio dal particolare al generale, dalla società arretrata al progetto costituzionale?

A ben vedere, le forze che hanno il compito di interpretare gli umori sociali e riuscire a tradurli in visioni costituzionali complessive sono i ceti dirigenti, di cui però abbiamo sin qui lamentato l'assenza nel nostro paese. Se poi si guarda alla concreta esperienza storica dell'Italia del dopoguerra non può esservi dubbio su chi abbia edificato lo Stato costituzionale, proponendosi dunque come prima classe dirigente del paese, strumento di mediazione tra gli individui e la nazione. I partiti politici, legittimati dalla resistenza, furono gli indiscussi protagonisti della costruzione della democrazia sociale. Essi definirono, nel momento costituente, un progetto di società solidale che si poneva in rottura con il paradigma individualistico che aveva dominato sia lo Stato liberale sia quello fascista. Queste formazioni collettive complesse, ideologicamente orientate, a cui i cittadini guardavano "più che allo Stato" (p. 114), sostennero il peso della costruzione di un "credo", quello repubblicano. Ai partiti va il merito storico di aver immaginato – e in parte contribuito a realizzare – una società solidale, definendo un legame sociale che avrebbe dovuto prendere il posto dell'individualismo come tratto distintivo nella storia costituzionale dell'Italia unita. Per un po' almeno è parso che i partiti politici - grazie alle loro diverse ideologie (comunque solidaristiche) e nonostante i legami con le potenze straniere che la "costituzione di Yalta" imponeva - fossero in grado di coprire un vuoto storico e farsi classe dirigente nazionale. Il frutto migliore e più solido di questa stagione fu certamente la costituzione.

È vero però che le costituzioni rappresentano una scommessa per il futuro, solo un inizio per il seguito della storia che deve poi essere realizzata, una *rivoluzione promessa* per utilizzare la nota formula di Pietro Calamandrei. E già nel passaggio dalla scrittura del testo all'attuazione si registrarono le prime incrinature. Allegretti parla in proposito di una "iata tra piano dei principi e piano dell'indirizzo politico corrente" (p. 118).

emerse le unicità per dare attuazione al disegno costituzionale. Un vero e proprio ostruzionismo di maggioranza (per riprendere ancora l'analisi di Calamandrei) posto in essere dalle stesse forze che pure avevano contribuito alla stesura della Costituzione e che ora si trovavano al Governo. Ebbene il riaffiorare del "particolarismo" può essere una (sebbene non certamente l'unica) delle chiavi di lettura delle difficoltà che si frapposero alla piena realizzazione del progetto di solidarietà inscritto in Costituzione. In definitiva, prevalse sin da subito quel che Allegretti chiama la *furia del presente*, che ha finito per oscurare la preoccupazione collettiva per il futuro. Una miopia che via via colse – e alla fine ha travolto – anche le forze politiche. Prima la necessità di conquistare il potere, poi quella di conservarlo. Più avanti la progressiva e sempre maggiore percezione della distanza tra le ideologie professate e la realtà perseguita, infine il crollo dei muri e degli dei. Si è assistito, nel corso del tempo, alla strage di tutte le illusioni, di qualsivoglia narrazione, di ogni solidarietà ideale. Tutto ciò ha concorso a svincolare gli individui da qualsiasi costrizione sociale, da qualunque visione ideale, rendendo ciascuno libero di governare solo se stesso, senza più il problema del governo degli altri. E, simmetricamente, ha permesso ai partiti di uscire dalla gabbia delle ideologie, facendoli tornare – come nell'Ottocento – a rappresentare gli interessi e non più gli ideali, le persone e non più i gruppi sociali o le istanze collettive. Partiti liquidi, laici, pragmatici che abbandonano ciascuno i rispettivi credi. Partiti secolarizzati, ma che, in tal modo, hanno finito per perdere anche l'anima.

Essere classe dirigente è difficile, c'è bisogno di una visione storica, di una prospettiva ideale, di una volontà di liberazione. Ben presto neppure i partiti italiani ressero alla prova e finirono per inseguire anch'essi il *carattere* degli italiani, le loro pulsioni, rinunciando al progetto sociale definito nella costituzione repubblicana. Le scelte politiche e di governo dettate più dai sondaggi che non dai principi.

11. La crisi istituzionale attuale e le diverse società

Viene dunque da lontano la crisi attuale dello Stato costituzionale italiano. Per dirla in sintesi: dalla storia antropologica del nostro paese, dall'eterna debolezza della classe politica, dal sempre riemergente particolarismo che contrassegna il carattere del suo popolo, dal cosmopolitismo indifferente e lontano del suo ceto intellettuale.

Si potrebbe a questo punto essere travolti da un pessimismo radicale. Tanto più se si dovesse giungere alla conclusione che anche la costituzione ormai ha finito per cedere il passo alle nostre storiche debolezze. Ma sarebbe una conclusione unilaterale, dunque sbagliata. Un errore da non commettere soprattutto in una prospettiva di studio attenta alle dinamiche che operano entro la società civile com'è quella che stiamo svolgendo.

Se allora si guarda oltre al momento esclusivamente istituzionale il panorama diventa meno fosco. Non credo si possa dire che si scopra d'improvviso un paesaggio limpido, ma almeno si intravede un percorso possibile. La crisi istituzionale attuale è radicale, investe l'impianto costituzionale e nulla deve

riassunta essa assume i caratteri di una crisi di sistema che rimette i peggiori vizi storici del paese. Una crisi di natura antropologica, potremmo dire. Ma dell'antropologia politica, non necessariamente anche dell'antropologia sociale. Se si guarda anzi alla reazione che ampi settori della società hanno avuto dinanzi al perverso mutamento istituzionale ci si avvede di una estesa reattività. A fronte del precipitare della crisi negli anni '90 in molti hanno reagito, un tessuto sociale diffuso ha mostrato la propria vivacità. A volte superando le aspettative, s'è rivelata viva la cultura costituzionale. Quel programma "più avanzato" rispetto al clima complessivo della società italiana, con tutta la sua carica antindividualista e solidarista, in gran parte reietto dai partiti politici in liquidazione, è stato difeso, rivendicato, in qualche occasione persino attuato, da un parte della società. Gruppi diffusi, istituzioni di garanzia, opposizioni sociali, residue formazioni politiche hanno tenuto in vita i principi fondamentali del sistema costituzionale. Conseguendo successi, a volte prevalendo di fronte ai tentativi più estremi di forze politiche esplicitamente avverse alla costituzione: basta ricordare la vittoria del referendum del 2006 che ha impedito l'abbandono traumatico dell'assetto dei poteri definito nella nostra costituzione. Umberto Allegretti parla di *resistenza costituzionale*, ma si è assistito a qualcosa di più. Non solo una difesa dei principi e dei valori della costituzione italiana, anche l'individuazione di una diversa politica. Una politica che sappia ritrovare nei principi della costituzione la propria ragion d'essere, che sappia superare il carattere dell'individualismo in nome della solidarietà costituzionale.

Non tutta la società è però orientata dalla costituzione. Diverse visioni del mondo si intrecciano entro una comunità nazionale sempre meno coesa. La crisi di valori, peraltro, non può che favorire la chiusura entro i propri egoismi. Uno degli errori più frequenti è quello di assegnare alla "società" un unico volto (non importa se paradisiaco o demoniaco). Il pluralismo delle culture e dei comportamenti, di gruppo o individuali, è un tratto di tutte le società, che rende vana la ricerca di una volontà del popolo unitaria. Tanto più in Italia, dove il particolarismo dal quale siamo partiti rende ancor più arduo trovare uno spirito comune, un credo unitario. A fronte di diverse società virtuose ci sono dunque molteplici società egoistiche. Ma il punto – ancora una volta – non è quello di contrapporre le une alle altre, bensì di verificare se c'è sul versante istituzionale una classe dirigente in grado di permettere il passaggio dal particolare - espresso dagli individui che operano nelle diverse società - al generale, che trova nella costituzione i suoi valori.

12. Una forza di cambiamento collettiva in nome della costituzione

A questo punto dell'analisi, dopo aver constatato la funzione "dirigente" svolta dai partiti politici nella prima fase repubblicana della storia costituzionale d'Italia, ci si deve realisticamente chiedere se essi siano ancora gli strumenti idonei per poter riunire entro una politica nazionale le sparse membra del corpo sociale. Non tanto se siano in grado di giungere a una qualsiasi sintesi unitaria, quanto determinare una consapevole politica costituzionale.

Sul punto le considerazioni di Allegretti sono spietate. Non tanto con

trasformazione seguito al crollo del muro di Berlino, sono avvenuti irrimediabilmente. La vera irrimediabile rottura riguarderebbe i partiti che sono nati in loro vece o con essi in concorrenza, alla destra dello schieramento politico. Tanto la Lega quanto Forza Italia (nelle sue diverse denominazioni) sono *partiti incostituzionali*. Non in grado di determinare una politica nazionale, perseguendo gli interessi di una sola parte del paese se non personali. Non solo in tal modo “la costituzione sparisce dall’orizzonte con tutti i suoi valori essenziali”, ma scompare anche “ogni idea di bene collettivo”. Una vera e propria rotta della democrazia dei partiti: da costruttori del credo repubblicano a nemici della costituzione.

Se anche non si volesse seguire sino in fondo un’analisi così radicale di delegittimazione dei nuovi partiti, non si potrebbe però negare che le trasformazioni che hanno riguardato tutte le formazioni politiche organizzate sono di tale natura e profondità che è impossibile continuare ad assegnare ad essi il ruolo di classe dirigente collettiva. Personalizzazione delle leadership, liquefazione delle strutture, populismo, perdita di capacità rappresentativa, volatilità del consenso, pragmatismo e assenza di strategie politiche di lungo corso, tutto ciò e molto altro, rendono del tutto inadeguati i partiti (compresi i nuovi partiti-movimenti) al compito storico di tradurre il particolarismo in una politica nazionale definita in nome dei principi posti in costituzione (in nome di un credo repubblicano, se così vuol dirsi). A ben vedere, i nuovi partiti più che unire la comunità, sembrano volerla dividere, fomentando proprio il particolarismo dei singoli, cercando di ottenere quel poco di credito necessario per governare collegandosi più all’immediatezza degli istinti, che non alla lungimiranza dei principi. Potrebbe dirsi che dai partiti troppo ideologizzati del Novecento si è ora passati ai partiti del tutto invertebrati della postmodernità spettacolare.

Dunque, l’analisi sul ruolo e trasformazioni dei partiti politici può essere più o meno radicale, ma non penso sia possibile negare che essi hanno perso gran parte della capacità di direzione della cosa pubblica. Ancora in grado di governare, ma privati di molta parte della loro specifica legittimazione.

Se, però, non ci si vuole arrendere ad un destino di dissolvenza del credo repubblicano, sopraffatto – ancora una volta – dal particolarismo degli italiani, c’è da chiedersi seriamente se si possa rinunciare ad ogni forma di organizzazione collettiva per determinare la politica nazionale. Rinunciare ad ogni tipo di mediazione di corpi intermedi (tramite i partiti ma, al limite, di ogni formazione sociale) lascerebbe il singolo solo di fronte al potere, il soggetto isolato in rapporto con l’autorità. Per un popolo fortemente individualista e privo di una consolidata classe dirigente nazionale sarebbe l’anticamera della fine di ogni spirito pubblico. Puntare sugli individui per affermare una politica costituzionalmente orientata ai valori della solidarietà e del bene comune appare una vera e propria contraddizione in termini o, a dir poco, una mera illusione ottica.

