



Costituzionalismo.it

Fascicolo 3 | 2015

**LE TRASFORMAZIONI DELLA FORMA DI
STATO. RAPPRESENTANZA, GOVERNABILITÀ,
PARTECIPAZIONE**

Costituzionalismo.it

Rivista quadrimestrale

ANNO XII – N. 3/2015

DIREZIONE

Gaetano Azzariti (*Direttore responsabile*)
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

REDAZIONE

Alessandra Algostino – Gianluca Bascherini
Marco Betzu – Gaetano Bucci – Roberto Cherchi
Giovanni Coinu – Andrea Deffenu – Carlo Ferrajoli
Luca Geninatti – Marco Giampieretti – Antonio Iannuzzi
Valeria Marcenò – Paola Marsocci – Ilenia Massa Pinto
Elisa Olivito – Luciano Patruno – Laura Ronchetti – Ilenia Ruggiu
Giuliano Serges – Sara Spuntarelli – Chiara Tripodina

NORME DI AUTODISCIPLINA

Il regolamento relativo alla *procedura di valutazione* degli articoli pubblicati su questa rivista è consultabile al seguente indirizzo internet:

www.costituzionalismo.it/regolamento;

nella medesima pagina *web* è inoltre disponibile l'elenco completo dei membri del *Comitato scientifico per la Valutazione*.

AVVERTENZA
- UNA NUOVA VESTE GRAFICA -

A partire da questo numero *Costituzionalismo.it* assume una nuova veste grafica. Tale scelta è stata dettata da quel desiderio di continuo miglioramento che da sempre ha animato questa Rivista. I cambiamenti apportati, ponderati sulla base delle esigenze emerse nel corso dell'esperienza maturata negli ultimi tredici anni, sono volti, da un lato, a consentire ai Lettori una più efficace fruizione dei contenuti e, dall'altro, ad offrire agli Autori un formato di pubblicazione più gratificante.

La prima novità riguarda l'introduzione di un originale sistema di numerazione delle pagine. Ogni fascicolo è diviso in quattro *parti*, ed ogni *parte* ha una sua numerazione autonoma. Ciò consente di poter citare i brani tratti dagli articoli pubblicati nella Rivista facendo riferimento ad uno specifico numero di pagina (purché si abbia cura di specificare in quale *parte* del fascicolo è contenuto l'articolo in questione), senza rinunciare alla possibilità di una pubblicazione immediata dei contributi, ciò che costituisce uno dei più rilevanti punti di forza delle riviste *on-line*.

La seconda novità riguarda lo spostamento all'interno del piè di pagina dell'apparato di note. In questo modo il Lettore potrà leggere il contenuto della nota nella stessa pagina in cui essa viene menzionata, senza essere quindi costretto ad andare ogni volta alla fine dell'articolo. Tale cambiamento, peraltro, rappresenta solo un aspetto della principale caratteristica del nuovo formato, che consiste in un'elevata possibilità di personalizzazione dell'impaginato secondo le esigenze dell'Autore. Sarà infatti possibile inserire note di chiusura, immagini e tabelle, il tutto in un contesto grafico assai più elegante e funzionale.

Le dimensioni della pagina passano, dal vecchio 21x30, ad un più compatto 17x24 con margini simmetrici, ciò che consentirà una stampa ad opuscolo dell'articolo, qualora l'Autore desiderasse far circolare delle copie in versione cartacea. Anche l'impostazione grafica della pagina sarà molto più simile a quella di un libro: nell'intestazione sa-

ranno riportati il nome dell'Autore e il titolo dell'articolo, mentre nel piè di pagina vi saranno indicati il numero e la parte del fascicolo e il nome della Rivista, il tutto in un colore blu che ricorda quello della copertina. Per i riferimenti bibliografici è inoltre richiesto l'uso del maiuscoletto per i nomi degli Autori e del corsivo per i titoli delle opere.

Quanto ai caratteri utilizzati, è stata compiuta una scelta "atipica" che, tuttavia, aspira a diventare un "marchio di fabbrica" di *Costituzionalismo.it*. Se il corpo del testo è in un classico *Times New Roman*, infatti, le note a piè di pagina sono rese in *Bodoni MT*, carattere ispirato a quello creato dal grande tipografo parmense Giambattista Bodoni. La ragione di tale scelta, tuttavia, va individuata non solo nel "patriotico" desiderio di utilizzare un carattere tipografico italiano, bensì anche nella volontà di rendere più evidente la divisione tra le due parti della pagina.

Oltre a quelli fin qui elencati, vi sono poi altri piccoli cambiamenti che, tuttavia, preferiamo lasciare ai Lettori il piacere di scoprire, sfogliando le pagine di questo numero. Naturalmente la nuova veste grafica è ancora in fase sperimentale, e nei numeri a venire potrebbe esserci qualche piccolo "ritocco", pur restando inalterato l'impianto di base.

Il nostro auspicio, ovviamente, è che lo sforzo compiuto dalla Redazione per migliorare la resa grafica della Rivista abbia raggiunto il suo scopo.

LA REDAZIONE

«LE TRASFORMAZIONI DELLA FORMA DI STATO
RAPPRESENTANZA, GOVERNABILITÀ, PARTECIPAZIONE»

AVVERTENZA	III
<i>Indice sommario</i>	V
<i>Abstract</i> e notizie sugli Autori	IX

Saggi e articoli - Parte I

«*le trasformazioni della forma di Stato*»

Gaetano AZZARITI, <i>Vento di cambiamento. Verso dove?</i> - Editoriale -	1
Laura RONCHETTI, <i>Rappresentanza politica come rappresentanza costituzionale</i>	11
Elisa OLIVITO, <i>Le inesauste ragioni e gli stridenti paradossi della governabilità</i>	39
Paola MARSOCCI, <i>Effettività e "sincerità" della partecipazione popolare. Spunti sui cambiamenti dell'assetto costituzionale italiano</i>	87
Ilenia RUGGIU, <i>Il futuro Senato della Repubblica: un contributo alla risoluzione dei problemi del bicameralismo, ma irrilevante, se non dannoso, per il regionalismo</i>	115
Roberto CHERCHI, <i>L'esecutivo tra effettività costituzionale e revisione costituzionale: verso la "presidenzializzazione" del Governo?</i>	135
Enrico GUGLIELMINETTI, <i>Che cos'è un partito politico?</i>	173
Marco BETZU, <i>Mistica della governabilità e sistema delle fonti: la riforma costituzionale Renzi-Boschi</i>	189

Saggi e articoli - Parte II

Andrea DEFFENU, <i>La grazia (anche) "politica" come atto formalmente e sostanzialmente presidenziale: la "slogatura" interpretativa dell'art. 87, c. 11, Cost. nella prassi dell'ultimo Napolitano</i>	1
Pierpaolo FORTE, <i>Oggetti giuridici. Note e primi appunti sulla loro esistenza</i>	45
Elena PAPARELLA, <i>La flessibilità della prestazione lavorativa e l'incerta legittimità costituzionale del demansionamento nel Jobs Act e nella normativa delegata</i>	103
Lorenza CARLASSARE, <i>Diritti di prestazione e vincoli di bilancio</i>	137
Daniele PICCIONE, <i>L'orizzonte di tutela del reo infermo di mente secondo la Costituzione. (Umanizzazione del sistema delle misure di sicurezza: rileggendo la lezione di Franco Bricola)</i>	155
Roberta CALVANO, <i>Dalla crisi dei partiti alla loro riforma, senza fermarsi ...voyage au bout de la nuit?</i>	169
Luca MASERA, <i>La riforma del diritto penale dell'ambiente</i>	207
Anna LORENZETTI, <i>Il tessuto costituzionale della mediazione</i>	229

Commenti - Parte III

Silvia NICCOLAI, <i>Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione</i>	1
Pietro CIARLO, <i>Costituzionalismo e pluralismo costituzionale</i>	55
Daniela R. PICCIO, <i>La scommessa democratica dei partiti in trasformazione</i>	59

Rubriche - Parte IV
«sulle spalle dei giganti»

Piero CALAMANDREI, *Come nasce la nuova Costituzione*
(a cura di Gaetano AZZARITI) 1

«al di là del giuridico»

Goffredo FOFI, *Gli intellettuali italiani dal fascismo all'antifascismo* 15

«la forza delle idee»

Antonello CIERVO, *Con la scusa della crisi. Il neo-liberismo e le trasformazioni dello Stato costituzionale. Riflessioni a partire da due recenti volumi di Pierre Dardot e Christian Laval* 29

ABSTRACT
E NOTIZIE SUGLI AUTORI

- **Gaetano AZZARITI**, *Professore ordinario di Diritto costituzionale (Università degli Studi di Roma «la Sapienza»)*

Vento di cambiamento. Verso dove? (Editoriale)

***Abstract:** Sono tempi di cambiamento. Muta il rapporto tra tecnica e politica; sbanda la consapevolezza degli studiosi; si vuole modificare il contratto sociale che si pone a fondamento di legittimazione del potere costituito; si affaccia un nuovo orizzonte di senso, non ci si può nascondere per proteggersi. Quattro enunciati su cui riflettere.*

«Come nasce la nuova Costituzione», di Piero Calamandrei

***Abstract:** Il testo di Piero Calamandrei che si presenta è del 1947, pubblicato durante i lavori dell'Assemblea costituente. Oltre al valore in sé dello scritto, che dà conto del clima del tempo e svolge alcune considerazioni che meritano di essere riproposte, esso appare di grande interesse per alcune affermazioni, che vengono esaminate in una breve Introduzione curata da Gaetano Azzariti.*

-
- **Marco BETZU**, *Ricercatore td-b in Diritto costituzionale (Università degli Studi di Cagliari)*

*Mistica della governabilità e sistema delle fonti:
la riforma costituzionale Renzi-Boschi*

***Abstract (ITA):** Il saggio analizza il revisionismo costituzionale della fase attuale. Il valore ispiratore del d.d.l. cost. Renzi-Boschi, identificato nel mito della governabilità, finisce per costituzionalizzare la più volte denunciata torsione del sistema costituzionale delle fonti in*

chiave governo-centrica, senza individuare poteri di bilanciamento e controllo in capo al Parlamento.

Abstract (EN): *The paper analyses present Italian constitutional revisionism. The constitutional bill so-called Renzi-Boschi is identified as founded in the “governability myth”. It ends up constitutionalizing the ongoing denounced twisted constitutional system of sources in a government centered tone, without identifying any balancing power or control on the side of Parliament.*

-
- **Roberta CALVANO**, *Professore associato di Diritto costituzionale (Università degli Studi «Unitelma Sapienza»)*

***Dalla crisi dei partiti alla loro riforma, senza fermarsi
...voyage au bout de la nuit?***

Abstract (ITA): *L'articolo esamina la disciplina dei partiti politici in Italia. I partiti italiani si sono tenuti lontani da una regolazione della loro organizzazione e vita interna, e l'interpretazione dell'art. 49 Cost. ha reso questa attitudine accettabile da un punto di vista costituzionale. Tuttavia negli ultimi anni molti episodi hanno dimostrato la necessità di un recupero di credibilità e di legittimazione per il sistema politico italiano. Nel 2014 è entrata in vigore una nuova disciplina sul finanziamento dei partiti: l'autrice riflette sui suoi contenuti ed evidenzia alcune criticità. Vengono, quindi, esaminati la giurisprudenza già formatasi, oltre all'intervento legislativo correttivo che tale disciplina ha reso necessario. L'attenzione si appunta poi su alcuni disegni di legge presentati di recente alle Camere in cui si prefigura un sistema di partiti registrati con personalità giuridica che diverrebbero i soli soggetti legittimati a presentare candidature per le elezioni e a poter accedere al finanziamento pubblico.*

Abstract (EN): *The paper analyzes the discipline concerning political parties in Italy. Italian parties have always kept themselves away from a regulation, though in respect of art. 49 of the Italian Constitu-*

tion. In the last few years, several episodes showed the need to recover a new legitimacy for the Italian political system. In 2014 a new discipline of party funding has been approved. The author analyzes its contents and points out some critical aspects. The case law arisen from this discipline and its amendment after just one year are also examined. The focus is then put on some bills going to be discussed creating a system of registered parties with “legal personality”. Whether these projects were approved, registered parties could be the only subjects legitimized to participate in elections and to accede to public funding.

-
- **Lorenza CARLASSARE**, *Professore emerito (Università degli Studi di Padova)*

Diritti di prestazione e vincoli di bilancio

Abstract (ITA): *Il limite posto dall’art. 81 della Cost. e l’interesse da esso tutelato non devono essere assolutizzati e isolati, ma devono essere messi a confronto con l’intera Costituzione, nel suo disegno complessivo e nei suoi fondamenti, primo fra tutti quel principio di eguaglianza sostanziale. L’art. 3, comma 2, vincolando tutte le istituzioni repubblicane, indica l’obiettivo primario, impone una direzione e limita la discrezionalità del legislatore. Pertanto, di fronte alle contraddizioni dell’Unione europea e all’idea dell’incontrovertibilità delle ragioni del Mercato, a difesa dei diritti sociali si apre la strada di un’interpretazione costituzionalmente orientata.*

Abstract (EN): *The limits provided by article 81 of the Constitution and the interests protected by it should not be considered as absolute, but must be related to the entire Constitution, in its overall design and in its foundations, first of all the principle of substantive equality. Article 3, paragraph 2, binding all the institutions of the Italian Republic, indicates the fundamental objective, at the same time requiring to follow a certain direction and limiting the discretion of the legislature. Therefore, faced with the contradictions of the European Union and the rea-*

sons of the Market, in defense of social rights it opens the way for a Constitution-oriented interpretation.

➤ **Roberto CHERCHI**, *Professore associato di Diritto costituzionale (Università degli studi di Cagliari)*

L'esecutivo tra effettività costituzionale e revisione costituzionale: verso la "presidenzializzazione" del Governo?

Abstract (ITA): *In questo scritto si ricostruisce l'evoluzione dell'assetto strutturale-funzionale del Governo fino alla XVII legislatura: dal Governo del premier nella prima legislatura al Governo per Ministeri dalla I alla X legislatura, per poi giungersi alla contestuale espansione del principio monocratico e collegiale dall'XI alla XVI legislatura. A partire dalla formazione del Governo Renzi (XVII legislatura), si è verificata un'ulteriore mutazione nel senso della presidenzializzazione del Governo (a scapito della direzione politica collegiale). Ci si chiede quindi se tale fenomeno potrebbe essere stabilizzato dal superamento del bicameralismo paritario e dall'applicazione della legge elettorale 52/2015. In particolare, ci si domanda se e l'applicazione di una legge elettorale che attribuisce un premio di maggioranza alla lista, e non alla coalizione di liste, possa determinare il venir meno del potere della Camera dei deputati di sostituire il Governo e il Presidente del Consiglio. Si giunge alla conclusione che, in vigenza di una Costituzione scritta, le attribuzioni costituzionali della Camera e del Presidente della Repubblica non vengono meno fino all'entrata in vigore di una legge di revisione costituzionale che modifichi la forma di governo. Inoltre, l'effetto maggioritario prodotto dalla legge elettorale potrebbe non essere sufficiente a stabilizzare le maggioranze parlamentari, in presenza di un sistema dei partiti destrutturato. È quindi auspicabile l'adozione di una nuova legge elettorale e di una legge sui partiti per migliorare la qualità della democrazia. In ogni caso, il superamento del bicameralismo paritario dovrebbe essere accompagnato dall'introduzione di nuovi limiti alla regola di maggioranza e di un rafforzamento del ruolo del Parlamento.*

Abstract (EN): *The Italian executive has gone through an evolution as an effect of changes that occurred in the party system. The history of the Italian Government can be divided in four different phases, which correspond to different executive models: the Prime Ministerial model (1st legislature), the Ministers autonomy model (from the 2nd to the 10th legislature), the cabinet model (from the 11th to the 16th legislature). The Renzi executive in the 17th legislature represents a further evolution of the cabinet Government, since a presidentialization of the premiership has occurred. The question is if the “presidential” cabinet Government could become a permanent way of functioning of the Italian Government and if the parliamentary devices that allow the substitution of the executive could become permanently ineffective as a consequence of the entry into force of the electoral law 52/2015, which gives the majority in the house of representative to the single party that obtains the highest number of votes. The author thinks that parliamentary devices are still in effect and that a the Prime Minister could be forced to resign even if there were single party majorities, because of the lack of cohesion of the Italian political parties. Therefore, a new electoral law and a law that regulates political parties are recommended. Furthermore, new constitutional restraints to the majority rule should be enacted and the role of Parliament should be strengthened.*

-
- **Pietro CIARLO**, *Professore ordinario di Diritto costituzionale (Università degli studi di Cagliari)*

Costituzionalismo e pluralismo costituzionale

Abstract: *Il commento riproduce il testo dell'intervento conclusivo tenuto dall'Autore al Seminario di Cagliari del 25 settembre 2015 su “Riforme costituzionali e governabilità”.*

- **Antonello CIERVO**, *Professore a contratto di Diritto pubblico (Università degli Studi di Perugia)*

Con la scusa della crisi.

Il neo-liberismo e le trasformazioni dello Stato costituzionale. Riflessioni a partire da due recenti volumi di Pierre Dardot e Christian Laval

Abstract: *Prendendo spunto da due recenti volumi di Pierre Dardot e Christian Laval, il lavoro espone una serie di riflessioni teoriche sui rapporti tra pensiero neo-liberale e costituzionalismo che l'Autore ha meditato nel corso degli ultimi anni.*

- **Andrea DEFFENU**, *Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico (Università degli Studi di Cagliari)*

La grazia (anche) "politica" come atto formalmente e sostanzialmente presidenziale: la "slogatura" interpretativa dell'art. 87, c. 11, Cost. nella prassi dell'ultimo Napolitano

Abstract (ITA): *La concessione di alcuni provvedimenti di grazia da parte del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano per ragioni manifestamente politiche ha mostrato la debolezza della sentenza n. 200/2006 della Corte costituzionale. Il "ritorno" della grazia politica non ha però comportato il ripristino dell'esercizio duale del potere previsto dall'art. 87, c. 11, Cost., ma esso appare ancora oggi quale spettanza esclusiva del Capo dello Stato, comportando così un improprio e preoccupante enlargement dei poteri presidenziali.*

Abstract (EN): *The President of the Republic Giorgio Napolitano has granted some measures of pardon for clearly political reasons that showed the weakness of the judgement no. 200/2006 of the Constitutional Court. However, the "return" of pardon for political reasons did*

not restore that act as “dual”. The power of pardon is still today an exclusive act of the President of the Republic, the expression of an improper enlargement of presidential powers.

- **Goffredo FOFI**, *Saggista, critico cinematografico, teatrale e letterario*

Gli intellettuali italiani dal fascismo all'antifascismo

Abstract: *Il testo è una rielaborazione dell'intervento tenuto dall'Autore al convegno “Roma 1944-45: una stagione di speranze”, organizzato dall'Istituto romano della Resistenza “Irsifar” e svoltosi il 18 giugno 2004 nella Sala della Protomoteca in Campidoglio.*

- **Pierpaolo FORTE**, *Professore associato di Diritto amministrativo (Università del Sannio)*

Oggetti giuridici.

Note e primi appunti sulla loro esistenza

Abstract (ITA): *Il lavoro prende le mosse dall'ormai solido cambiamento di paradigma delle conoscenze acquisite con metodo scientifico che ha attenuato il senso della loro certezza e decidibilità, ed ha rimesso in discussione, tra altro, anche la tradizionale distanza tra scienze sociali e naturali, in ordine ai metodi di rilevazione e acquisizione dei “fatti” osservati.*

Senza negare l'importanza né della valutazione critica degli istituti giuridici per motivi etici o morali, né, al reciproco, degli svariati approcci positivisti, il lavoro prova ad aggiungere qualche argomento in favore della scientificità degli studi giuridici, e a dimostrare l'esistenza di oggetti giuridici, che possano essere conosciuti quali oggetti teorici del Diritto, composti di strutture reali, inemendabili, regolari, inevitabili,

dotate di forma conoscibile e ri-conoscibile mediante osservazioni e descrizioni accettate, e così utilizzabili.

Questi oggetti non sono tutto il Diritto e la loro esistenza non nega la necessità del successivo lavoro sulle norme, sulla loro produzione, sul loro riconoscimento, sulla loro comprensione, sulla loro applicazione, senza il quale gli oggetti giuridici non troverebbero alcun effetto pratico.

Il loro studio, tuttavia, ha bisogno di cognizioni provenienti da diversi campi disciplinari, ed il giurista vi può partecipare in qualità di scienziato specialista; ma può costituire un obiettivo alla teoria del Diritto, una specifica professionale, uno standard di lavoro, di ricerca e di insegnamento.

Abstract (EN): *This work is built on the now solid paradigm acquired by the scientific method, that has reduced the general sense of certainty and decidability, and put in question, among other things, the traditional separation among social and natural sciences, about methods of detection and acquisition of the observed “facts”.*

Without denying the importance or the critical evaluation of legal institutions for ethical or moral grounds, nor, mutually, the various positivists approaches, it tries to add some arguments in favor of scientific grounds of legal studies, and to demonstrate the existence of so-called “legal objects”, which can be known as theoretical objects of Law, composed of real, un-emending, regular, inevitable structures, with knowable and re-knowable formal structures, through accepted observations and descriptions.

These objects cannot be held as the entire legal world, and their existence does not let us avoid to work on norms and their production, recognition, understanding, application, without which legal objects find no practical effect.

The investigation on these objects, however, needs to be approached from different disciplines, where legal scholar may give her/his contribution as a scientist working, with others. And is also a goal for a legal theory, a specific professional standard of working, researching and teaching.

- **Enrico GUGLIELMINETTI**, *Professore ordinario di Filosofia Teoretica (Università degli Studi di Torino)*

Che cos'è un partito politico?

Abstract (ITA): *Il partito – oggi – tende all'informe. È proprio la mancanza di forma che lo caratterizza in questa fase storica di esistenza, la disponibilità ad assumere qualsiasi posizione. Se, per paradosso, l'essenza del "partito" fosse invece quella di dare forma all'informe corpo sociale (le famose «stecche del busto» gramsciane), allora si dovrebbe dedurre che il partito non esiste, che il partito non c'è. Non ci sono – attualmente – partiti. Se, d'altro canto, si domanda se esista ancora uno spazio per i partiti politici, questa domanda va forse riportata a quest'altra: esiste ancora uno spazio per l'idea, dunque per la filosofia nella politica?*

Abstract (EN): *Current political parties tend towards formlessness. At this historic stage of their existence, their distinctive feature is the absence of form, the propensity to take up any position. If, on the contrary, the nature of political parties were, paradoxically, to give form to a formless societal body (Gramsci's famous "whalebones in the corset"), then one would have to infer that political parties do not exist. Currently, there are no political parties. The question whether there is still room for political parties coincides to a great extent with this other question, namely: Is there still room for ideas, therefore for philosophy within politics?*

-
- **Anna LORENZETTI**, *Dottore di ricerca (Università degli Studi di Bergamo)*

Il tessuto costituzionale della mediazione

Abstract (ITA): *In Italia, la mediazione ha visto il proprio ingresso nell'ambito civilistico nell'ultimo decennio. L'introduzione è da ricondurre al bisogno di semplificazione, decongestionamento e riduzione dell'arretrato nel contenzioso, con una serie di vantaggi sia per lo Stato, sia per le parti coinvolte nella controversia. Nel prendere in considerazione il quadro legislativo di riferimento, l'articolo intende proporre un'analisi dei possibili aspetti conflittuali che questo tipo di metodo di soluzione delle controversie alternativo al giudizio genera rispetto ai principi costituzionali da esso chiamati in causa.*

Abstract (EN): *Mediation was introduced in the Italian civil system in the last decade. This introduction was led by the need of simplifying, deflating, and fastening the dispute settlement, with advantages both for State and the parties involved. Taking into consideration the national legislative framework, this article aims at analyzing several aspects of the possible conflict among this Alternative Dispute Resolution, and the constitutional principles involved.*

➤ **Paola MARSOCCI**, *Professoressa associata di Diritto costituzionale ("Sapienza" – Università di Roma)*

Effettività e "sincerità" della partecipazione popolare. Spunti sui cambiamenti dell'assetto costituzionale italiano

Abstract (ITA): *Il contributo prende le mosse da alcuni approcci ricostruttivi della nozione di partecipazione e ne evidenzia la differenziata propensione ad analizzare – anche nella prospettiva del metodo giuridico – non solo il diritto vigente, ma le azioni di singoli e gruppi sociali. Nel suo significato più ampio, che viene messo in risalto, la partecipazione è il modo di agire consapevolmente mirato a dare corpo alla democrazia come modello di convivenza prescritto dalla Costituzione. Emerge così che la partecipazione è principio che concorre a definire la forma di Stato (la realizza attraverso la libera espressione della per-*

sona nel contesto sociale) ed è azione che concorre a qualificare la forma di governo (ossia è modalità di espressione del sistema di poteri nella nostra democrazia, attraverso gli istituti della rappresentanza, gli strumenti istituzionali di partecipazione popolare e le “famiglie” di pratiche della democrazia partecipativa). Si esamina poi come il tema della partecipazione (in particolare, iniziativa, referendum e il nuovo istituto delle “consultazioni”) è stato affrontato nel DDL di revisione costituzionale in itinere, per arrivare a analizzare quanto sia determinante lo spazio che proprio il coinvolgimento popolare ha avuto e avrà su una riforma che sarà significativa anche per interpretare i principi della nostra forma di Stato.

Abstract (EN): *The essay analyzes the concept of popular participation not only watching at its constitutional foundations and the current legislation, but also practices of individuals and social groups. As a principle it contributes on defining the form of State and as action it qualifies the form of government (through representation mechanisms, institutional instruments of popular participation and “families” of practices of participatory democracy). Following, the issues of participation (in particular, the legislative initiative, referendum and new institution of “popular consultations”) as dealt with in the project of Italian constitutional revision are also investigated. The concluding remarks highlight how popular involvement could be important in the ongoing reform and which impact constitutional reform will have on Italian system and on the interpretation of its constitutional principles.*

➤ **Luca MASERA**, *Professore associato di Diritto penale (Università degli Studi di Brescia)*

La riforma del diritto penale dell’ambiente

Abstract (ITA): *L’articolo è dedicato alla riforma del diritto penale dell’ambiente operata dalla Legge 22 maggio 2015, n. 68. Viene in primo luogo analizzato il contesto in cui interviene la riforma ed il suo contenuto generale, con particolare attenzione nel cogliere gli aspetti di*

novità rispetto al sistema previgente. Vengono poi analizzate diverse questioni controverse, relative soprattutto ai nuovi delitti di inquinamento e disastro ambientale.

Abstract (EN): *The article analyzes the reform of the environmental crimes made by the law n. 68/2015. It is first analyzed the context in which the reform is to be placed and its general contents, with particular attention to the most important change from the past. Several controversial issues are then analyzed, especially related to the new crimes of pollution and environmental disaster.*

➤ **Silvia NICCOLAI**, *Professore ordinario di Diritto costituzionale (Università degli Studi di Cagliari)*

***Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa?
Una proposta di riflessione***

Abstract (ITA): *Criticando l'espressione neutra 'genitorialità omosessuale', questo articolo propone di accostarsi in termini di differenza sessuale al tema della maternità lesbica e della paternità gay. La tesi sostenuta è che la rivendicazione universalistica dei diritti delle persone omosessuali alla procreazione e alla genitorialità nasconde il conflitto tra uomini e donne intorno al materno, e sacrifica gli interessi delle lesbiche (e in generale delle donne), mostrati come coincidenti con quelli dei gay, quando invece non lo sono. L'articolo si conclude avanzando alcuni suggerimenti in tema di riconoscimento dello status di co-madre e circa il regime delle adozioni, e proponendo una rilettura del divieto di surrogazione di maternità come principio generale in materia di filiazione, che protegge la qualità della relazione materna e il bene della genealogia femminile, mentre rafforza la libertà nelle scelte procreative.*

Abstract (EN): *By criticizing neutral expressions like 'homosexuals' rights to procreate', this article proposes an approach in terms of sexual difference to lesbian motherhood and gay fatherhood. The main*

argument is that the universalist claim of homosexuals' rights to procreation hides the conflict between men and women on maternal privilege, and sacrifices the interests of lesbians (and women in general), which are represented as coincident with those of gay men, while they aren't. The article concludes by advancing some proposals regarding the recognition of the status of co-mother and about the legal regime of adoption. It also proposes to read the ban on surrogacy as a general principle that protects the quality of the maternal relationship and the good of feminine genealogy and that strengthens freedom in reproductive choices.

-
- **Elisa OLIVITO**, *Professoressa associata di Istituzioni di Diritto pubblico ("Sapienza" – Università di Roma)*

Le inesauste ragioni e gli stridenti paradossi della governabilità

Abstract (ITA): *Il saggio si interroga sul modo in cui i regolamenti parlamentari, le leggi elettorali, l'organizzazione del Governo e la revisione costituzionale sono stati da tempo funzionalizzati al paradigma della governabilità. Dietro tale paradigma si cela, tuttavia, l'intento di conseguire una sostanziale riduzione della complessità e delle domande sociali, sotto le mentite spoglie della stabilità governativa e dell'efficienza di un'azione di governo ormai definita in altre sedi.*

Abstract (EN): *The essay questions the way in which Italian Parliamentary Rules of Procedure, electoral laws, the Cabinet and the constitutional amendment processes have long been functionalized to the paradigm of governability ("governabilità"). Behind this paradigm lies, indeed, the objective to achieve a substantial reduction in complexity and social demands, under the guise of Cabinet stability and efficiency.*

- **Elena PAPARELLA**, *Ricercatrice confermata in Istituzioni di Diritto Pubblico ("Sapienza" – Università di Roma)*

La flessibilità della prestazione lavorativa e l'incerta legittimità costituzionale del demansionamento nel Jobs Act e nella normativa delegata

Abstract (ITA): *L'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015 introduce una nuova disciplina sul mutamento delle mansioni, prevedendo la possibilità del sottoinquadramento del lavoratore come risultato di una decisione unilaterale del datore di lavoro. Si tratta di una misura legislativa del tutto inedita, che desta non pochi dubbi di legittimità in riferimento all'art. 35, 2 c., Cost. su "la formazione e l'elevazione professionale" quali "compiti" della Repubblica. L'articolo ripercorre in apertura il dibattito costituente al fine di evidenziarne la consonanza con un orientamento della Corte di Cassazione sul danno da demansionamento, per poi illustrare le novità normative che impongono al lavoratore un'ulteriore e specifico "genere" di flessibilità. Quest'ultimo contribuisce ad accrescere la generale incertezza caratterizzante le condizioni di lavoro nei più diversi contesti, che soltanto politiche improntate ad una rinnovata promozione dei principi fondamentali può contribuire ad attenuare.*

Abstract (EN): *Section 3 of Legislative Decree no. 81/2015 introduces new provisions governing changes to work duties, providing for the possibility of a worker's job downgrading resulting from an employer's unilateral decision. Such a legislative measure is quite unprecedented and raises not a few doubts regarding legitimacy in relation to Article 35(2) of the Italian Constitution, which refers to "the training and professional advancement of workers" as one of the Republic's "tasks". The article opens with a consideration of the Constituent Assembly's debate on the point, in order to highlight its harmony with a line of decisions from the Court of Cassation on loss and damage caused by job downgrading. It then goes on to illustrate the legislative novelties that impose a further, specific "genre" of flexibility on workers. This genre is increasing the general uncertainty characterising*

working conditions in the widest range of contexts: an uncertainty that only policies directed at a constant promotion of fundamental principles can help to lessen.