È dunque ancora ai partiti che bisogna guardare. Non proponendosi semplicemente di fare assumere di nuovo ad essi un’identità perduta, poiché la storia non si riavvolge, ma per riflettere sul vuoto che essi hanno lasciato ed

diverse da quelle tradizionalmente impiegate dai partiti novecenteschi - possono tuttora assumere. In fondo, la valorizzazione delle formazioni sociali, delle associazioni, dei partiti come strumento (e non fine) di partecipazione dei cittadini alla vita politica del paese è la via indicata in costituzione. La rappresentanza politica non può essere individuale, ma deve rimanere collettiva.

Sembra essere questa la prospettiva di una storia costituzionale italiana nuovamente alla ricerca di un suo equilibrio. Tormentata dalla divisione prodotta dal particolarismo, alla ricerca delle forze che in nome del progetto costituzionale possano dare senso allo stare insieme di una comunità politica.

13. L'energia come surrogato della politica

Una forza di cambiamento collettiva in nome della costituzione, dunque. Una via per cercare di uscire dalla profonda crisi di valore e di senso che attraversa oramai da troppi anni il sistema costituzionale italiano. Può darsi che vi siano anche altre strade per restituire forza al credo repubblicano. Il rigore dell'analisi e la complessità della storia costituzionale italiana che si è sin qui esaminata non permette però di farsi eccessive illusioni, né può giustificare indicazioni estemporanee. È per questo che non si spiega se non con un eccesso di ottimismo – ahimè contraddetto dall'analisi effettuata - le aperture di credito di Umberto Allegretti (come di tanti altri) ai più recenti sommovimenti della politica nazionale, che avrà pur messo in campo “un'energia che da tempo non si vedeva” (p. 264), ma che a me sembra francamente assai lontana dalle preoccupazioni espresse in questo lavoro. Pensare che basti un po' d'energia per “rimettere all'opera un autentico credo repubblicano quale quello che la costituzione, compresa nel suo spirito originario delinea” (p. 264) appare quantomeno arrischiato.

Non è evidentemente un problema di eccessiva ovvero scarsa fiducia nella nuova dirigenza politica. Si tratta invece di valutare sul piano storico e in stretta coerenza con l'analisi effettuata anche gli avvenimenti più recenti (la storia, si diceva all'inizio, per comprendere il presente).

Entro questa dimensione deve allora rilevarsi come non sia stata certo l'energia a mancare in Italia. Ed anzi fin troppi siano stati gli attori – i leader oggi si direbbe – che proprio in assenza di un ceto dirigente nazionale e nel vuoto della politica, hanno puntato sull'immagine, lo spettacolo, il gesto. In fondo, sotto questo profilo si possono assimilare governi tra loro di stampo molto diverso, ma tutti in grado di identificarsi con un capo sin troppo *energico*: Craxi, Berlusconi, Renzi, solo per far dei nomi (ma se si guarda al passato regime certamente anche il governo Mussolini è stato assai vigoroso). In tutti i casi è stata la debolezza del sistema politico e la volontà di forzare le regole ad aver legittimato la vivacità del capo. Pur se con modalità diverse, ciascuno ha operato non per sostenere i valori costituzionali condivisi, ma per cambiarli, in una prospettiva di verticalizzazione e concentrazione del potere; tutti hanno agito più che per consolidare il credo repubblicano, per affermare un diverso credo neo-cesaristico.

rispetto dei principi della nostra costituzione non penso si possa coniugare tutta la vivacità di un singolo attore. Non credo si possa sperare nell'avvento di un altro uomo della provvidenza. Avremmo invece più che mai bisogno di una "forza morale e pratica collettiva" che sappia riconquistarci alle ragioni e alle passioni della costituzione.

14. E la globalizzazione?

In tempi di globalizzazione c'è una variante a tutto quanto sin qui detto (assente nella pur così stimolante analisi di Allegretti). Abbiamo sin qui ragionato di storia costituzionale italiana. Ma sino a quando i confini nazionali potranno rappresentare ancora il luogo della storia costituzionale? Senza poter aprire ora questo capitolo che riguarda il futuro del costituzionalismo moderno e non solo quello del nostro paese, ci si deve però chiedere almeno come si rifletterà tutto quanto sin qui esaminato (le debolezze e le virtuosità della storia costituzionale italiana) nella prospettiva sovranazionale. Ciò che unisce (le costituzioni nazionali, il credo repubblicano) e ciò che divide (il particolarismo, la mancanza di una classe dirigente) nella dimensione europea e poi in quella mondiale si andranno a disperdere o troveranno la forza per poter cambiare in nome della costituzione? Ci può essere un futuro sovranazionale per i principi che la storia del costituzionalismo moderno ha enucleato e la storia contemporanea non ha ancora attuato? Una racconto ancora tutto da scrivere.

LA FORZA DELLE IDEE

Religioni secolari: istruzioni per l'uso. A proposito di due saggi di Kelsen e Dworkin

di DANIELA BIFULCO

Professore associato di Diritto costituzionale - Seconda Università di Napoli

“Quando qualcuno gli disse che avrebbe continuato a vivere nella sua opera, Woody Allen gli rispose che avrebbe preferito continuare a vivere nel suo appartamento”

1) Perdonerò, il lettore, se introduciamo la discussione su due opere importanti con una freddura. Ma l'argomento è talmente serio, coinvolgendo necessariamente anche i grandi dubbi circa la fede e le dimensioni ultramondane, che sdrammatizzare urge. Del resto, la licenza è concessa dall'Autore stesso, Ronald Dworkin, di una delle due opere che vorremmo qui segnalare, in cui è citata la battuta di Allen : *Religione senza Dio (Religion without God, 2013)*, tr.it. il Mulino, 2014, con una presentazione di Salvatore Veca. L'altro saggio è di Hans Kelsen, *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come nuove 'religioni' (Secular Religion, 2012)*, tr.it. Cortina, 2014, a cura di Paolo di Lucia e Lorenzo Passerini Glazel.

Queste, in estrema sintesi, le tesi : la religione è più profonda di Dio (Dworkin). La religione, se privata di Dio, è un concetto privo di senso (Kelsen). Vista la radicale opposizione, val la pena di leggere i due saggi sinotticamente. Opere diversissime per metodo, e per tesi, esse convergono, forse, soltanto in un punto,

significato delle cose ultime. Il piùvalore, per il giurista, è dato dal fatto che gli uomini in parola si chiamano Kelsen e Dworkin; e l'umanità dei due fa capolino -più visibilmente, nel saggio di Dworkin, in maniera molto più filtrata, in quello di Kelsen- dato che il tema, per quanto scientifico e per quanto affrontato *ex professo* (soprattutto da Kelsen: impressionante la mole di autori con cui egli "dialoga" per argomentare la propria tesi), chiama in causa le personali visioni circa la finitezza dell'esperienza umana.

In entrambi i casi, può dirsi che i saggi rappresentino una sorta di testamento spirituale; dalle prefazioni delle edizioni italiane delle due opere, affiora una curiosa convergenza, quella di un sorriso con cui Kelsen e Dworkin affidarono i rispettivi manoscritti alle cure altrui. Salvatore Veca -che presenta il volume edito dal Mulino- chiese a Dworkin se ritenesse necessario, in vista della pubblicazione, un previo riepilogo di taluni punti controversi del libro su cui essi avevano dialogato. Dworkin rispose che "non ne aveva bisogno e che per lui era tutto chiaro". La risposta fu accompagnata da un "sorriso sincero e stanco". Dworkin si sarebbe ammalato, per poi andarsene, di lì a poco. Il saggio, che nasce dalle tesi esposte in occasione delle "Einstein Lectures" tenute dall'Autore a Berna nel 2011, è stato dunque revisionato da Dworkin solo in alcune parti.

La fotografia di un Kelsen in là negli anni e sorridente accompagna la traduzione italiana di "Secular Religion"; scelta felice dell'editore milanese quella di consegnare al lettore italiano un testo straordinario: al di là dei contenuti specifici approfonditi da Kelsen, il libro è in un certo senso un manifesto per una scienza (intesa in senso assai lato) laica, oltre che un attacco -tanto deciso quanto profondamente argomentato ed erudito- ai tentativi di "teologizzazione" della politica e della scienza così in voga allora come oggi.

Storia complessa e ben più tormentata, quella dell'inedito di Kelsen, ultimo grande libro che l'Autore avrebbe portato a termine. Prima di "Religione secolare", Kelsen scrisse una recensione a un libro ("The new science of politics") dell'allievo Eric Voegelin, anch'essa mai pubblicata; il tema prese a Kelsen la mano, guadagnando una sua autonomia nella forma del testo di circa 400 pagine, che fu dapprima intitolato "Defense of Modern Times", poi "Religion without God?" (proprio come quello di Dworkin, ma con significativa aggiunta di punto interrogativo...), e, infine, "Secular Religion". Ma un dubbio corposo circa le tesi ivi esposte dovette accompagnare Kelsen, il quale, di punto in bianco, ritirò le bozze del manoscritto dalle stampe. Era il 1964, l'editore era la University of California Press -Kelsen era a Berkeley dal 1942- e nel corso dei nove anni successivi (fino cioè al 1973, anno della morte di K.), il maestro non avrebbe cambiato idea : il libro sarebbe uscito postumo soltanto nel 2012, in seguito all'autorizzazione dell'Istituto Hans Kelsen di Vienna. "Un giorno -disse Kelsen sorridendo- lo potrai pubblicare tu". L'interlocutore di Kelsen era il sociologo americano Lewis S. Feuer, anch'egli di stanza a Berkeley, che invano tentò di convincere l'autorevole collega praghese a licenziare il testo; più tardi, dopo la morte di Kelsen, sarebbe stato Feuer a dare primo e decisivo impulso all'autorizzazione per la pubblicazione.

Nella prefazione dei curatori italiani è riportato un altro aneddoto significativo per far luce sulle esitazioni di Kelsen rispetto alla pubblicazione. Interrogato da

dozze- sulle sorti del libro, Kelsen rispose che era un "old man" ad averlo scritto e che lo aveva ritirato perché "the book was not worthy of him". Che dire? Anche i grandi sbagliano: leggere il libro per credere. E' possibile, notano inoltre Di Lucia e Passerini Glazel, che le incertezze circa le tesi sostenute in questo libro si accompagnarono a incertezze sulla religione stessa, tema che dovette essere non poco presente nella vita di Kelsen: nato in una famiglia di religione ebraica, si convertì poi al cattolicesimo, per approdare al protestantesimo di confessione augustana e, infine, a posizioni agnostiche.

Congetture a parte, l'attualità del testo è "bruciante": tesi e dottrine contro cui Kelsen sferra la propria *verve* polemica andavano a inserirsi in un intenso dibattito, che ha percorso il secondo Novecento, su teologia politica e secolarizzazione, mettendo sostanzialmente in dubbio l'irreversibilità di quest'ultima. "La questione se, e in che forma, la religione tornerà nella politica e la teologia nella scienza", che Kelsen pone alla fine del volume, "è diventata attuale, fino a un punto che forse nemmeno Kelsen si aspettava" (dalla *Nota introduttiva* di Richard Potz, p. XXVI). Il pensiero corre allora al fondamentalismo religioso che infesta la nostra epoca, a tante forme di fondamentalismo religioso meno evidenti e certo non sanguinarie (si pensi alla rimonta dei cristiano-conservatori negli Stati Uniti, e al rilievo politico che essi si sono guadagnati), alle pretese intrusive di certe confessioni religiose nella vita pubblica. E, per avvicinarci di più alla "teologia senza Dio", contro cui Kelsen protesta, il lettore italiano non può non pensare ai tanti e disinvolti eccessi interpretativi dell'idea di "religione civile" cui, *bon gré mal gré*, si è costretti ad assistere. In questi casi come in altri (*infra*, par. 4 b), la "teologia senza Dio" si è affermata come strumento per scardinare quella conquista della civiltà e del costituzionalismo moderni che è la separazione stato-chiese, facendo penetrare nel diritto e nella scienza istanze religiose sotto mentite spoglie secolari.

2) Chiunque sia interessato al tema dei rapporti tra diritto e religione, del trattamento giuridico della religione, delle implicazioni teoriche ed istituzionali dei concetti di secolarizzazione, laicità e teologia politica, non dovrebbe perdere l'occasione fornita dalla recente pubblicazione dei due testi qui segnalati. Il sottotitolo di questo nostro commento avrebbe potuto recitare, parafrasando un titolo importante di un altro Dworkin, molto noto, "Taking Religion Seriously." E anzi, più precisamente: "Taking Law and Religion Seriously."

Le tematiche affrontate da Dworkin vanno dalla libertà religiosa, al modo di guardare al senso della vita partendo dalla fede nell'immortalità dell'anima o dall'assenza di tale fede, al concetto di "ateismo religioso". Tale ultima categoria (che avrebbe fatto sobbalzare Kelsen. E noi lo capiremmo) è da Dworkin ritenuta utile a indicare coloro che, "pur non credendo in un dio personale, credono tuttavia in una forza nell'universo più grande di noi" (p. 18). Questi "atei religiosi" si caratterizzerebbero, inoltre, per il fatto di attribuire un valore alla vita di ognuno e a ciò di cui, ognuno, fa esperienza. Nelle pagine dedicate all'incanto e al senso del mistero di fronte alle meraviglie del universo (che

William James, che "il mistero... aggiunge alla vita un incanto che non è razionalmente o logicamente deducibile da nessun'altra cosa. L'incanto è la scoperta di un valore trascendente in ciò che altrimenti sembra effimero o inerte" (p 24).

A dispetto di quel che il titolo del libro potrebbe suggerire, il saggio di Dworkin non è una difesa del valore delle religioni non monoteiste, del loro eguale valore di fronte alla legge, ad esempio. "In questo libro non presento argomentazioni contro la scienza delle religioni convenzionali di Abramo. Non sostengo che non c'è alcun dio personale che ha creato i cieli e ama le sue creature. Affermo solo che l'esistenza di un tale dio, di per sé, non può fare alcuna differenza rispetto alla *verità* di un qualsiasi *valore* religioso"(p. 33-34, corsivi nostri). Verità e valore sono due parole chiave nel pensiero di Dworkin, come osserva Veca nella presentazione del volume. Il piano assiologico, sempre decisivo per l'Autore, è molto evidente, in effetti, anche in questo saggio. Sul piano dei valori, Dworkin non vede differenze significative tra coloro che hanno convinzioni etiche basate sulla fede in qualche dio e coloro che, senza fede, abbiano convinzioni etiche non fondate religiosamente. Il punto di contatto tra queste persone è che entrambe danno risposta identica (e positiva) alla domanda se vi sia un valore intrinseco nelle vite che abbiamo da vivere e, allo stesso modo, se un valore intrinseco ce l'abbia l'universo. Questo è ciò che per Dworkin rileva: la risposta positiva, la certezza che vi sia un valore nella vita di ciascuno di noi e nell'universo che ci circonda.

Ne deriva una posizione molto dilatata della libertà religiosa, interpretabile come indipendenza etica di ciascun singolo individuo, al di là del fatto che sia credente oppure no. "Dovremmo prendere in considerazione di abbandonare l'idea di un diritto speciale alla libertà religiosa, e di conseguenza anche il suo bisogno impellente di limitazioni ferree e di una definizione accurata. Dovremmo invece prendere in considerazione la possibilità di applicare all'oggetto tradizionale di tale presunto diritto, solo *il diritto più generale all'indipendenza etica*" (p. 107).

Tale conclusione merita almeno tre osservazioni. Innanzitutto, Dworkin coglie un punto che, già molti anni addietro, era stato sviluppato da Hans Blumenberg, Karl Barth e Friedrich Gogarten, tra gli altri. Riflettendo sulla secolarizzazione, essi contestarono che quest'ultima potesse assurgere a metafora del moderno: derivando *direttamente* dall'epoca moderna, la secolarizzazione non era in grado, cioè, di esprimerne l'essenza. Metafora assoluta, originaria della Modernità era invece l'autodeterminazione dell'individuo. In uno scritto del 1966, Blumenberg indicava appunto la "Selbstbehauptung", l'affermazione di sé, quale autentica metafora assoluta della modernità, vera rivoluzione copernicana: la "capacità dell'individuo di riappropriarsi del proprio destino in un'immanenza senza residui e, conseguentemente, di autoaffermarsi come produttività libera".[1]

Anche in Dworkin, a leggerlo con attenzione, la secolarizzazione, come metafora del moderno, perde gran parte della sua *allure*, dissolvendosi in quel che egli definisce diritto all'indipendenza etica.

obiettarci che quel *arbitrio più generale all'impugnazione etica* abbia un nome ben preciso, e di antica e nobile data: libertà di coscienza. Non vi è alcun bisogno di trasformare qualsivoglia fede/visione personale dell'universo, che sia intessuta di spirito più o meno "religioso", in una rivendicazione di libertà religiosa. La libertà di coscienza precede concettualmente quella di religione. E, anche dal punto di vista del diritto positivo, la coscienza -*genus*- precede la religione -*species* (si pensi all'art. 10 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 : "nessuno può essere importunato per le sue opinioni, neppure per quelle religiose").

L'ultimo rilievo critico ha riguardo invece a quello che ci sembra il principale punto debole della tesi di Dworkin: l'enfasi eccessiva posta sul concetto di valore (il valore che, credenti e non credenti, attribuirebbero alla vita di ciascuno e all'universo che ci circonda).

La ricostruzione dell'Autore su questo punto rischia di escludere altre tipologie di persone, che non hanno nulla da condividere né col senso religioso della vita, né col sistema di valori di cui scrive Dworkin. Si consideri, ad esempio, un essere umano non credente, magari pure nichilista e mai sedotto dal mistero-incanto (privo, per dirla con Dworkin, del benché minimo senso religioso della vita), che di fronte alla fatidica domanda sul valore intrinseco della vita e dell'universo risponda negativamente e che, *ciononostante*, abbia convinzioni etiche che lo portino a sentirsi responsabile nei confronti degli altri e di se stesso. L'umanità è molto più eterogenea di quel che appare dalla ricostruzione di Dworkin (se l'abbiamo correttamente intesa), il quale sembra invece dividere il genere umano tra religiosi e atei religiosi.

3) La posizione di Kelsen sul tema delle "religioni senza Dio" è, come dicevamo poc'anzi, agli antipodi di quella di Dworkin. Per Kelsen, così come è impossibile immaginare una religione senza un dio, è improponibile e fuorviante l'uso stesso del concetto di religione al di fuori del contesto di una rivelazione divina e della credenza nell'esistenza di una entità divina trascendente. La polemica di Kelsen non è certo rivolta contro la religione in sé, bensì contro il tentativo, fuorviante e illegittimo, di vedere implicazioni religiose snaturate nella filosofia sociale, nella politica e nella scienza moderne, e di tornare a far dipendere queste ultime da una "vera religione". Fin dalla prefazione, Kelsen illustra molto chiaramente il suo intento, che è un vero e proprio piano d'attacco polemico (e il tono del libro è insolitamente veemente) contro interpretazioni della filosofia e della scienza venate di teologia politica : "L'Autore intende mostrare che interpretare come teologia il pensiero di figure come i filosofi dell'Illuminismo, Lessing, Comte, Marx, Nietzsche, che hanno cercato di emancipare il pensiero umano dalla sudditanza nei confronti della teologia, costituisce un'interpretazione essenzialmente errata (...) e pericolosa, in quanto reca in sé tre (consapevoli o inconsapevoli) implicazioni: in primo luogo, l'idea che una scienza o una filosofia sociale (in particolare una scienza o una filosofia della storia) indipendente dalla teologia non possa avere risultati soddisfacenti, in quanto non conduce a quei valori assoluti che si possono fondare soltanto su una vera religione, e senza i quali la società e la storia sono prive di significato;

possa comunque essere separata dalla religione; in terzo luogo, l'idea che sia, in conseguenza, indispensabile un esplicito ritorno della scienza e della filosofia alla teologia, e della politica alla religione" (p. 3).

Il libro di Kelsen è anche, per certi versi, un testo sulla filosofia dell'Illuminismo, entrando a far parte di un dibattito di altissimo livello del secondo Novecento, che segnò il momento in cui la filosofia dei Lumi fu sottoposta a un severo vaglio critico. Tra le più significative proposte interpretative dell'Illuminismo criticate da Kelsen, figurano quelle di Ernst Cassirer, Karl Löwith e Carl L. Becker (ma l'elenco è ben più nutrito, coinvolgendo la disamina critica di Kelsen molti altri autori). Anche rispetto alla filosofia della storia (e del progresso) propria dell'Illuminismo, Kelsen espone in maniera adamantina il suo pensiero, premettendo che vi sono due modi di interpretare la storia: secondo alcuni, l'evoluzione dell'umanità riflette la realizzazione della volontà dell'uomo. Secondo altri, quell'evoluzione testimonia invece la realizzazione della volontà di Dio. La prima interpretazione è filosofia della storia; l'altra è teologia della storia. In "Filosofia dell'Illuminismo", Cassirer, osserva Kelsen, rifiutò la tradizionale concezione secondo cui l'Illuminismo fu un'epoca di tendenze irreligiose e avverse alla fede. Per Cassirer, "i più validi impulsi del pensiero illuministico e la sua vera potenza spirituale sono fondati non sul rifiuto dalla fede, ma nel nuovo ideale di fede che esso promuove e sulla nuova forma di religione che esso incarna" (p. 121). È questo il prototipo di religione secolare che Kelsen critica con tutta l'energia dialettica di cui fu capace. L'idea che i *Philosophes* avessero demolito la Città Celeste di sant'Agostino "al solo scopo di ricostruirla con materiali più moderni" contrastava del tutto con la visione della scienza (e della religione) di Kelsen.