-
- **Daniela R. PICCIO**, *Marie Skłodowska-Curie Fellow (Università degli Studi di Torino)*

La scommessa democratica dei partiti in trasformazione

Abstract (ITA): *Una fase di trasformazioni radicali si sta verificando in riferimento al fenomeno partitico. In Italia come altrove, sono cambiate le forme organizzative dei partiti politici ed è cambiato il modo di partecipare al loro interno. Alla luce di queste trasformazioni, è particolarmente opportuna oggi una riflessione sul ruolo e sulle funzioni dei partiti politici e sul nesso tra partiti politici e rappresentanza. Questo contributo si sofferma sulle nuove – episodiche – forme di partecipazione che contraddistinguono il rapporto tra cittadini e partiti politici, sugli strumenti di cui i partiti politici si avvalgono per compensare il declino delle loro capacità rappresentative e l'indebolimento dei legami con società, e sulla possibilità che nuovi soggetti politici possano contribuire ad una rinascita della politica espressiva.*

Abstract (EN): *In Italy as elsewhere, the organizational structures of party organizations and the quality of engagement with political parties have witnessed major transformations. In the light of these transformations, the article proposes a reflection on the functions that political parties perform in contemporary democracies. Particular attention will be devoted to the new – episodic – forms of citizens' participation in partisan activities, to the instruments that party organizations have used to compensate for the decline in their representative performances, and to whether new political subjects can contribute to the renewal of politics as citizens' expression.*

- **Daniele PICCIONE**, *Consigliere parlamentare e Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e Istituzioni politiche comparate (“Sapienza” – Università di Roma)*

L’orizzonte di tutela del reo infermo di mente secondo la Costituzione. (Umanizzazione del sistema delle misure di sicurezza: rileggendo la lezione di Franco Bricola)

Abstract (ITA): Ripercorrendo le fertili intuizioni di Franco Bricola, uno dei più influenti penalisti italiani, l’A. riflette sulla lunga transizione che caratterizza il sistema delle misure di sicurezza per il non imputabile. Le novità legislative succedutesi dal 2012 al 2014 hanno determinato il progredire di un’opera di deistituzionalizzazione che, pur non ancora completata, lascia intravedere il definitivo tramonto del paradigma di neutralizzazione del folle reo e la crisi inarrestabile della categoria giuridica della pericolosità sociale. Il costante richiamo di Bricola alla necessità di un’integrazione dei servizi di assistenza e protezione, delle reti di solidarietà, di politiche comunitarie autenticamente capaci di offrire risposte al diritto alla salute mentale, illumina la via del definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari ed offre risposte alla sempre rinviata domanda di umanizzazione del trattamento del non imputabile autore di reato.

Abstract (EN): After Law no. 81/2014 has been finally implemented, the legal and Constitutional frame requires one more step to gain the complete closure of judicial psychiatric hospitals in Italy. Nevertheless along with the introduction of a determinant cultural shift in transforming the imprisonment of socially dangerous offenders, goes the need to offer health care services to mentally ill offenders. The essay follows the anticipant achievements of Franco Bricola, one of the most influential criminal law scientists of last century, to show how the new aim Italian juridical system has to struggle for, consists in granting protection to patients with mental disorder on the ground of social assistance and Welfare State. Indeed, overlapping the dramatical question of civil rights of people segregated in judicial psychiatric hospitals, a

new struggle will now swerve to develop efficient and integrated assistance to those offenders who committed a crime under the influence of a mental disease.

-
- **Laura RONCHETTI**, *Ricercatore in Diritto pubblico - Istituto Studi sui sistemi regionali e federali e sulle autonomie (CNR-ISSIRFA)*

Rappresentanza politica come rappresentanza costituzionale

Abstract (ITA): *La prospettiva che si intende proporre in merito alla rappresentanza democratica è quella che, nel nostro ordinamento, siano i primi dodici articoli della Costituzione a imprimere i principi politici che individuano la “linea”, la “direttiva” di “sviluppo dell’ordinamento” (Crisafulli) e della rappresentanza nella dimensione costituzionale. Tali fini trovano specificazione e sviluppo sia nella Parte I dedicata ai Diritti e ai doveri dei cittadini sia nella Parte II dedicata all’Ordinamento della Repubblica: l’istituto della rappresentanza è al tempo stesso contenuto, orientato e vincolato dai limiti posti in Costituzione sotto forma di principi fondamentali dell’ordinamento, di diritti e doveri individuali e collettivi, di divisione e separazione dei poteri nonché di articolazione in enti.*

Abstract (EN): *With regard to democratic representation, our argument is that the first twelve articles of the Italian Constitution lay down the political principles that identify the “direction” or “guideline” for the “development of the legal system” (Crisafulli) and the principles of representation in the constitutional framework. These objectives are specified and developed in Part I, dedicated to the Rights and Duties of Citizens, and in Part II dedicated to the Legal System of the Republic : the institute of representation is at one and the same time contained, oriented and restrained by the limits laid down in the Constitution in the form of fundamental principles of the legal order, in the form of individual and collective rights and duties, and in the form of division and separation of powers and of articulation into different bodies.*

- **Ilenia RUGGIU**, *Professoressa associata di Diritto costituzionale (Università degli Studi di Cagliari)*

***Il futuro Senato della Repubblica:
un contributo alla risoluzione dei problemi del bicameralismo, ma irrilevante, se non dannoso, per il regionalismo***

Abstract (ITA): *L'articolo analizza le ragioni per cui l'istituendo Senato non sarà verosimilmente un organo utile al regionalismo individuandole in tre gruppi: il contesto generale della riforma, che indebolisce le regioni; i vizi compositivi e funzionali dell'organo, che rischiano di fargli giocare il ruolo di camera secondaria; i difetti sistematici del modello Camera delle regioni in sé e per sé considerato. Se il Senato contribuirà verosimilmente a risolvere i problemi del bicameralismo perfetto, la strada per la rappresentanza territoriale dovrebbe essere ricercata in un organo non incardinato né nel Governo né nel Parlamento, modulato sulle caratteristiche delle attuali conferenze.*

Abstract (EN): *The paper claims that the future Senate designed in the Boschi-Renzi reform will not operate as an organ that represents the territories for three main reasons: the general context of the reform which weakens the regions, depriving them from important powers; the shortcomings of the organ in its composition and functions; and the systemic inefficiency of Second chambers to represent territorial interests analyzed comparatively that shows a general crisis of this model. Whereas this solution may improve the problem of Italian bicameralism in the Senate, politicians should seek a true solution to the needs of a regional State in the form of an organ different from the Senate: an autonomous one modulated on the model of the present State-Regional Councils that exist in Italy and which represent the Italian road to regionalism.*

PARTE I
*LE TRASFORMAZIONI
DELLA FORMA DI STATO*

VENTO DI CAMBIAMENTO VERSO DOVE?

di Gaetano Azzariti

SOMMARIO: 1. Cambiamenti; 2. Primato della miopia politica?; 3. Una scienza costituzionale senza centro?; 4. Occasionalismo costituzionale?; 5. Un nuovo orizzonte di senso?; 6. Le trasformazioni della forma di Stato: rappresentanza, governabilità, partecipazione. Questo fascicolo.

1. Cambiamenti

Sono tempi di cambiamento. Muta il rapporto tra tecnica e politica; sbanda la consapevolezza degli studiosi; si vuole modificare il contratto sociale che si pone a fondamento di legittimazione del potere costituito; si affaccia un nuovo orizzonte di senso, non ci si può nascondere per proteggersi. Quattro enunciati su cui riflettere.

2. Primato della miopia politica?

Sino a ieri la politica appariva presidiata dalla tecnica. L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni sembrava aver assunto il volto della tecnopolitica. Le scelte politiche più rilevanti, il modello di sviluppo, le forme della democrazia venivano legittimate in base alla presunta neutralità della tecnica: le regole del mercato, i burocrati di Bruxelles, il governo dei tecnici. Quasi una riscoperta dello *Stato neutrale* del XIX secolo. Ora come allora un imbroglio. Dietro il paravento della neutralità della tecnica si sono compiute scelte politiche fondamentali. Il risanamento dei conti operato da Monti non era l'unico modo possibile per rispondere alla crisi, la quale non era (e non è) solo economica, ma anche politica; così come le scelte di natura finanziaria dominanti in Europa hanno rinnegato (e continuano a combattere) la diversa prospettiva di un'altra Europa politica. Uno squilibrio evidente tra tecnica e politica, che aveva portato i più critici tra noi a denunciare i rischi della tecnocrazia. Lo sforzo maggiore – sino a ieri – era

quello di mostrare la politicità delle scelte tecniche.

Ora il quadro è repentinamente mutato. Quantomeno nel nostro paese. Un nuovo ceto dirigente ha preso il potere e ha rivendicato il primato della politica. E non può dirsi sia stato timido. Insofferente ad ogni limite di natura tecnica, non ascolta granché gli esperti. In caso li usa. Si pensi alla riforma costituzionale, la dimensione tecnica – ovvero l’uso delle competenze proprie della scienza – è apparsa del tutto assente, il ruolo dei costituzionalisti assolutamente marginale. Auditi in gran numero, ma mai veramente ascoltati. Almeno nelle pubbliche sedi. Ciò non ha escluso, infatti, che al governo si potessero insediare in gran numero i consulenti di fiducia. Si pensi in questo caso alle politiche economiche: la sottrazione di competenze e di potere decisionale al Ministro (tecnico) dell’Economia ha inciso notevolmente sulla struttura dell’istituzione governo, rafforzando il ruolo politico del “capo del Governo”, simmetricamente attenuando la responsabilità individuale e collegiale dei singoli ministri. Gli effetti della creazione di strutture di staff presso la presidenza del consiglio devono essere ancora studiati, ma questo modello d’organizzazione dell’esecutivo sta di sicuro modificando nel profondo il modo di formazione dell’indirizzo politico. Dunque, in questo caso, la tecnica si pone al servizio della politica, sebbene in un ruolo apertamente servente.

Può ritenersi questo ribaltamento dei rapporti tra tecnica e politica una semplice ridefinizione dei ruoli? In fondo che al *politico* spetti la decisione in ultima istanza può essere considerato come la realizzazione di una forma di democrazia popolare (di questi tempi e con riferimento agli attuali esponenti politici meglio sarebbe dire: “una forma di democrazia populista”). Il tema in realtà è ben più delicato di quanto non possa a prima vista apparire. Coinvolge i difficili e sempre instabili equilibri tra competenze e decisione.

Quel che si vuole qui solo sottolineare è che questo processo di politicizzazione della tecnica sembra ormai aver occupato anche il piano nobile della costituzione, creando un gran trambusto. Potremmo dire – generalizzando – che l’intero dibattito parlamentare è stato contrassegnato da una politicizzazione della tecnica: di quella parlamentare in specie. Troppo spesso le regole dettate nei regolamenti delle Camere sono parse piegarsi alle esigenze politiche. Fare in fretta, più che fare bene. Una politicizzazione della riforma che ha raggiunto un suo vertice quando si è affermata l’idea – covata a lungo già in passato – che la riforma fosse nella disponibilità del governo in carica, il quale non

solo poteva – com'è avvenuto in altre occasioni – svolgere un ruolo di stimolo, ma ormai si riteneva titolare principale della funzione di revisione, esercitando un ruolo di preminenza dentro il parlamento. Così, dalla costituzione come patto sociale, *compromesso delle possibilità* tra tutte le culture politiche di un paese, si è passati alla costituzione percepita come *strumento della maggioranza*, per assicurare governabilità ed efficienza, a garanzia della propria stabilità. Verrebbe da dire: non più limite e legittimazione del potere, secondo l'ispirazione più radicata del costituzionalismo moderno, bensì *instrumentum regni*. Il primato della politica, in questo caso, raggiunge il suo apice, sospingendoci verso una concezione premoderna.

A ben vedere v'è però un limite – profondo, abissale – che finisce per compromettere l'energica pretesa dei nostri nuovi sovrani, che ne denuncia la strumentalità, la gracilità, l'impotenza. Un potere politico che, rivendicando il suo primato, apparentemente si vuole mostrare *libero nel fine* (secondo la pregnante definizione di Giuseppe Guarino), ma che in realtà ha esaurito ogni capacità progettuale di lungo periodo. Miopia in parte prodotta da complessi fattori esogeni, in parte determinata dalla propria debolezza. Da un lato, il processo di integrazione entro le sempre più strette maglie dell'Unione europea erode gran parte dei margini per politiche sociali innovative; dall'altro, le riforme sociali annunciate con grande enfasi, ma con lo sguardo rivolto all'immediato, senza una vera prospettiva strategica, fatta salva forse solo la conservazione del potere. Un primato della politica che si arresta alle soglie dell'Europa e si avvita su se stessa nella determinazione della politica nazionale.

Ogni tanto, di fronte alle più rocambolesche spettacolarizzazioni della contesa politica, alle trovate ad effetto, alle battute fini a se stesse, viene da pensare che l'improvvisazione sia alla base di questo ritorno della politica. Una fragilità non da poco. Tanto più alla presenza di ambizioni politiche molto elevate che non si arrestano all'ordinaria attività di governo, ma che investono pienamente il livello costituzionale. Grandi passi fatti con piedi d'argilla. Quel che si vuole qui allora – in primo luogo – tematizzare è la perdita di profondità della politica come problema d'ordine costituzionale. Si va affermando un *primato della miopia politica*?

3. Una scienza costituzionale senza centro?

D'altronde la politicizzazione della riforma della costituzione è andata oltre la relazione diventata perversa con la tecnica. Essa ha inciso anche sulla cultura costituzionale. Grandi sono le colpe della politica che ha progressivamente logorato il proprio rapporto con la cultura, da ultimo con una foga degna di miglior causa. Qui voglio però parlare delle responsabilità degli studiosi in questa perdita di ruolo.

Esistono ragioni di fondo e risalenti che spiegano le difficoltà della dottrina costituzionalistica di far valere le ragioni della propria scienza. Una progressiva *deformalizzazione* delle categorie dogmatiche, la *perdita* di un unitario metodo giuridico di studio ed analisi dei fenomeni sociali, lo *sfarinarsi* dell'accademia, la *fine* delle "scuole" di pensiero identificate entro esplicite coordinate culturali, l'*eclittismo* sempre più accentuato delle interpretazioni costituzionali, il graduale *affermarsi* di un neocostituzionalismo di stampo pragmatico, legato alle esigenze del momento, poco incline alla riflessione di sistema, una *ritrosia* a proporre riflessioni in grado di confrontarsi sul piano dei principi, preferendo limitare le proprie analisi entro uno specialismo apparentemente neutro e meno impegnativo, la *rinuncia* a perseguire l'unità del sapere giuridico, cui pure i nostri maestri ci avevano indirizzato: tutte cause che hanno contribuito a rendere assai difficoltoso il confronto scientifico tra gli studiosi di una medesima disciplina.

A queste cause collegate all'evoluzione della disciplina, si sommano altri fattori che derivano direttamente dalla particolare vicenda storica, politica ed istituzionale italiana. L'eterna transizione che ha eroso la legittimazione del testo costituzionale vigente, privando i costituzionalisti di quella riserva di autorevolezza che veniva loro attribuita dal fatto di "parlare in nome della legge suprema". Il contrasto sempre più aspro tra politica e diritto, originariamente limitata al conflitto in sede penale (da tangentopoli alle leggi *ad personam*), ma via via allargatosi alle più complessive ragioni dello stato costituzionale di diritto; ciò ha trascinato la dottrina dentro lo scontro politico e ha spesso indotto commentatori e media ad assimilare il giurista alla figura assai meno nobile del leguleio, ritratto più come inaffidabile azzecagarbugli che come portatore di una sapienza e di un'idea di giustizia. L'inaridirsi del conflitto politico, senza più ideali, che ha progressivamente smarrito l'ancora costituzionale e si è ripiegato su se stesso; ciò ha reso marginale ogni richiesta di discussione pubblica sul valore e

l'essenza della costituzione, la quale ha finito per essere riservata a specialisti tenuti a distanza dalla realtà della politica intesa come mera tecnica di governo. È così che la politologia ha sostituito il costituzionalismo nel dettare regole al potere.

In questa situazione lacerata si assiste ad un progressivo indebolimento della cultura costituzionalistica e all'aumento della divisione tra gli studiosi. Debolezze e frantumazioni che nella fase più recente sono state il terreno di polemiche anche personali a volte eccessive, ma che raramente hanno indotto ad interrogarsi sulle cause che le determinano; con il rischio di far venir meno quella "comunità degli interpreti", aperta al dialogo e alle differenze, ma anche solidale e identificabile, la quale rappresenta un bene prezioso che dovremmo preoccuparci maggiormente di custodire. In questa sede non approfondiremo ulteriormente il discorso, ma un fatto – rivelatore – deve essere registrato: è proprio sulla riforma costituzionale che la fragilità e la distanza tra costituzionalisti è aumentata, raggiungendo non di rado l'irrelevanza della scienza e l'incomunicabilità tra gli scienziati.

Si ricorderà – solo per fare un raffronto – la diversa immagine di sé che diede la scienza costituzionalistica nel 2006, al tempo del referendum costituzionale che impedì la modifica della costituzione approvata l'anno precedente dal Parlamento. Gran parte della dottrina (fatte salve ovviamente le dovute eccezioni) schierata contro uno stravolgimento del sistema costituzionale ritenuto un rischio per la continuità del nostro ordinamento democratico e pluralista, imputandosi alla riforma l'instaurazione di un nuovo regime (il "premierato assoluto" per riprendere una celebre espressione di Leopoldo Elia). Oggi non è più così. La scienza si divide tra apocalittici e integrati. Il costo – oltre al merito, al di là delle ragioni e dei torti di ciascuno – è la perdita del linguaggio comune.

In questa situazione non può stupire la sostanziale emarginazione di un ceto di studiosi. Incapaci di far sentire la voce della propria disciplina, resa afona dal caos delle opinioni. Quel che si vuole qui allora – in secondo luogo – tematizzare è la perdita dello statuto disciplinare unitario della scienza costituzionalistica. Si va affermando una *scienza costituzionale senza centro?*

4. Occasionalismo costituzionale?

La terza mutazione riguarda il diritto vigente. E qui si registra il tentativo di trasformazione più profondo. Ci si arrovella molto e giustamente sulle riforme sociali (dal *jobs act* alle riforme della scuola, dalle misure di natura fiscale alle deleghe sulla pubblica amministrazione); ci si occupa meno, nonostante l'allarme sociale e l'evidente natura strutturale del fenomeno, dell'assenza di una normativa adeguata in materia di migrazioni; si assiste impauriti e silenti alle convulsioni in materia di ordine pubblico e terrorismo, che in nome della salvaguardia dei valori democratici pretende la rinuncia dei suoi fondamenti; si polemizza aspramente constatando il venire ad esaurimento del ruolo politico, istituzionale, ma anche costituzionale, dei corpi intermedi, a volte sostituiti da nuovi soggetti sociali e movimenti vari. In tutti questi casi l'impatto sugli equilibri politici complessivi e sui diritti dei consociati appare di immediata evidenza. Non può negarsi che il cambiamento sia in atto. Cionondimeno non è limpido lo scenario futuro: una politica legata alla contingenza (lo si è rilevato poc'anzi) è votata alla fragilità delle sue riforme. Ove mutasse il vento, varierebbe l'indirizzo politico di una maggioranza non più orientata da un progetto di società ideale. Si percepisce il cambiamento, non altrettanto può dirsi della direzione di questo.

Vi sono però alcune mutazioni che non possono ritenersi né contingenti, né reversibili, almeno nel breve periodo. Certo questo è il caso della legge elettorale, la cui incidenza sull'assetto della rappresentanza politica è diretto e assorbente, sebbene essa sia ancora tutt'altro che consolidata (già si parla di cambiare la legge elettorale appena approvata, a seguito...del mutare dei sondaggi). Un'altra riforma rappresenta piuttosto il passaggio più arrischiato, dal quale – se sarà compiuto – non sarà facile tornare rapidamente indietro, anche qualora ci si dovesse ravvedere. La riforma della costituzione, la modifica profonda del documento politico fondamentale, di quel testo normativo che *vale per l'eterno*, come ripetiamo noi costituzionalisti, forse con enfasi, ma rilevando una vocazione delle disposizioni costituzionali a modellare la *città futura* in base a principi non contingenti. Ancorando il mutamento politico, la dinamica sociale, il conflitto entro l'ordinamento costituito, ai valori più forti e più nobili di un popolo, di una cultura, di una storia. Viene spontaneo chiedersi allora quale sia la *Weltanschauung* che sostiene l'attuale moto di riforma costituzionale. Inter-

rogativo inquietante da porre in tempi privi di ideali e ideologie, governata da una politica di corto respiro, priva di senso della storia, votata più a dare spettacolo che a progettare il futuro.

Fosse almeno chiaro che le costituzioni non si cambiano per rafforzare temporanee maggioranze politiche. Nel dibattito sulla riforma non dovrebbero avere cittadinanza le ragioni di lotta politica contingente, quelle che oggi – in una fase contrassegnata dall'oscurarsi delle formazioni politiche e dalle fine di ogni narrazione collettiva – vedono lo scontro per il predominio personale di questo o quel leader politico. Le costituzioni, in sostanza, non dovrebbero mai diventare un terreno di diretto scontro politico, ponendosi semmai sul piano più elevato delle concezioni di vita dei consociati. Le costituzioni sono certamente – oltre che testi normativi, anche – documenti politici, ma non per questo possono ridursi a strumenti di risoluzione delle controversie occasionali: dettano i principi entro cui si sviluppa il conflitto, non sono parte di esso.

Quel che, invece, si avverte è che la riforma costituzionale è diventata ormai un terreno di scontro politico immediato. Una riforma schiacciata dalla ricerca di soluzioni di breve periodo, ma che rischia di produrre trasformazioni profonde nel tessuto sociale, culturale e politico del nostro paese. Ritengo sia questa la critica più radicale che può rivolgersi a chi oggi si accinge a mutare l'assetto dei poteri costituzionalmente definiti. La riduzione di questioni fondamentali del diritto costituzionale – inerenti alle trasformazioni, se non all'instaurazione, di nuovi ordinamenti giuridici – a questioni esclusivamente politiche. Nell'arida e confusa stagione che ci accompagna la costituzione sembra venir brandita come arma convenzionale di lotta politica, senza che l'ignaro revisore riesca a cogliere il pericolo che può produrre minando alle basi la sua stessa legittimazione.

In questo clima non stupisce più di tanto il ridursi degli spazi del dialogo, l'avvitarsi di ogni riflessione sulla possibile manutenzione del testo costituzionale. Come si può pensare di far valere le ragioni del cambiamento quando il sistema è sotto attacco?

Da qui la necessità di schierarsi da una parte della trincea, ma avvertiamo anche l'impotenza di ogni riflessione critica. Come studiosi non possiamo esimerci dall'intervenire nel momento in cui cambia il nostro oggetto di studio, la costituzione. Non possiamo però farci trascinare sul terreno dello scontro politico diretto. Viviamo una condizione infelice. Tanto più se non vogliamo farci travolgere dall'impeto

nichilista che promuove la rottura con un passato screditato in nome di un nuovo infondato, né desideriamo arroccarci in difesa di principi astratti, storicamente incontaminati.

Se non vogliamo dunque limitarci a schierarci, dobbiamo sforzarci di ritornare ad essere *radicali*. Andare cioè alla “radice” delle questioni controverse e contese. In fondo è questo il ruolo degli studiosi: portare argomenti che non siano espressione dell’immediatamente visibile, ma che si colleghino alle fondamenta. Uno scavo che ci porti alla radice dei concetti, dei principi che sorreggono la costituzione, che possono giustificare un mutamento costituzionale storicamente fondato e non solo politicamente preteso.

Questa *profondità* di pensiero sembra essere la grande assente in un dibattito pubblico che non riesce ad andare oltre l’utile immediato e il politicamente conveniente, facendo strame di principi storici e valori costituzionali. In questo caso, quel che vogliamo qui tematizzare è l’assenza di una cultura del mutamento costituzionale e – al contempo – la necessità di alzare lo sguardo oltre il contingente. Ci si deve arrendere all’*occasionalismo costituzionale*?

5. Un nuovo orizzonte di senso?

La riforma costituzionale che il nostro parlamento si accinge ad approvare come si pone dinanzi alle questioni di fondo richiamate (per riassumere: il rapporto tra la tecnica e la politica ovvero del *primato della miopia politica*, il ruolo degli studiosi ovvero della *scienza costituzionale senza centro*, la cultura del cambiamento ovvero dell’*occasionalismo costituzionale*)?

Secondo alcuni le ragioni del mutamento costituzionale sono da ricercare in astratte esigenze di innovazione (lo disputa tra innovatori auto-certificati e conservatori etero-proclamati è una costante della retorica politica italiana) ovvero in specifiche ragioni di efficienza (la prospettiva funzionalista domina ormai il dibattito politico, ma anche gran parte di quello culturale). Entrambe le prospettive, spesso tra loro collegate, finiscono per risultare assai anguste, limitando il proprio orizzonte d’analisi al contingente: l’*innovazione* in sé, l’*efficienza* per sé.

Certo, in tal modo si opera una sdrammatizzazione della riforma, si dà cioè per scontato che la tavola dei valori costituzionali non verrà

coinvolta. Visioni rassicuranti, che si contrappongono a visioni tragiche, a volte smisuratamente apocalittiche. Quel che però rischia di sfuggire è la lenta ma profonda trasformazione del sistema costituzionale complessivo. Ed è per questo che l'invito è ad alzare lo sguardo, collegando la riflessione sulle riforme attualmente in discussione con le questioni di fondo. Ad esempio, le tre richiamate nei paragrafi precedenti.

In questa diversa e più ampia prospettiva – allontanandosi per un attimo dal contingente o dalle pur decisive technicalità della riforma – non può negarsi che le trasformazioni in atto riguardino non solo la riscrittura del testo della costituzione, non coinvolgono unicamente l'organizzazione dello stato, ma l'assetto complessivo del sistema istituzionale, la forma e la sostanza del nostro ordinamento giuridico in generale.

A nulla è valso porre un argine artificiale. È risultato avventato aver immaginato che si potesse liberamente disporre dalla costituzione dei poteri, dell'intera seconda parte, ritenuta nettamente distinta da quella dei diritti, solo quest'ultima intangibile e depositaria di quei “valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana” ritenuti immodificabili dalla nostra Corte costituzionale (sent. n. 1146 del 1988). Una separazione inconsistente tanto sul piano storico e teorico (tendente a negare il carattere di *ordine complessivo* che è proprio delle costituzioni, sin dai tempi di Aristotele), quanto su quello pratico (principi “supremi” sono individuabili in ogni parte del testo costituzionale). Un tentativo di circoscrivere la portata delle riforme che nulla ha potuto dinanzi all'incedere di un mutamento che ha riguardato le complessive dinamiche della struttura sociale. Se si guarda al fondo, se le riforme costituzionali si collegano al generale contesto storico, politico e culturale, ci si avvede agevolmente che è la nostra percezione del diritto che muta, si trasforma l'idea di costituzione, cambia il ruolo e lo scopo che ad essa si assegna. Come abbiamo inizialmente indicato: un *nuovo orizzonte di senso* si affaccia.

Ed è allora alla ricerca del “senso”, del suo fondamento, che vorremmo dedicare la nostra riflessione. Consapevoli che l'impresa è grande e le nostre forze assai ridotte, ma anche con la percezione di non poterci sottrarre, se non vogliamo essere travolti, portati chissà dove dal vento tumultuoso e confuso del cambiamento in atto.

La mia impressione è che, frastornati dal precipitare degli eventi, rischiamo di non cogliere la direzione di marcia. Trascinati da una for-

te corrente, percepiamo in lontananza il rumore della cascata che rischia di sommergerci. Vorremmo arrestare la caduta, invertire la rotta per proseguire il viaggio, ma non riusciamo ad individuare la strada. Sbandiamo, abbiamo bisogno di una bussola. C'è chi pensa di poterne fare a meno, noi proponiamo di cercarla.

6. Le trasformazioni della forma di Stato: rappresentanza, governabilità, partecipazione. Questo fascicolo

Attorno a questi interrogativi ruotano gli interventi di questo numero della rivista. Gli scritti sono stati richiesti dalla direzione, ma il fascicolo è anche il frutto di un processo di riflessione collettiva. Sono stati svolti, infatti, tre seminari tematici con l'esplicito proposito di esaminare non tanto gli effetti *diretti* della riforma, quanto le ragioni di fondo, le culture, i presupposti teorici che si potevano considerare alle origini del processo di mutazione del sistema costituzionale. In sostanza, abbiamo cercato di riflettere collettivamente sulle più profonde trasformazioni del nostro sistema costituzionale, con il proposito espresso di andare "al di là" della discussione sulla revisione, per guardare "ciò che vi è dietro". Le mutazioni più profonde della nostra forma di Stato, intesa nella sua specifica accezione di determinazione dei rapporti tra governanti e governati. In particolare abbiamo focalizzato la nostra attenzione sui tre pilastri che danno sostanza alla forma di Stato: i lineamenti assunti dalla *rappresentanza* politica, il configurarsi del dogma della *governabilità*, le vie impervie della *partecipazione*.

Il primo dei tre seminari s'è svolto a Cagliari il 23 settembre, il secondo a Torino l'8 ottobre, il terzo a Roma il 18 dicembre 2015. L'organizzazione scientifica degli eventi, sollecitata dalla direzione, è stata autonomamente assunta dalle redazioni locali delle rispettive sedi accademiche (cagliaritano, piemontese-patavina e romana). Gli articoli che pubblichiamo traggono origine da quelle animate discussioni. Alle redazioni locali, agli autori dei saggi e a tutti i partecipanti che hanno contribuito alla riflessione va il ringraziamento della direzione.

RAPPRESENTANZA POLITICA COME RAPPRESENTANZA COSTITUZIONALE

di *Laura Ronchetti*

SOMMARIO: 1. *Rappresentanza e Principi fondamentali*; 2. *La rappresentanza politica a partire dal rappresentato: popolo e corpo elettorale*; 3. *Esercizio permanente della sovranità*; 4. *Caratteristiche costituzionali del rappresentato: la Repubblica e i suoi fini*; 5. *Rappresentanza democratico-costituzionale: non solo consenso ma partecipazione in dissenso*; 6. *Il ruolo costituzionale delle minoranze*; 7. *Che tipo di risposta si è data con l'Italicum?*; 8. *Il principio autonomistico quale espressione del pluralismo: rappresentanza e forma di Stato*; 9. *Ricorsi storici e attuali ragioni strutturali della crisi delle sedi rappresentative: la Costituzione che non piace ai mercati*.

«Occorre sempre tornare ai principi più semplici, molto più efficaci di tutti gli sforzi di genio»

SIEYÈS, *Che cos'è il terzo stato?*, p. 93

1. Rappresentanza e Principi fondamentali

La profonda crisi del principio della rappresentanza politica¹ e il “progressivo degrado”² del sistema politico-rappresentativo italiano non sono terreni di contestazione. Questa consapevolezza collettiva non significa, tuttavia, che dal punto di vista costituzionale sia legittimo abbandonare alla propria sorte la rappresentanza democratica. Ricorro all’aggettivo *democratica*³, come peraltro ha fatto la Corte costi-

¹ F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, Padova, 2000, specie pp. 192 e ss.

² P. STANCATI, *Il principio di rappresentanza politica tra progressivo decadimento ed esigenze di rivisitazione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1 del 2015.

³ N. URBINATI, *Lo scettro senza il re. Partecipazione e rappresentanza nelle democrazie moderne*, Roma, 2009, p. 98, propone di definire democratica la “giustizia nella rappresentanza”.

tuzionale nella sentenza n. 1 del 2014⁴, per denotare l’istituto di diritto pubblico della rappresentanza al fine di introdurre sin d’ora la connotazione costituzionale della rappresentanza politica e la sua indissolubile strutturazione con i principi e le forme del nostro ordinamento costituzionale: una rappresentanza che deve inverare l’uguaglianza politica tra i consociati che nel dissenso e nell’accordo concorrono alle decisioni politiche. Dando per acquisito che la nostra Costituzione fonda una democrazia rappresentativa e che la qualità e la forma del sostantivo democrazia sia inscindibile dalla qualità e dalla forma dell’aggettivo rappresentativa che la segue⁵, il legame tra questi due concetti può assumere e assume molteplici sfumature nei diversi ordinamenti costituzionali.

La prospettiva che si intende proporre è quella che, nel nostro ordinamento, siano i primi dodici articoli della Costituzione a imprimere i principi politici che individuano la “linea”, la “direttiva” di “sviluppo dell’ordinamento”⁶ e, aggiungerei, della rappresentanza nella dimensione costituzionale. Tali fini trovano specificazione e sviluppo sia nella Parte I dedicata ai *Diritti e ai doveri dei cittadini* sia nella Parte II dedicata all’*Ordinamento della Repubblica*: l’istituto della rappresentanza è al tempo stesso contenuto, orientato e vincolato dai limiti posti in Costituzione sotto forma di principi fondamentali dell’ordinamento, di diritti e doveri individuali e collettivi, di divisione e separazione dei poteri nonché di articolazione in enti.

⁴ Tra i tanti commenti (soltanto in *www.giurcost.org* sono presenti 40 commenti, a quali si rinvia) a questa “storica” decisione della Corte costituzionale, che ha operato una rottura con la pretesa insindacabilità della legge elettorale, cfr. G. AZZARITI, *La sentenza e gli effetti indiretti sulla legislazione futura*, in *Nomos*, n. 3 del 2013; P. CARNEVALE, *La Corte vince, ma non (sempre) convince. Riflessioni intorno ad alcuni profili della “storica” sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, *ivi*; M. D’AMICO, *Corte costituzionale e materia elettorale: una decisione storica*, in ID e S. CATALANO (a cura di), *Prime riflessioni sulla “storica” sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, Milano, 2014.

⁵ Si rinvia a G. FERRARA, *Democrazia e rappresentanza politica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1 del 2005.

⁶ Così spesso si esprime V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, riedito in ID, *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015, p. 162.

2. La rappresentanza politica a partire dal rappresentato: popolo e corpo elettorale

Se, come scrive Dogliani, la rappresentanza è “linguisticamente, la condizione (in rapporto a qualcuno) del rappresentante”⁷, sembrerebbe opportuno anche riflettere sul rapporto tra rappresentato e rappresentante, sul significato di tale rapporto, sul suo svolgimento tra teoria e esperienza giuridica, a partire tuttavia dal rappresentato.

Nella nostra Costituzione, dunque, il rappresentato chi è?

Cercando di individuare il rappresentato è ineludibile riconsiderare la distinzione tra popolo e corpo elettorale e il rapporto tra queste nozioni. A ben vedere, tuttavia, il corpo elettorale è soltanto quella parte del rappresentato che ha piena capacità di agire nel rapporto elettivo e dovrebbe tendenzialmente coincidere con il rappresentato stesso⁸. Certamente la storia del rapporto tra rappresentanza politica e democrazia è tutta iscritta nel lunghissimo e difficilissimo percorso ad ostacoli che ha portato al suffragio universale, pluriclasse, maschile e femminile, dei cittadini statali maggiorenni. A fronte delle trasformazioni strutturali che subisce la composizione personale dell’ordinamento giuridico, con una crescente presenza di persone di cittadinanza diversa da quella dello Stato italiano, il problema dell’universalità del suffragio si scontra ora con l’angusta condizione giuridica dello straniero e la tortuosa ed eccessivamente discrezionale disciplina per l’acquisto della cittadinanza statale⁹.

⁷ M. DOGLIANI, *La rappresentanza politica come rappresentanza del “valore” di uno stato concreto*, in *Democrazia e diritto*, n. 2 del 2014, p. 8.

⁸ Il riferimento deve andare a E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza: le grandi radici, i modelli storici di riferimento*, Padova, 1997, che nel 2015 ha pubblicato anche *Cittadinanza e territorio. Lo ius soli nel diritto comparato*, Napoli; e a M. CUNIBERTI, *La cittadinanza: libertà dell’uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova, 1997.

⁹ Sia permesso rinviare al mio *La Costituzione come spazio della cittadinanza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2 del 2015, pp. 441 ss., per una lettura che nella condizione giuridica dello straniero (art. 10, comma 2) ricomprende essenzialmente la disciplina per l’acquisto della cittadinanza statale coperta dalla relativa garanzia della riserva di legge, disciplina che al momento soffre di troppe criticità, come evidenziato nel mio *La cittadinanza sostanziale tra Costituzione e residenza: immigrati nelle regioni*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2 del 2012.

Per contro proprio la legge sulla cittadinanza¹⁰ consente di concepire un corpo elettorale che va ben oltre la pluralità di persone che convivono sul territorio italiano, comprendendovi i cittadini residenti all'estero la cui categoria è estremamente inclusiva¹¹, tanto da consentire di parlare di delocalizzazione della rappresentanza politica¹².

Non manca infatti chi ha proposto, come Volpi, di intervenire proprio su questo punto sia nella riforma elettorale che in quella costituzionale¹³. L'aggettivazione di "civico" in riferimento al dovere di voto all'art. 48, difatti, potrebbe offrire un elemento chiave in un'operazione ermeneutica che volesse valorizzare, sì l'ampia discrezionalità del legislatore, ma pur sempre nel solco invalicabile tracciato dalla Costituzione alle forme della convivenza: quel "civico" sottolinea che la convivenza si svolge in un territorio il cui spazio è condiviso dalla collettività di *cives* che vi abita; un dovere è "civico" quanto più ha a che fare con i diritti e i doveri spettanti a una collettività e ai suoi componenti, organizzata e insediata su un territorio.

La centralità della condivisione del territorio per la partecipazione all'organizzazione politica rileva anche ai fini del riconoscimento della titolarità del diritto di voto agli stranieri nelle elezioni delle assemblee rappresentative sub-statali e, nelle elezioni nazionali, in

¹⁰ La legge n. 91 del 5 febbraio 1992 *Nuove norme sulla cittadinanza* rafforza ulteriormente l'acquisto della cittadinanza per sangue senza soluzione di continuità tra le generazioni.

¹¹ Per le ricadute sull'istituto della rappresentanza confronta la questione decisa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 173 del 2005 e con la sentenza n. 412 del 2012 sul rapporto tra corpo elettorale, cittadini iscritti all'Aire e validità delle elezioni comunali. Con quest'ultima decisione la Corte costituzionale, operando "un bilanciamento tra il diritto elettorale degli abitanti con quello dei cittadini residenti all'estero", invece di "assicurare ampia ed incondizionata garanzia ai diritti politici" degli amministrati dalle istituzioni comunali, garantisce "con pienezza il diritto dei non residenti iscritti all'AIRE alla appartenenza al corpo elettorale locale sì da concorrere al calcolo del *quorum* per la validità delle elezioni in condizioni di perfetta parità con i cittadini residenti".

¹² Si rinvia al mio *La rappresentatività nei Comuni con più elettori che abitanti. Qualche postilla a margine della sentenza n. 242 del 2012 sul voto degli italiani all'estero*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, 2013, pp. 1-15.

¹³ M. VOLPI, *Riforma elettorale e rappresentanza*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1 del 2012, p. 13.

stretta connessione con percorsi di acquisto della cittadinanza ragionevolmente commisurati alla permanenza sul territorio¹⁴.

3. Esercizio permanente della sovranità

Questa lettura sembrerebbe trovare conferma nelle caratteristiche costituzionali del rappresentato, per cercare le quali si propone una lettura complessiva dei Principi fondamentali che la Costituzione rende normativi.

Il riferimento più immediato è all'art. 1 della Costituzione. Il ruolo di questo articolo è colto nella sua complessità ordinamentale soltanto alla luce e in considerazione degli altri principi fondamentali. Si tratta dei principi che innervano la convivenza della comunità politica sul territorio. I primi dodici articoli ci restituiscono, infatti, la concezione del popolo e dei popoli del mondo che i Costituenti hanno iscritto in Costituzione.

Crisafulli definiva “dato-base” la comunità ordinata sotto specie di “popolo” la cui esatta nozione può essere colta soltanto tendendo conto del “giuoco sottile di interferenze e di echi reciproci” con la sovranità e la territorialità¹⁵. Sotto questo profilo particolarmente calzante è l'osservazione di Mortati che l'attribuzione al popolo della sovranità richiede una “specificazione del modo d'essere della sovranità”¹⁶. Sin dall'art. 1, infatti, secondo Mortati verrebbero prospettati “i caratteri coesenziali al tipo di regime politico voluto istituire” che vanno “considerati nella loro inscindibile correlazione”¹⁷.

¹⁴ Nel mio *La “cittadinanza costituzionale” degli stranieri: una questione d'efficacia Costituzionale*, in L. RONCHETTI (a cura di), *La Repubblica e le migrazioni*, Milano, 2014, p. 36, sostengo che, a partire da una lettura incentrata sulla massima estensione dell'efficacia della Costituzione, tutte le persone raggiungibili dalla sua efficacia siano titolari di tutti i diritti costituzionali di qualunque “oggetto” ivi compresi quelli politici. L'attenzione dovrebbe, dunque, spostarsi dall'oggetto al “contenuto” dei diritti, che eventualmente potrà essere differenziato sulla base di elementi di fatto, come ad esempio la durata della permanenza sul territorio.

¹⁵ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, i. *Introduzione al diritto costituzionale*, 1970², p. 57.

¹⁶ C. MORTATI, *Art. 1*, in *Principii fondamentali*, Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, *Principi fondamentali. Art. 1-12 Costituzione*, Bologna, 1975, p. 2.

¹⁷ C. MORTATI, *ult. op. cit.*, p. 1.

Se è stato Crisafulli a cogliere con tutta l'ampiezza la portata normativa del secondo comma dell'art.1, secondo cui la sovranità appartiene al popolo, per Mortati questo articolo assurge a "supernorma" perché i suoi "principi generalissimi" imprimono un "preciso contenuto normativo (...) potenziato" e perché fornisce "il supremo criterio interpretativo di tutte le altre disposizioni"¹⁸. La titolarità del potere supremo della sovranità, in capo al popolo, di cui al secondo comma dell'articolo 1, infatti, "si pone come logico fondamento dell'ordine democratico"¹⁹. Questa lettura sembrerebbe attribuire una specificità di contenuto normativo più penetrante di quella espositiana che nell'art. 1 leggeva la "formulazione sintetica" dei principi della nostra democrazia²⁰.

La titolarità del potere politico in capo a una plurisoggettività, il popolo, impone un esercizio diffuso, distribuito del potere stesso affinché, per dirla con Martines, ognuno sia "titolare, pro capite, di una particella di sovranità"²¹. È, invece, Esposito a sottolineare che la Costituzione attribuisce al popolo soprattutto l'*esercizio* della sovranità: l'esercizio della sovranità "praticamente è tutto", dunque, in assenza di concreto esercizio, la sua titolarità è "nulla"²². Carlassare, infine, aggiunge un ulteriore tassello; deve trattarsi di un esercizio permanente, non a singhiozzo: "la sovranità del popolo [...] significa esercizio effettivo e *continuo* dei diritti costituzionalmente garantiti al fine di influenzare le decisioni degli organi supremi"²³.

¹⁸ C. MORTATI, *cit.*, p. 2.

¹⁹ C. MORTATI, *cit.*, p. 1.

²⁰ C. ESPOSITO, *Commento all'art.1*, in ID, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 10.

²¹ T. MARTINES, *Introduzione al diritto costituzionale*, Torino, 1994, p. 15.

²² C. ESPOSITO, *Commento all'art.1*, *cit.*, p. 10.

²³ L. CARLASSARE, *La sovranità del popolo nel pluralismo della democrazia liberale*, in ID (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*. Atti del Convegno di studio di Padova, 19-20-21 giugno 2003, Padova, 2004, p. 6. F. MODUGNO, *La dicotomia "Stato ordinamento" – "Stato soggetto" nel pensiero dei tre maestri*, *ivi*, p. 61, ha riassunto chiaramente il pensiero di Crisafulli che ha letto in tutti i diritti una valenza politica come "diritti di partecipazione alla formazione della pubblica opinione e, mediamente, del governo della società". L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1998³, p. 272, nella sovranità vede "la risultante dell'esercizio di tutti i diritti propri dei cittadini, sia come singoli sia nelle formazioni alle quali appartengono". Cfr. anche C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1958, p. 8

4. Caratteristiche costituzionali del rappresentato: la Repubblica e i suoi fini

Sotto questo profilo dovrebbe valorizzarsi il dato normativo che il soggetto per eccellenza nei principi fondamentali è la Repubblica, non il popolo. «L'Italia è una Repubblica democratica», così esordisce la Costituzione (art. 1). L'Italia è il nome della Repubblica che si stava fondando nel *territorio* in tal modo denominato. L'identificazione dell'Italia con la Repubblica ha, quindi, “valore dichiarativo”, ma non della “identità etnica” e della “unità spirituale” come vorrebbe Mortati²⁴ ma della sua territorialità: il soggetto “Italia”, e non Stato italiano come lamenta Esposito²⁵, trasmette piuttosto l'*immediatezza* che si instaura tra territorio e suoi abitanti. Al tempo stesso la Repubblica è democratica, quindi, proprio fondata, connotata e qualificata per l'attribuzione del potere al popolo.

È la Repubblica il soggetto incaricato dalla Costituzione di perseguire l'uguaglianza sostanziale (art. 3); si tratta dello stesso soggetto che riconosce i diritti inviolabili a ogni persona e “richiede l'adempimento dei doveri inderogabili” (art. 2); si tratta di quei “doveri di solidarietà politica, economica e sociale”, che devono sostanziare le attività o funzioni che l'art. 4, comma 2, indirizza al progresso materiale o spirituale della società; è sempre la Repubblica che deve promuovere le condizioni perché queste attività e funzioni possano rendere effettivo il diritto al lavoro di cui al primo comma dell'art. 4, così come la Repubblica, una e indivisibile, tutela le esigenze dell'autonomia e del decentramento (art. 5), le minoranze linguistiche (art. 6), il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione (art. 9); è anche lo stesso soggetto che promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica (art. 9); è della Repubblica il territorio in cui accogliere lo straniero con diritto d'asilo (art. 10); è l'Italia – nome della nostra Repubblica in base all'art. 1 – a ripudiare la guerra e a promuovere la pace e la giustizia tra le nazioni (art. 11), con la sua bandiera (art. 12).

Cosa è mai la Repubblica? La Repubblica, vale a dire la nostra forma di Stato, è secondo Giannini un congiunto dinamico di poteri

²⁴ C. MORTATI, *Art. 1, cit.*, pp. 2-3.

²⁵ C. ESPOSITO, *Commento all'art.1, cit.*, p. 2.

pubblici²⁶. Sarebbe, tuttavia, limitante una visione della Repubblica solo istituzionale, piuttosto la si dovrebbe collocare in un prospettiva “istituzionalista”. Sotto questo profilo è calzante la definizione di Feliciano Benvenuti della Repubblica come “un insieme data da tutti i soggetti giuridici”²⁷. La Repubblica insomma è l’insieme dei soggetti dell’ordinamento.

In tal modo è possibile cogliere la stretta connessione tra la Repubblica e la nozione di popolo, nella sua accezione polisemantica.

La Repubblica, infatti, è detta “fondata sul lavoro” (art. 1, comma 1); con questa formulazione si includeva nel popolo quella “parte della popolazione che, pur numerosa, rimaneva assoggettata da una situazione di inferiorità”²⁸; in tal modo si prospettava un diverso ordine sociale, non più basato sulla ereditarietà e sulla rendita di pochi, ma sulla partecipazione e sull’agire di tutti²⁹.

La consapevolezza storica consente di sostenere che il riferimento al popolo in questo atto normativo non può essere inteso per indicare una parte della società, una classe, quella subalterna, ma al popolo nel suo insieme. Certamente si tratta, tuttavia, di un popolo comprensivo proprio del popolo fino ad allora escluso. L’accezione polisemantica della categoria di popolo può essere in qualche modo arricchita dalla storia costituzionale, in particolare dalla nostra Costituzione nella quale è possibile cogliere una distinzione tra popolo e Nazione: il popolo rappresenta il momento della plurisoggettività intesa come insopprimibilità stessa della molteplicità³⁰ mentre la Nazione incarna piuttosto il momento unitario del popolo³¹.

²⁶ M.S. GIANNINI, *L’amministrazione pubblica nello stato contemporaneo*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da Giuseppe Santaniello, Padova, 1988. Può dunque oramai considerarsi superata l’interpretazione della Repubblica come Stato-persona.

²⁷ F. BENVENUTI, *L’ordinamento repubblicano*, in ID, *Scritti giuridici*, I, Milano, 2006, p. 684, vale a dire “dotati di personalità giuridica, e da tutte le società o associazioni o organismi dotati di personalità giuridica che agiscono nell’ambito dello stesso ordinamento”. ID, *Il nuovo cittadino*, *ivi*, p. 891, parlava infatti di “istituzionalismo spontaneo” lamentando la scarsa comprensione in termini di significato e valore che l’associazionismo fornisce “nell’ambito della coesistenza con le istituzioni formali”.

²⁸ C. MORTATI, *Art. 1, cit.*, p. 12. «Il rigetto della formula “Repubblica di lavoratori” – presentata dalle sinistre e bocciata per soli 12 voti – «aveva obbedito all’intento di escludere un’interpretazione suscettibile di attribuire ai prestatori d’opera subordinati una posizione di classe escludente ogni altra».

²⁹ F. CERRONE, *Genealogia della cittadinanza*, Roma, 2004.

³⁰ Cfr. D. NOCILLA, voce *Popolo*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 382.

³¹ C. DE FIORES, *Nazione e costituzione*, Torino, 2005.

L'insopprimibile pluralità³² e molteplicità³³ del popolo³⁴ trovano nella rappresentanza democratica il veicolo tramite il quale tutti e ciascuno i componenti la *Res publica* sono chiamati a concorrere alla realizzazione degli obiettivi normativamente posti in capo alla Repubblica. Tra gli obiettivi contenuti nei Principi fondamentali, l'unico definito dalla Costituzione "compito" è quello indicato al comma 2 dell'art. 3, che ha come scopo ultimo e fondamentale quello del "pieno sviluppo" e della "effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica, sociale del Paese".

Questo è il rappresentato nella nostra Costituzione: una comunità politica organizzata e strutturata che ha come scopo ultimo lo svolgimento della "personalità" (art. 2 e art. 3, comma 2) di ogni soggetto praticando la piena e "pari dignità sociale" (art. 3, comma 1), contribuendo attivamente all'organizzazione della convivenza e, in tal modo, al "progresso materiale o spirituale della società" (art. 4, comma 2) nonché alla "pace e alla giustizia tra le Nazioni" (art. 11).

5. Rappresentanza democratico-costituzionale: non solo consenso ma partecipazione in dissenso

La connotazione costituzionale del rappresentato si riverbera sulla dimensione costituzionale della rappresentanza delineando un regime politico in cui "la capacità di collaborare alla determinazione del comune destino" per dirla con Esposito³⁵ è riconosciuta a tutti, ognuno dei quali, per usare le parole di Crisafulli, "ha un diritto personale di parteciparvi con la propria volontà e perseguendo il proprio orienta-

³² Cfr. ancora D. NOCILLA, *cit.*, pp. 344-351.

³³ Ancora D. NOCILLA, *cit.*, p. 382.

³⁴ La categoria di popolo è negli ultimi anni tornata al centro delle riflessioni, dopo aver vissuto una stagione minore per le possibili degenerazioni insite nella sua ambivalenza, se non addirittura per la sua presunta contrapposizione, in qualità di potere costituito, al soggetto costituente. Si veda G. RUOCCO – L. SCUCCIMARRA (a cura di), *Il governo del popolo. Rappresentanza, partecipazione, esclusione alle origini della democrazia moderna*. 1. Dall'antico regime alla Rivoluzione; 2. Dalla Restaurazione alla guerra franco-prussiana, Roma 2011-2012; E. LACLAU, *La ragione populista*, a cura di D. Tarizzo, Roma-Bari, 2008; V. PAZÈ, *In nome del popolo. Il problema democratico*, Roma-Bari, 2011.

³⁵ C. ESPOSITO, *Commento, cit.*, p. 9.

mento politico»³⁶. Questo diritto personale non deve essere ridotto, tuttavia, alla dimensione individuale del singolo elettore con il rappresentante ma, invece, “ad una relazione più complessa, della quale i partiti, ed in generale le forme nelle quali si organizza la partecipazione politica, rappresentano non solamente lo sfondo, ma i principali punti di riferimento”³⁷.

Anche se “la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto (...) costituisce il principale strumento di manifestazione della sovranità popolare, secondo l’art. 1, secondo comma, Cost.”, come argomenta la Corte costituzionale nella sentenza n. 1 del 2014, sull’insufficienza del mero diritto di elettorato attivo aveva idee chiare già Rousseau³⁸. La rappresentanza democratica in effetti non richiede mero consenso espresso tramite il voto, ma strumenti per concorrere attivamente e permanentemente alla determinazione della politica nazionale. “Ben oltre, quindi, l’esercizio in concreto di tale diritto nell’atto istantaneo della scelta elettorale”³⁹.

Se l’esercizio del voto è uno dei modi di esercizio della sovranità popolare, è opportuno sottolineare, dunque, che il rapporto *elettivo* non esaurisce affatto il rapporto *rappresentativo*, ma ne soddisfa una sua sola fase, costitutiva senza’ altro, ma non esclusiva: il momento elettivo è un passaggio di chiusura ma anche di apertura di un ciclo rappresentativo. L’elezione è un modo di saggiare, verificare e inverare la rappresentatività nella rappresentanza. L’elezione è il momento dell’integrazione dell’elemento personale nelle sedi rappresentative e,

³⁶ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana* (note preliminari), 1954, ora in ID, *Stato, Popolo, Governo, Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, p. 439, dove ribadisce che la sovranità “non è attribuita al popolo come unità indivisibile [...] ma a tutti i cittadini, membri del popolo”. Questo popolo reale, descritto in tutta la sua pluralità, è quello di G. FERRARA, *Alcune osservazioni su popolo, stato e sovranità nella Costituzione italiana*, in *Rass. dir. pubbl.*, I, 1965, p. 272 ss., dove con chiarezza si afferma che “l’unità del popolo non è un dato acquisito ma uno dei fini della Repubblica, una conquista del processo democratico, il risultato dell’esercizio del potere sovrano da parte del popolo”.

³⁷ P. RIDOLA, *Divieto di mandato imperativo e pluralismo politico*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II: *Le fonti normative e altri temi di vario diritto*, Padova, 1985, p. 680.

³⁸ J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Libro III, cap. XV, scriveva che “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”.

³⁹ F. BILANCIA, “*Ri-porcellum*” e *giudicato costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3 del 2013.

soprattutto per gli ordinamenti che non ammettono la revoca del rappresentante, è esercizio per far valere la responsabilità politica. L'elezione è, dunque, occasione di manifestazione di consenso e dissenso nei confronti dell'indirizzo politico prescelto da chi si candida a essere rappresentante del rappresentato.

La rappresentanza democratica va ben oltre, tuttavia, il consenso e il dissenso elettorale.

Nella rappresentanza democratico-costituzionale, infatti, si tratta di comprendere se il consenso è associato al verbo *consentire* nel senso di *permettere* o se, invece, non si riferisca piuttosto al *concordare*: si tratta di cogliere la distinzione tra “cedere a una richiesta” e “condividere una proposta”⁴⁰. Questa distinzione pare corroborare quella che Ferrara compie tra consenso attivo e consenso passivo⁴¹.

Scriveva Gramsci a proposito delle democrazie non meramente formali che “il consenso non ha nel momento del voto una fase terminale, tutt'altro. Il consenso è supposto permanentemente attivo (...) chi consente si impegna a fare qualcosa di più del comune cittadino legale, per realizzarli [programmi di lavori], a essere cioè una avanguardia di lavoro attivo e responsabile. L'elemento «volontariato» nell'iniziativa non potrebbe essere stimolato in altro modo per le più larghe moltitudini, e quando queste non siano formate di cittadini amorfi, ma di elementi produttivi qualificati, si può intendere l'importanza che la manifestazione del voto può avere”⁴².

La questione della rappresentanza politica, dunque, come rilevava Esposito, va oltre al “solo potere di votare”⁴³, perché le modalità del voto devono, non solo favorire ma, tutelare l'esercizio continuo della sovranità popolare. Se non si guarda al sistema elettorale anche come

⁴⁰ Per la distinzione tra una “richiesta” e una “proposta” si rinvia G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, Torino, 2000.

⁴¹ G. FERRARA, *Riflessioni su “Egemonia e democrazia” in Gramsci*, in corso di pubblicazione.

⁴² A. GRAMSCI, *Il numero e la qualità nei regimi rappresentativi*, in ID, *Quaderno 13, Notarelle sulla politica del Machiavelli*, § 30, Torino, 1975, p. 193 ss., dove aggiungeva che «i consenzienti potrebbero essere considerati come “funzionari” dello Stato e le elezioni un modo di arruolato volontario di funzionari statali di un certo tipo, che in un certo senso potrebbe ricollegarsi (in piani diversi) al self-government».

⁴³ C. ESPOSITO, *Commento, cit.*, pp. 10-11.

promozione e tutela della partecipazione politica attiva e permanente⁴⁴ si rischia di chiudersi, infatti, in quello che Lorenza Carlassare ha definito l'“orizzonte strettissimo” della legge elettorale⁴⁵ come mera trasformazione dei voti in seggi. La legge elettorale è centrale nella teoria della Costituzione, invece, proprio quando è strumento della forma rappresentativo-costituzionale nel suo complesso.

Riportando al rapporto rappresentativo sia il *prima* che il *dopo* le elezioni si dovrebbe tener conto del fatto che il sistema elettorale non incide soltanto sugli atteggiamenti elettorali, ma conforma significativamente i comportamenti politici dei “cittadini-sovrani”, sia dei governati che dei governanti, individualmente e nelle loro formazioni intermedie, vale a dire dell'insieme della Repubblica. Il sistema elettorale, quale strumento del rapporto rappresentativo nel suo svolgimento completo, dovrebbe dunque favorire, promuovere e tutelare la partecipazione attiva e permanente sia dei rappresentati che di coloro che si candidano a divenire rappresentanti.

Il sistema elettorale così inteso sulla base dei Principi fondamentali dovrebbe soprattutto favorire la formazione di minoranze, organizzate e riconosciute, senza le quali il dissenso non può emergere, senza le quali neanche una vera e propria maggioranza qualificata avrebbe modo di rafforzare il proprio indirizzo politico alla luce di tutte le obiezioni possibili. Si finirebbe per favorire maggioranze prive di dubbi, incapaci di migliorare le proprie politiche alla luce del confronto e del conflitto con visioni contrapposte o comunque altre. Soprattutto si rinnegherebbe il pluralismo e con esso il costituzionalismo democratico.

Questa caratteristica costituzionale della rappresentanza politica dovrebbe, dunque, costituire un limite ulteriore e rafforzativo del principio dell'uguaglianza politica nel momento dell'espressione del voto⁴⁶, che con la sentenza n. 1 del 2014 è finalmente estesa anche

⁴⁴ Di “partecipazione come *integrazione* della rappresentanza” parla M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, 2012, pp. 31 ss.

⁴⁵ L. CARLASSARE, *Principi costituzionali, sistema sociale, sistema politico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3 del 2007, p. 1.

⁴⁶ La Corte costituzionale, nella sentenza n. 429 del 1995, chiarisce che “l'eguaglianza del voto che la persona è chiamata ad esprimere nell'elezione di organi politici riflette l'eguale dignità di tutti i cittadini e rappresenta una particolare applicazione del principio fondamentale di eguaglianza, sancito dall'art. 3 della Costituzione (sentenza n. 96 del 1968). L'eguaglianza del voto concorre inoltre a connotare come compiutamente corrispondente alla sovranità popolare l'investitura di chi è direttamente chiamato dal

all'uguaglianza "in uscita", quindi alla fase della trasformazione dei voti in seggi⁴⁷.