Il tentativo di interpretare l'Illuminismo, così come ideologie dichiaratamente atee e antireligiose quali il comunismo o il socialismo (capp. 8 e 10) nei termini di "religioni secolari", religioni della "redenzione secolarizzata" e di millenarismo, viene "smontato" da Kelsen passo dopo passo, attraverso vari argomenti. Uno dei più efficaci, è quello secondo cui un modello escatologico non si può secolarizzare, poiché ciò che una visione secolarizzata del mondo nega è proprio la presenza di un *éscathon*, un "ultimo", ovvero la condizione che sarà propria dell'uomo nella fine assoluta (assoluta perché predestinata da Dio). Pertanto, il concetto di *éscathon* -ricorda Kelsen- si riferisce a un'idea metafisica del futuro. Ma il futuro predetto da una filosofia secolare della storia è diametralmente opposto all'*éscathon* cristiano, il quale consiste in uno stato spirituale di perfezione religiosa dell'anima individuale: lo stato della salvezza; al contrario, ciò che è prefigurato da una filosofia secolare della storia non è certo uno stato spirituale di perfezione religiosa, bensì "uno stato di benessere sociale esclusivamente temporale, un optimum di organizzazione sociale". L'obiettivo dei sostenitori della "escatologia secolarizzata" è vano, perché esso "non può essere conseguito senza la credenza cristiana delle cose ultime (p. 26-27). È in base a tali argomenti che Kelsen respinge facili parallelismi, come, tra gli altri, quelli che accostano la predizione di Marx di una futura società comunista alla credenza giudaico-cristiana nel regno di Dio.

Un'altra obiezione fondamentale di Kelsen contro l'utilizzo di forzati parallelismi concerne la pretesa di far derivare dall'intensità di un sentimento

proprio. "È una tautologia logica" concludere, dai *intensità dei sentimenti* con cui gli uomini aderiscono a certe idee, la *natura* stessa di queste idee, "facendo sì che una dottrina risulti essere una 'religione' se l'intensità con la quale una persona è convinta della verità di essa è uguale all'intensità con la quale una persona crede nell'esistenza di un Dio giusto e onnipotente. Anche una dottrina scientifica, che rifiuti qualsiasi presupposizione di una potenza trascendente e sovrannaturale, potrebbe allora essere dipinta come una religione" (29-30).

4) Proveremo adesso a fornire qualche spunto relativo a temi giuridici dibattuti nel nostro tempo per sottolineare l'attualità del testo di Kelsen, da un lato, e, dall'altro, l'interesse delle tesi sostenute da Dworkin; sebbene queste ultime - a parere di chi scrive- siano raramente condivisibili, esse si inseriscono nel solco di dibattiti d'indubbia rilevanza per il giurista (e non solo).

4 a) Prendendo spunto da quanto appena detto circa l'"intensità" del sentimento religioso, può osservarsi come tale profilo sia spesso indicato, dalle corti nordamericane, quale criterio utile a qualificare "religioso" un dato comportamento. La definizione del concetto di religione costituisce un problema che si ripropone molto spesso all'attenzione dei giudici, i quali hanno fornito risposte molte differenziate, nel tempo e nello spazio, talvolta negando di poter addentrarsi nel problema, talaltra non esitando a entrare in medias res. Con un forte eccesso di semplificazione dovuto a esigenze di sintesi, potremmo dire che, emblematica della prima posizione, è la giurisprudenza costituzionale tedesca che, in ossequio a un'idea di neutralità-equidistanza dello stato di fronte al fenomeno religioso, tende ad arretrare rispetto alla definizione di religione e di comportamento religioso. Parte della dottrina[2] ha criticato esplicitamente questa strategia, affermando che il tribunale avrebbe in tal modo rinunciato a quell'atto politico che consiste nel dire che cosa è e cosa non è religione, per evitare di addentrarsi nei meandri del fenomeno religioso, demandando quest'ultimo alla competenza dei sociologi. Ma questa strategia elusiva implica anche, secondo gli autori citati, la rinuncia alla funzione di risoluzione dei conflitti propria del diritto. La giurisprudenza statunitense (almeno da un certo momento storico in poi), riflette invece l'altro atteggiamento segnalato. Nella definizione di religione (e di quei comportamenti meritevoli di protezione costituzionale in quanto espressivi della libertà religiosa), le corti hanno spesso accentuato il dato della sincerità, o intima convinzione della persona, come dato costitutivo della libertà religiosa (*al di là di ogni mediazione* delle confessioni religiose e delle loro ortodossie).[3] Si è così affermata una difesa -molto protestante nello spirito di fondo- dell'approccio *individuale* alla religione, al di là dell'orientamento imposto o suggerito nelle confessioni di riferimento.

4 b) Vorremmo ora accennare ai temi della "religione civile" e "del deismo costituzionale". Rispetto ad argomenti siffatti, il libro di Kelsen, benché scritto più di 50 anni fa, non ha perso neppure una virgola della sua attualità, ove soltanto si pensi ai "parallelismi" tra teologia, da un lato, e politica e diritto, dall'altro, che ancor oggi accompagnano dibattiti come quelli sui temi appena

dibattito (europeo e statunitense) ha indugiato -talvolta acriticamente- nell'utilizzo della formula "religione civile", prendendo a prestito dalla religione "vera" (che, per i fautori dell'idea di religione civile, finisce sempre con l'esser la religione maggioritaria) simboli, riti ed elementi vari per trasporli nella sfera del discorso secolare; ciò nell'intento -manifesto o meno, consapevole o meno- di compensare, attraverso quella simbologia, carenze di identità nazionale e di colmare le falle di un repubblicanesimo malconcio (cioè di un'etica condivisa del bene comune).

In tal modo, si finisce per alimentare, da un lato, la confusione tra religione e politica e, dall'altro, il sentimento di esclusione di chi non appartenga a nessuna confessione, o comunque non a quella maggioritaria. La retorica delle virtù civiche, cui farebbe da collante la religione, è riferita, infatti, di norma alla confessione maggioritaria, non certo a confessioni minoritarie. Inoltre, quell'indugiare acritico ferisce giustamente coloro i quali la religione "vera" (maggioritaria o minoritaria che sia) vogliono prendere sul serio.

D'altro canto, il dibattito sul "deismo costituzionale" (ovvero quell'insieme di riferimenti religiosi nel contesto di cerimonie e pratiche istituzionali : il riferimento a Dio sulle banconote, ad esempio, le preghiere in sede istituzionale, la presenza dei dieci comandamenti in un parco pubblico, etc.) è entrato a vele dispiegate nel recinto del diritto giurisprudenziale statunitense, portando le corti ad oscillare vistosamente (e a tradire, non di rado, lo spirito separatista del primo emendamento della costituzione)

Innumerevoli sarebbero gli esempi -tratti sia dal dibattito scientifico sia da quello giurisprudenziale- utili a dimostrare come il dispositivo teologico-politico abbia significativamente piegato a sé il cammino della secolarizzazione, del weberiano disincanto, così come le evoluzioni del principio giuridico di laicità. I due libri segnalati aiutano il lettore a visualizzare le trappole teoriche che ci trattengono in quel dispositivo, il quale mai ha smesso di orientare (e, anzi, di disorientare) la spinta propulsiva della secolarizzazione. In tal senso, un ottimo complemento di lettura ai due testi segnalati è l'ultimo lavoro di Roberto Esposito[4], che ha di recente proposto un'interessante spiegazione del perché torniamo sempre a Schmitt e all'idea secondo cui "tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati". [5] Questo corto circuito del pensiero Esposito lo spiega a partire dal nostro essere immersi, e da sempre, nel dispositivo stesso di teologia politica : "l'ostacolo di fondo a penetrare nell'orizzonte della teologia politica sta nel fatto che ci troviamo già al suo interno". E' per questo che quell'orizzonte "si dimostra inafferrabile -non perché la sua porta d'ingresso sia sbarrata, ma perché l'abbiamo da tempo memorabile varcata, prima che essa si richiudesse alle nostre spalle impedendoci di uscire. Di qui, l'impossibilità di assumere la distanza che sola consente uno sguardo analitico e critico" (p. 5). La nostra prossimità estrema al tema in questione avrebbe dunque reso il concetto di teologia politica impermeabile all'analisi critica durante tutto il Novecento. Ebbene, il libro di Kelsen rappresenta appunto un tentativo importante, e più che mai esplicito, di prendere le distanze da quella nostra prossimità rispetto al dispositivo teologico-politico.

4 c) Un caso giudiziario riportato da Dworkin, e divenuto molto popolare nel dibattito statunitense, illustra efficacemente questo problema. Ci riferiamo alla *querelle* tra "evoluzionisti" e "creazionisti", se sia cioè la mutazione casuale o la creazione divina a fornire la migliore spiegazione della vita umana. Negli Stati Uniti, la *querelle* è diventata un problema per i corsi di biologia nelle scuole pubbliche, allorché un distretto scolastico della Pennsylvania ha ordinato agli insegnanti di menzionare le teorie sull'origine della vita che, rifiutando la teoria dell'evoluzione darwiniana basata sulla mutazione casuale, sostengono invece di fornire prove del fatto che gli esseri umani sono stati creati da un'intelligenza soprannaturale. Un giudice della corte federale ha ritenuto essere la decisione del consiglio scolastico basata su articoli di fede, anziché su giudizi scientifici e ha pertanto dichiarato incostituzionale il provvedimento del consiglio sulla base del primo emendamento della costituzione (divieto di istituire una religione di stato).[6]

Il commento di Dworkin è interessante, ma lascia un po' perplessi: secondo l'Autore (che richiama sul punto le tesi di Nagel: v. nota 7), un caso siffatto chiama necessariamente in causa le credenze pregresse degli individui circa l'esistenza o meno di Dio. "Questi due assunti- che Dio esista e che Dio non esista- sembrano sullo stesso piano dal punto di vista della scienza: o contano entrambi come giudizi scientifici o non conta nessuno dei due. Se fare affidamento su uno dei due giudizi nel rendere obbligatori i contenuti di un insegnamento è istituire ufficialmente una religione di stato, allora lo è anche fare affidamento sull'altro giudizio" (p. 104). Ora, per quanto imperfetta sia la teoria evoluzionista di Darwin (che presenta, ancora oggi, molte lacune e punti irrisolti: sul punto, v. sul punto l'interessante ricostruzione di Thomas Nagel[7]), nel confronto tra le due teorie, essa è pur sempre l'unica (rispetto alla teoria del disegno intelligente) a potere essere verificata da ragione e occhio umani. Non si vede, invece, come la teoria della creazione intelligente possa considerarsi alla stregua di un "giudizio scientifico". Invero, nella decisione citata, il giudice Jones ha escluso che la teoria dell'ID (Intelligent Design) potesse vantare lo status di scienza, basandosi appunto sulla posizione del consulente scientifico della difesa, secondo cui quella teoria appare più plausibile se si crede in Dio.