La legge elettorale deve essere valutata, dunque, non soltanto per gli effetti che produce sull'esercizio del diritto di voto "uguale", ma ancor di più sull'effettivo esercizio del diritto di concorrere alla determinazione della politica nazionale (art. 49), sull'effettiva partecipazione alla vita politica del paese (art.3, comma 2), sul concreto sviluppo della personalità (art. 3) nell'ambito delle formazioni intermedie in cui la personalità stessa si svolge (art. 2), sul concorrere incisivo al progresso materiale e spirituale del paese (art. 4), più in generale sul continuo esercizio della sovranità popolare (art. 1). Questi obiettivi, tali principi politici resi normativi dalla Costituzione, richiedono la rappresentanza *del* dissenso e ancor prima la partecipazione *in* dissenso.

6. Il ruolo costituzionale delle minoranze

Non pare, dunque, corretto isolare la legge elettorale dalle forme della partecipazione permanente anche perché, come rileva Azzariti, "è la capacità del sistema della rappresentanza politica di rispondere alle richieste di una democrazia pluralista e conflittuale"⁴⁸ ad essere decisiva. Nel sistema rappresentativo nel suo complesso il "concorre-

corpo elettorale a rivestire cariche pubbliche rappresentative. L'art. 48 della Costituzione, stabilendo che il voto, oltre che personale e segreto, deve essere eguale, assicura la parità di condizione dei cittadini nel momento in cui essi, con l'espressione del voto, danno concreto contenuto alla sovranità popolare (sentenza n. 39 del 1973). Non sono, dunque, ammesse forme di voto multiplo o plurimo, dovendo essere assicurati sempre la pari capacità elettorale e l'eguale valore numerico di ciascun voto". Sul rapporto tra uguaglianza e voto cfr. M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia: la questione delle riforme elettorali in Italia*, Roma, 1991.

⁴⁷ Il *Considerato in diritto* § 3.1. espressamente giudica "l'eccessiva sovra-rappresentazione della lista di maggioranza relativa (...) uno squilibrio sugli effetti del voto, e cioè una diseguale valutazione del "peso" del voto "in uscita"", richiamando la giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco e aderendo alla tesi di G. FERRARA, *Gli atti costituzionali*, cit., p. 23 ss., già espressa in ID, *Democrazia e Stato del capitalismo maturo*, in *Democrazia e diritto*, 1979, p. 515 ss., condivisa da G.U. RESCIGNO, *Democrazia e principio maggioritario*, in *Quaderni costituzionali*, 1994, p. 221 ss.

⁴⁸ G. AZZARITI, *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari: esiste ancora il divieto di mandato imperativo?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3 del 2008, p. 22.

re” dell’art. 49 Cost.⁴⁹ non può ridursi a una competizione ad eliminazione delle ragioni degli altri, ma nella compartecipazione conflittuale intesa come tutto ciò che emerge nello spazio pubblico ad opera del popolo quale comunità plurale che “partecipa” effettivamente all’organizzazione politica secondo l’art. 3 della Costituzione.

Interviene sotto questo profilo il peso che l’ordinamento costituzionale attribuisce al principio di maggioranza ovvero che assicura alle posizioni minoritarie. Non esiste pluralismo possibile senza la pari dignità delle minoranze, non esiste costituzionalismo che non nasca per tutelare le minoranze dalla tentazione di sopraffazione delle maggioranze o, peggio ancora, della minoranza più forte.

Proprio per la sua stretta connessione con i principi fondamentali della Costituzione, un sistema elettorale deve essere giudicato, non solo su quello che Volpi definisce “il rendimento”⁵⁰ al momento del voto e nella prima fase della legislatura, ma alla luce di quanto sia funzionale ad esprimere la stretta connessione in particolare con l’art. 1, comma 2, e l’art. 3, e più complessivamente con tutti i principi fondamentali, con l’art. 48 e l’art. 67, con i successivi articoli della Parte II della Costituzione: oltre il voto, quindi, nel *continuum* della rappresentanza democratico-costituzionale.

Secondo la Corte costituzionale non è legittimo un sistema elettorale che determini la “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, sulla quale si fonda l’intera architettura dell’ordinamento costituzionale vigente” (sent. n. 1 del 2014).

In altri termini, il pluralismo non può arrestarsi proprio di fronte alle istituzioni rappresentative, ma le pervade⁵¹. Luciani parlava, infatti, di pluralismo non solo *prima* ma anche *in* Parlamento⁵².

⁴⁹ Come scrive a proposito dell’art. 49 della Costituzione P. MARSOCCI, *Sulla funzione costituzionale dei partiti e delle altre formazioni politiche*, Napoli, 2012, p. 129, “il significato del verbo “concorrere” rimanda sia al numero plurale dei partiti sia alla diversità di contenuti proposti per la determinazione della “politica nazionale””.

⁵⁰ M. VOLPI, *Riforma elettorale e rappresentanza*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1 del 2012, p. 11.

⁵¹ Secondo l’indicazione di Carlassare, si evince dal plurale dei “gruppi parlamentari” di cui all’art. 72 in proporzione ai quali si formano le commissioni parlamentari e quelle di inchiesta tra i “vari gruppi” e dall’art. 83 che prevede la rappresentanza delle minoranze anche tra i delegati regionali per l’elezione del Presidente della Repubblica.

Come è noto a lungo non si è messa in discussione l'inscindibilità tra democrazia pluralista e proporzionalismo nella composizione delle sedi rappresentative e la storia dell'affermarsi del metodo proporzionale non è affatto separata dal farsi storia del costituzionalismo⁵³. Si tratta di un metodo che, ancor prima di tradursi in criterio aritmetico di trasformazione dei voti in seggi, è orientato alla promozione e tutela delle minoranze quale contropotere del principio di maggioranza durante tutto il rapporto rappresentativo. Si tratta di un metodo, inoltre, che richiede a chi si candida a essere eletto di far parte attivamente delle forze che operano in seno alla Nazione. Il metodo proporzionale, infatti, rende necessario partecipare e concorrere all'organizzazione politica del paese in cui cooperano governanti e governati – entrambi *pro tempore* –, impone la partecipazione non al solo governato armato di buona volontà ma anche all'aspirante governante.

In un contesto costituzionale in cui si è disconosciuta questa stretta correlazione tra rappresentanza democratico-costituzionale e metodo proporzionale come raccordo tra partecipazione politica e composizione delle sedi rappresentative si è determinata una nuova cultura politica che ha finito per depotenziare il collegamento tra governanti e governati, producendo la crisi dei primi ma anche dei secondi.

È pur vero che l'attuale crisi del sistema rappresentativo non è inedita. In proposito sia sufficiente ricordare quanto Tomaso Perassi scriveva già nel 1907: il sistema parlamentare dopo poco più un cinquantennio dalla sua affermazione era già “pervaso da una crisi di decrepi-

⁵² M. LUCIANI, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare*, cit., p. 190.

⁵³ Per una preziosa ricostruzione dell'affermarsi di un metodo proporzionale cfr. C. DE FIORES, *Rappresentanza politica e sistemi elettorali in Italia*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3 del 2007.

Nota è la contrapposizione tra la visione di C. MORTATI (*op. cit.*, p. 38) che “dal principio della sovranità del popolo fa discendere l'esigenza dell'attribuzione a questo della scelta dell'indirizzo politico” e quella di G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, Milano, 1973, p. 31 ss., secondo cui il popolo concorre alla politica nazionale attraverso i partiti politici che poi, nella loro proiezione parlamentare, determineranno l'indirizzo politico. Non può tacersi che le due ricostruzioni sono strettamente connesse alle divergenti opinioni dei due Autori sul sistema elettorale più adeguato al concreto esercizio della sovranità popolare nei suoi termini rappresentativi: la prima a favore del sistema elettorale maggioritario, la seconda di quello proporzionale.

tezza” comune a tutti i paesi⁵⁴ e “il parlamento, screditato dalla coscienza pubblica, diventa un corpo troppo staccato moralmente dalla nazione e quindi più facile a corrompersi ed illanguidire”⁵⁵. Perassi definisce un “gravissimo problema di diritto pubblico” la “terribile ed implicabile malattia”, il “male progressivo”, del parlamentarismo i cui sintomi hanno tra loro una “relazione intima, un’interdipendenza logica”: “i grandi partiti parlamentari, che sono la garanzia principale del funzionamento del meccanismo rappresentativo, vanno scomparendo”; i gruppi parlamentari non sono “specchio fedele più che sia possibile delle forze che operano in seno alla Nazione”⁵⁶; “l’ascendente personale di qualche uomo parlamentare basta” per determinare “chiesuole” di “meschini opportunismi” mentre le forze parlamentari non sono divise “secondo forti ragioni di solidarietà di pensiero politico e di rappresentanza di comuni e collettivi interessi”⁵⁷. In questo contesto, dunque, – continua Perassi – i governi vanno “a caccia di onorevoli” e i deputati “del loro diritto di voto fanno quasi una merce” e “per tutta la durata della legislatura non fanno sentire la loro voce se non per pronunciare il solito monosillabo della fiducia illimitata”⁵⁸. Già allora⁵⁹, infine, si attribuiva ai rappresentanti del Mezzogiorno un ruolo chiave per sostenere qualunque governo pur di essere lasciati liberi nel governo locale⁶⁰. Non ne resta immune neanche “l’estrema sinistra” che – a detta di Perassi – perde “spirito di combattività politica”, oltre che il “senso scrupoloso della moralità”⁶¹, facendo così “mancare quell’opposizione che l’intima costituzione del sistema rende necessaria, come garanzia del funzionamento del meccanismo parlamentare”⁶². Le maggioranze parlamentari, dunque, “perdono ogni

⁵⁴ T. PERASSI, *Le attuali istituzioni e la bancarotta del parlamentarismo*, Pavia, 1907 ripubblicato con il titolo *Il Parlamentarismo e la democrazia*, Roma, 1946, p. 10.

⁵⁵ T. PERASSI, *cit.*, p. 11.

⁵⁶ T. PERASSI, *cit.*, p. 15.

⁵⁷ T. PERASSI, *cit.*, p. 17.

⁵⁸ T. PERASSI, *cit.*, p. 18.

⁵⁹ P. MACRY, *Tra Sud e Nord, I conti da rifare*, in *il Mulino*, 1/2013, pp. 7-8, sostiene che il Mezzogiorno avrebbe garantito con i suoi consensi ai governi via via di turno una certa “stabilità politica all’intero paese in cambio di allocazione di risorse”, concludendo che “gli squilibri territoriali producono equilibri politici, e viceversa”.

⁶⁰ T. PERASSI, *cit.*, p. 19, riassume allora con la frase di Nitti “il governo vende il prefetto e compra il deputato”, p. 20.

⁶¹ T. PERASSI, *cit.*, p. 23.

⁶² T. PERASSI, *cit.*, p. 22.

determinato colore politico»⁶³ con un “programma di opportunismo utilitaristico”, e, come spiegherà Crisafulli “l’accento e l’interesse generale si sono andati spostando (...) sul concetto di *governo*”⁶⁴.

Il ricorso storico di questo degrado del sistema rappresentativo è stato preso in considerazione dal Costituente che respingendo ogni ipotesi di indegnità sociale introduce, però, il concetto di indegnità «morale» proprio a proposito del diritto-dovere di voto (art. 48, 3 comma, Cost.). Non ci si illuse di riuscire a preservare il parlamentarismo e la rappresentanza democratica che ne è la ragione di esistenza da derive di varia natura, ma si tentò di presidiarne la vitalità con apposite garanzie costituzionali.

7. Che tipo di risposta si è data con l’*Italicum*?

In un contesto non molto lontano da quello descritto da Perassi, con l’aggravante che l’attuale Legislatura vede per la prima volta nella storia della nostra Repubblica un Parlamento eletto sulla base di una legge dichiarata incostituzionale⁶⁵, si è ritenuto improrogabile provvedere a trasformare la Repubblica stessa, approvando prima una nuova legge elettorale e poi riscrivendo gran parte della Costituzione.

Per quanto riguarda la legge elettorale, il limite della “ragionevole alterazione” della funzione rappresentativa individuato dalla Corte costituzionale potrebbe anche non presentare caratteristiche tali da *imporre* il ritorno del metodo proporzionale ancorché corretto, sebbene sia innegabile che il *Consultellum* consisteva proprio in un sistema proporzionale.

La sentenza n. 1 del 2014 in ogni caso costituisce un limite importante alla – costituzionalmente accettata – *alterazione* della funzione rappresentativa che non può trasformarsi in *distorsione* della rappresentanza pluralista.

⁶³ T. PERASSI, *cit.*, p. 26.

⁶⁴ V. CRISAFULLI, *Per una teoria dell’indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, anno XIII, serie A. 1939, pp. 53-72, ora riedito in ID, *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015, pp. 5-6.

⁶⁵ Si rinvia a F. SORRENTINO, in *Commento a G. SCACCIA, Riflessi ordinamentali dell’annullamento della legge n. 270 del 2005 e riforma della legge elettorale*, in *Confronti costituzionali*, 30 gennaio 2014, che limpidamente ha scritto che “l’annullamento della legge elettorale priva l’attuale parlamento di qualunque legittimità, giuridica e politica”.

Come è stato ampiamente argomentato da molti commentatori, invece, l'attuale maggioranza di governo ha voluto – e “preteso” apponendo addirittura tre questioni di fiducia sulla legge⁶⁶ – un sistema elettorale⁶⁷ strutturalmente simile all'incostituzionale⁶⁸ *Porcellum*⁶⁹.

È confermato il premio di 340 seggi sui 630 della Camera dei deputati. Si conferma anche la sua natura di premio di minoranza⁷⁰ dal momento che scatterà per la lista che dovesse raggiungere la soglia minima del 40% di voti espressi. La lista che prendesse al primo turno il 40% dei voti espressi, dunque, avrebbe 340 seggi, mentre il restante 60% dell'elettorato avrebbe soltanto 278 rappresentanti, senza contare i confermati 12 eletti della circoscrizione estero.

Per inciso, una soglia posta al disotto del 50% consente in linea di principio che possano raggiungere il 40% dei voti due liste, non una, con conseguenze imprevedute e, comunque, non disciplinate.

L'introduzione della soglia del 40% dei voti espressi – per di più in un contesto di galoppante astensionismo⁷¹ – può ragionevolmente legittimare l'assegnazione *ex lege* del 54% dei seggi della rappresentanza politica? È mera alterazione o vera e propria distorsione della funzione rappresentativa?

⁶⁶ Per le anomalie procedurali dell'*Italicum* cfr. M. VOLPI, *Italicum: un sistema anomalo e antidemocratico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1 del 2015, p. 6. Oltre al drammatico precedente della fiducia posta da Mussolini sulla legge Acerbo del 1923 che attribuiva i due terzi dei seggi alla lista che avesse superato il 25%, accadde analogamente su iniziativa di De Gasperi per l'approvazione della legge “truffa” del 1953 che assegnava il 65% a chi avesse superato la metà dei voti espressi. In base alla lettura congiunta dell'art. 72, 1 e 4 comma, Cost., la materia elettorale, tuttavia, è riservata all'assemblea che vota articolo per articolo e con votazione finale. Non sembra corretto dunque far rientrare la legge elettorale tra quelle per cui, soltanto sulla base del regolamento parlamentare che non la esclude espressamente (art. 116 Reg. Camera), diventa possibile far decadere gli emendamenti, contingente i tempi di discussione e adottare una votazione per blocchi di articoli a voto palese sotto ricatto delle dimissioni del Governo.

⁶⁷ Legge 6 maggio 2015, n. 52. Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati, GU Serie generale n.105 del 8-5-2015.

⁶⁸ Così M. VILLONE, *La legge 52/2015 (Italicum): da pochi voti a molti seggi*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1 del 2015.

⁶⁹ Legge n. 270 del 2005.

⁷⁰ L. CARLASSARE, *Maggioritario*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1 del 2008, richiamando Ruffini rileva che il principio maggioritario, assegnando più seggi alla minoranza più alta, si traduce nel suo “assurdo inverso”, vale a dire nel principio minoritario.

⁷¹ A. RUGGERI, A. RUGGERI, A. RAUTI (a cura di), *Forum sull'Italicum. Nove studiosi a confronto*, Torino, 2015, p. 54, ipotizza l'introduzione della soglia del 51% degli aventi diritto al voto come quorum aggiuntivo al fine dell'attribuzione del premio di maggioranza nella legge elettorale.

Questo interrogativo diventa ancor più calzante qualora il meccanismo premiale della minoranza più forte si dovesse applicare al “ballottaggio” previsto dalla legge n. 52 del 2015. La *smisurata* forbice tra voti ottenuti e seggi attribuiti al primo turno, al secondo turno *non* sarebbe *ex ante* neanche *misurabile*, come appunto nel *Porcellum* dichiarato incostituzionale.

In questo secondo turno, tuttavia, interviene addirittura il divieto di apparentamento tra le liste del primo turno, con la conseguenza di allargare ulteriormente la forbice tra la percentuale dei voti del primo turno e il premio di 340 seggi.

Al di là della prospettabile violazione della uguaglianza politica tra i cittadini-sovrani e distorsione della funzione rappresentativa, quel che appare con nettezza è il risibile ruolo attribuito alle minoranze dalla nuova legge elettorale.

In primo luogo il mantenimento di una soglia sbarramento al 3 %, anche se decisamente meno penalizzante delle multiple e differenziate soglie del *Porcellum*, non è coerente con un sistema ipermaggioritario, perché avrebbe senso costituzionale soltanto in funzione di contenimento di fenomeni di frazionismo nel contesto di un rispecchiamento fedele del pluralismo politico nelle sedi rappresentative⁷², dunque in un sistema proporzionale puro.

Soprattutto, la chiara e ulteriore nuova forzatura per via legislativa del passaggio dal pluripartitismo al bipartitismo perseguita attraverso il divieto di apparentamento nel secondo turno conferma il disvalore attribuito alle minoranze. Coalizzarsi presuppone, infatti, riconoscere una qualche pari dignità politica alle forze minoritarie⁷³ che, invece, devono al massimo essere assorbite dalla lista di maggioranza, o meglio della minoranza più forte.

Infine, se il *Porcellum* (art. 1, comma 5) parlava del “capo della forza politica” o del “capo della coalizione” aggiungendo che questo dovesse essere “unico”, nell’*Italicum* resta la stessa indicazione, limitata al capo unico della singola forza politica (art. 2, comma 8): l’elezione è percepita come gradimento del futuro Presidente del Consiglio e questo non potrà che continuare ad alterare, oltre che la forma

⁷² C. DE FIORES, *La riforma della legge elettorale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1 del 2015, p. 10.

⁷³ Sul tema si rinvia G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, op. cit., e, per gli sviluppi del tema al tempo del sistema maggioritario, a R. CERCHI, *Il governo di coalizione in ambiente maggioritario*, Napoli, 2006.

di governo⁷⁴, quel metodo democratico con il quale i cittadini hanno il diritto di organizzarsi in partiti politici. Si badi, infatti, che il disvalore delle posizioni minoritarie non riguarda soltanto le minoranze parlamentari, ma anche quelle partitiche, quelle interne alle singole liste, richiamando “l’attualità della questione del ‘metodo’ come misura della democrazia interna”⁷⁵. La sorte delle minoranze interne sembrerebbe compromessa peraltro dalla regola dei capolista bloccati e, dunque, *ex lege* eletti, candidabili addirittura in dieci collegi (art. 1, lett. b)) e prescelti dal “capo della forza politica”: saranno le minoranze essenzialmente a dover ottenere le preferenze degli elettori e ad alternarsi per genere.

La minoranza più forte, grazie all’indice di gradimento del suo “capo”⁷⁶, avrà per legge quella maggioranza più che assoluta alla Camera dei deputati che, in caso dovesse entrare in vigore la legge di revisione costituzionale *in itinere*, non solo va oltre la maggioranza necessaria per votare la mozione di fiducia al suo capo e al suo gabinetto e approvare le leggi, ma sarà la maggioranza con cui – ad esempio – modificare la Costituzione, deliberare lo stato di guerra (art. 78) e derogare alle competenze regionali in nome dell’interesse nazionale (artt. 70, comma 4 e 117, comma 4).

In quest’ottica si può sostenere che la legge n. 52 del 2015 quale “apoteosi della ‘democrazia maggioritaria’”, non solo inciderà “sia sul sistema politico quanto sulla forma di governo”⁷⁷, ma – come si evince dallo stesso soprannome che le è stato attribuito dal suo stesso padre, *Italicum* – trasformerà la forma di stato della Repubblica italiana, il modo di essere della Repubblica così come ricostruito *supra*.

Se, tuttavia, si allargasse il parametro di giudizio sulla legge elettorale all’insieme dei principi fondamentali della Costituzione si potrebbe giudicare se e quanto la Repubblica manterrebbe intatti i propri tratti distintivi invalicabili, tra cui il principio pluralista che presuppone la tutela delle minoranze.

⁷⁴ C. DE FIORES, *La riforma della legge elettorale*, cit.

⁷⁵ P. MARSOCCI, *Sulla funzione costituzionale dei partiti*, cit., p. 109 ss.

⁷⁶ Per “l’impossibile identificazione della pluralità delle umane aggregazioni nella singolarità di un individuo singolo” si rinvia a G. FERRARA, *La democrazia come rappresentanza e come partecipazione*, in *Il Filangeri*, 2-4/2005, ora anche in ID, *La crisi della democrazia costituzionale agli inizi del XXI secolo*, Roma 2012, p. 79.

⁷⁷ S. GAMBINO, *Democrazia costituzionale e Italicum*, in *Osservatorioaic.it*, settembre 2015, p. 2.

8. Il principio autonomistico quale espressione del pluralismo: rappresentanza e forma di Stato

La debolezza strutturale della rappresentatività della Camera dei deputati a causa del grave *vulnus* che reca al pluralismo politico non può non ripercuotersi sulla forma della nostra Repubblica. Questo svilimento della rappresentanza per la Camera dei deputati si accompagna all'eliminazione della rappresentanza politica diretta, prima con legge ordinaria (Legge Delrio) a Costituzione invariata⁷⁸ per le Province⁷⁹, ora per il Senato della Repubblica sulla base della legge di revisione costituzionale Renzi-Boschi che elimina il voto diretto da parte degli elettori.

Non deve sottovalutarsi che i senatori, peraltro senza vincolo di mandato imperativo, non rappresenteranno più la Nazione: la seconda camera – a lungo auspicata in un contesto di forte potenziamento delle autonomie regionali – in base alla nuova formulazione dell'art. 55 “rappresenta le istituzioni territoriali” sebbene l'art. 57, comma 1, definisca i senatori “rappresentativi delle istituzioni territoriali”. Il definirli “rappresentativi” e non “rappresentanti” potrebbe alludere alla mancanza di un rapporto di rappresentanza e di responsabilità politica dei senatori con le istituzioni territoriali, delineando una seconda Camera autorappresentativa e autoreferenziale. L'inciso introdotto in ter-

⁷⁸ La Corte costituzionale nella sentenza n. 50 del 2015 ha inserito nei Considerando *in diritto* (vigente? Pare lecita la domanda) che “è in corso l'approvazione di un progetto – da realizzarsi nelle forme di legge costituzionale – che ne prevede la futura soppressione, con la loro conseguente eliminazione dal novero degli enti autonomi riportati nell'art. 114 Cost., come, del resto, chiaramente evincibile dal comma 51 dell'art. 1 delle legge in esame” [legge Delrio] (*Cons. in dir.* 3.4.5.4).

⁷⁹ Con la citata sentenza n. 50 del 2015 la Corte costituzionale ha ritenuto che “la natura costituzionalmente necessaria degli enti previsti dall'art. 114 Cost., come «costitutivi della Repubblica», ed il carattere autonomistico ad essi impresso dall'art. 5 Cost. non implicano (...) l'automatica indispensabilità che gli organi di governo di tutti questi enti siano direttamente eletti”. La Corte, richiamando la sentenza n. 96 del 1968, inoltre, ha affermato “la piena compatibilità di un meccanismo elettivo di secondo grado con il principio democratico e con quello autonomistico, escludendo che il carattere rappresentativo ed elettivo degli organi di governo del territorio venga meno in caso di elezioni di secondo grado”. A parte la non divisibile associazione con l'elezione indiretta per la più alta carica dello Stato che finisce per sovrapporre la rappresentanza dell'unità nazionale con quella politica, deve segnalarsi che la richiamata sentenza del 1968 affermava anche che “il carattere rappresentativo ed elettivo degli organi di governo degli enti territoriali è strumento essenziale dell'autonomia” e che “la elettività di tali organi è principio generale dell'ordinamento”.

za lettura al Senato sulla “conformità alle scelte espresse dagli elettori per i candidati consiglieri” non sembrerebbe risolutivo in sé in termini rappresentativi e sarà necessario comunque aspettare la legge elettorale di cui all’ultimo comma dell’articolo 57.

Anche la nuova e diversa collocazione della Nazione – che è eliminata dall’art. 67 per ricomparire nel nuovo art. 55 attribuendone la rappresentanza soltanto ai singoli deputati – sembrerebbe segnare una netta separazione, se non contrapposizione, tra gli interessi nazionali, che saranno coincidenti con quelli meramente statali, e quelli localizzati.

Solo erroneamente, tuttavia, si poteva finora far coincidere gli interessi nazionali con quelli statali. Nella forma di stato regionale, infatti, le espressioni del pluralismo territoriale, riconducibili a differenti comunità e territori dotati di autonomia politica, sono tutte chiamate a concorrere alla composizione, anche conflittuale certamente, dell’interesse nazionale dell’intera Repubblica. L’interesse nazionale, anzi, dovrebbe essere individuato e perseguito proprio tenendo conto del pluralismo politico espresso anche a livello territoriale dall’intera Repubblica, con tutte le sue articolazioni.

Proprio in nome dell’interesse nazionale, con la clausola di supremazia citata (art. 117, comma 4) si potranno rendere “flessibili”⁸⁰ le garanzie costituzionali del riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni nell’ambito di un procedimento, in ultima analisi, affidato alla maggioranza che sostiene il governo, potere che potrà invocare l’interesse nazionale (art. 70, comma 4). Ovvero, si dovrebbe parlare di interesse governativo?

Deve ricordarsi, tuttavia, che il principio autonomistico indicato espressamente all’art. 5 Cost. è un elemento caratterizzante la dimensione democratica della Repubblica italiana: come diceva Berti, è “espressione di un modo di essere della Repubblica”⁸¹. Con parole ancor più incisive Crisafulli evidenziava che in Assemblea costituente le

⁸⁰ S. MANGIAMELI, *Titolo V – Il Nuovo Art. 117*, Intervento al Seminario *Gli snodi della riforma costituzionale su Senato, Titolo V e assetto degli enti locali*, organizzato dal Consiglio della Regione Lombardia, a Milano il 28 novembre 2014, in *Studi ed interventi Issirfa*, 2015.

⁸¹ G. BERTI, *Art. 5*, in *Principi fondamentali. Art. 1-12 Costituzione*, cit., p. 276.

regioni fossero concepite «come limite al potere (dello stato), e pertanto garanzia di libertà contro ogni avventura autoritaria»⁸².

Perché? Perché l'idea stessa di un'unità nazionale perseguibile mediante uno stato regionale rappresenta una delle garanzie costituzionali del principio pluralista. Si tratta di un principio, quello del pluralismo, che richiede la plurisoggettività, dei poteri dello stato ma anche degli enti, e dunque la divisione e il controllo reciproco tra poteri e enti, pesi e contrappesi: quanto più il potere si suddivide in soggetti e enti con proprie attribuzioni quanto più si creano anticorpi rispetto alla tendenza del potere di riconcentrarsi.

Domandarsi quale accezione del principio autonomistico intenda perseguire la revisione costituzionale in corso, dunque, significa interrogarsi anche su quale visione della rappresentanza politica questa contribuirà a determinare⁸³: quella insita in autonomie politiche dotate di enti esponenziali, rappresentativi e radicati ovvero, come pare lecito ipotizzare, in autonomie funzionali dotate di enti idonei a veicolare le risorse del territorio verso obiettivi di settore?

L'ambigua natura dell'autonomia degli enti territoriali rispecchia peraltro l'anfibia natura del Senato che emerge da questo procedimen-

⁸² V. CRISAFULLI, *Vicende della "questione regionale"*, in *Le Regioni*, 1982/4, p. 497. Aggiungeva l'A. che "il ruolo garantista delle autonomie regionali, e locali in genere, piuttosto che nella potestà normativa più o meno ampia ad esse riconnessa, sta nella circostanza che le rispettive organizzazioni si fondano – al pari di quella centrale dello Stato-persona – sul suffragio dei cittadini, chiamati ad eleggerne le assemblee di base. Sta, in altre parole, nella funzione cui adempiono (o possono adempiere) di strumenti di partecipazione popolare all'esercizio del potere politico".

⁸³ La citata sentenza n. 50 del 2015 sembrerebbe confermare i timori sottesi a questo interrogativo dal momento che, da un lato, considera scontata l'entrata in vigore della revisione costituzionale in itinere, dall'altro, asserisce che "il tentativo delle difese regionali – di ricondurre l'utilizzazione del termine "sovranità" al concetto di sovranità popolare, di cui al secondo comma dell'art. 1 Cost., e di identificare la sovranità popolare con gli istituti di democrazia diretta e con il sistema rappresentativo che si esprime anche nella (diretta) partecipazione popolare nei diversi enti territoriali – è già stato, infatti, ritenuto «non condivisibile» da questa Corte, nella sentenza n. 365 del 2007". Deve rilevarsi in proposito, tuttavia, che nella sentenza del 2007 in discussione era il ricorso al termine "sovranità" (senza aggettivazione) negli statuti regionali nella sua accezione di posizione giuridica nei confronti dell'ordinamento statale, che di norma si indica con il termine autonomia per escludere qualunque tentazione secessionista. Si trattava, dunque, di mettere a tema il rapporto tra l'autonomia e la sovranità "statale". Da questa fattispecie, dunque, non può discendere che le posizioni giuridiche individuali e collettive tutelate in Costituzione – tra cui quelle autonomistiche – non siano riconducibili alla sovranità "popolare", in cui esercizio deve avvenire appunto nelle forme e nei limiti della Costituzione tra i quali proprio quelli indicati all'art. 5 Cost.

to di revisione costituzionale, perché in entrambi i casi e livelli si intravede una prospettiva funzionalista.

Sotto questo profilo deve segnalarsi che, al di là della forte contrazione delle competenze regionali, tra le materie di competenza delle Regioni elencate nel nuovo terzo comma dell'art. 117 sono presenti molti riferimenti alla mera programmazione e organizzazione, promozione e valorizzazione che suggeriscono una nuova visione della natura stessa delle autonomie regionali. Si tratta, infatti, di definizioni prevalentemente riconducibili all'attività amministrativa dei Consigli, non alla loro funzione legislativa in senso materiale. Saremmo di fronte, dunque, a una sorta di definitiva amministrativizzazione delle Regioni, concepite come meri enti funzionali e non più come autonomie politiche.