Nell'articolo citato, Nagel spiega come lo sviluppo della teoria evoluzionista non si sia basato affatto sull'assunzione della impossibilità di un disegno intelligente; piuttosto, essa si è posta come un'alternativa all'ID, offrendo un racconto sorprendente e illuminante di come un "disegno" abbia potuto esprimersi senza l'intervento di un "designer". Parte del background della teoria evoluzionista si baserebbe cioè proprio sul suo prendere in considerazione un "disegno" alternativo. Per Nagel, come per Dworkin, l'unica via per affrontare la questione (anche dal punto di vista giuridico-costituzionale) prescindendo da postulati di natura religiosa implicherebbe l'ammissione che l'evidenza empirica legittima differenti conclusioni a seconda della fede religiosa di partenza.

Ci sembra, però, che tali conclusioni stridano fortemente con le condizioni stesse di pensabilità della scienza moderna: escludere l'intervento divino dal rango delle possibilità è la base, la condizione epistemologica della scienza

un disegno intelligente non si può provare.

Se Kelsen avesse potuto prender parte a questo dibattito, egli forse avrebbe così replicato: "la scienza non nega l'esistenza di una sfera che trascende il dominio di ciò che è accessibile alla conoscenza scientifica. La vera scienza è ben consapevole del fatto che questo dominio (...) è circondato da un mistero. Ma la scienza è costretta ad accettare il fatto che questo segreto è in ultima istanza impenetrabile per la ragione umana, e che la ragione umana è il solo strumento capace di conseguire verità scientifiche" (p. XVII, *Prefazione*).

[1] Così G. Marramao, *Potere e secolarizzazione*, Editori Riuniti, Roma 1985, p. XIX, ha inquadrato il dibattito tra Blumenberg, da un lato, e Karl Löwith e Hans G. Gadamer, dall'altro.

[2] Cfr., ad esempio, K.-H. Ladeur e I. Augsberg, *The Myth of the Neutral State: the Relationship between State and Religion in the Face of New Challenges*, in *German Law Journal*, 2/2007.

[3] Per queste evoluzioni, v. L. H. Tribe, *American Constitutional Law*, II ed., The Foundation Press, New York, 1988, p. 1179 ss. Significativamente, l'Autore intitola l'intero capitolo dedicato alla libertà religiosa "Rights of religious *autonomy*" (di rilievo per la definizione di "religion from the believer's perspective", le pagine da 1204 a 1301).

[4] R. Esposito -*Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero*, Einaudi, Torino 2013.

[5] C. Schmitt, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* (1922), in Id. *Le categorie del "politico"*, a cura di G. Miglio, P. Schiera, il Mulino, Bologna, 1972, p. 61.

[6] *Kitzmiller v. Dover Area School District*, 2005.

[7] T. Nagel, *Public Education and Intelligent Design*, in *Philosophy & Public Affairs*, 36, n.2, 2008.

SULLE SPALLE DEI GIGANTI

Che cosa è eguaglianza? Memoria pubblicata la prima volta in Trento nel 1792*

di GIANDOMENICO ROMAGNOSI (A CURA DI FULVIO CORTESE)

§ 622. Tutti in questi tempi parlano di *eguaglianza*, e forse assai pochi ne hanno una vera ed estesa nozione. Il volgo specialmente vi annette un'idea, la quale quanto è conforme alla rozzezza del suo intendimento ed è falsa nella sua applicazione, altrettanto lusinga la sua avidità, ed è rivolta a fomentare i più gravi disordini, i quali alla fine riescono più nocivi al volgo stesso, che a quella classe contro la quale da principio sembrano unicamente rivolti. Le conseguenze più moderate dell'opinione volgare d'oggi sulla *eguaglianza* sarebbero uno spirito d'insubordinazione alle leggi, un poco rispetto anche verso la classe più virtuosa della società, il desiderio dell'usurpazione di ogni rango, e finalmente il saccheggio o palese od occulto fino delle più ristrette altrui proprietà. E Dio non voglia che molti scrigni, molti granai e molte cantine non siansi ormai risentite di questa opinione sulla *eguaglianza*, anche ad onta delle istruzioni le più pazienti, delle invettive le più forti, e degli anatemi i più tremendi, dei quali i Ministri dell'Altare fanno risuonare le cattedre della Religione per insinuare una guisa opposta di pensare. Qui la Filosofia presta l'opera sua alla Religione, e la Religione dovrebbe cogliere questo momento per fiancheggiare la Filosofia. Qui si parla al volgo, e nello stile del volgo. Crederei di far arrossire quelli che no 'l compongono, se rivolgessi a loro le mie parole. Voglio credere per ciò ch'essi non abbiano nulla di comune con altri pretesi maestri in gazzette, i quali per questa parte sono assai meno del volgo stesso.

§ 623. Volete voi sapere cosa intendere si debba per *eguaglianza* in Morale e in

ranno un viaggio in mare. Si solleva una tempesta, e sono giunti in un'isola, dove si salvano. Le loro barche restano in possesso delle acque e dei venti vengono rotte e disperse; Onde sono costretti di rimanere nell'isola, senza poter più tornare alle loro case.

§ 624. Per buona sorte in quest'isola si trovano delle case, ma senza abitanti, perché furono prima rapiti dai corsari. In esse si trovano attrezzi di agricoltura, ed agio abbastanza da ricoverarsi. L'isola ha alcun poco di terreno colto, e alquanto frumento per seminare. Robinson e Zadich comprendono che per sostentarsi è necessario di coltivare la terra: quindi convengono di dividersela in porzioni *eguali*, e di aiutarsi nel resto alle occorrenze.

§ 625. In capo ad un anno Robinson e sua moglie, essendo più attivi, robusti ed industriosi dell'altra famiglia, raccolgono alcuni sacchi di più di grano. Quindi ecco la *disuguaglianza* fra le due famiglie nei prodotti utili.

§ 626. Accade che Zadich viene a produrre figli, ed i proventi del suo campo non bastano ad alimentarli tutti. Robinson per lo contrario non ne genera che due soli, ed egli di mano in mano ha migliorato il suo fondo. Quindi Zadich si presenta a lui, e gli offre parte della sua terra, chiedendo in corrispondenza altrettanto grano da alimentare la sua famiglia. Robinson accorda un tale contratto; ed eccolo più ricco di Zadich anche riguardo ai *fondi*. Così si verifica una *disuguaglianza di beni stabili*.

§ 627. Finalmente cresciuti i figli di Zadich, e trovandosi angustiati dalla moltitudine e dalla ristrettezza del terreno, uno di essi per nome Orondal si reca da Robinson, offrendogli di coltivare per lui parte del suo campo, con patto di dividerne seco i frutti. Robinson lo accetta. Ed ecco stabilita non solo la *disuguaglianza*, ma anche l'*opposizione* rapporto alla proprietà. Robinson possiede, ed Orondal no; Robinson comanda, ed Orondal serve.

§ 628. Interrompiamo qui la storia, e facciamo qualche riflessione. Credete voi che in tutta la serie di questo racconto queste due famiglie abbiano osservata la *giustizia naturale*? Voi lo sentite nel fondo del vostro cuore. Credete voi che abbiano osservata l'*eguaglianza di diritto*? Sì certamente; ed appunto hanno osservata la *giustizia*, perché hanno operato a norma dell'*eguaglianza*. Ma realmente esse sono divenute fra loro *disuguali*. Lo concedo; ma dico che appunto sono così disuguali, e lo sono con giustizia, in vigore del principio dell'*eguaglianza*. No! comprendete ancora? Io mi spiego.

§ 629. Ditemi: se al momento che Zadich e Robinson sbarcarono colle loro mogli, Zadich avesse ammazzato Robinson, avreb'egli fatto una cosa giusta? Voi rispondete di no. E perché? Perché, voi mi direte Zadich non era padrone della vita di Robinson. Ma perché, chieggo io, non n'è egli padrone? Perché, voi replicate, Zadich è un uomo come Robinson, e niente più; e quindi se Zadich avesse avuto diritto di uccidere Robinson, questi per eguale ragione avrebbe avuto diritto di uccidere Zadich: la qual cosa involge contraddizione.

§ 630. Ma trovandosi essi in un luogo dove non vi sono nè leggi, né tribunali, né pene sarebbe stato almeno lecito al momento dello sbarco a Zadich di spogliare Robinson de' suoi vestiti, o legarlo come un cane e farselo schiavo? Il vostro

questo? per lo stesso principio di prima; e poi, replico, Robinson avrebbe avuto lo stesso diritto dal canto suo sopra di Zadich.

§ 631. Voi dunque sentite che almeno in quest'epoca l'*eguaglianza* è il principio di *giustizia* unico fra gli uomini; che quest'*eguaglianza* fondata su di una verità fisica di *fatto*, cioè che ogni uomo tal quale è realmente in se stesso, nella guisa di nascere, nella figura e nelle facoltà interne, a dir breve, tanto riguardo alla macchina, quanto riguardo allo spirito, né suoi bisogni e nel suo fine, è simile, ad ogni altro uomo. Voi avete sentito del pari, che nella divisione delle terre fu osservata l'*eguaglianza* tra le due famiglie.

§ 632. Ma se l'uno dei due avesse voluto cacciar l'altro dal fondo e dalla casa avanti il raccolto ed impossessarsi dei frutti pendenti? Voi mi dite che ciò sarebbe stata *iniquità*. E perché? Perché, mi rispondete Robinson e Zadich essendo eguali ed essendo ognuno di essi in casa propria e sulla sua terra al pari dell'altro vero padrone, non sarebbe stato lecito all'uno di spogliar l'altro del suo possesso per usurparlo egli. Che se volessimo concedere un tale *diritto di usurpazione*, converrebbe concederlo ad entrambi; poichè non v'è nessuna ragione di preferenza nè nella natura delle cose, nè in alcun patto fra essi stabilito. Laonde un o tale diritto, oltre essere barbaro, violento, e distruttore della pace e della stessa vita, sarebbe altresì assurdo e contraddittorio.

§ 633. Dunque deve necessariamente riconoscersi che l'unico principio che fa sentire socialmente giusta e sacra la proprietà delle cose, e per cui deve essere rispettata, si è la *eguaglianza*. Ma Robinson e Zadich, già padroni del fondo coltivato colla loro industria, divengono altresì padroni dei *frutti* che ne derivano. Se dunque il fondo di Robinson produce di *più* del fondo di Zadich, Robinson rimane tuttavia legittimo padrone anche del di più, per la stessa ragione per cui egli è padrone del meno. Ora siccome era in forza dell'*eguaglianza* che si rendeva inviolabile la di lui proprietà, sarà appunto in forza dell'*eguaglianza* stessa che si renderà inviolabile il possesso di un maggiore *aumento* di ricchezze acquistato senza offendere i confini dell'*eguaglianza* altrui.

§ 634. È ben chiaro che se il di più che Robinson possiede non lo avesse acquistato rispettando l'*eguaglianza* sua con Zadich, cioè a dire se glielo avesse usurpato o con violenza o con inganno o con timore, egli non ne sarebbe divenuto nè anche col tempo legittimo padrone; ma è del pari evidente, che avendolo acquistato coll'industria, ed anche coll'ajuto di quella che chiamasi fortuna, e così col non ferire niente il fatto altrui, deve considerarsi legittimo padrone dello stato suo *maggiore*, in forza appunto del principio dell'*eguaglianza*.