Analoga deriva sembrerebbe interessare il nuovo Senato. Se ne trova conferma nell'unica funzione attribuita a titolo esclusivo al Senato: la valutazione delle politiche pubbliche e dell'attività delle pubbliche amministrazioni e la verifica dell'attuazione delle leggi si connotano chiaramente per essere attività di carattere tecnico-amministrativo e non certo di controllo e indirizzo della politica nazionale, funzione rimessa a titolo esclusivo alla Camera dei deputati.

Nel contesto di predominanza della minoranza più forte che si determinerà nella Camera dei deputati nell'operare congiunto di *Italicum* e revisione costituzionale, dunque, le regioni e con esse la Camera che le rappresenta, costituiranno un bilanciamento, un contrappeso decisamente meno significativo.

Questo cambierà profondamente il modo d'essere della Repubblica in una direzione che purtroppo pare conforme alle dinamiche acostituzionali delle relazioni di interdipendenza sovranazionale.

9. Ricorsi storici e attuali ragioni strutturali della crisi delle sedi rappresentative: la Costituzione che non piace ai mercati

L'attuale crisi delle sedi rappresentative presenta per certi versi forti analogie con le precedenti crisi, di cui l'opera di Perassi ne è una delle testimonianze per quanto riguarda l'Italia e che trovano confer-

ma sia nell'opera di Kelsen sia in quella di Schmitt⁸⁴. Non si tratta, tuttavia, di una mera riproposizione di una crisi già conosciuta perché quella attuale assume caratteristiche sue proprie che affondano le radici in fenomeni che sembrerebbero sfuggire ai singoli contesti costituzionali nell'ambito di fenomeni di interdipendenza sovranazionale.

Sarebbe gravemente insufficiente, infatti, parlare di rappresentanza politica senza considerare i vincoli extrastatali che restringono giuridicamente e politicamente gli obiettivi perseguibili, determinando una profonda trasformazione, non solo della sovranità statale⁸⁵, ma in particolare della sovranità popolare: lo spettro delle politiche perseguibili ha ridotto i margini di agibilità politica attualmente ancora nella disponibilità delle istituzioni nazionali e, tra queste, di quelle direttamente rappresentative senza compensarle di una partecipazione – che pur sarebbe entusiasmante – alle decisioni politiche di sistema della sovranazionalità.

Se nell'ambito delle relazioni di interdipendenza sovranazionale lo Stato attualmente può al massimo vantare la titolarità di una posizione giuridica di autonomia politica e parlare di una semplice sovranità "limitata" sembra dunque illusorio, la sovranità popolare è in gran parte stata svuotata dalla inafferrabile – perché non vicina, non conosciuta, non pubblica, non formalizzata – responsabilità politica per le decisioni di sistema e per le singole politiche stabilite a livello extra-nazionale. Lo stato attuale dell'istituto della rappresentanza politica è senza dubbio strettamente connesso all'impraticabilità di far valere la responsabilità politica per le decisioni fondamentali che riguardano la convivenza tra i popoli e nell'ordine globale.

La *lex mercatoria* e le sue istituzioni, d'altra parte, spingono per il progressivo indebolimento della dimensione politica degli enti territoriali, sia di quello sovrano (lo stato) che di quelli autonomi, a favore di una concezione funzionalista dei territori intesi come mere proiezioni

⁸⁴ C. SCHMITT, *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*, Torino, 2004, definisce il Parlamento "vuoto apparato che si mantiene in piedi per inerzia". Cfr. la ricostruzione di G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, Bari-Roma, 2005, per "la critica al parlamentarismo" e per "il confronto con Kelsen".

⁸⁵ G. FERRARA, *La sovranità statale tra esercizio congiunto e delega permanente*, in Aa.Vv., *Ripensare lo Stato*. Atti del Convegno di Studi Napoli, 22-23 marzo 2002, S. Labriola (a cura di), Milano, 2003, p. 657 ss.

spaziali di dinamiche socio-economiche, come semplici luoghi della pianificazione economica e territoriale, se non di mera competizione⁸⁶.

La questione rilevante a me pare sia che questa implicita accezione impolitica delle forme della convivenza continua a trovare una forma di resistenza e di “controcondotta”⁸⁷ nelle Costituzioni ancora vigenti. Con lo sviluppo dei fenomeni della globalizzazione risulta sempre più evidente che, per quanto siano depotenziati i limiti posti nelle Costituzioni democratiche – sotto forma garanzia dei diritti e di divisione dei poteri –, la loro forma scritta rappresenta tuttora un ostacolo al pieno dispiegarsi della *lex mercatoria*.

Le Costituzioni della “periferia” europea e tra queste quella italiana – per usare le parole di un’autorevole istituzione della globalizzazione – si caratterizzerebbero, infatti, per “esecutivi deboli; stati centrali deboli rispetto alle regioni; disposizioni costituzionali di tutela dei diritti del lavoro; sistema di costruzione del consenso che favorisce il clientelismo politico; il diritto di protestare se modifiche non benvenute sono fatte allo *status quo*”⁸⁸. Queste caratteristiche sono quelle indicate come necessarie da riformare per superare la crisi economica. Non è condivisa, invece, la preoccupazione per la crisi della rappresentanza politica democratica, per la spoliticizzazione degli spazi pubblici.

La spoliticizzazione degli spazi pubblici, tuttavia, non può non avere profonde ricadute sulla funzione del “rappresentante” contribuendo a quello svilimento del suo ruolo nella società che concorre a spiegare l’attualità della “questione morale”. La dinamica in corso, però, è ancor più pervasiva perché in questo scenario non è soltanto la trasfor-

⁸⁶ Si rinvia al mio *Territori e spazi politici*, in S. Troilo – B. Pezzini (a cura di), *Il valore delle autonomie: territorio, potere, democrazia*. Atti del *Convegno di Bergamo*, 6 – 7 giugno 2014, Collana del Gruppo di Pisa, Napoli, 2015, pp. 3-32.

⁸⁷ Si rinvia al mio *Il nomos infranto: globalizzazione e Costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli, 2007, pp. 115-153.

⁸⁸ J.P. MORGAN, *The Euro area adjustment: about halfway there, Europe economic research*, 28 maggio 2013, p. 12, che collega queste caratteristiche alla “forte influenza socialista, riflettendo la forza politica dei partiti di sinistra dopo la sconfitta del fascismo”.

Sul ruolo dell’agenzia di *rating* si rinvia ai contributi dedicati al tema nel fascicolo n. 2 del 2012 di *Costituzionalismo.it*: C. PINELLI, *L’incontrollato potere delle agenzie di rating*, con particolare riferimento alla valutazione dei debiti sovrani, potere che G. SIRIANNI, *Il rating sovrano*, definisce “un potere opaco, capace di turbare gli equilibri finanziari e monetari e di condizionare l’agenda politica degli stati e delle organizzazioni internazionali” a partire dal quale A. BENEDETTI, *Le agenzie di rating tra crisi dei modelli di mercato e criticità dei processi di regolamentazione*, affronta il tema della legittimazione, affidabilità e responsabilità delle agenzie di *rating*.

mazione di ruolo dei rappresentanti che suggerisce la fine del regime democratico in favore di una “autocrazia elettiva”⁸⁹, quanto le ricadute che questa dinamica provoca sul soggetto rappresentato.

Nello scenario internazionale che si sta delineando, infine, non deve sottovalutarsi che una Repubblica privata di essenziali garanzie costituzionali di limitazione e legittimazione del potere rischia di rinnegare lo spirito internazionalista ispirato alla “pace e alla giustizia” tra le Nazioni.

Il vincitore del ballottaggio previsto dall’*Italicum*, infatti, con il consenso di una minoranza del corpo elettorale avrebbe la fiducia di quella maggioranza assoluta con cui la sola Camera dei deputati potrà deliberare lo stato di guerra. La dichiarazione dello stato di guerra resterà, sì, un potere del Presidente della Repubblica. Quale garanzia di rispetto dell’art. 11 Cost., tuttavia, potrà assicurare un Presidente della Repubblica⁹⁰ eventualmente eletto dai tre quinti *dei votanti*⁹¹, quindi con un numero di parlamentari inferiore a quello della maggioranza assoluta, al di sotto di una maggioranza in qualunque modo qualificata? Calibrarsi sui votanti piuttosto che sui componenti l’organo parlamentare, al di là di ogni calcolo aritmetico, denuncia la legittimazione minoritaria del nuovo Presidente della Repubblica che difficilmente potrà considerarsi *super partes*.

Le ragioni stesse dell’apertura internazionalista della Costituzione potrebbero, dunque, assumere finalità del tutto opposte a quelle contenute nei principi supremi della nostra Repubblica. Cambierà la Repubblica e con essa tutti noi.

⁸⁹ M. BOVERO, *Autocrazia elettiva*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2 del 2015.

⁹⁰ Per la responsabilità del Presidente della Repubblica in tema si rinvia a G. FERRARA, *Ripudio della guerra, rapporti internazionali dell’Italia e responsabilità del Presidente della Repubblica. Appunti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1 del 2003.

⁹¹ Aggiunge G. AZZARITI, *Audizione* del 30 luglio 2015 della Commissione I Affari costituzionali del Senato della Repubblica nell’ambito dell’indagine conoscitiva sulla revisione della Parte II della Costituzione, in *Osservatorio Aic*, n. 2 del 2015, pp. 6-7, che “da un lato, se si dovesse applicare il computo dei voti in base a quanto stabilito dal Regolamento Camera, il Presidente della Repubblica potrebbe essere eletto da un ridotto numero di parlamentari e da un’alta percentuale di astenuti. D’altro lato, anche se si dovesse adottare la diversa modalità di computo dei voti del Regolamento Senato, per eleggere un Presidente di stretta maggioranza o addirittura di minoranza, basterebbe che non partecipassero al voto un numero indeterminato di singoli parlamentari o gruppi politici, i quali, irresponsabilmente, sarebbero gli artefici di una riduzione innaturale del *quorum*”.

Per cambiarla in meglio e non in peggio sarebbe necessario riconsiderare profondamente almeno i tempi che ognuno di noi può dedicare alla propria *vita activa*, quella per intenderci che contribuisce alla creazione di spazi politici, al sistema della rappresentanza democratica permanentemente attiva. Si tratta di questione centrale per le sorti della rappresentanza politica in una democrazia costituzionale – nazionale e sovranazionale – che richiederebbe un serio ripensamento del rapporto tra produzione e riproduzione sociale e di come questo rapporto incida sulla nostra qualità della vita e della convivenza. Sarebbe auspicabile, dunque, la formazione di una cultura diversa, meno mercantile, più costituzionale⁹².

⁹² Si condividono qui le parole con cui M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012, pp. 243-248, ha rilanciato la necessità di una nuova cultura in nome del “benessere delle giraffe”, soprattutto di quelle con il collo più corto.

LE INESAUSTE RAGIONI E GLI STRIDENTI PARADOSSI DELLA GOVERNABILITÀ

di *Elisa Olivito*

SOMMARIO: *1. Corsi e ricorsi storici di un concetto polisemico: 1.1. Indirizzo politico e tendenze attuali della democrazia costituzionale; 2. Governabilità e modifiche dei regolamenti parlamentari; 3. Governabilità, referendum e leggi elettorali; 4. La governabilità nell'organizzazione e nel funzionamento del governo; 5. La governabilità nei progetti di revisione costituzionale e nel disegno di legge costituzionale A.S. 1429/A.C. 2613; 6. Per un diverso paradigma concettuale.*

«Io dico che coloro che danno i tumulti intra i Nobili e la Plebe, mi pare che biasimino quelle cose che furono prima causa del tenere libera Roma; e che considerino più a' romori ed alle grida che di tali tumulti nascevano, che a' buoni effetti che quelli partorivano; e che e' non considerino come e' sono in ogni repubblica due umori diversi, quello del popolo, e quello de' grandi; e come tutte le leggi che si fanno in favore della libertà, nascono dalla disunione loro, come facilmente si può vedere essere seguito in Roma; perché da' Tarquinii ai Gracchi, che furano più di trecento anni, i tumulti di Roma rade volte partorivano esilio e radissime sangue».

MACHIAVELLI, *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, I/4

1. Corsi e ricorsi storici di un concetto polisemico

È opinione ricorrente che il dibattito italiano sulla governabilità abbia (ri)preso quota a partire dalla pubblicazione dell'ormai celebre rapporto alla Commissione Trilaterale di Michel J. Crozier, Samuel P. Huntington e Joji Watanuki¹ e che da lì in avanti tale concetto,

¹ Cfr. M.J. CROZIER, S.P. HUNTINGTON, J. WATANUKI, *La crisi della democrazia. Rapporto sulla governabilità delle democrazie alla Commissione trilaterale* (1975), Milano, Franco Angeli, 1977.

ripetuto come un mantra, abbia fatto breccia non soltanto tra i politologi, ma anche tra i costituzionalisti. Ciò può ritenersi, tuttavia, esatto solo a condizione di riflettere sul peculiare significato che da quel momento in poi il termine ha assunto e sulle ragioni del suo ampio successo.

Pur senza volersi cimentare in una *Begriffsgeschichte*, è da rilevarsi che, quando il rapporto alla Trilaterale fu dato alle stampe, di governabilità in Italia si discuteva da tempo, seppure in termini diversi da quelli che hanno poi avuto la meglio sugli altri possibili significati del vocabolo. Già in Assemblea costituente, con l'ordine del giorno Perassi sulla forma di governo parlamentare, la scelta cadde su un assetto degli organi costituzionali teso ad assicurare all'azione di governo stabilità ed efficacia (non però nel senso di mera durata dell'organo) e a scongiurare così le degenerazioni del parlamentarismo².

A tal proposito, nella seduta della Seconda Sottocommissione del 5 settembre 1946 Costantino Mortati rilevò, contestando la proposta di Piero Calamandrei per una forma di governo presidenziale, che «l'esigenza sentita dalla quasi unanimità dei commissari è quella della stabilità del governo. Ora questa stabilità non può essere intesa in modo puramente formale; non può esser data, cioè, dal semplice fatto del permanere di date persone fisiche per un certo periodo di tempo in una data carica; ma è, invece, realizzata quando, attraverso tale permanenza, riesca a svolgersi e ad attuarsi l'indirizzo politico di cui quelle persone fisiche sono portatrici». Dall'altro lato, Giorgio Amendola, ribattendo al «tentativo di dare alla nostra democrazia condizioni di stabilità con norme legislative», osservò che «una democrazia deve riuscire ad avere una sua stabilità, se vuole governare e realizzare il suo programma; ma non è possibile ricercare questa stabilità in accorgimenti legislativi da inserire nella Costituzione. In realtà, questa instabilità, che è stata caratteristica di regimi democratici nel corso di questo secolo, ha radici nella situazione politica e sociale, non nella costituzione stessa»³.

Due posizioni molto diverse, dunque: l'una preoccupata dei meccanismi istituzionali necessari ad assicurare quella che oggi viene sbrigativamente definita “governabilità”; l'altra invece attenta a

² Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, seduta del 4 settembre 1946.

³ *Ivi*.

valorizzare i fattori politici e sociali che la rendono possibile e, in particolare, la «coscienza politica, affidata all'azione dei partiti politici»⁴.

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, come noto, il dibattito si spostò ben presto sull'idoneità della scelta compiuta dai Costituenti ai fini di un'efficace e stabile azione di governo. In considerazione del concreto funzionamento della forma di governo parlamentare, di quella iniziale opzione si cominciarono pertanto a evidenziare vizi e carenze. Vizi e carenze che, invero, emersero non tanto in conseguenza della scelta per l'idealtipo (che come ogni idealtipo è aperto, entro certi limiti, a molteplici combinazioni e adeguamenti⁵), ma a seguito dei profondi mutamenti registratisi nel grado di legittimazione dei partiti italiani e negli equilibri interni al sistema politico all'epoca della *conventio ad excludendum* e successivamente al suo venir meno⁶.

È in questo diverso contesto che, scavando come un fiume carsico, la retorica della governabilità si è imposta con sempre maggiore forza, secondo un significato e con finalità tuttavia molto distanti dalle riflessioni da cui avevano preso le mosse i Costituenti.

La governabilità oggi tanto sbandierata, nei termini peculiari di cui si dirà, ha invero il suo predecessore storico e logico nella polemica antipartitica, antiparlamentare e antiproporzionalistica sviluppatasi dapprima a cavallo tra Ottocento e Novecento e poi ripropostasi, con diversità di fini e accenti, a partire dalla seconda metà del secolo scorso. Tuttavia, se il già citato rapporto della Trilaterale ha potuto trovare in Italia un terreno – scientifico, prima ancora che politico – così fertile, ciò è dipeso dal fatto che il dibattito degli anni Settanta sulle cause della “ingovernabilità” è stato velocemente e acriticamente convertito, da una parte della dottrina e della classe politica italiane, in un discorso poco problematizzato sulla “governabilità”. Al pari della

⁴ Così ancora G. AMENDOLA, Commissione per la Costituzione, Seconda Sottocommissione, seduta del 5 settembre 1946.

⁵ Il riferimento è naturalmente a M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali* (1922), Torino, Einaudi, 1958, 107 ss.

⁶ Sul punto si rinvia a L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, 657 ss.; sull'ininfluenza dell'effettivo funzionamento del sistema politico-istituzionale ai fini della ricostruzione dogmatica delle forme di governo vedi, tuttavia, M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, Milano, Giuffrè, 2010, 565 ss.

“ingovernabilità”, la “governabilità” si è dunque affermata come un «concetto-ponte», analitico e di lotta, comprensivo «sia [del]la prospettiva esterna dell’analisi scientifica, sia [del]la prospettiva interna degli attori politici»⁷; un concetto che è divenuto così proprio delle teorie neo-conservatrici dell’*impasse* democratica⁸ e che ha segnato il passaggio dalla risalente antitesi tra buongoverno e malgoverno a quella tra governo e non governo⁹.

Il rilievo secondo cui la retorica della governabilità è stata abbracciata fin dal primo momento da posizioni conservatrici¹⁰, in funzione del mantenimento dello *status quo*, non va peraltro dimenticato. Così è tuttora in Italia, nonostante i toni da “nuovismo gattopardesco” di cui quella retorica è oggi ammantata e sebbene esteriormente – e in maniera sempre più aggressiva – l’accusa di conservatorismo costituzionale sia volutamente e malevolmente mossa nei confronti dei critici della governabilità. Un’accusa, peraltro, niente affatto nuova: ai tempi dell’appello per le riforme istituzionali essa fu ad esempio mossa da Craxi ai critici della riforma elettorale, della semplificazione politica e di un governo in salsa decisionista¹¹, trasformandosi successivamente in un’accusa di manicheismo: «Nessuno può essere, in coscienza, tanto manicheo da ritenere che in tal modo si voglia accantonare il garantismo, rinunciando alla legalità in nome di una legittimità ritrovata»¹².

È, dunque, accaduto che, accantonate o semplificate le analisi sull’articolato rapporto tra la crescente complessità sociale e l’ingovernabilità¹³, di esse in Italia ci si è appropriati per convalidare e

⁷ C. OFFE, *Ingovernabilità e mutamento delle democrazie*, Bologna, il Mulino, 1982, 19.

⁸ Cfr. *ivi*, 22 ss.

⁹ Cfr. N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 1999, 159, secondo il quale «[p]aradossalmente, il malgoverno è sempre stato considerato come un eccesso di potere; oggi, si tende a considerarlo come un difetto».

¹⁰ Cfr. G. PASQUINO, *Governabilità*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, Tea, 1990, 455.

¹¹ B. CRAXI, *Ottava legislatura*, in *Avanti!*, 28 settembre 1979.

¹² G. AMATO, *Una Repubblica da riformare: il dibattito sulle istituzioni in Italia dal 1975 a oggi*, Bologna, il Mulino, 1980, 38.

¹³ A questo riguardo, si pensi alle differenti analisi e prospettive di J. HABERMAS, N. LUHMANN, *Teoria della società o tecnologia sociale: che cosa offre la ricerca del sistema sociale?* (1971), Milano, Etas, 1983, rispettivamente 95 ss., 196 ss.; J. HABERMAS, *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo* (1973), Roma-Bari, Laterza, 1976; N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale* (1975), Milano, Il Saggiatore, 1979; J. O’CONNOR, *La crisi fiscale dello Stato* (1973), Torino, Einaudi, 1977; R. ROSE, G. PETERS, *Can Government Go Bankrupt?*,

consolidare le tesi più diverse sulla necessità di rafforzare l'esecutivo e verticalizzare il funzionamento dell'assetto di governo, in primo luogo attraverso l'investitura diretta del Capo dello Stato ovvero del "Capo dell'esecutivo". Tesi che, peraltro, in Italia già si erano fatte strada nella dottrina costituzionalistica e tra gli scienziati della politica a partire dagli anni Sessanta, quando la fine della *conventio ad excludendum* nei confronti del PSI aveva fatto sì che, venuti meno vecchi equilibri, si prefigurassero nuovi scenari politici sotto il segno dell'alternanza (di governo). Occorreva, dunque, attrezzarsi per governare i cambiamenti di là da venire e la governabilità parve subito il cavallo su cui puntare per non farsi trovare impreparati¹⁴.

Tra i due possibili modi di intendere l'ingovernabilità – l'ingovernabilità sociale, ossia l'inadeguatezza delle strutture di governo complessivamente intese (parlamento, esecutivo, partiti) nel dare risposta alle accresciute domande sociali, nel dirigere le attività economiche e nell'incanalare i conflitti sociali; oppure la mera incapacità decisionale, ossia la difficoltà nel formare governi stabili, nonché l'inettitudine nel portare avanti una chiara linea politica e nell'assumere decisioni¹⁵ – si è cominciato, pertanto, a far leva soprattutto sul secondo. In questo modo, se per un verso il discorso è stato fatto convergere tutto sullo Stato-apparato, sulle istituzioni di vertice e, in definitiva, sulle modalità di stabilizzazione della compagine governativa, tuttavia, a causa del progressivo isolamento del Governo dalle dinamiche dei rapporti politici e delle forze sociali, si sono avuti riflessi (indirettamente perseguiti) anche sull'altro versante, quello dello Stato-comunità. L'attenzione ai soli meccanismi istituzionali, l'insistenza sulla (formale) stabilità governativa e le conseguenti torsioni decisionistiche hanno, infatti, avuto effetti importanti in termini di 'governo' della complessità sociale, poiché

New York, Basic Books, 1978, 106 ss.; R. ROSE, *Governo e autorità nelle democrazie occidentali*, in *Rivista italiana di scienza politica*, 2/1978, 213.

¹⁴ Sul versante costituzionalistico si rinvia alla raccolta di scritti di S. GALEOTTI, *Alla ricerca della governabilità*, Milano, Giuffrè, 1983 e alle proposte di riforma poi confluite nei lavori del GRUPPO DI MILANO, *Verso una nuova Costituzione*, I, Milano, Giuffrè, 1983, 387 ss. Vedi, inoltre, S. GALEOTTI, *Intervento: Governo di legislatura e democrazia immediata, nel progetto del Gruppo di Milano*, in *Le riforme istituzionali*, Atti del Convegno di Padova, 25, 26 e 27 marzo 1984, Padua, Cedam, 1985, 89 ss.

¹⁵ Cfr. A. BALDASSARRE, *Ingovernabilità e riforma delle istituzioni*, in *Democrazia e diritto*, 3/1979, 346-7.

hanno spianato la strada sia a forme crescenti di neutralizzazione, di spoliticizzazione dei conflitti e di drastica selezione delle domande sociali in sovraccarico¹⁶, sia a un uso manipolatorio dell'appello al popolo nelle forme della democrazia diretta e immediata¹⁷ e della sostanziale messa in stand-by della mediazione politica¹⁸. Tale processo è stato, peraltro, ammantato della mistificante idea di una scelta diretta (ma plebiscitaria) dell'indirizzo politico da parte dell'elettore¹⁹, al fine di conseguire, sotto le mentite spoglie di una «democrazia governante»²⁰, una democrazia addomesticata²¹.

Può, in sostanza, ritenersi che in Italia attraverso la governabilità si sia voluto rispondere a due tipi di obiettivi: quelli espressi, come la stabilità e la capacità decisionale degli esecutivi, sono in realtà ben lontani dall'essere stati raggiunti; quelli dissimulati, quali la semplificazione della complessità attraverso la riduzione delle domande sociali e una politica di “espulsione” sociale, materiale e simbolica²², sono stati al contrario largamente conseguiti.

Ciò è avvenuto perché, più che interrogarsi (in termini di fattori scatenanti, ma anche di potenzialità) sulla complessità sociale, sulla crisi dello Stato nel capitalismo maturo e su come rispondere alla

¹⁶ Sul rapporto tra neutralizzazione e spoliticizzazione, a partire dalle note tesi di Carl Schmitt (*Le categorie del 'politico'*, Bologna, il Mulino, 1972, 167 ss.) e sui rischi insiti nell'abuso dei concetti schmittiani in un *habitat* post-schmittiano vedi da ultimo G. PRETEROSSO, *Ciò che resta della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2015, 70 ss.

¹⁷ Secondo la nota ricostruzione di M. DUVERGER, *La sesta repubblica e il regime presidenziale* (1961), Edizioni di Comunità, Milano, 1962, 38 s.; ID., *La République des citoyens*, Paris, Editions Ramsay, 1982, 94. Per una critica all'ideologia dell'immediatezza vedi M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Roma, Editori Riuniti, 1991, 73 ss.

¹⁸ Al riguardo vedi criticamente C. DE FIORES, *Corte, legislatore e indirizzo politico*, in V. TONDI DELLA MURA, G. CARDUCCI, R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Torino, Giappichelli, 2005, 191; L. CARLASSARE, *Maggioritario*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 1/2008, 3-4. Sui rischi plebiscitari di una “democrazia senza partiti”, in termini di garanzie e contrappesi costituzionali vedi le considerazioni di P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, Giappichelli, 2011, 19 ss.

¹⁹ Cfr. P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Napoli, Liguori, 1988, 160-61, 199.

²⁰ Secondo quanto auspicava G. AMATO, *Soggetti e strumenti della democrazia governante*, in *Mondoperaio*, 2/1991, 58 ss.

²¹ Cfr. G. FERRARA, *Democrazia e Stato del capitalismo maturo. Sistemi elettorali e di governo*, in *Democrazia e diritto*, 4-5/1979, 540.

²² Sulla logica delle espulsioni nelle dinamiche dell'economia e della finanza globali vedi in senso più ampio S. SASSEN, *Espulsioni. Brutalità e complessità nell'economia globale* (2014), Bologna, il Mulino, 2015.

moltiplicazione di domande che ne è scaturita, ci si è concentrati su un solo profilo, assorbente rispetto a tutti gli altri: il rafforzamento delle istituzioni di governo e degli apparati amministrativi in quanto “esecutivi”. La governabilità *à la italienne* si è affermata, invero, nei termini di un paradigma concettuale associato al solo potere esecutivo – e non, in maniera più ampia e problematica, all’insieme dei poteri pubblici e del *Government*²³ – divenendo il “braccio (concettualmente) armato” delle proposte di presidenzializzazione e di verticalizzazione della forma di governo²⁴. Ne è giocoforza scaturito l’assorbimento di tale concetto nel dibattito sulle riforme istituzionali²⁵, che ha finito in questo modo per scontare il famoso (e ancora insoluto) paradosso della riforma costituzionale: «tanto più la riforma è necessaria, in quanto manca la capacità di decidere, tanto più essa è difficile»²⁶.

Sulle comprensibili implicazioni decisionali del “governare”, nella misura in cui esso richiede la capacità di prendere decisioni per «il mantenimento dell’unità e dell’identità della comunità di riferimento»²⁷, hanno in definitiva preso il sopravvento le sue varianti decisionistiche, che sono però un’altra cosa. Tali torsioni hanno spinto, infatti, a inquadrare le problematiche che ruotano attorno alle odierne difficoltà del “governare” in un’ottica di demonizzazione e di ingabbiamento della complessità sociale e, quindi, di gerarchizzazione, uniformità, chiusura e separazione²⁸, con il risultato di determinare una forte contrazione sul versante della rappresentanza e della partecipazione.

Si è, pertanto, andato rafforzando un fuorviante connubio tra logiche decisionistiche ed esaltazione della c.d. “democrazia immediata”, nell’ambito del quale la retorica del “primato della politica” è sempre di più servita a dissimulare una situazione in cui «la

²³ E. CHELI, *Funzione di governo, indirizzo politico, sovranità popolare*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 1984, 335.

²⁴ Sul punto, nel senso della presidenzializzazione, vedi la risalente proposta di G. AMATO, *Un Capo dello Stato eletto dal popolo*, in *la Repubblica*, 14 aprile 1979.

²⁵ Cfr. S. TROILO, *Alla continua ricerca della governabilità: la proposta di revisione della forma di governo elaborata dal “Comitato Speroni”*, in AA. VV., *Scritti in onore di Sergio Galeotti*, II, Milano, Giuffrè, 1998, 1468.

²⁶ G. ZAGREBELSKY, *I paradossi della riforma costituzionale*, in *Politica del diritto*, 1/1986, 175.

²⁷ P. CIARLO, *Mitologie dell’indirizzo politico*, cit., 112.

²⁸ Cfr. P. CIARLO, *Mitologie dell’indirizzo politico*, cit., 109 ss.

politica in realtà decide poco o nulla di ciò che veramente è rilevante, e se le si chiede un incremento di efficienza, tale efficienza finisce col risultare funzionale alla sollecita realizzazione di obiettivi e disegni di riforma definiti in altre sedi. L'impressione è, in realtà, proprio che ci sia una stretta connessione tra il trasferimento delle decisioni chiave ad istanze non responsabili (nella forma del dominio del mercato, o nella forma attenuata e neutralizzata del dominio della "tecnica") e la trasformazione – *rectius* la semplificazione, la banalizzazione – della democrazia parlamentare nella sua versione "maggioritaria" e ultra-competitiva»²⁹. La mitologia della governabilità risponde, infatti, nel complesso all'idea di un buongoverno *ex parte principis* e non *ex parte populi*, poiché, propugnando un elevato grado di separazione e di auto-legittimazione dell'apparato politico-istituzionale, mette in discussione la stessa teoria democratica e il suo posto nello Stato costituzionale. Al primato della Costituzione vengono così contrapposte, secondo necessità e nei termini di un logorante «processo decostituente», l'onnipotenza della politica ovvero la preminenza della tecnica³⁰, in virtù di schemi organizzativi e di dispositivi di funzionamento tesi a veicolare la presunta neutralità e apoliticità delle decisioni tecniche e, specularmente, a dissimulare le valutazioni e le scelte politiche nascoste dietro la facciata della tecnica³¹.

La governabilità italiana può, in buona sostanza, vedersi come un'epitome del funzionalismo sistemico luhmanniano³², in quanto dispositivo concettuale che mira a far coincidere legalità formale e legittimazione politica³³ attraverso la riconduzione della costituzione formale a una malintesa idea di costituzione materiale³⁴. Le riforme

²⁹ M. CUNIBERTI, *L'organizzazione del governo tra tecnica e politica*, Relazione al Seminario annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa "Il Governo tra tecnica e politica", Como 20 novembre, 2015, in www.gruppodipisa.it, 2015, 99.

³⁰ Sul nesso tra impotenza della politica rispetto ai mercati e aumento della sua potenza nei confronti della società, in un processo decostituente di «liberazione della politica da limiti e da vincoli legali e costituzionali» vedi L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2013, 158.

³¹ Così M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994, 10 ss., 52.

³² Il riferimento è, in particolare, a N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, cit., nonché ID., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, Giuffrè, 1995, 145 ss.

³³ Così D. ZOLO, *Complessità, potere, democrazia*, in N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, cit., XXV, XXVIII.

³⁴ Sulle distorsioni della concezione mortatiana di costituzione in senso materiale vedi, tra gli altri, G. ZAGREBELSKY, *Premessa*, in C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*

istituzionali, perseguite e in parte approvate su più fronti per andare incontro alle esigenze della governabilità, sul piano costituzionale puntano invero alla sostituzione della legittimità costituzionale su cui si fonda il regime politico nato nel 1948 con una nuova e diversa legittimità, che sia tale da offrire le basi formali per un diverso regime (nel senso di “modo di reggere una società”) e per nuove allocazioni di potere schiacciate sulla normatività del fattuale e dei sottostanti rapporti di forza³⁵.

1.1. Indirizzo politico e tendenze attuali della democrazia costituzionale

Quando si riflette sulla (in)governabilità, sulle ragioni per cui essa paralizza le democrazie contemporanee e sugli auspicabili rimedi per farvi fronte, il discorso necessariamente ricade sul significato di “indirizzo politico” che tale concetto sembra presupporre. Difatti, nella campagna che da più di vent’anni spinge verso un deciso rafforzamento strutturale e funzionale dell’Esecutivo³⁶ – al punto che oggi, almeno sul piano interno (e salvo quanto si dirà oltre sull’Unione europea), la centralità è di fatto del Governo e non del Parlamento – molto si insiste sulla necessità di un adeguamento nelle strutture e nel funzionamento del complessivo impianto istituzionale, per mettere il Governo nelle condizioni di perseguire un indirizzo politico coerente, unitario e stabile.

Ma così come, quando venne formulato agli inizi del secolo scorso, il concetto di indirizzo politico esprimeva un «rapporto con il più generale processo di mutamento della concezione dello stato [...]»³⁷, ancora oggi esso segnala, seppure in termini diversi³⁸ e nel suo

(1940), Milano, Giuffrè, 1998, XXXII ss.; M. DOGLIANI, *Costituzione materiale e indirizzo politico*, in A. CASTELANI, S. LABRIOLA (a cura di), *La Costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un’idea*, Milano, Giuffrè, 2001, spec. 181 e 188.

³⁵ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Moscacieca*, Roma-Bari, Laterza, 2015, 105 ss.

³⁶ Sulla distinzione tra rafforzamento strutturale e funzionale del Governo vedi A. PISANESCHI, *Brevi considerazioni su efficienza del governo e riforme costituzionali*, in *Rivista AIC*, fascicolo 4/2015, 1 ss.

³⁷ M. DOGLIANI, *Indirizzo politico: riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1985, 44.

³⁸ Sull’attuale capacità euristica del concetto di indirizzo politico vedi M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VIII, Torino, Utet, 1993, 255 ss.

apparentamento con la governabilità, profondi spostamenti nella configurazione dello Stato costituzionale, nei suoi equilibri e nelle sue garanzie.

Si è detto, da parte di alcuni, che la retorica della governabilità esprime una generale tendenza a sovrapporre “esecutivo” e “governo”: se il secondo termine deve, invero, intendersi come l’esecutivo più l’indirizzo politico, essendo quest’ultimo l’insieme delle decisioni (corali e dal basso) circa i caratteri della società in cui si vuole vivere, caratteristica del tempo esecutivo che stiamo vivendo sarebbe invece l’assenza di indirizzo politico e, insieme ad esso, della funzione di governo³⁹. In verità, a me sembra che la retorica della governabilità sia oggi espressione non della scomparsa dell’indirizzo politico, ma semmai di un indirizzo politico latente ed eteronomo, nel senso di cui ora dirò.

Dietro quella retorica vi è, infatti, un’idea peculiare, che oscilla tra una novella (ed estrema) concezione esistenziale dell’indirizzo politico⁴⁰ e la sua concezione normativa informale⁴¹. Nel primo senso, l’idea di indirizzo politico veicolata dalla governabilità esprime una nozione giuridicamente irrilevante, perché espressione del “potere politico”, di cui anche tale versione non si porrebbe il problema della definizione, ma per ragioni opposte a quelle sottese all’originaria formulazione della concezione “esistenziale”⁴². Pertanto, poiché l’indirizzo politico così inteso non trova alcuna misura giuridico-costituzionale, per tutta conseguenza esso non è funzionalizzabile a fini superiori né formalizzabile dal diritto⁴³ (e tantomeno dal diritto

³⁹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Moscacieca*, cit., 15 s.

⁴⁰ Per la concezione esistenziale o non normativa di indirizzo politico si rinvia, in particolare, a C. LAVAGNA, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici fra Capo del Governo e Ministri*, Roma, Edizioni Universitarie, 1942; G. GUARINO, *II Presidente della Repubblica italiana (Note preliminari)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951, 932 ss.

⁴¹ Per la concezione normativa di indirizzo politico vedi, da posizioni diverse, C. MORTATI, *L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), Milano, Giuffrè, 2000; V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell’indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, 1-2/1939, 53 ss.

⁴² In riferimento al rapporto tra la concezione esistenziale dell’indirizzo politico e la nozione di potere politico vedi M. DOGLIANI, *Indirizzo politico: riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit., 47 ss.

⁴³ Sulle diverse implicazioni che l’ineffabilità dell’attività di indirizzo politico dal punto di vista del diritto ha nella concezione esistenziale cfr. M. DOGLIANI, *Costituzione materiale e indirizzo politico*, cit., 184 s.

costituzionale, con le sue garanzie e i suoi pesi e contrappesi)⁴⁴. Nel secondo senso, quell'idea incarna invece una concezione normativa informale dell'indirizzo politico⁴⁵, inteso come funzione autonoma e distante dalle funzioni tradizionali dello Stato e del tutto sganciata e assorbente rispetto alla politica nazionale e alle sue dinamiche⁴⁶. Alternative complesse, dunque, che rimandano a questioni altrettanto complesse, cui in questa sede si può solo accennare.

Se, dunque, pur in regime di Costituzione rigida e nel problematico aggancio della nozione di indirizzo politico al tema della Costituzione materiale, permane la questione della variabilità nel tempo e nello spazio della titolarità (formale ed effettuale) dell'indirizzo politico⁴⁷, oggi il problema è proprio quello di capire chi predetermini (e in che grado) i fini dell'azione di governo e cosa succede qualora essi risultino in contrasto con la Costituzione (formale). A tale esigenza si affianca peraltro quella, altrettanto imprescindibile, di individuare le garanzie costituzionali e i contropoteri in grado di fungere da contraltare al potere altrimenti unilaterale delle istituzioni governanti e della maggioranza governativa⁴⁸.

Sotto il profilo della titolarità e dell'esercizio, l'indirizzo politico che, ai fini della governabilità, viene unitariamente ricondotto al governo deve fare in primo luogo i conti – sul piano dottrinale e su quello politico – con una giurisdizione comune sempre più attiva di fronte all'inerzia del *continuum* parlamento/governo⁴⁹ e con una

⁴⁴ Quanto al rilievo per cui la libertà nel fine implicata dalla funzione di indirizzo politico non esclude, però, che essa sia limitata dalla Costituzione cfr. E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961, 111, per il quale «il problema non è tanto di stabilire la normatività o l'esistenzialità dell'indirizzo politico, quanto la giuridicità o la non giuridicità della funzione d'indirizzo» (*ivi*, 168).

⁴⁵ Cfr. sulla concezione informale di indirizzo politico P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico*, cit., 97 ss., 159 n2; M. DOGLIANI, *Costituzione materiale e indirizzo politico*, cit., 187.

⁴⁶ Sulla necessità di distinguere tra politica nazionale, programma di partito e indirizzo politico, dovendo la prima ritenersi momento pre-condizionante l'indirizzo politico, vedi G. FERRARA, *Il governo di coalizione*, Milano, Giuffrè, 1973, 31 ss.; P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano, Giuffrè, 1982, 101 ss.; M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, cit., 554 s.

⁴⁷ Come rilevato da T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, 137 ss. e *passim*.

⁴⁸ Così P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico*, cit., 69 ss.

⁴⁹ Sul punto, nella ormai vastissima letteratura, si veda tra gli altri M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione: una vicenda italiana (e non solo)*, in AA. VV., *Costituzione, economia, globalizzazione: liber amicorum in onore di Carlo Amirante*, Napoli,

giurisdizione costituzionale che, soprattutto nella gestione della crisi economico-finanziaria, si è ritagliata un ruolo non di poco momento nella definizione dell'indirizzo politico finanziario e nell'allocatione dei poteri fiscali tra i vari livelli di governo⁵⁰. È troppo semplicistico, quindi, sostenere che le riforme istituzionali devono tener conto (se non meramente prendere atto) dello spostamento del baricentro dal Parlamento al Governo, perché dell'estromissione del parlamento (e in verità dello stesso Governo) dalla definizione e dall'attuazione dell'indirizzo politico si sono avvantaggiati – e lo sottolineo problematicamente come punto su cui riflettere – anche i giudici (costituzionali e comuni).

Ma la questione dell'inconsistenza (o meglio della latenza⁵¹) dell'indirizzo politico veicolato dalla governabilità si pone anche su un altro piano, ancor più problematico, nell'ambito del quale va in scena un secondo paradosso: l'irretimento della governabilità nelle

Esi, 2013, 749 ss.; S. NICCOLAI, *La globalizzazione come ampliamento del ruolo della giurisdizione: un falso mito?*, in AA. VV., *Costituzionalismo e globalizzazione*, Atti del XXVII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2014, 103 ss.; M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Milano, Giuffrè, 2012. Sul crescente ruolo delle giurisdizioni sovranazionali vedi criticamente G. AZZARITI, *Verso un governo di giudici? Il ruolo dei giudici comunitari nella costruzione dell'Europa politica*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1/2009, 3 ss.

⁵⁰ Cfr. C. DE FIORES, *Corte, legislatore e indirizzo politico*, cit.; G. RIVOCCHI, *L'indirizzo politico finanziario tra costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, Cedam, 2007, 50. Sui rapporti tra indirizzo politico e funzione giurisdizionale vedi le diverse posizioni di G. MARANINI, *Funzione giurisdizionale e indirizzo politico nella Costituzione*, in *Rassegna parlamentare*, 1965, 536 ss. e di T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., 158 ss. Sul ruolo della Corte costituzionale nella determinazione dell'indirizzo politico (c.d. costituzionale) vedi, diversamente da Martines, P. BARILE, *La Corte costituzionale come organo sovrano*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/1957, 911 ss.; G. BOGNETTI, *La Corte costituzionale italiana e la sua partecipazione alla funzione di indirizzo politico dello Stato nel presente momento storico*, in *Jus*, 1967, 118 ss.; nonché S. D'ALBERGO, *Corte costituzionale e indirizzo politico*, in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Firenze, Vallecchi, 1966, 124 ss.; G. MARANINI, *La posizione della Corte e dell'autorità giudiziaria in confronto all'indirizzo politico di regime (o costituzionale) e all'indirizzo politico di maggioranza*, ivi, 132 ss.

⁵¹ A tal proposito, Gianni Ferrara ha significativamente parlato di un'apolidia dell'indirizzo politico nazionale, volendone evidenziare il sostanziale passaggio nelle mani di istituzioni sovranazionali e organismi internazionali: G. FERRARA, *L'indirizzo politico dalla nazionalità all'apolidia*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, Cedam, 2004, 114 ss.

maglie del decisionismo deve fare i conti con una drastica riduzione degli spazi per “governare”, in conseguenza della pervasività e della incisività dei vincoli internazionali e sovranazionali⁵². Quale governabilità può, infatti, essere perseguita in un contesto in cui lo spazio (politico e giuridico) per indirizzi politici nazionali e per processi decisionali costituzionalmente fondati si restringono e in cui l’esecutivo diviene mera esecuzione e garanzia tecnica di decisioni prese altrove?

Basti solo pensare allo spostamento di uno dei fulcri dell’indirizzo politico, quello economico-finanziario, al di fuori dei confini statali e, quindi, del rapporto Governo-Parlamento⁵³: parametri di Maastricht, Patto di stabilità e di crescita, *Fiscal Compact* e Meccanismo europeo di stabilità hanno negli anni determinato un progressivo ingessamento (sostanziale e procedurale) dell’indirizzo politico finanziario⁵⁴, che immancabilmente è ridonato in un più ampio ridimensionamento degli spazi di determinazione e svolgimento dell’indirizzo politico *tout court*⁵⁵. In tal senso, la richiesta di attuare le più varie riforme strutturali e istituzionali, contenuta nella famosa lettera della Banca centrale europea al “Primo Ministro”⁵⁶ (in piena rispondenza alle

⁵² Sul punto G. FERRARA, *Indirizzo politico e forze politiche nel “contributo” di Martines*, in M. AINIS, A. RUGGERI, G. SILVESTRI, L. VENTURA (a cura di), *Indirizzo politico e Costituzione: a quarant’anni dal contributo di Temistocle Martines*, Milano, Giuffrè, 1998, 63.

⁵³ Cfr. C. DE FIORES, *Corte, legislatore e indirizzo politico*, cit. 187 ss.; G. RIVOSECCHI, *L’indirizzo politico finanziario*, cit., 134 s.

⁵⁴ Sul punto vedi, tra gli altri, G. FERRARA, *L’indirizzo politico dalla nazionalità all’apolidia*, cit., 12; G. RIVOSECCHI, *L’indirizzo politico finanziario*, cit., 47; F. BILANCIA, *Spending review e pareggio di bilancio. Cosa rimane dell’autonomia locale?*, in *Diritto pubblico*, 1/2014, 49 ss.; M. BENVENUTI, *Le misure anticrisi adottate dall’Unione Europea: uno sguardo d’insieme (tra continuità delle scelte istituzionali, integrazione negativa e decostituzionalizzazione del diritto sovranazionale)*, in F. BALAGUER CALLEJÓN, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, E. GUILLÉN LÓPEZ, J.F. SÁNCHEZ BARRILAO (a cura di), *The Impact of the Economic Crisis on the EU Institutions and Member States*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, 61 ss.

⁵⁵ Cfr. G. GUARINO, *Verso l’Europa: ovvero la fine della politica*, Milano, Mondadori, 1997, 122 ss.; I. CIOLLI, *Crisi economica e vincoli di bilancio*, in *www.gruppodipisa.it*, 2012, 13.

⁵⁶ Sui molti profili di irritualità della lettera della BCE del 5 agosto 2011 vedi M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in AA. VV., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2013, 708; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 82 s. Sia, inoltre, consentito il rinvio a E. OLIVITO, *Crisi economico-finanziaria ed equilibri*

verticalizzazioni imposte dalla governabilità), di tali mutamenti è stata un chiaro sintomo, avendo confermato che nell'attuale processo di "estraniamiento" dell'indirizzo politico, «[l']interlocutore privilegiato, capace di dare risposte rapide e tecniche, non può che essere il Governo, chiamato a contribuire al raggiungimento degli obiettivi sia con la normazione nazionale sia attraverso la partecipazione alle decisioni delle istituzioni europee»⁵⁷.

Peraltro, poiché la governabilità che si vorrebbe garantita mediante adeguati accorgimenti istituzionali (*id est*, il rafforzamento del Governo) sembra essere piuttosto lo strumento per dare esecuzione e forma, sul piano interno, a indirizzi decisi a livello sovranazionale, ciò che per tutta conseguenza viene fatalmente meno è proprio il piano – centrale invece per il diritto costituzionale – della responsabilità per la funzione di indirizzo politico⁵⁸. In questo modo, la nemesi dei mercati nei confronti del tentativo delle costituzioni novecentesche di "catturare" l'economico⁵⁹ si tramuta nell'inverso tentativo dell'economico di catturare il politico, riducendolo a una mera – si fa per dire – e deresponsabilizzata esecuzione.

Ciò che resta è, pertanto, un indirizzo politico ormai degradato «da attività politico-normativa *orientata* ad attività recettizio-normativa *vincolata*»⁶⁰. Essendo, infatti, sempre più condizionato da un indirizzo politico europeo prefissato nei Trattati, quello nazionale finisce per essere mera traduzione delle politiche imposte dalle istituzioni della globalizzazione⁶¹. All'orizzonte si profila, dunque, un *flatus vocis* di

costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della Bce al governo italiano, in *Rivista AIC*, fascicolo 1/2014, 1 ss.

⁵⁷ M. RUOTOLO, *Crisi della legalità e forma di governo*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003, 168.

⁵⁸ Sul punto vedi, in senso più ampio, C. PINELLI, *Cittadini, responsabilità politica, mercati globali*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1997, 82 ss. Sulla tendenza alla contrazione della sfera di responsabilità (politica e giuridica) dei soggetti investiti di potere vedi L. CARLASSARE, *Responsabilità giuridica e funzioni politico-costituzionali*, in EAD. (a cura di), *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, Padova, Cedam, 2003, 1 ss.

⁵⁹ In questi termini vedi M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1/1996, 160 ss.; G. FERRARA, *I diritti politici nell'ordinamento europeo*, in AA. VV., *La Costituzione europea. Atti del XIV Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999, Annuario 1999, Padova, Cedam, 2000, 487 ss.

⁶⁰ C. DE FIORES, *Corte, legislatore e indirizzo politico*, cit., 188 (corsivi dell'A.).

⁶¹ Così G. FERRARA, *L'indirizzo politico dalla nazionalità all'apolidia*, cit., 117 ss.

indirizzo politico, sia sul piano della sua definizione a livello europeo sia su quello dell'attuazione a livello statale; un indirizzo politico sostanzialmente privo di soggetti che se ne facciano portatori (e che, quindi, ne rispondano) e sottratto in vario modo alle procedure deliberative e alle forme di contestazione democratica.

2. Governabilità e modifiche dei regolamenti parlamentari

Si diceva, dunque, che la retorica italiana sulla governabilità ha ben presto intrecciato quella sulle riforme istituzionali. Gli esiti di tali riforme, portate avanti negli ultimi trent'anni sui diversi piani dei regolamenti parlamentari, della legislazione elettorale e della Costituzione, sono oggi visibili in termini di rappresentanza e di partecipazione politica, di produzione normativa e di funzionamento e di organizzazione del Governo, con una complessiva incisione sulla qualità e sui caratteri dello Stato democratico-costituzionale.

A questo riguardo, basti rilevare che, sin da quando è svanito il progetto craxiano della “Grande Riforma”⁶² e le energie riformatrici sono state dirottate verso interventi settoriali (ma di grande impatto nel lungo periodo), si è cominciato a privilegiare la logica del “doppio binario”, «in un processo in cui le riforme legislative a Costituzione invariata, attuate mediante leggi ordinarie o modificazioni dei regolamenti parlamentari, paiono spesso, in qualche modo, “orientare” le prospettive di revisione costituzionale, la quale, a sua volta, funge da cornice e indirizzo per il miglioramento della qualità e dell'efficacia delle riforme legislative»⁶³. Attraverso una sorta di ingegneria costituzionale performativa perché al rovescio, le riforme a Costituzione invariata sono, dunque, servite a preparare il terreno a revisioni costituzionali più organiche, perché ritenute a quel punto necessarie per l'adeguamento del testo costituzionale a una distorta idea di Costituzione materiale.

La spola delle riforme da un terreno all'altro non si interromperà, del resto, neppure con l'approvazione – se mai vi sarà – del progetto

⁶² Cfr. B. CRAXI, *Ottava legislatura*, cit., su cui si veda G. ACQUAVIVA, L. COVATTA (a cura di), *La «grande riforma» di Craxi*, Venezia, Marsilio, 2010.

⁶³ G. RIVOCSECCI, *L'indirizzo politico finanziario*, cit., 44-45, n140.

di revisione costituzionale attualmente in corso di approvazione⁶⁴, poiché una volta raggiunto questo obiettivo, si porrà l'esigenza di ritornare sui regolamenti parlamentari, sulle leggi elettorali e presumibilmente sull'organizzazione del Governo.

Nella parabola dell'efficientismo governativo sono caduti, innanzitutto, i regolamenti parlamentari, in quanto atti normativi primigeni dell'indirizzo politico⁶⁵. Le novelle dei regolamenti parlamentari degli anni Ottanta e Novanta si sono, infatti, mosse per prime nella direzione di un rafforzamento dello statuto del Governo in Parlamento, realizzato sui vari fronti dell'organizzazione dei lavori e dei tempi parlamentari e, più in generale, su quello degli spazi (e delle garanzie) del Governo all'interno del procedimento legislativo. Peraltro, fin dove non si sono spinte le novelle regolamentari sono, invece, arrivati il diritto non scritto, le prassi e la "giurisprudenza" dei Presidenti di Assemblea⁶⁶. Ed è anche attraverso questi canali, regolamentari e "consuetudinari", che si è determinato un progressivo sbilanciamento della produzione normativa verso l'Esecutivo e il ruolo del Parlamento è trascolorato – nel migliore dei casi – in quello di timido organo di indirizzo. Il processo si è spinto sino al punto che vittima ne è stata non soltanto l'opposizione, ma la stessa maggioranza parlamentare, rimasta schiacciata sotto il peso del tandem maxi-emendamenti/questione di fiducia⁶⁷.

Le riforme regolamentari sono state, infatti, caldegiate anche sulla scorta di una lettura assemblearista dei regolamenti del 1971⁶⁸, ritenuti

⁶⁴ Cfr. disegno di legge costituzionale A.S. 1429/A.C. 2613, su cui vedi *infra*, § 5.

⁶⁵ Così G. FERRARA, *Regolamenti parlamentari e indirizzo politico*, in AA. VV., *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesaurò nel quarantesimo anno dell'insegnamento*, I, Milano, Giuffrè, 1968, 346 ss.

⁶⁶ Sul punto, criticamente, cfr. F. BILANCIA, *L'imparzialità perduta (a proposito dei Presidenti di Assemblea parlamentare)*, in AA. VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, I, Torino, Giappichelli, 2005, 330 ss.; G. RIVOCCHI, *Governo, maggioranza e opposizione a quarant'anni dai regolamenti parlamentari del 1971: dai (presunti) riflessi della stagione consociativa al (presumibile) declino del parlamento*, in *Rivista Aic*, 2/2012, 10; M. MANETTI, *I limiti della politica nel diritto parlamentare*, in N. LUPO (a cura di), *Il precedente parlamentare tra diritto e politica*, Bologna, il Mulino, 2013, 311 ss.

⁶⁷ Cfr. G. AZZARITI, *Appunti per le lezioni. Parlamento, Presidenza della Repubblica, Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2015, 78 ss.; C. FERRAJOLI, *L'abuso della questione di fiducia. Una proposta di razionalizzazione*, in *Diritto pubblico*, 2/2008, 587 ss.

⁶⁸ Per una lettura assemblearista dei regolamenti parlamentari del 1971 vedi, tra i molti, S. CURRERI, *La procedura di revisione dei regolamenti parlamentari*, Padova, Cedam, 1995, 265 ss.; S. LABRIOLA, *Sviluppo e decadenza della tesi della centralità del Parlamento:*

espressione di una concezione consociativa della democrazia⁶⁹ e di una scelta che, ostacolando l'affermarsi di un impianto maggioritario⁷⁰, avrebbe mancato persino di dare «un assetto stabile al Rapporto Parlamento/Governo nei termini appunto di un Parlamento decisionale e di un Governo esecutivo»⁷¹. Nel rispondere all'esigenza di una maggiore razionalizzazione dei processi decisionali e, in particolare, a quella di uno snellimento dell'*iter legis* in funzione della tempestività degli interventi, le modifiche regolamentari degli anni Ottanta, avviate sotto la spinta della governabilità craxiana⁷² e con l'obiettivo di marcare un punto di discontinuità rispetto al passato (in particolar modo alla Camera⁷³), sono sfociate – ai fini che qui interessano – in alcune modifiche: 1) un'organizzazione dei lavori basata sull'introduzione ovvero sulla riduzione dei tempi massimi degli interventi e su alcune limitazioni alla votazione degli emendamenti, anche grazie all'introduzione del c.d. “canguro”; 2) il superamento del criterio dell'unanimità nella programmazione dei lavori, con conseguente valorizzazione del ruolo presidenziale; 3) l'introduzione della sessione di bilancio (e del relativo contingentamento dei tempi, poi generalizzato), con il riconoscimento al suo interno della particolare posizione del Governo; 4) la sostituzione del principio di preferenza per lo scrutinio segreto con

dall'unità nazionale ai governi Craxi, in L. VIOLANTE (a cura di), *Il Parlamento, Storia d'Italia*, Annali 17, Torino, Einaudi, 2001, 399 s.; P. CARETTI, *Le svolte della politica italiana nelle riforme dei regolamenti parlamentari*, ivi, 592 s.; V. LIPPOLIS, *Maggioranza, opposizione e governo nei regolamenti e nelle prassi parlamentari dell'età repubblicana*, ivi, 2001, 623 ss.

⁶⁹ Cfr. V. LIPPOLIS, *Le riforme degli anni '80 alla Camera*, in *Giornale di Storia costituzionale, I regolamenti parlamentari nei momenti di “svolta” della storia costituzionale italiana*, a cura di E. GIANFRANCESCO, N. LUPO, I/2008, 161 ss.

⁷⁰ In tal senso vedi G. REBUFFA, *Teoria e prassi del negoziato parlamentare tra conflitto e consociazione*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Il Parlamento*, cit., 510 s.

⁷¹ C. CHIMENTI, *I regolamenti del 1971*, in *Giornale di Storia costituzionale*, I/2008, cit., 141; *contra* G. RIVOSACCHI, *Regolamenti parlamentari del 1971, indirizzo politico e questione di fiducia: un'opinione dissenziente*, ivi, 143 ss.

⁷² Cfr. S. TRAVERSA, *La “governabilità craxiana”: riforma dei regolamenti parlamentari e abolizione del voto segreto*, in *Rassegna parlamentare*, I/2009, 49 ss.; V. LIPPOLIS, *Maggioranza, opposizione e governo*, cit., 631.

⁷³ Cfr. M.L. MAZZONI HONORATI, *Il procedimento legislativo*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Il Parlamento repubblicano (1948-1998)*, Milano, Giuffrè, 1999, 261; A. PALANZA, *Le riforme del Regolamento della Camera dei Deputati del 1997-1999*, in *Giornale di Storia costituzionale*, I/2008, cit., 192.

quello del voto palese⁷⁴. Nel complesso si è, dunque, trattato di modifiche pensate «in funzione di una più accentuata “governabilità”, vale a dire di una capacità decisionale di vertice svincolata dalla faticosa ricerca di sintesi tipica, invece, del parlamentarismo»⁷⁵.

Nell'intento di portare a compimento la spinta maggioritaria confermata dalle leggi elettorali del 1993, agli aggiustamenti regolamentari “decisionisti” sul versante del Governo in Parlamento (specie quelli del 1988 e del 1990⁷⁶) è poi seguito un uso sempre più frequente della questione di fiducia (in chiave non meramente anti-ostruzionistica⁷⁷, anche perché progressivamente sganciata dall'inerenza all'indirizzo politico) che, combinato con una ancor più accentuata ipertrofia normativa del Governo, attraverso la decretazione d'urgenza e i decreti delegati⁷⁸, ha finito per mettere nelle mani dell'Esecutivo una parte sempre più rilevante dell'ordine del giorno delle Camere⁷⁹.

Successivamente, le riforme regolamentari degli anni Novanta (1997-1999), in linea con l'idea di una “democrazia maggioritaria”⁸⁰, hanno ulteriormente spostato l'ago della bilancia verso il momento decisionistico e funzionalistico⁸¹, a tutto discapito della dialettica

⁷⁴ Sul punto vedi M.L. MAZZONI HONORATI, *Il procedimento legislativo*, cit., 261 ss.; V. LIPPOLIS, *Le riforme degli anni '80 alla Camera*, cit., 164; D. NOCILLA, *La riforma del regolamento nel Senato nel 1988*, in *Giornale di Storia costituzionale*, I/2008, cit., 217 ss.

⁷⁵ F. BILANCIA, *L'imparzialità perduta*, cit., 332.

⁷⁶ Come evidenziato da C. DE CARO BONELLA, *Ostruzionismo, addio*, in *Quaderni costituzionali*, 2/1991, 308 ss.

⁷⁷ Sui cambiamenti e sulle distorsioni della questione di fiducia nel quadro delle legislature del maggioritario vedi N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in E. GIANFRANCESCO, N. LUPO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, Luiss University Press, 2007, 98 ss. In senso non del tutto sfavorevole alla tendenza vedi M. OLIVETTI, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano*, Milano, Giuffrè, 1996, 333 ss.; G. DE CESARE, *La questione di fiducia*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Il Parlamento repubblicano (1948-1998)*, cit., 242 ss.

⁷⁸ Cfr. M. LUCIANI, *Il Parlamento negli anni Novanta*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Il Parlamento*, cit., 440.

⁷⁹ Lo rilevano D. CABRAS, *La decretazione d'urgenza*, in S. TRAVERSA, A. CASU (a cura di), *Il Parlamento nella transizione*, Milano, Giuffrè, 1998, 67; S. LABRIOLA, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Il Parlamento repubblicano (1948-1998)*, cit., 61 s.; M.L. MAZZONI HONORATI, *Il procedimento legislativo*, cit., 267 ss.

⁸⁰ S. BARTOLE, *Democrazia maggioritaria*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento V, Milano, Giuffrè, 2001, 352.