§ 635. Perciò si sente altresì che non rimane leso il diritto dell'*eguaglianza* anche nella situazione in cui Robinson è *ricco*, ed Orondal *povero*; in cui il primo è *padrone* e possidente, l'altro *servo* e semplice agricoltore. Piuttosto se Orondal volesse rompere a capriccio un tale rapporto, egli violerebbe l'*eguaglianza*; e se taluno volesse giustificarlo, autorizzerebbe un'incessante guerra fra gli uomini, e ridurrebbero allo stato dei lupi, degli orsi e dei leoni. Disinganniamoci: fra l'*eguaglianza* ben intesa ed il ferreo ed orrendo *diritto del più forte* non v'è

l'isola avviene popolata. Alcuni corsari si attaccano ad essa, e gli abitanti fanno loro resistenza sotto la condotta di un Capo da loro scelto. Egli li respinge i corsari colla vittoria. La riconoscenza della nazione vuole perpetuare la memoria di questo fatto, e premiare il Capo che si è segnalato con decretargli una distinzione personale di *onore*, estesa anche alla di lui famiglia e discendenza.

§ 636. Direte voi che ciò violi il diritto di *eguaglianza* naturale? Niente affatto. A chiunque altro coi talenti e col coraggio era aperto il campo di distinguersi in siffatta maniera; e quando per un consenso unanime della nazione un tale eroe ha acquistato l'anzidetta distinzione, egli ne diventa legittimo *proprietario* al pari di quello che colla sua industria acquista un dato fondo o ne raddoppia il raccolto. Quindi in virtù dell'*eguaglianza*, la quale fa sì che taluno non possa usurpare ciò che l'altro possiede di sua ragione, quantunque possieda di più; in virtù, dico, dell'*eguaglianza* stessa il popolo o il privato non può privare senza ragione l'eroe o la sua discendenza della distinzione di cui è in possesso. Ed ecco che l'*eguaglianza*, e la sola *eguaglianza*, lungi dall'essere contraria, rende anzi legittima la *distinzione* stessa dei ranghi; e com'essa è un freno pei superiori a non soverchiare illegittimamente gl'inferiori, è del pari un freno degl'inferiori a pro dei superiori, onde non essere a capriccio spogliati dei frutti dell'industria, dei talenti e del coraggio. Se vogliamo parlare con esattezza, l'*eguaglianza* non è veramente un diritto, ma bensì è la *misura* e la salvaguardia naturale dei diritti.

§ 637. Ma poniamo che nella popolazione di quest'isola si facessero leggi o suntuarie o agrarie, le quali limitassero la proprietà delle famiglie al puro bisognevole, e il di più per un assoluto comando lo togliessero ai proprietari per darlo ai più poveri: che cosa ne deriverebbe? Oltreché tale costituzione sarebbe contraria ai primitivi naturali diritti, come sopra abbiamo dimostrato, essa sarebbe la sorgente di una universale inerzia, l'ostacolo maggiore alla prosperità nazionale, alla popolazione, all'industria, al coraggio, ai progressi della cultura e dell'incivilimento della società. Chi sarebbe infatti tanto sciocco da sudare affaticandosi oltre un dato segno di necessità, colla previdenza di dovere affaticare per altri? Con qual coraggio procurare, senza speranza di migliorare, o lumi o arti o scienze o copia di ricchezze, per essere certamente privato dei beni che sogliono recare? Ne verrebbe adunque che ognuno, limitato al puro bisognevole, non potrebbe opportunamente soccorrere l'impotente, l'ammalato, il difettoso, che pure si troverebbero sempre nella società; che non potrebbonsi premiare i servigi altrui, né incoraggiare coi premii pubblici o colla riconoscenza privata le virtù sociali; che ognuno dovendo limitarsi necessariamente al travaglio ed all'economia, l'ignoranza, i pregiudizii, gli errori, la rozzezza dei costumi, la ferocia delle passioni e la durezza del cuore sarebbero il retaggio inevitabile di una tale situazione; e quindi lo Stato sarebbe nella massima depressione, languore, barbarie e debolezza. Laonde per fare il bene di tutti non si farebbe realmente quello di alcuno.

§ 638. È chiaro dunque che l'*eguaglianza* di *beni* e di *condizioni* è una chimera in natura, ed è una chimera del pari ingiusta che nociva; che il tentare d'introdurla colle istituzioni umane sarebbe un tentare l'oppressione e la degradazione della specie umana; e che essa diverrebbe dannosa assai più per coloro, al giovamento dei quali si temesse che, non osservata, potessero

in essa e una conseguenza naturale delle cose e dei diritti umani; ed un effetto del rispetto usato all'*eguaglianza*; e che finalmente fino a un dato segno essa è la più utile, anzi necessaria condizione di uno Stato.

§ 639. Io credo finalmente superfluo di parlare della *disuguaglianza di autorità*, nata dalla costituzione del governo civile. Il volgo sente con troppo di forza che una città senza leggi, senza governo e senza autorità; una città in cui il malvagio non fosse contenuto, corretto e spaventato da una forza preponderante e legittima; sarebbe una spelonca di bestie feroci, ed una vera immagine del caos. Quindi è, che per fare appunto rispettare l'*eguaglianza* è necessario introdurre l'*impero* e l'*obbedienza*.

§ 640. Che nelle condizioni della costituzione della sovranità inchiudendosi realmente una vicendevole servitù fra chi comanda e chi ubbedisce; colla sola differenza, che in chi comanda la servitù va accompagnata dalla dignità, perché il di lei scopo ed il di lei unico dovere, d'onde partono tutti i suoi diritti, essendo la massima felicità nazionale, ella deve rivolgere tutte le sue cure e deve far confluire tutti i suoi benefici effetti unicamente in chi serve; ciò appunto tende a mantenere la felicità comune colla proporzione e colle regole dell'*eguaglianza*. Ed è perciò che in nessuna parte l'*eguaglianza* trovasi sì ben promossa, protetta e difesa, quanto in una buona società civile, cioè in un popolo retto da un forte e ben subordinato Governo, in cui tutti siano servi della legge, e nessuno privato. Che se mai su di ciò rimanessero tuttavia delle idee confuse, sarebbe più opportuno schiarirle nell'atto che si spiegasse *che cosa sia libertà*.

§ 641. Avanti però di dimettere questo foglio, taluno potrebbe chiedermi una vera e ristretta *definizione* dell'*eguaglianza*, di cui fino a qui abbiamo ragionato. Dicasi una *parafraasi* o la spiegazione del vocabolo, piuttosto che una filosofica definizione. Un'idea semplice e relativa non si può filosoficamente definire. Qui l'*eguaglianza* non è altro che lo stato medesimo dei diritti naturali umani, in quanto in ogni individuo non sono o maggiori o minori che in ogni altro individuo. Taluno potrebbe anche dire non essere altro che l'*identità di misura*, ossia l'esistenza della stessa quantità di diritti in tutti gl'individui umani.

§ 642. A fine poi di conciliare tutte le idee esposte in questo scritto, è mestieri di fare una importante e vera distinzione fra il *Diritto* considerato in sè stesso, e l'*oggetto del Diritto*, che è la cosa su cui egli si versa. Quello che appellasi *jus* è una cosa puramente astratta, intellettuale, incorporea, come per esempio l'anima: per lo contrario l'oggetto, su cui il diritto si versa, può essere ed è quasi sempre una cosa concreta, sensibile e materiale. Così il *jus* di dominio è una cosa intellettuale ed indivisibile: per lo, contrario l'oggetto del dominio è una cosa materiale come l'oro, i campi, le case. E siccome accade benissimo che molte anime umane abitino diversi corpi di grandezza disuguale, benchè essi siano fra di loro uguali; anzi una stessa anima in età differenti si esercita e sta unita ad un corpo di differente grandezza, senza scemare o aumentare niente della sua sostanza; così i diritti umani possono riguardare ed agire su oggetti esterni di *estensione* differente, senza scemare della loro *intrinseca* quantità.

§ 643. Così si verifica com'essi, benchè esistenti egualmente in diversi individui umani, esercitandosi su di soggetti *disuguali*, nell'atto che stanno per urtarsi o

due egualmente robusti, posti una guarda l'uno di un piccolo eneto, e l'altro di uno assai maggiore, non si possono l'un l'altro soverchiare per rapirselo; e quantunque vengano caricati di pesi disuguali, non lasciano però d'essere dotati di forze affatto eguali. Così il pastore nella sua capanna ed il grande nel suo cocchio dorato sono egualmente *inviolabili*, e su *disuguali* oggetti manifestano una *pari* forza nei loro diritti. In breve, l'*eguaglianza* risiede nei diritti, e la *disuguaglianza* nei soggetti esterni su cui si esercitano.

Ecco cosa sia l'*eguaglianza*, e come debbasi intendere, applicare ed esercitare.

Il discorso liberale sull'uguaglianza tra diritto e letteratura: da dove veniamo, in una *robinsonade* di Romagnosi

di Fulvio Cortese**

L'uguaglianza, oggi, è al centro di un dibattito, che, in tempi di globalizzazione economica, è andato ben oltre i confini dei diritti nazionali[1] e, così, anche della "rivoluzione promessa" di cui alle solenni affermazioni dell'art. 3 della Costituzione italiana e all'articolata *tecnologia giuridica* che su di esse è stata costruita dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale[2].

Ciò che torna sempre ad essere al centro delle indagini e degli scontri di idee e di opinioni è il rapporto tra l'uguaglianza *formale* e quella *sostanziale*. Se la prima integra univocamente la parte essenziale di fondamenta non più rinunciabili, la seconda appare costantemente inappagata e assediata da un vasto arcipelago di irresistibili fattori differenzianti, a testimonianza, probabilmente, che il farsi concreto dello Stato democratico non è ancora un traguardo completamente afferrabile e che, viceversa, un simile orizzonte si contende ancora il campo con la potente simbologia dello Stato liberale. Ma qual è questa simbologia? Come si può riassumere? Una divagazione tra diritto e letteratura può offrire un angolo visuale molto efficace e restituire l'importanza del consapevole contributo del patrimonio filosofico-giuridico italiano.

Nel settembre del 1791 un Romagnosi trentenne assume a Trento la funzione di pretore[3]. Per il giovane giurista quell'anno si era già rivelato importante, perché, sia pur in forma anonima, era stata data alle stampe, a Pavia, la *Genesi del diritto penale*, dedicata al criminalista Luigi Cremani, autorevole professore dell'ateneo lombardo, e destinata ben presto a un vasto successo di pubblico e a una circolazione altrettanto rapida. Era stato, quindi, l'anno del debutto nell'agone delle scienze.