⁸¹ In questi termini vedi L. VIOLANTE, *Il futuro dei parlamenti*, in ID. (a cura di), cit., XLI.

parlamentare e delle ragioni della rappresentanza⁸². Gli interventi riformatori che si sono susseguiti nel decennio hanno trovato una linea di continuità nel progressivo rafforzamento delle prerogative del Governo in Parlamento⁸³. Tale risultato è stato ottenuto attraverso l'estensione del contingentamento dei tempi (per accelerare i processi decisionali e garantire l'esame dei provvedimenti entro tempi certi), la razionalizzazione dell'esame degli emendamenti in assemblea con il richiamo alla prassi della c.d. votazione per principi e, infine, attraverso una distinzione tra maggioranza e opposizione, che intendeva rispondere, anche nell'ottica del "governo ombra" e quindi dell'alternanza, all'auspicato – ma non del tutto realizzato – sistema bipolare. In particolar modo le modifiche regolamentari del 1997 cercarono di anticipare gli esiti del processo di revisione costituzionale allora in corso, nel segno di un "Parlamento del maggioritario"⁸⁴ e con l'assegnazione al Governo del ruolo di promotore e guida del processo legislativo⁸⁵.

Ciò ha comportato, soprattutto nel caso delle procedure parlamentari di bilancio, l'attribuzione al testo presentato dal Governo di «una sorta di plusvalore procedurale rispetto alle proposte alternative di iniziativa parlamentare», con l'inquadramento delle procedure stesse «nell'ambito di un nuovo e più stringente contesto giuridico-formale»⁸⁶ e senza però che a ciò corrispondesse una maggiore responsabilità politica dell'esecutivo. Tale operazione ha, nel complesso, prodotto una decisa contrazione della libertà dei parlamentari e delle ragioni della rappresentanza, «nell'ennesima illusione che i problemi politici di governabilità possano essere risolti dall'ingegneria regolamentare e/o elettorale»⁸⁷.

⁸² Così G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, Roma-Bari, Laterza, 2010, 19 s.

⁸³ Cfr. C. FUSARO, *Il rapporto di fiducia nei regolamenti parlamentari*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Il Parlamento repubblicano (1948-1998)*, cit., 186 ss.

⁸⁴ Così V. LIPPOLIS, *Maggioranza, opposizione e governo*, cit., 641 ss.; A. MORRONE, *Quale modello di Governo nella riforma del Regolamento della Camera dei deputati?*, in *Quaderni costituzionali*, 1998, 452 ss.

⁸⁵ Cfr. C. FUSARO, *Il rapporto di fiducia nei regolamenti parlamentari*, cit., 202 ss.

⁸⁶ M. ZANGANI, *I recenti sviluppi delle procedure parlamentari di bilancio: la terza fase dell'evoluzione in atto*, in S. TRAVERSA, A. CASU (a cura di), *Il Parlamento nella transizione*, cit., 168-70.

⁸⁷ L. CIAURRO, *Le riforme del regolamento del Senato nella XIII legislatura*, in *Il Filangieri*, 2007, 50.

3. Governabilità, referendum e leggi elettorali

Nella logica del “doppio binario”, perseguita al fine di assicurare l’efficienza e la stabilità del Governo, la riforma delle leggi elettorali ha costituito un tassello importante sin dall’avvio del dibattito sulla governabilità. L’ingegneria elettorale è stata, infatti, posta al servizio di un disegno riformatore, che aveva tra i suoi obiettivi la creazione artificiale di un bipolarismo ritenuto condizione prodromica all’alternanza di governo. Rintracciate le cause dell’ingovernabilità italiana nel multipartitismo estremo⁸⁸ o polarizzato⁸⁹ ovvero nel bipolarismo imperfetto⁹⁰, in ragione delle conseguenti ricadute negative sulla stabilità dei governi di coalizione, la riforma elettorale è stata assunta come la via maestra per disegnare *ab externo* un quadro politico quanto più possibile rispondente a quel progetto. L’obiettivo è stato, peraltro, perseguito nella lucida consapevolezza che ciò avrebbe avuto ripercussioni importanti sulla forma di governo (e sulla forma di Stato, sebbene quest’ultimo esito sia stato volutamente dissimulato tra i “non detti”) e che, per tutta conseguenza, la svolta maggioritaria si sarebbe trascinata dietro una riforma costituzionale raffigurata a quel punto come improcrastinabile.

Nelle intenzioni dei riformatori si trattava, quindi, di mettere il sistema istituzionale al pari con le esigenze della «democrazia governante»⁹¹ o «decidente»⁹² e a tal fine sembrò utile un abile utilizzo dello strumento referendario. Occorreva, invero, superare ogni diffidenza nei confronti dei congegni della c.d. “democrazia diretta” in favore di una sovranità popolare non più mediata nelle sue estrinsecazioni: dalla «repubblica dei partiti» bisognava passare a una «repubblica dei cittadini»⁹³ che, restituendo al popolo la sua “sovranità” e risolvendosi in una forma plebiscitaria di partecipazione,

⁸⁸ Secondo la ricostruzione di L. Elia, *Governo (forme di)*, cit., 657 ss.

⁸⁹ Così G. SARTORI, *Bipartitismo imperfetto o pluralismo polarizzato?* (1967), in P. FARNETI (a cura di), *Il sistema politico italiano*, Bologna, il Mulino, 1973, 287 ss.

⁹⁰ Cfr. G. GALLI, *Il bipartitismo imperfetto. Comunisti e democristiani in Italia*, Bologna, il Mulino, 1966, 48 ss.

⁹¹ G. BURDEAU, *La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, in ID., *Traité de science politique*, VI, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1956, 235 ss.

⁹² L. VIOLANTE, *Il futuro dei parlamenti*, cit., XLIV ss.

⁹³ Così P. SCOPPOLA, *La Repubblica dei partiti. Profilo storico della democrazia in Italia (1945-1990)*, Bologna, il Mulino, 1991, 437.

fosse funzionale alla governabilità e alla coattiva semplificazione della complessità sociale e politica.

Quello referendario fu, dunque, pensato come un percorso da intraprendersi con convinzione al fine di ottenere ciò che più difficilmente si sarebbe potuto conseguire attraverso la via della revisione costituzionale⁹⁴: un'investitura mediaticamente diretta del Presidente del Consiglio e lo schiacciamento della pluralità di forze politiche su due poli, in un'acritica e decisa rincorsa al c.d. modello Westminster⁹⁵.

Penso alla parabola delle proposte di Serio Galeotti, poi confluite in quelle del "Gruppo di Milano": egli passò da un'iniziale proposta di revisione costituzionale, sulla base della convinzione che occorresse operare, più che sui partiti, «sul nodo centrale del processo decisionale politico, quello che adduce alla investitura o alla crisi del Governo» (da qui l'introduzione del principio dell'"*aut simul stabunt, aut simul cadent*") alla successiva idea, perseguibile attraverso vie più praticabili e flessibili dell'art. 138 Cost., di attuare il governo di legislatura attraverso una nuova convenzione costituzionale tra le forze politiche, «per cui le coalizioni e gli accordi di governo debb[o]no stringersi in sede pre-elettorale così da far emergere dal voto maggioritario degli elettori l'investitura del Governo con un mandato popolare per tutta la legislatura»⁹⁶. Da qui venne in seguito il suo contributo alla formulazione dei quesiti referendari elettorali degli anni Novanta⁹⁷, che porteranno poi nel 1993 alle nuove leggi elettorali di Camera e Senato e all'introduzione di un sistema di assegnazione dei seggi su base prevalentemente maggioritaria.

L'approvazione delle leggi nn. 276 e 277 fu, invero, frettolosamente intesa come elemento sufficiente a determinare una forte discontinuità in senso maggioritario nella forma di governo

⁹⁴ Sul punto vedi le osservazioni di S.P. PANUNZIO, *Le vie e le forme per l'innovazione costituzionale in Italia: procedura ordinaria di revisione, procedure speciali per le riforme costituzionali, percorsi alternativi*, in A.A. CERVATI, S.P. PANUNZIO, P. RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*, Torino, Giappichelli, 2001, 170 ss. Sull'uso e sul significato "costituente" del referendum elettorale del 18 aprile 1993 vedi in senso critico G.U. RESCIGNO, *A proposito di prima e seconda repubblica*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1994, 22 s.

⁹⁵ Cfr. G. FERRARA, *Il bipolarismo coatto*, in *il Ponte*, 3/2007, 19 ss.

⁹⁶ S. GALEOTTI, *Alla ricerca della governabilità*, cit., XII-XIII.

⁹⁷ Sul punto vedi A. BARBERA, *Il contributo di Serio Galeotti alle riforme istituzionali*, in AA. VV., *Scritti in onore di Serio Galeotti*, I, cit., 73 ss.

parlamentare. Nondimeno, sebbene a tale risultato si sia in ultima analisi arrivati in maniera nient'affatto univoca⁹⁸, il connubio tra la polemica antiproporzionalista e la retorica della governabilità ha in ogni caso prodotto il passaggio da una legge elettorale tematizzata come criterio per la composizione delle assemblee legislative a una legge elettorale costruita, invece, per assicurare governi stabili ed efficienti⁹⁹. È così accaduto che «finanche la nozione di rappresentanza sia stata in questi anni funzionalizzata al dogma della governabilità e la legge elettorale “confusa” con le norme relative alla formazione dei governi»¹⁰⁰. Peraltro, nella conversione dei sistemi elettorali alle logiche funzionaliste, all'efficacia dell'azione di governo sono state meramente giustapposte esigenze di stabilità e continuità della compagine governativa, che non necessariamente sono garanzia di quella¹⁰¹. A partire dal 1993, infatti, ha cominciato a imporsi l'idea che la creazione di un governo consista nell'investitura di un *leader*, sulla base del convincimento di matrice schumpeteriana secondo cui «la vera funzione del voto è l'accettazione di una *leadership*» e «creare un governo equivale praticamente a decidere chi debba essere il *leader*», ossia il primo ministro¹⁰². L'intreccio tra voto referendario e voto elettorale, con il moltiplicarsi delle iniziative referendarie elettorali di segno maggioritario, ha dunque portato a conseguenza l'idea della “democrazia immediata”¹⁰³, del governo “del giorno dopo” e di un'azione di governo che, dovendo tradurre senza mediazio-

⁹⁸ Cfr. M. VOLPI, *La natura della forma di governo dopo il 1994*, in AA. VV., *Il Governo*, Atti del XVI Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2001, Padova, Cedam, 2002, 151 ss.

⁹⁹ Sul sacrificio che ciò ha determinato in termini di principio di rappresentatività, ben oltre la misura tollerabile in un regime democratico, vedi G.U. RESCIGNO, *Democrazia e principio maggioritario*, in *Quaderni costituzionali*, 2/1994, 221 ss.

¹⁰⁰ C. DE FIORES, *Rappresentanza politica e sistema dei partiti in Italia*, in ID. (a cura di), *Rappresentanza politica e legge elettorale*, Torino, Giappichelli, 2007, 19.

¹⁰¹ Difatti, «[c]ome è ben noto la stabilità e la durata di un governo è soltanto una condizione necessaria ma non sufficiente della sua efficienza operativa e più in generale della cosiddetta governabilità»: L. ELIA, *Per una democrazia di investitura e di indirizzo. Proposta per un possibile riordino istituzionale*, in M. SALERNO (a cura di), *La questione morale come riconciliazione cittadini-istituzioni*, Roma, Edizioni Cinque Lune, 1988, 60.

¹⁰² J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia* (1942), Milano, ETAS, 2001, 283.

¹⁰³ Secondo la nota distinzione tra repubblica dei deputati e repubblica dei cittadini di M. DUVERGER, *La République des citoyens*, cit., 41 ss.

ni una volontà popolare unitariamente rappresentata, non deve trovare ostacoli in questo cammino.

La governabilità in foggia elettorale si è poi ripresentata sotto le mentite spoglie di un sistema solo all'apparenza proporzionale, trovando la sua incarnazione in un premio di maggioranza pari a circa il 54% dei seggi (340 seggi); un premio che la legge n. 270 del 2005 assegnava, peraltro, alla coalizione che avesse ottenuto il maggior numero di voti validi (a livello nazionale per la Camera e regionale per il Senato), senza tuttavia richiedere il raggiungimento di una soglia minima di voti¹⁰⁴. Si è trattato in definitiva di un espediente che, per come era stato congegnato e per gli esiti che ha poi avuto (soprattutto nel 2006 e nel 2013), si è rivelato funzionale a una governabilità del tutto fittizia. In special modo al Senato, in conseguenza della sommatoria dei premi regionali¹⁰⁵, il premio si è tradotto in una governabilità di sola facciata, perché scaturita dalla formazione di coalizioni strategiche (ossia plasmate in vista dell'ottenimento del premio stesso).

Tali incongruenze, prontamente evidenziate dalla dottrina, sono state infine rimarcate dalla Corte di Cassazione nella discussa ordinanza di rimessione del 2013 e, successivamente, dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 1/2014. In primo luogo la Suprema Corte aveva rilevato l'irragionevolezza di un meccanismo premiale che, «incentivando (mediante una complessa modulazione delle soglie di accesso alle due Camere) il raggiungimento di accordi tra le liste al fine di accedere al premio, si porrebbe *in contraddizione con l'esigenza di assicurare la governabilità*, stante la possibilità che, anche immediatamente dopo le elezioni, la coalizione beneficiaria del

¹⁰⁴ Sulla sproporzione del premio di maggioranza introdotto dalla legge n. 270/2005, persino se messo a raffronto con i meccanismi premiali previsti dalla “legge Acerbo” (legge n. 2444/1923) e dalla “legge truffa” (legge n. 148/1953), vedi C. DE FIORES, *Rappresentanza politica e sistema dei partiti in Italia*, cit., 57 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2014, 2980-81; per un raffronto con il premio previsto dalla legge n. 52/2015 vedi M. VOLPI, *Italicum: un sistema anomalo e antidemocratico*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 1/2015, 7 ss.; L. TRUCCO, *Il sistema elettorale “Italicum-bis” alla prova della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 (atto secondo)*, in *Consulta Online*, fascicolo 1/2015, 298.

¹⁰⁵ Ma altresì alla Camera, per via del computo dei voti anche delle liste non ammesse al riparto per non aver superato la soglia di sbarramento: sul punto vedi L. TRUCCO, *Contributo allo studio del diritto elettorale*, I, *Fondamenti teorici e profili normativi*, Torino, Giappichelli, 2013, 147.

premio si sciogla o uno o più partiti che ne facevano parte ne escano»¹⁰⁶. La *quaestio legitimitatis* è stata poi accolta dalla Corte costituzionale che, nella sentenza n. 1 del 2014¹⁰⁷, sulla base di uno scrutinio di proporzionalità e di ragionevolezza del sistema elettorale, ha tra l'altro dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina elettorale risultante dalla legge n. 270/2005 nella parte in cui prevedeva un'attribuzione del premio di maggioranza non subordinata al raggiungimento di una soglia minima di voti o di seggi (secondo quanto era stato, peraltro, già rilevato nelle sentenze nn. 15 e 16 del 2008 e n. 13 del 2012).

Due sono i motivi in base ai quali la Corte è pervenuta alla declaratoria secca di illegittimità costituzionale della previsione legislativa concernente il premio.

1) Se l'attribuzione del premio voleva garantire la stabilità del governo del Paese e rendere più rapido il processo decisionale, «ciò che costituisce senz'altro un *obiettivo*¹⁰⁸ costituzionalmente legittimo»¹⁰⁹, per il premio al Senato il test di proporzionalità ha evidenziato, «oltre al difetto di proporzionalità in senso stretto della disciplina censurata, anche *l'inidoneità della stessa al raggiungimento dell'obiettivo perseguito*, in modo più netto rispetto alla disciplina prevista per l'elezione della Camera dei deputati. Essa, infatti, stabilendo che l'attribuzione del premio di maggioranza è su scala regionale, produce l'effetto che la maggioranza in seno all'assemblea del Senato sia il risultato casuale

¹⁰⁶ Corte di Cassazione, Sezione I Civile, ordinanza n. 12060 del 17 maggio 2013, 27-28 (corsivo mio).

¹⁰⁷ Tra i moltissimi commenti alla sentenza n. 1/2014 vedi, in particolare, le osservazioni di G.U. RESCIGNO, A. ANZON DEMMIG, A. D'ANDREA, A. MORRONE, E. LEHNER, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2014, 27 ss., nonché il *Dibattito sulla sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 dichiarativa dell'incostituzionalità di talune disposizioni della l. n. 270 del 2005*, ivi, 629 ss. Vedi, inoltre, gli interventi di F. LANCHESTER, G. AZZARITI, M. BENVENUTI, R. BIFULCO, P. CARNEVALE, S. CECCANTI, A. CERRI, G. FERRARA, A. GIGLIOTTI, O. MASSARI, *Atti del Seminario "Le Corti e il voto"*, in *Nomos-Le attualità del diritto*, fascicolo 3/2013; M. D'AMICO, S. CATALANO (a cura di), *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, Milano, FrancoAngeli, 2014.

¹⁰⁸ E non, dunque, un principio fondamentale, come rimarcato da F. BILANCIA, "Riporcellum" e *giudicato costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 3/2013, 4. G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, cit., 2980, ritiene invece che la Corte costituzionale alla «funzionalità di governo» abbia riconosciuto valore costituzionale.

¹⁰⁹ Punto 3.1 del *Considerato in diritto* (corsivo mio).

di una somma di premi regionali, che può 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, pur in presenza di una distribuzione del voto nell'insieme sostanzialmente omogenea. Ciò [...], [i]n definitiva, *rischia di vanificare il risultato che si intende conseguire con un'adeguata stabilità della maggioranza parlamentare e del governo*. E benché tali profili costituiscano, in larga misura, l'oggetto di scelte politiche riservate al legislatore ordinario», spetta alla Corte «verificare se la disciplina legislativa violi manifestamente, come nella specie, i principi di proporzionalità e ragionevolezza e, pertanto, sia lesiva degli artt. 1, secondo comma, 3, 48, secondo comma, e 67 Cost.»¹¹⁰.

2) In ogni caso, indipendentemente dall'effettiva resa in termini di governabilità dei meccanismi premiali introdotti, la legge n. 270/2005, anche (ma non solo¹¹¹) per aver mancato di imporre il raggiungimento di una soglia minima di voti alla lista (o coalizione di liste) di maggioranza relativa, ha consentito, con l'assegnazione automatica di un numero anche molto elevato di seggi, «una illimitata compressione della rappresentatività dell'assemblea parlamentare, incompatibile con i principi costituzionali in base ai quali le assemblee parlamentari sono sedi esclusive della “rappresentanza politica nazionale” (art. 67 Cost.), si fondano sull'espressione del voto e quindi della sovranità popolare, ed in virtù di ciò ad esse sono affidate funzioni fondamentali, dotate di “una caratterizzazione tipica ed infungibile” (sentenza n. 106 del 2002), fra le quali vi sono, *accanto a quelle di indirizzo e controllo del governo, anche le delicate funzioni connesse alla stessa garanzia della Costituzione* (art. 138 Cost.) [...]. Il meccanismo [...] è pertanto tale da determinare *un'alterazione del circuito democratico* definito dalla Costituzione, basato sul principio fondamentale di eguaglianza del voto (art. 48, secondo comma, Cost.). [...] Le norme censurate,

¹¹⁰ Punto 4 del *Considerato in diritto* (corsivi miei).

¹¹¹ G. AZZARITI, *La riforma elettorale*, in *Rivista AIC*, fascicolo 2/2014, 3, rileva infatti che la lettura secondo cui la previsione del premio di maggioranza sarebbe legittima, dovendo ritenersi incostituzionale soltanto la mancata previsione di una soglia, «omette di considerare quella che è la parte più significativa delle sentenze n. 1 del 2014, svilendone il significato e non riuscendo a cogliere i principi che la Corte espressamente formula in tema di premialità elettorale. [...] È [...] la ragionevolezza della scelta del legislatore a dover essere vagliata e a costituire il limite oltre al quale la determinazione parlamentare non può spingersi».

pur perseguendo un *obiettivo di rilievo costituzionale*, qual è quello della stabilità del governo del Paese e dell'efficienza dei processi decisionali nell'ambito parlamentare, [...] determina[no] 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, sulla quale si fonda l'intera architettura dell'ordinamento costituzionale vigente*»¹¹².

Dalle motivazioni dei giudici costituzionali emergono, dunque, per un verso le mistificazioni che spesso si annidano dietro i sedicenti meccanismi in favore della governabilità e, dall'altro, i limiti che tale esigenza necessariamente incontra in uno Stato democratico (al di là, quindi, delle più o meno fisiologiche trasformazioni della forma di governo).

Cionondimeno, le indicazioni provenienti dalla sentenza n. 1/2014 in ordine al rapporto di equilibrio – presidiato dalla Costituzione – tra i meccanismi elettorali orientati alla governabilità e le indefettibili ragioni della rappresentanza democratica hanno, da ultimo, ricevuto una considerazione parziale e distorta nella legge elettorale per la Camera dei Deputati n. 52 del 2015, per la cui approvazione si è peraltro significativamente fatto ricorso, dopo la presentazione del disegno di legge governativo, sia a una forma molto spinta del c.d. “canguro” sia all'apposizione sul testo della questione di fiducia¹¹³. Che la nuova legge elettorale funzionalizzi il voto alla formazione di un governo e sia in larga misura orientata alla verticalizzazione del consenso elettorale traluce già dall'articolo 1, comma 8: « [...] Contestualmente al deposito del contrassegno di cui all'articolo 14, 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* [...]».

Nondimeno, ai fini della governabilità, è da osservarsi innanzitutto che, se alla data del 1° luglio 2016 (a decorrere dalla quale la legge troverà applicazione) la riforma costituzionale non fosse ancora giunta

¹¹² Punto 3.1 del *Considerato in diritto*, (corsivi miei).

¹¹³ Come ricordato da M. VOLPI, *Italicum due: una legge elettorale abnorme*, in *Questione giustizia*, 1/2015, 11. Sull'ammissibilità della questione di fiducia in materia elettorale vedi, invece, S. CURRERI, *Questione di fiducia e legge elettorale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2015, 752 ss.

a conclusione (o avesse avuto esito negativo), le prossime elezioni politiche si svolgerebbero, per la Camera dei deputati, secondo la nuova legge elettorale, mentre per il Senato varrebbe la normativa risultante dalla sent. n. 1/2014. In tal caso, «[u]n 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». E sebbene «[l]a previsione di sistemi elettorali diversi in un sistema bicamerale paritario non [sia] in sé incostituzionale [...] il dubbio di costituzionalità emerge se uno dei due 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*»¹¹⁴.

La legge n. 52/2015 prevede inoltre un nuovo meccanismo, in virtù del quale il premio di maggioranza di 340 seggi è attribuito alla lista che ottiene, su base nazionale, almeno il 40% dei voti validi o, in mancanza, a quella che prevale in un turno di ballottaggio tra le due liste con il maggior numero di voti, esclusa ogni forma di collegamento tra liste o di apparentamento tra i due turni di votazione. Nondimeno, se tale premio appare sufficientemente alto da assicurare la governabilità, il legislatore vi ha affiancato anche la previsione di una soglia di sbarramento del 3% che, assicurato ormai quell'obiettivo, si propone un'artificiosa riduzione della frammentazione politica in senso bipartitico o bipolare¹¹⁵. Il legislatore persegue così un risultato, la semplificazione del quadro politico, non costituzionalmente protetto e, pertanto, non bilanciabile con il diritto fondamentale di voto¹¹⁶.

¹¹⁴ M. VILLONE, *La legge 52/2015 (Italicum): da pochi voti a molti seggi*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 1/2015, 15; in senso analogo anche M. VOLPI, *Italicum due*, cit., 12; E. ROSSI, *Storia di un "falso"? L'Italicum e la "governabilità"*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2015, 751.

¹¹⁵ Così C. DE FIORES, *La riforma della legge elettorale*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 1/2015, 11; vedi, inoltre, L. CARLASSARE, *Maggioritario*, cit., 3, che sottolinea quanto sia astratto e mistificante «il convincimento d'incidere sul sistema politico, con l'effetto di trascinamento sulle istituzioni, mediante i soli meccanismi elettorali».

¹¹⁶ In questo senso vedi M. VILLONE, *La legge 52/2015 (Italicum)*, cit., 16; M. VOLPI, *Italicum due*, cit., 13; C. GALLI, *Metamorfosi. Sulla nuova legge elettorale*, in

D'altra parte, non sembra neppure che la legge n. 52/2015 possa superare il test di ragionevolezza e di proporzionalità indicato dalla Consulta nella sentenza n. 1/2014, posto che “il vero oggetto della dichiarazione d'incostituzionalità non [era] tanto l'assenza di una soglia, quanto l'irragionevolezza e non proporzionalità del premio. Ed è ciò che porta ad escludere che l'aver ora individuato una percentuale di voti minimi sia di per se sufficiente a porre la nuova legge al riparo da eventuali nuove censure di incostituzionalità”¹¹⁷.

In primo luogo, l'entità del premio è tale da determinare per la lista vincente fino al 15% dei seggi in palio; essa otterrebbe in questo modo più della metà di essi, con conseguente eccessiva compressione della rappresentatività dell'assemblea e dell'eguaglianza del voto¹¹⁸. Inoltre, occorre considerare che, nel caso in cui nessuna lista raggiungesse la soglia del 40% (che è lo scenario al momento più probabile¹¹⁹), al secondo turno di ballottaggio andrebbero, per l'assegnazione del premio, le due liste più votate, per le quali non rimane però altro sbarramento se non quello del 3% per l'accesso alla distribuzione dei seggi¹²⁰. Le ragioni della rappresentanza verrebbero, dunque, mortificate proprio al ballottaggio, qualora il premio andasse a una lista (singola) che si fosse fermata ben al di sotto del 40% dei voti¹²¹. In questo modo, le ragioni della governabilità non soltanto risulterebbero nuovamente sovrastimate (con la sotto-rappresentazione di una minoranza), ma potrebbero cadere nel vuoto. Il divieto di apparentamenti tra liste dopo il primo turno spingerebbe, infatti, verso la formazione di liste racchiudenti al loro interno forze politiche alquanto disomogenee che, quindi, a urne chiuse e dopo il voto

www.centroriformastato.it, 18 maggio 2015, 2; *contra* C. FUSARO, *Del rifiuto di rafforzare la governabilità per via elettorale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2015, 736-37.

¹¹⁷ G. AZZARITI, *La riforma elettorale*, cit., 4.

¹¹⁸ Cfr. M. VOLPI, *Italicum due*, cit., 10.

¹¹⁹ E da qui le proposte di modifica “a giorni alterni”, che segnalano la congiunturalità della scelta fatta con la legge n. 52/2015.

¹²⁰ Sui possibili esiti del ballottaggio vedi ancora M. VOLPI, *Italicum due*, cit., 12 s.; nonché R. DICKMANN, *A proposito dell'Italicum. Prime osservazioni sul nuovo sistema elettorale di cui alla legge n. 52 del 6 maggio 2015*, in *www.forumcostituzionale.it*, 3 giugno 2015, 4 ss.

¹²¹ Cfr. L. TRUCCO, *Il sistema elettorale “Italicum-bis”*, cit., 298 s.

iniziale di fiducia, potrebbero far venir meno il sostegno al Governo¹²².

«In definitiva, ed in considerazione anche dell'attuale conformazione del sistema politico italiano, il premio di maggioranza può garantire, subito dopo il voto, una chiara maggioranza parlamentare: ma, stante la forma di governo parlamentare stabilita nella nostra Costituzione ed il principio del divieto di mandato imperativo, che ciò corrisponda a "governabilità" (per tutto l'arco della durata del Parlamento) è tutt'altro che certo»¹²³.

Si perpetua, infatti, l'illusione che la governabilità possa essere assicurata attraverso una legge elettorale concepita come strumento di correzione forzata del sistema politico¹²⁴, senza che si affronti – al di là dei vuoti slogan – il nodo centrale della questione: «il sistema politico [...] ha subito trasformazioni che non riguardano il numero o la consistenza elettorale dei partiti, ma la loro stessa natura, e che quindi chiamano in causa tutta un'altra serie di fattori che finiscono col conformare il sistema (si pensi, ad esempio, alla distribuzione del potere economico in rapporto al conflitto politico, o all'assetto dei media)»¹²⁵.

Peraltro, anche in conseguenza delle modalità di composizione delle liste e del combinato disposto con la riforma costituzionale, la legge elettorale sembra mirare a una governabilità volta, più che ad assicurare un efficace processo decisionale, a mettere la Camera politica nelle mani dell'esecutivo (o meglio, del Presidente del Consiglio)¹²⁶. Difatti, «[i]l rapporto fra parlamento e governo (e il suo Capo) ricalca il modello del "Sindaco d'Italia", appena mascherato: *la stabilità (la governabilità) – che è l'obiettivo politico principale della legge e che fa premio sulla rappresentatività – si trasforma in rigidità del sistema*»¹²⁷.

¹²² In questo senso vedi anche M. VILLONE, *La legge 52/2015 (Italicum)*, cit., 17; M. VOLPI, *Italicum due*, cit., 15.

¹²³ E. ROSSI, *Storia di un "falso"?*, cit., 3.

¹²⁴ Cfr. L. TRUCCO, *Il sistema elettorale "Italicum-bis"*, cit., 297; A. D'ANDREA, *La "riforma" elettorale "imposta" dal giudice costituzionale al sistema politico e l'esigenza di "governabilità" dell'ordinamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2014, 44 ss.

¹²⁵ M. CUNIBERTI, *L'organizzazione del governo tra tecnica e politica*, cit., 1.

¹²⁶ Sul punto vedi *infra*, § 4.

¹²⁷ C. GALLI, *Metamorfosi*, cit., 3, (corsivi dell'A).

Tuttavia, il rischio di una governabilità “accentrata”, nei termini di cui si è finora detto, è paradossalmente quello di produrre una maggiore ingovernabilità sul piano sociale, perché l’esito finale sarà quello di un Governo ulteriormente blindato rispetto alle istanze sociali. Queste avranno modo di farsi sentire solo al momento del voto e, per giunta, nelle modalità coartate dalla legge elettorale. Inoltre, la trasposizione di questo tipo di governabilità nel contesto della legislazione elettorale, con gli esiti di verticalizzazione e di personalizzazione che ne conseguono¹²⁸, non solo amplificherà la distanza tra governati e governanti, ma determinerà l’inglobamento della politica nazionale nell’indirizzo politico.

4. La governabilità nell’organizzazione e nel funzionamento del Governo

Se, come si è poc’anzi evidenziato, una malintesa idea di governabilità ha ormai travolto la stessa maggioranza parlamentare, osservazioni analoghe devono farsi con riguardo al Governo. Non è del tutto esatto, infatti, sostenere che le riforme istituzionali avviate e/o approvate negli ultimi trenta anni hanno avuto l’effetto di spostare l’ago della bilancia verso l’esecutivo nazionale (in termini di indirizzo politico, innanzitutto, e di produzione normativa in particolare). È semmai vero che il pendolo oscilla sempre più verso il Presidente del Consiglio dei Ministri, dal momento che la retorica della governabilità è riuscita nell’intento di traghettare il Paese verso una forma di governo non presidenziale, ma di fatto presidenzialista¹²⁹ ovvero verso una «democrazia d’investitura rafforzata»¹³⁰. Esito paradossale di tale processo è stata una “espropriazione” di poteri perpetrata nei confronti dello stesso Governo, che ne ha risentito in termini di collegialità e di responsabilità politica. Quel processo ha, infatti, determinato, sul piano esterno, la trasformazione degli esecutivi in «esecutori di

¹²⁸ Cfr. L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale e la sua crisi odierna*, in *parolechiave*, 2010, 36 ss.