Romagnosi resterà a Trento per più di un decennio, operando non solo come giudice, ma anche come avvocato, prima, e come «consigliere aulico»[4] del principe vescovo, poi; ciò, almeno, fino agli eventi dell'invasione napoleonica, che lo vedranno tra i sostenitori della nuova amministrazione e quindi, proprio

restaurato. Anche se assolto da tali accuse nel corso di un processo tenutosi a Innsbruck, Romagnosi, dopo un soggiorno interlocutorio in quel di Rovereto, dove si dedicherà anche alla poesia oltre che allo studio del diritto e della fisica[6], e dopo aver comunque ripreso la propria attività a favore degli occupanti francesi, nel 1802 si recherà a Parma, città in cui si era laureato, per assumervi, con i buoni uffici delle autorità napoleoniche, la cattedra di diritto pubblico. Sarà a Parma che prenderà forma l'*Introduzione allo studio del diritto pubblico universale* (Stamperia Imperiale, 1805) e che comincerà, in tal modo, la fase matura ed evoluta di un pensiero di lì a poco votato ad esplorare direttamente la possibilità di riformare le istituzioni pubbliche[7] e di guidarle sotto il "governo" di ordinati e chiari principi[8].

Negli anni trentini, però, Romagnosi non si dedica molto all'approfondimento dei grandi temi che aveva magistralmente trattato nella *Genesi del diritto penale*, né, a dire il vero, dei temi giuridici *tout court*, con riguardo ai quali si distingue, piuttosto, come stimato pratico anziché come profondo teorico. Di questo lungo periodo, infatti, gli unici scritti propriamente dedicati al diritto sono due discorsi (o memorie), il primo del 1792, in tema di uguaglianza (*Che cosa è eguaglianza*: e si tratta del testo surriprodotto), il secondo del 1792, in tema di libertà (*Che cosa è libertà*)[9]. Sono, all'evidenza, due lavori speculari, in qualche modo sintonici, entrambi guidati da un'ispirazione dichiaratamente comune e antigiacobina: essi, del resto, furono «dettati dall'osservazione tranquilla delle agitazioni politiche della Francia»[10].

Il primo di questi interventi è senza dubbio un piccolo e suggestivo manifesto di quello che costituisce, in tutta l'Europa di quel tempo, il tema centrale del *discorso liberale* sull'uguaglianza: su di un principio, cioè, che per Romagnosi, pur essendo al centro delle grandi conquiste delle nazioni civili, va *razionalizzato*, al di là delle aspirazioni disordinate e indeterminate cui la sua evocazione, specie da parte del popolo, può dare luogo.

Il messaggio è lineare e inequivocabile, sin dalle prime righe della memoria. L'uguaglianza non può che essere ciò che la natura stessa asseconda come assetto proporzionato di uno specifico – e dato – ordine economico-sociale, non anche ciò che si immagina come prodotto istituzionale di un'azione trasformatrice degli individui, delle loro capacità e delle loro sostanze.

Lo spunto, però, che rende particolarmente efficace la lezione di Romagnosi è il ricorso a un espediente narrativo ben preciso, o meglio, a un genere letterario vero e proprio, incastonato nel corpo di un ragionamento giuridico-politico e mutuato da una fortunata tradizione settecentesca. In *Che cosa è eguaglianza*, infatti, ci si avvale di una classica *robinsonade*, ossia di una variazione del cliché della *desert island story*, come tema oggetto del famoso *Robinson Crusoe* di Daniel Defoe[11].

Romagnosi non si accontenta di utilizzare il solo palcoscenico dell'isola deserta e di immettervi il naufrago Robinson; l'apologo che ci viene raccontato vede, tra i protagonisti, sia Robinson, sia un tale Zadich[12], con le loro rispettive famiglie[13]. Sicché la *robinsonade* è arricchita da un'altra figura interessante, che ricorda da vicino l'eroe di una celebre favola di Voltaire, del 1748[14], e che

profondamente radicate nella cultura umanistica al cui cospetto si era formato. Il debito di Romagnosi nei confronti delle discussioni dei *philosophes* d'Oltralpe è così grande che, nella storia, c'è posto anche per un altro soggetto, Orondal, che qui compare come figlio di Zadich e che, in verità, viene preso di peso dalle pagine di un'opera del prolifico Jean-Baptiste-Claude Delisle de Sales, che aveva avuto una larga circolazione nella Francia della fine del XVIII Secolo: *De la philosophie de la nature, ou traité de morale pour l'espèce humaine. Tiré de la philosophie et fondé sur la nature* (3 voll., Arkstée e Merkus, Amsterdam, 1770). In quelle pagine Orondal è incarnazione di una sorta di demone, portavoce della natura, che dialoga con uno sconosciuto che si è perduto. Le suggestioni non mancano, dunque, e Romagnosi le fa interagire con maestria.

Più precisamente, sui frutti di questa interazione, la lettura diretta dice molto di più di qualsiasi commento. Tuttavia si può evidenziare comunque quali siano i riferimenti culturali che si intravedono *dietro* l'argomentazione.

Già i passaggi iniziali – sulla legittima formazione, per il tramite dell'uguaglianza formale, di stabili differenziazioni fattuali e giuridiche, e sull'impossibilità di darvi luogo o di rimuoverle con la violenza – meritano una particolare attenzione. Lungi dal costituire il distillato di un approccio di sola impronta illuministica, essi sostengono la travatura di una tradizione interpretativa più risalente, di matrice aristotelica, alla quale faranno riferimento molte delle più compiute elaborazioni del liberalismo ottocentesco. Una traccia molto interessante di questo legame si trova, in modo poi non così sorprendente, nelle pagine dell'opera singolare (i volumi della *Filosofia del diritto*, 1841-1845) di un autorevole giurista, filosofo ed ecclesiastico trentino, Antonio Rosmini, che, per molti versi, si porrà spesso in decisa posizione dialettica con le riflessioni di Romagnosi: anche per Rosmini, la «signoria» di un uomo su di un altro è «giusta quando la sottomissione e dipendenza altrui è spontanea, consentita, convenuta», risultando, invece, «ingiusta se conseguita colla forza sopra l'altrui diritto di libertà»^[15].

Nel ragionamento di Romagnosi, poi, sono facilmente riconoscibili le tracce, se non di veri e propri *calchi*, del pensiero di altri grandi autori del Settecento. Ad esempio, il punto in cui si sviluppa una *prima variazione* del tema dell'isola – quello, cioè, in cui si discute della difesa della comunità isolana dall'invasione dei corsari e della legittima promozione sociale di coloro che si siano spesi più degli altri per la salvezza collettiva – replica alcune note idee sul carattere naturale, e non contraddittorio, del rapporto tra uguaglianza giuridica e differenze di rango sociale. Il rimando implicito è soprattutto al passo in cui Voltaire, nel *Dictionnaire philosophique* (1764) si occupa di *Égalité* e spiega la differenza tra cuochi e cardinali: «Ogni uomo, in fondo al cuore, ha il diritto di crederci interamente eguale agli altri uomini; non ne consegue che il cuoco di un cardinale debba ordinare al suo padrone di preparargli il pranzo; ma il cuoco può dire: 'Sono un uomo come il mio padrone; sono nato come lui piangendo; egli morirà con le mie stesse angosce e con le stesse cerimonie. Facciamo ambedue le stesse funzioni animali. Se i turchi s'impadroniscono di Roma, e se allora io divento cardinale e il mio padrone cuoco, lo prenderò al mio servizio'. Tutto questo discorso è ragionevole e giusto; ma aspettando che il gran Turco

umana e sovverata»[10].

Di non minore interesse è anche la seconda variazione sul tema, quella relativa all'illegittimità delle leggi che la comunità dell'isola volesse darsi per finalità redistributive. Qui lo scopo di Romagnosi è quello di enfatizzare l'assunto per il quale il tentativo di introdurre un'uguaglianza con mezzi artificiali disincentiverebbe ogni ingegno e ogni iniziativa. Si affaccia, così, in modo esplicito il tema della «naturalizzazione della disuguaglianza»[17], di una lettura che evoca il talento individuale per legittimare le disuguaglianze e che trova il suo più potente serbatoio sempre nel grande cantiere delle riflessioni illuministiche, anche se la metabolizzazione piena della sua forza sarà brillantemente sviluppata, in ottica apertamente liberal-conservatrice, da Guizot, in pieno XIX Secolo: «Nell'ordine sociale nessun artificio deve intralciare il movimento ascendente o discendente degli individui. Le superiorità naturali e le preminenze sociali non devono ricevere dalla legge nessun appoggio fittizio. I cittadini devono essere lasciati al loro proprio merito, alle loro proprie forze; bisogna che ciascuno possa, da sé, diventare tutto ciò che può essere, senza incontrare nelle istituzioni né ostacoli che gli impediscano di migliorarsi, se ne è capace, né aiuti che sanciscano una sua superiorità, se non è in grado di conservarla. Non esito ad affermarlo. Sta qui, in fatto di uguaglianza, tutto il pensiero pubblico; esso arriva fino a qui e non oltre»[18].

Ancor più esplicita, infine, è la posizione molto chiara sulla necessità che lo Stato, per difendere sul piano costituzionale questa idea (costitutiva) di uguaglianza, si fondi sulla preliminare individuazione di una «*diseguaglianza di autorità*», alla stregua della quale «per fare appunto rispettare l'*eguaglianza* è necessario introdurre l'*impero* e l'*obbedienza*». Questa è una lampante metabolizzazione di uno dei profili caratterizzanti dello Stato liberale, e per lo stesso Romagnosi varrà a giustificare l'affermazione, per l'amministrazione pubblica, dell'ineludibile rispetto del principio di proporzionalità[19]. Ma tale è l'aspetto che, in quel modello di Stato, spiegherà anche le limitazioni all'allargamento della base rappresentativa delle istituzioni politiche, quale fonte di una possibile *rivelazione istituzionale* del conflitto sociale, che, viceversa, viene concepito come oggetto di "governo" anziché come sede produttiva di nuove regole: «[Nello Stato liberale] La politica, intesa come regolazione del conflitto sociale, si svolgeva prima del diritto: il conflitto non era regolato dal diritto, ma con l'impiego delle forze dell'ordine pubblico e dell'esercito. Una rigida recinzione delimitava l'accesso degli interessi sociali alla rappresentanza politica: questa era la soluzione adottata per risolvere il problema di come conciliare la tutela delle libertà civili (e della proprietà privata, che di esse è il paradigma) con l'affermazione dell'uguaglianza formale dei cittadini – principio, quest'ultimo, che porta con sé l'ovvia aspettativa della massima estensione del suffragio e dei diritti politici. Il suffragio universale avrebbe aperto le porte del Parlamento alla "moltitudine" dei diseredati, e quindi al conflitto sociale e alla contestazione dell'ordine economico»[20].

Un breve cenno va riservato alla conclusione della memoria, che non è meno interessante del suo svolgimento narrativo: essa proietta le acquisizioni maturate per il tramite della *robinsonade* sul piano della teoria generale del diritto e, in particolare, su quello delle situazioni giuridiche soggettive. Povero e

iveno; la loro diversità e solo il frutto dell'oggetto esteriore su cui i loro pari diritti sono chiamati ad esprimersi. L'idea appartiene palesemente alla matrice di una delle più grandi *forme di comunicazione*, nella cultura della Rivoluzione francese, delle potenzialità emancipatrici dell'uguaglianza formale: «l'uguaglianza delle condizioni era concepita come una necessaria mobilità delle condizioni; era vista come agente di una circolazione e non solo di una distribuzione»[21]. Tuttavia, il funzionamento effettivo di questo paradigma dell'uguaglianza avrebbe potuto dare buona prova di sé solo se combinato e “corretto” con l'affermazione concreta e istituzionale della fraternità e del senso civico, quale mezzi di promozione di un'alta qualità del legame sociale e del grado di accettazione reciproca delle differenze.

Quanto, e come, la ricerca di simile correzione si sia rivelata un'utopia è storia nota; così come è circostanza altrettanto nota come, nelle moderne democrazie costituzionali, e così nella Costituzione italiana, la pietra angolare della legittimazione pubblica ad intervenire per la garanzia di una misura ragionevole di solidarietà si nasconde ancora in una “fraternità” di seconda generazione, e quindi nella teoria dei doveri e delle forme (molteplici) di partecipazione alla cosa pubblica. Forse il *segreto* dell'incombente insuccesso dell'uguaglianza sostanziale e delle sue tante e innumerevoli fatiche va riscoperto proprio dove Romagnosi riteneva di aver concluso il suo *discorso*.

* Il testo che segue è ripreso dal volume *Scritti sul diritto filosofico di G.D. Romagnosi riordinati ed illustrati da Alessandro De Giorgi dottore in legge*, Vol. Unico, Frascosa-Barbera, Clamis e Roberti Editori, Palermo, 1814, 324-326. V. anche in: *Opere di G.D. Romagnosi riordinate ed illustrate da Alessandro De Giorgi dottore in filosofia e in leggi*, Vol. III, P. I, *Scritti sul diritto filosofico*, Perelli e Mariani Editori, Milano-Padova, 1842, 791-797 (si tratta della seconda edizione delle opere complete, in 8 volumi, pubblicate tra il 1841 e il 1848). Il medesimo tema, con alcune variazioni, si trova riproposto anche in altre sedi, nelle quali l'Autore utilizza le stesse argomentazioni, riferendo espressamente di averle tratte da un suo precedente «scritto popolare» (per l'appunto, la memoria trentina del 1792): cfr., ad esempio, in *Assunto primo della scienza del diritto naturale* (Ferrario, Milano, 1820, 126-132; Pietro Bizzoni, Pavia, 1827, 110-115; Guasti, Prato, 1838, 109-117), ma anche in *Scritti sul diritto filosofico di G.D. Romagnosi riordinati ed illustrati da Alessandro De Giorgi dottore in legge*, cit., 252-253, e in *Opere del professore G.D. Romagnosi, Diritto Filosofico, Tomo Primo*, Piatti, Firenze, 1832, 118-123 (tale è la prima edizione delle opere complete, in 19 volumi, pubblicate tra il 1832 e il 1839).

** Professore associato di Diritto amministrativo e docente di Istituzioni di diritto pubblico presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento.

[1] V. il recente e bellissimo saggio di J.E. Stiglitz, *Il prezzo della disuguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, Einaudi, Torino, 2013. Ma cfr. anche il *bestseller* di T. Piketty, *Il capitale nel XXI secolo*, Bompiani, Milano, 2014.

[2] Per una visione sintetica e divulgativa, ma chiara, di questa tecnologia v., da ultimo, M. Aini, *La piccola eguaglianza*, Einaudi, Torino, 2015.

(Carate), 1835) v., per tutti, L. Mammì, *Romagnosi, Gian Domenico*, in L. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. Miletta (diretto da), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna, il Mulino, 2013, 1723 ss., nonché G. Solari, *Il pensiero filosofico e civile di Gian Domenico Romagnosi*, in *Rivista di filosofia*, 1932, 155 ss. Una buona fonte di notizie è tuttora rappresentata da G. Ferrari, *La mente di G.D. Romagnosi. Saggio*, Guasti, Prato, 1839, nonché dallo scritto *Alcune notizie intorno alla vita e alle opere di Gian Domenico Romagnosi piacentino*, Ruggia, Lugano, 1835.

[4] V. in *Alcune notizie*, cit., 6.

[5] *Ibidem*.

[6] G. Ferrari, *La mente*, cit., 9.

[7] Come è noto, nel 1806, chiamato dal ministro della giustizia del Regno d'Italia, Giuseppe Luosi, Romagnosi avvierà, a Milano, un'importante azione di codificazione del diritto penale e del diritto processuale penale. L'anno dopo si trasferirà all'Università di Pavia (per insegnarvi anche diritto civile) e poi, nel 1908, a Milano (in particolare per insegnare nelle Scuole speciali politico-legali da lui stesso fondate). Il suo entusiasmo per Napoleone non sarà, comunque, acritico (Romagnosi, infatti, sarà autore di un testo assai polemico, pubblicato in forma anonima nel 1814: *Giudizio sul Regno di Napoleone Bonaparte*).

[8] A compimento di questa ricerca di principi universali e "naturali", idonei a sorreggere le istituzioni pubbliche con equità e giustizia, Romagnosi scriverà anche le *Istituzioni di diritto amministrativo* (Stamperia Malatesta, Milano, 1814), poi rielaborate nei *Principi fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni* (Stamperia Piatti, Firenze, 1832). Sulla collocazione di G.D. Romagnosi nella storia del diritto pubblico italiano v., per tutti, A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Giuffrè, Milano, 2009, 7 ss. Per una recente rilettura dell'opera del Romagnosi "amministrativista" v. G. Rossi, *L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo. Considerazioni sul passato e sul futuro del diritto amministrativo*, in *Diritto pubblico*, 2012, 1 ss., nonché F. Merusi, *Gian Domenico Romagnosi tra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1272 ss.

[9] V. in *Opere di G.D. Romagnosi riordinate ed illustrate da Alessandro De Giorgi dottore in filosofia e in leggi*, Vol. III, P. I, *Scritti sul diritto filosofico*, Perelli e Mariani Editori, Milano-Padova, 1842, 798-812.

[10] Così riferisce G. Ferrari, *La mente*, cit., 8, che ricorda anche un altro scritto di quel periodo, il saggio, «letto all'Accademia di Trento», *Sull'amore delle donne, considerato come motore precipuo della legislazione*.

[11] Il romanzo era comparso nel 1719 (William Taylor, London). Il tema dell'isola deserta, tuttavia, è anteriore (v. H. Neville, *The Isle of Pines*, London, 1668; il testo fu stampato a spese dell'Autore), anche se è Defoe a veicolarne l'affermazione universale. Nella riflessione giuridica italiana il "tema Robinson" attirerà l'attenzione per molto tempo: v. V. Frosini, *L'ipotesi robinsoniana*, in

[12] Così è definito nella memoria in questione, nella sua versione originale; successivamente, Romagnosi ricorrerà al nome di Tadik.

[13] Da questo punto di vista, Romagnosi riprende una situazione simile a quella raccontata da H. Neville, *The Isle of Pines*, cit., poiché in quel caso i naufraghi erano George Pine e quattro donne: la loro unione dà luogo prima a diverse famiglie, quindi a differenti comunità.

[14] Si tratta di *Zadig ou la Destinée. Histoire orientale*: v. Voltaire, *Zadig*, Torino, Einaudi, 1997.

[15] Cfr. la recente edizione critica di A. Rosmini, *Filosofia del diritto*, cur. M. Nicoletti, F. Ghia, II, Città Nuova Editrice, Roma, 2014, 421. L'accostamento tra Romagnosi e Rosmini non è ardito: entrambi erano «gli unici 'filosofi' in Italia a scendere a mensa coi giuristi e a dividere il loro stesso pane quotidiano» (così P. Grossi, *Tradizione e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini*, n. 5-6/1976-77, I, 234).

[16] Cfr. nell'edizione parigina di Garnier, del 1878, 477. Il debito nei confronti del pensatore francese è molto più profondo, poiché è proprio alla voce *Eguaglianza* del *Dizionario* che risale anche l'immagine di due famiglie, una ricca e una povera, diseguali perché proprietarie di fondi diversi (*ibidem*): «Una famiglia numerosa ha coltivato un buon terreno; due famigliole vicine hanno dei campi ingrati e ribelli: è naturale che le due famiglie povere servano la famiglia ricca, oppure che ne sgozzino tutti i suoi membri, questo è chiaro. Una delle due famiglie indigenti va ad offrire le sue braccia alla ricca per avere del pane; l'altra l'aggredisce ed è battuta. La famiglia serva è l'origine dei domestici e dei manovali; la famiglia battuta è l'origine degli schiavi». Non sfuggirà, tuttavia, che nel racconto di Romagnosi la differenza delle famiglie non risiede nella sola diversità delle qualità della terra, bensì anche (se non soprattutto) nella diversa operosità degli individui.

[17] Per questa espressione v. P. Rosanvallon, *La società dell'uguaglianza*, Roma, Castelvecchi, 2013, 105.

[18] Il passo – citato anche da P. Rosanvallon, *La società dell'uguaglianza*, cit., 108 – è tratto da F. Guizot, *Des moyens de gouvernement et d'opposition dans l'état actuel de la France*, La librairie française de l'avocat, Paris, 1821, 157-158 (la traduzione è quella offerta nell'ed. it. del volume di P. Rosanvallon).

[19] «La regola direttrice dell'amministrazione in questo conflitto si è “*far prevalere la cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera necessità*”. Lo che è sinonimo di “*far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà*”. Qui la prevalenza della cosa pubblica alla privata non colpisce il fine o l'effetto, ma il semplice mezzo. Quando prevale la cosa pubblica, il circolo dell'utilità abbraccia le relazioni pubbliche: quando predomina la privata, questo circolo abbraccia soltanto le relazioni private. Ma l'effetto esser non può che il maggior bene privato; perocché in tesi generale, l'uomo non deve servire all'uomo, ma alla necessità

amministrativo onde esserne le istituzioni, Giusti, Fido, 1835, 111 ca., 14-17).

[20] Così R. Bin, *Ordine giuridico e ordine politico nel diritto costituzionale globale*, in P. Carta, F. Cortese (a cura di), *Ordine giuridico e ordine politico. Esperienze lessico e prospettive*, Cedam, Padova, 2008, 157 ss.

[21] Così ricorda P. Rosanvallon, *La società dell'uguaglianza*, cit., 65.



Costituzionalismo.it
Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni FERRARA

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Francesco **BILANCIA**
Giuditta **BRUNELLI**
Paolo **CARETTI**
Lorenza **CARLASSARE**
Elisabetta **CATELANI**
Pietro **CIARLO**
Claudio **DE FIORES**
Alfonso **DI GIOVINE**
Mario **DOGLIANI**
Marco **RUOTOLO**
Aldo **SANDULLI**
Massimo **VILLONE**
Mauro **VOLPI**

Em ail: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)

Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Marco **BETZU**, Gaetano **BUCCI**, Roberto **CHERCHI**, Giovanni **COINU**, Andrea **DEFFENU**, Carlo **FERRAJOLI**, Luca **GENINATTI**, Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio **IANNUZZI**, Valeria **MARCENO**, Paola **MARSOCCHI**, Ilenia **MASSA PINTO**, Elisa **OLIVITO**, Luciano **PATRUNO**, Laura **RONCHETTI**, Ilenia **RUGGIU**, Sara **SPUNTARELLI**, Chiara **TRIPODINA**