¹²⁹ Così M. VOLPI, *Italicum due*, cit., 14.

¹³⁰ C. GALLI, *Metamorfosi*, cit., 3.

dettami normativi sovrastatali»¹³¹ e, sul piano interno, il dissolvimento della collegialità governativa nella figura del *Premier*.

Parallelamente alla convinzione che la partita della governabilità dovesse essere giocata sul fronte del ridimensionamento del Parlamento (e della mediazione politica) è stata portata avanti anche l'idea secondo cui il recupero della capacità e dell'efficienza decisionale del Governo imponesse non soltanto maggiori garanzie in termini di stabilità governativa, ma soprattutto un «rafforzamento dei poteri di direzione del “primo ministro”, [da perseguirsi] attraverso il rafforzamento della sua legittimazione elettorale o l'attribuzione di più incisivi strumenti giuridici di direzione del governo»¹³². Nel tempo, però, negli spazi lasciati indefiniti dagli articoli 92 e 95 della Costituzione¹³³ e nell'incerta coesistenza tra principio monocratico e principio collegiale¹³⁴, le spinte maggioritarie intervenute sul piano elettorale o per via di mera prassi hanno finito per incidere significativamente (e, mi sembra, ben oltre il non detto costituzionale) sui rapporti tra ministri, Consiglio dei Ministri e Presidente, così come sui poteri di direzione di quest'ultimo.

Ciò, peraltro, è avvenuto attraverso il *medium* di provvedimenti normativi riguardanti la Presidenza del Consiglio dei Ministri, i quali tuttavia, più che fungere da traino, hanno rappresentato la registrazione di una situazione di fatto già affermata (come nel caso della legge n. 400/1988) oppure hanno tradotto in termini organizzatori quel «progressivo riallineamento della competizione politica ad una dinamica bipolare», che avrebbe riportato al centro del discorso «la questione della guida della coalizione e della

¹³¹ G. FERRARA, *La crisi del neoliberalismo e della governabilità coatta*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 1/2013, 5.

¹³² M. CUNIBERTI, *L'organizzazione del governo tra tecnica e politica*, cit., 2.

¹³³ Sul punto si rinvia a L. PALADIN, *Governo italiano*, XIX, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1970, 691 ss.; P.A. CAPOTOSTI, *Presidente del Consiglio dei ministri*, XXXV, *ivi*, 1986, 137 ss.

¹³⁴ Sulle incertezze implicate al riguardo dalla disciplina costituzionale vedi A. RUGGERI, *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1981, 325 ss.; G. PITRUZZELLA, M. VILLONE, P. CIARLO, L. CARLASSARE, *Il Consiglio dei Ministri: Art. 92-96*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1994, spec. 105 ss., 333 ss. Sul conseguente delinearci di un governo «a direzione plurima dissociata (“governo per ministeri”)» vedi E. CHELI, V. SPAZIANTE, *Il Consiglio dei ministri e la sua presidenza: dal disegno alla prassi*, in S. RISTUCCIA (a cura di), *L'istituzione Governo. Analisi e prospettive*, Milano, Edizioni di Comunità, Giuffrè, 1977, 49.

realizzazione del programma di governo, e, di conseguenza, quella della struttura organizzativa chiamata a sostenere ed assistere l'esercizio di tali funzioni»¹³⁵. In quest'ultimo senso, la legge n. 59 del 1997 e i decreti legislativi nn. 300 e 303 del 1999, nell'accentrare in capo alla Presidenza del Consiglio alcuni compiti e funzioni, sono stati letti per un verso come «capitoli importanti della lettura in senso "presidenziale" delle disposizioni contenute negli artt. 92 e 95 Cost.»¹³⁶; per l'altro verso, come un'espressione di quella logica binaria per cui ai mutamenti fattuali e normativi nel funzionamento e nell'organizzazione del Governo avrebbe poi dovuto corrispondere l'adeguamento della disciplina costituzionale¹³⁷.

Tali mutamenti sono, peraltro, andati di pari passo con un'esaltazione – mediatica ed elettorale – dei poteri carismatici e taumaturgici del “Primo Ministro”, che si è imposta dietro la spinta e in piena sintonia sia con il ridimensionamento dei processi democratici a opera del governo tecnocratico – interno ed esterno – della crisi economico-finanziaria¹³⁸ sia, conseguentemente, con una stabilità governativa funzionalizzata al contenimento del debito pubblico e ai diktat dei mercati¹³⁹. Alla preferenza, sul piano sovranazionale, per le sedi informali di discussione e di elaborazione delle politiche economiche europee¹⁴⁰ è così corrisposta, sul piano nazionale, l'estrema opacità delle effettive sedi di definizione delle politiche nazionali, unitamente a iniziative sempre più solitarie del Presidente del Consiglio.

Superata, quindi, la fase in cui al rafforzamento dei poteri direttivi del Presidente si era cercato di affiancare una rimodulazione del

¹³⁵ A. PAJNO, *La presidenza del consiglio dei ministri dal vecchio al nuovo ordinamento*, in A. PAJNO, L. TORCHIA (a cura di), *La Riforma del governo. Commento ai decreti legislativi n. 300 e n. 303 del 1999 sulla riorganizzazione della Presidenza del Consiglio e dei ministeri*, Bologna, il Mulino, 2000, 42.

¹³⁶ A. PAJNO, *La presidenza del consiglio dei ministri*, cit., 46.

¹³⁷ In questi termini vedi A. PAJNO, L. TORCHIA, *Governo e amministrazione: la modernizzazione del sistema italiano*, in A. PAJNO, L. TORCHIA (a cura di), *La Riforma del governo*, cit., 26.

¹³⁸ Cfr. M. PROSPERO, *Terza Repubblica?*, in *Democrazia e diritto*, 1-2, 2012, 69.

¹³⁹ In tal senso vedi G. PITRUZZELLA, *Crisi economica e decisioni di governo*, Relazione al XXVIII Convegno Annuale dell'Aic, in *Rivista Aic*, fasc. 4/2013, 11.

¹⁴⁰ Come evidenziato da G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, 119.

principio di collegialità¹⁴¹, successivamente si è aperta una stagione di progressiva autonomizzazione del Presidente del Consiglio (da solo o più spesso unitamente al ministro dell'economia)¹⁴². Il cambio di registro si è avviato a partire dalla prima metà degli anni Novanta, in concomitanza con una crisi partitica ed economica che ancora oggi spinge nella stessa direzione e in conseguenza dell'irrobustimento dei vincoli sovranazionali (rispetto ai quali, peraltro, il Presidente si pone spesso come cinghia di trasmissione e di raccordo, più che di direzione o di propulsione). Da lì in avanti l'espansione delle funzioni e dei compiti presidenziali non si è arrestata, ma ha prodotto una preoccupante degenerazione personalistica e fiduciaria nei rapporti tra Presidente del Consiglio e ministri, che continua a erodere gli spazi e le sedi della collegialità. Come è stato, del resto, rilevato «la dilatazione dei poteri presidenziali [...] non conduce necessariamente ad un rafforzamento della presidenza, o, a tutto voler concedere, produce una presidenza forte in un governo debole e disgregato, in cui la maggiore o minore influenza di un ministro viene a dipendere in larga misura dalla sua relazione personale con il presidente e il suo apparato di stretti collaboratori»¹⁴³, costituito da viceministri, sottosegretari, dirigenti, commissari straordinari. A ciò si aggiunga che, di fronte a decisioni dei ministri dell'economia che appaiono sempre più incontestabili, essendo essi garanti del rispetto dei vincoli europei, «i poteri di indirizzo e di coordinamento dei primi ministri nelle decisioni di spesa» appaiono «sempre più problematici», spostandosi prevalentemente su funzioni che vanno «dalla gestione delle situazioni di emergenza alla attribuzione di competenze ritenute utili dal punto di vista politico o clientelare»¹⁴⁴.

Sintomatiche della perdita di collegialità del governo, in favore di un singolarissimo e informale principio monocratico, sono alcune

¹⁴¹ Secondo quanto previsto dal regolamento del Consiglio dei Ministri del 10 novembre 1993; al riguardo vedi S. MERLINI, G. TARLI BARBIERI, *Il governo parlamentare in Italia*, Torino, Giappichelli, 2011, 188 ss.

¹⁴² Cfr. R. CHERCHI, *Il governo di coalizione in ambiente maggioritario*, Napoli, Jovene, 2006, 375 ss.

¹⁴³ M. CUNIBERTI, *L'organizzazione del governo tra tecnica e politica*, cit., 28.

¹⁴⁴ S. MERLINI, *I partiti, il Parlamento e il governo nel cosiddetto "modello bipolare". I partiti "maggioritari" e quelli "carismatici" fra le elezioni del 2008 e la crisi politica del 2010: dal modello bipolare al neo trasformismo depretisiano?*, in ID. (a cura di), *Indirizzo politico e collegialità del governo: miti e realtà nel governo parlamentare italiano*, Torino, Giappichelli, 2011, 18-19.

delle prassi seguite nella formazione delle decisioni del Consiglio dei Ministri che, consolidatesi negli ultimi venti anni e ripropostesi anche nella legislatura in corso¹⁴⁵, segnalano un deciso e significativo scollamento dalle regole preposte al funzionamento del Governo, con importanti ricadute sul sistema delle fonti. Ci si riferisce, in particolare, ai c.d. “provvedimenti copertina”, che sono portati in discussione e approvati in Consiglio dei Ministri nelle linee generali, per poi essere solo successivamente definiti nei loro contenuti¹⁴⁶; alla connessa prassi dell’approvazione del provvedimento in Consiglio “salvo intesa tecnica”, con conseguente successiva determinazione del testo definitivo da parte degli uffici¹⁴⁷; all’emanazione “differita” o “non immediata” dei decreti-legge, per cui «tra la deliberazione in Consiglio dei Ministri del testo di un decreto legge e l’emanazione – e successiva pubblicazione – di questo intercorre un cospicuo lasso di tempo»¹⁴⁸; al frequente mancato rispetto dei tempi prescritti dal regolamento del 1993 in ordine alla diramazione degli schemi di provvedimento, all’invio della documentazione e alla convocazione del pre-consiglio; alla tendenza della Presidenza a sottoporre al Consiglio dei Ministri i c.d. provvedimenti “fuori sacco”, sui quali non si è potuta svolgere alcuna istruttoria perché non sono stati iscritti all’ordine del giorno¹⁴⁹.

Al riguardo non bisogna, peraltro, sottovalutare che tali “scostamenti” concernono spesso i testi dei decreti-legge con i quali

¹⁴⁵ Cfr. M. AINIS, *Il testo seguirà (con calma)*, in *Corriere della Sera*, 14 marzo 2015.

¹⁴⁶ Su tale prassi vedi S. MERLINI, G. GUIGLIA, *Il regolamento interno del Consiglio dei Ministri*, in *Quaderni costituzionali*, 3/1994, 492 e, da ultimo, N. LUPO, *«governi tecnici» Ciampi, Dini e Monti nel difficile equilibrio tra tecnica e politica*, in *Rassegna parlamentare*, 1/2015, 114-15.

¹⁴⁷ In proposito vedi D. NARDELLA, *Il presidente del consiglio dei ministri e le funzioni di promozione e coordinamento dell’attività normativa del governo: strumenti e procedure*, in S. MERLINI (a cura di), *Indirizzo politico e collegialità del governo*, cit., 208; G. SGUEO, *Lo scontro tra regola e prassi nelle riunioni del Consiglio dei Ministri*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2015, 162.

¹⁴⁸ M. FRANCAVIGLIA, *L’emanazione differita dei decreti legge alla luce dell’art. 77 Cost.*, in R. CALVANO (a cura di), *Legislazione governativa d’urgenza e crisi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, 187 ss. Ma si pensi anche ai c.d. decreti-legge “manifesto”, contenenti norme non immediatamente applicative: cfr. A. IANNUZZI, *Crisi economico-finanziaria e decreti-legge “manifesto”. Sulla dubbia legittimità costituzionale delle numerose previsioni dichiarate salvifiche ed urgenti che differiscono i loro effetti al momento dell’adozione delle norme di attuazione*, in *Diritto e società*, 2015, 107 ss.

¹⁴⁹ Cfr. G. SGUEO, *Lo scontro tra regola e prassi*, cit., 161.

sono anticipati i contenuti (sempre più vari) della manovra finanziaria (decisi ormai per lo più in altre sedi¹⁵⁰), con la conseguente blindatura della conversione, assicurata dai procedimenti speciali previsti dai regolamenti parlamentari e dall'utilizzo congiunto di maxi-emendamenti e questione di fiducia.

Tutto ciò rende, quindi, evidente che il superamento della figura del Presidente del Consiglio come *primus inter pares* viene «perseguito non tanto rafforzando i suoi poteri di direzione nel collegio e sul collegio, ma attraverso percorsi, per così dire, trasversali rispetto al disegno costituzionale, a cominciare dalla ipertrofica dilatazione dell'apparato della presidenza, la permanenza in capo allo stesso di funzioni di amministrazione attiva che si sovrappongono a quelle dei ministri, la configurazione di forme di rapporto fiduciario diretto tra il presidente e singole figure (ministri con o senza portafoglio, sottosegretari, dirigenti): gli stessi elementi di “asimmetria” che, nella impostazione della legge n. 400, erano stati valorizzati come strumenti per pervenire ad una maggiore collegialità effettiva (ad esempio la costituzione di comitati di ministri) perdono significativamente peso, a favore del prevalere di collegamenti informali per lo più basati su rapporti diretti tra le diverse componenti del governo»¹⁵¹.

5. La governabilità nei progetti di revisione costituzionale e nel disegno di legge costituzionale A.S. 1429/A.C. 2613

Le ragioni della governabilità, finora affermatesi per lo più per via legislativa, regolamentare o di prassi, premono tuttavia sulla stessa Costituzione, in considerazione del fatto che, come si è sottolineato, l'obiettivo ultimo di chi se ne è appropriato è stato sin dall'inizio quello di piegare alle sue logiche la Costituzione repubblicana del 1948. Sotto questo punto di vista, gli appelli degli ultimi trenta anni per le riforme istituzionali scontano una contraddizione e, in definitiva, un vizio di fondo: sebbene i mali e i problemi dell'ingovernabilità siano rintracciati nel mal funzionamento e nella

¹⁵⁰ F. BILANCIA, *Il decreto-legge come strumento di attuazione del diritto UE dell'emergenza finanziaria. Riflessioni conclusive*, in R. CALVANO (a cura di), *Legislazione governativa d'urgenza e crisi*, cit., 219 ss., spec. 225.

¹⁵¹ M. CUNIBERTI, *L'organizzazione del governo tra tecnica e politica*, cit., 50.

sclerotizzazione del sistema politico-partitico, per farvi fronte si è continuato a elaborare proposte organiche di revisione costituzionale, nell'illusione che l'ingegneria costituzionale e istituzionale potesse in qualche modo curare i mali di quel sistema.

Tale paradigma ha, pertanto, costantemente guidato e attraversato i dibattiti sulle proposte di modifica della Costituzione, essendo stato messo a tema, secondo modalità e con accenti diversi, dalla Commissione bicamerale Bozzi (1983-85), dalla Commissione bicamerale De Mita-Iotti (1993-94), dal Comitato Speroni (1994), dalla Commissione bicamerale D'Alema (1997-98), dal progetto di revisione costituzionale del 2005 (sottoposto a referendum nel 2006), dalla c.d. Bozza Violante (2007), dalla Commissione dei Saggi istituita dal Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano (2013) e, infine, dalla Commissione per le riforme costituzionali istituita dal Presidente del Consiglio dei Ministri Enrico Letta (2013).

Non diversamente è accaduto per il progetto di revisione costituzionale attualmente all'esame delle Camere.

Difatti, sulla base di quanto disposto dall'art. 2, comma 2, della legge n. 39/2011 (Coordinamento della programmazione finanziaria con il semestre europeo)¹⁵², nel Programma Nazionale di Riforma (PNR) 2014 si legge che «*[l]a semplificazione degli assetti istituzionali e la velocizzazione dei procedimenti decisionali* rappresentano uno dei punti centrali dell'agenda politica della XVII legislatura. Essi costituiscono un pilastro strategico su cui fondare il rilancio della competitività, condizione necessaria per superare la recessione in atto e il suo gravoso impatto in termini sociali ed

¹⁵² A modifica dell'art. 10, comma 5, della legge 196/2009, l'art. 2, comma 2 della legge 39/2011 dispone: «La terza sezione del DEF reca lo schema del Programma nazionale di riforma di cui all'articolo 9, comma 1. *Lo schema contiene gli elementi e le informazioni previsti dai regolamenti dell'Unione europea e dalle specifiche linee guida per il Programma nazionale di riforma.* In particolare, la terza sezione indica:

a) lo stato di avanzamento delle riforme avviate, con indicazione dell'eventuale scostamento tra i risultati previsti e quelli conseguiti;

b) gli squilibri macroeconomici nazionali e i fattori di natura macroeconomica che incidono sulla competitività;

c) *le priorità del Paese e le principali riforme da attuare*, i tempi previsti per la loro attuazione e la compatibilità con gli obiettivi programmatici indicati nella prima sezione del DEF;

d) *i prevedibili effetti delle riforme* proposte in termini di crescita dell'economia, di rafforzamento della competitività del sistema economico e di aumento dell'occupazione» (corsivi miei).

economici. Le iniziative e gli interventi fin qui promossi nel corso della legislatura mirano a delineare una riforma organica del sistema politico-istituzionale, per *garantire maggiore stabilità degli esecutivi, rafforzare l'efficienza dei processi decisionali pubblici* ed elevare per questa via la qualità della vita democratica e la fiducia dei cittadini nei confronti delle istituzioni. In particolare, il carattere prioritario della questione delle riforme costituzionali e della legge elettorale, si è posto fin dalle prime battute di avvio della XVII legislatura ed è stato sottolineato con forza dal Presidente della Repubblica Napolitano nel discorso pronunciato il 22 aprile 2013»¹⁵³ (corsivi miei).

Il PNR 2014 si è, quindi, tradotto nella presentazione del disegno di legge costituzionale 1429¹⁵⁴ e nell'approvazione della legge n. 52/2015. Tale legge, di cui si è detto prima, sin dall'inizio è stata concepita in stretta connessione con la revisione del testo costituzionale e ciò offre un ulteriore argomento contro le affermazioni di quanti hanno sostenuto che non avrebbe avuto senso muovere critiche al disegno di legge costituzionale per gli effetti derivanti dall'intreccio con la riforma elettorale. Siffatto intreccio risulta essere, al contrario, imprescindibile¹⁵⁵, soprattutto se considerato nei termini dell'obiettivo di fondo perseguito da entrambi i provvedimenti: la governabilità¹⁵⁶. Nella relazione di accompagnamento all'A.S. 1429, tra la pluralità di obiettivi indicati compare, infatti, in primo luogo quello di «rafforzare l'efficienza dei

¹⁵³ Il PNR 2014, contenuto nella Sezione III del Documento di economia e finanza 2014, è stato deliberato dal Consiglio dei Ministri nello stesso giorno di presentazione al Senato del disegno di legge costituzionale 1429 (8 aprile 2014) e confermato nelle sue linee di fondo dal PNR 2015.

¹⁵⁴ Al momento in cui si scrive il ddl costituzionale (A.S. 1429-D/A.C. 2613-D) è in attesa di seconda deliberazione da parte della Camera dei deputati, dopo l'approvazione del Senato a maggioranza assoluta lo scorso 20 gennaio.

¹⁵⁵ Come da subito hanno sottolineato L. FERRAJOLI (13 maggio 2014), A. D'ANDREA (9 ottobre 2014), E. GROSSO, M. VILLONE e M. VOLPI (20 ottobre 2014) nelle rispettive *Audizioni presso la Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati sul disegno di legge costituzionale in materia di revisione della parte seconda della Costituzione*. Le Audizioni presso la I^a Commissione della Camera sono reperibili all'indirizzo www.camera.it/leg17/1078.

¹⁵⁶ Sul rapporto tra disegno di legge costituzionale e governabilità vedi le audizioni di T.E. FROSINI (13 maggio 2014) e di A. BARBERA (3 agosto 2015) presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica. Le audizioni presso la I^a Commissione del Senato sono reperibili all'indirizzo www.senato.it/Leg17/1121?shadow_organ=1170001.

processi decisionali e di attuazione delle politiche pubbliche nelle quali si sostanzia l'indirizzo politico, al fine di favorire la stabilità dell'azione di governo e quella rapidità e incisività delle decisioni che costituiscono la premessa indispensabile per agire con successo nel contesto della competizione globale». Viene, pertanto, riproposta la convinzione di fondo che le disfunzioni decisionali siano il frutto dell'impianto istituzionale (e non invece delle difficoltà del sistema politico-partitico¹⁵⁷) e che, dunque, su di esso si debba incidere per assicurare un'efficienza decisionale intesa in modo del tutto conforme alla retorica della governabilità, ossia come riduzione dei «canali di espressione politica» e come «semplificazione della complessità democratica di un ordinamento pluralista»¹⁵⁸.

Tali obiettivi sono, in primo luogo, perseguiti attraverso la riforma del bicameralismo paritario, incentrata – per quel che qui immediatamente rileva – sull'eliminazione dell'elezione diretta dei senatori e sulla conseguente attribuzione dell'indirizzo politico alla Camera dei Deputati. Pertanto, mentre la Camera «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», il Senato della Repubblica «rappresenta le istituzioni territoriali ed esercita funzioni di raccordo tra lo Stato e gli altri enti costitutivi della Repubblica. Concorre all'esercizio della funzione legislativa nei casi e secondo le modalità stabiliti dalla Costituzione, nonché all'esercizio delle funzioni di raccordo tra lo Stato, gli altri enti costitutivi della Repubblica e l'Unione europea» (così recita il nuovo art. 55 Cost., commi 4-5).

Con un solo “tratto di penna” vengono, quindi, superate le discussioni dottrinali sulla configurabilità dell'indirizzo politico come funzione autonoma ovvero come mera attività, nonché quelle sull'attribuzione della titolarità del relativo potere a uno o più organi ovvero a questo o a quell'organo sulla base del principio di effettività¹⁵⁹. È stata, infatti, accolta una nozione restrittiva di indirizzo

¹⁵⁷ Come, invece, rimarcato da F. CERRONE, *Audizione presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica* (13 maggio 2014).

¹⁵⁸ S. NICCOLAI, *Audizione presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica* (28 luglio 2015).

¹⁵⁹ Il riferimento è naturalmente a C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit.; V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*,

politico che, ridotta alle dinamiche del rapporto fiduciario e all'asse "corpo elettorale-maggioranza parlamentare-governo"¹⁶⁰ e per giunta in combinato disposto con il premio di maggioranza previsto dalla legge elettorale n. 52/2015, persegue evidentemente l'intento di rafforzare il Governo¹⁶¹.

A tal riguardo si è, nondimeno, esattamente rilevato che, poiché l'indirizzo politico, quantunque enucleato come funzione autonoma, si svolge pur sempre anche attraverso gli atti di produzione normativa, l'esclusione del Senato dall'indirizzo politico è tale da potersi ripercuotere sull'esercizio delle funzioni di cui esso resta titolare, in particolare sul procedimento legislativo e sulla fase ascendente della normazione europea. «Siffatto esercizio parrebbe suscettibile di limitazione non procedimentale ma contenutistica, potendosi ipotizzare una carenza di potere a lambire profili riconducibili all'indirizzo politico – importando, in tale ipotesi, una valutazione di coerenza e congruità circa l'ammissione del Senato a concorrere al procedimento legislativo per atti che sussumano scelte di indirizzo. Ancora: se è vero che la relazione fiduciaria è fonte del raccordo organizzatorio che sorregge l'indirizzo politico, ed essa si instaura in forza del principio maggioritario, è pur vero che il grado di maggioritarizzazione dell'indirizzo politico (profilo, questo, su cui altresì incide, quale elemento "materiale", la configurazione della legge elettorale) è in grado di incidere sul disegno pluralistico (cui è servente il medesimo divieto di mandato imperativo) quale innervante la Costituzione vigente»¹⁶².

Peraltro, se con l'attribuzione alla sola Camera dell'indirizzo politico si è inteso inequivocabilmente affermare che il circuito fiduciario si risolve ormai nel rapporto Governo/Camera dei Deputati, non è da escludersi che in futuro il nuovo art. 55 Cost., in combinato

cit., 53 ss.; cfr. anche T. MARTINES, *Indirizzo politico*, cit., 144 ss.; E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, cit., 93 ss.

¹⁶⁰ Così V. TONDI DELLA MURA, *Audizione presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica* (27 luglio 2015); S. NICCOLAI, *Audizione*, cit.

¹⁶¹ G. DE VERGOTTINI, *Audizione presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica* (27 maggio 2014).

¹⁶² Dossier del Servizio studi del Senato sull'A.S. n. 1429-A, *La riforma costituzionale (schede di lettura sul testo della 1a Commissione)*, n. 155/2014, 25-26; Dossier del Servizio studi del Senato sull'A.S. n. 1429-B, *Il testo approvato dalla Camera dei deputati in prima lettura*, n. 229/2015, 8-9.

disposto con l'art. 95 Cost. (non modificato dal disegno di legge costituzionale), determini gattopardescamente una situazione inversa a quella di un Governo forte, ovvero sia un Governo che, di fronte a una maggioranza "infedele", si ritrovi a giocare il ruolo di «comitato esecutivo delle decisioni della Camera»¹⁶³.

Il progetto di revisione costituzionale si muove, inoltre, nel senso di un rafforzamento del Governo (ulteriore rispetto a quello determinato negli ultimi decenni) consistente nell'attribuzione di strumenti mediante i quali esso viene letteralmente "armato" contro la sua stessa maggioranza e, più in generale, «contro l'intero corpo rappresentativo della Nazione»¹⁶⁴. Mi riferisco evidentemente all'introduzione del c.d. "voto a data certa", ora previsto dal nuovo testo dell'art. 72, comma 7, Cost. Nella formulazione iniziale, poi modificata in Commissione alla Camera, esso si configurava come un'ipotesi di vero e proprio "voto bloccato"¹⁶⁵, che costituzionalizzava «in maniera soltanto un po' più elegante, la vituperata pratica, da anni oggetto di quotidiana applicazione nelle aule parlamentari, del maxi-emendamento presentato dal governo, sul quale lo stesso governo pone la questione di fiducia»¹⁶⁶. Si stabiliva, infatti, che, decorsi sessanta giorni dalla richiesta del Governo di iscrivere con priorità un disegno di legge all'ordine del giorno e sottoporlo alla votazione finale, ««*il testo proposto o accolto dal Governo, su sua richiesta, [fosse] posto in votazione senza modifiche, articolo per articolo e con votazione finale*» (corsivo mio).¹⁶⁷

Nella formulazione ora confluita nell'A.C. 2613-D, in attesa di seconda deliberazione da parte della Camera dei Deputati, il nuovo testo dell'art. 72 Cost. dispone che, escluse le leggi per cui è prevista l'approvazione di entrambe le Camere e, in ogni caso, le leggi in materia elettorale, le leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali e le leggi di cui agli articoli 79 e 81, sesto comma, «il

¹⁶³ S. NICCOLAI, *Audizione*, cit.

¹⁶⁴ S. NICCOLAI, *Audizione*, cit.

¹⁶⁵ Sul punto vedi le *Audizioni* di E. GROSSO, M. VILLONE, M. VOLPI, cit.; nonché G. BUCCI, *Parlamentarismo senza parlamento: a proposito dell'attacco al bicameralismo perfetto*, in *www.gruppodipisa.it*, 2014, 16-17.

¹⁶⁶ E. GROSSO, *Audizione*, cit.

¹⁶⁷ Sulle analogie e sulle differenze con quanto previsto nella Relazione finale della Commissione dei Saggi istituita dal Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano il 30 marzo 2013 e in quella della Commissione per le riforme costituzionali istituita da Enrico Letta con D.P.C.M. dell'11 giugno 2013, cfr. A. RIDOLFI, *L'introduzione del «voto bloccato»*, in *Osservatorio Aic*, 2014, 5-6.

Governo può chiedere alla Camera dei deputati di deliberare, entro cinque giorni dalla richiesta, che un disegno di legge indicato come essenziale per l'attuazione del programma di governo sia iscritto con priorità all'ordine del giorno e sottoposto alla pronuncia in via definitiva della Camera dei deputati entro il termine di settanta giorni dalla deliberazione. In tali casi, i termini di cui all'articolo 70, terzo comma [entro cui il Senato può disporre di esaminare il disegno di legge approvato dalla Camera e deliberare proposte di modifica], sono ridotti della metà. Il termine può essere differito di non oltre quindici giorni, in relazione ai tempi di esame da parte della Commissione nonché alla complessità del disegno di legge». La previsione di limiti al procedimento è rimessa al regolamento della Camera dei deputati e, sebbene l'atto regolamentare costituisca *in astratto* la sede più congeniale alla definizione delle modalità e dei limiti dell'istituto¹⁶⁸, non può non rilevarsi che, soprattutto in considerazione delle implicazioni iper-maggioritarie del sistema elettorale, le aspettative delle minoranze parlamentari di trovare in quella sede adeguate tutele potrebbero rimanere deluse, nonostante il fatto che il regolamento della Camera sia ora chiamato a garantire i loro diritti e a disciplinare lo statuto delle opposizioni (nuovo testo art. 64 Cost., comma 1)¹⁶⁹.

Inoltre, il procedimento è congegnato in modo tale che, se la disposizione costituzionale fosse interpretata – come lasciano intendere le modifiche apportate al testo dalla Commissione Affari costituzionali della Camera – in modo da includere nei termini previsti i tempi lasciati al Senato per l'esame dei disegni di legge “prioritari” (5 giorni per l'esame e 15 per le proposte di modificazione: artt. 70, comma 3, in combinato disposto con l'art. 72, comma 7), il tempo di esame che rimarrebbe a disposizione della Camera dei Deputati scenderebbe, dai settanta giorni complessivamente previsti, al di sotto dei cinquanta, in considerazione del fatto che ad essa occorrerebbero in ogni caso alcuni giorni per esaminare le eventuali proposte di modifica deliberate dal

¹⁶⁸ Così A. GIORGIS, *Il voto a data certa*, relazione al Seminario di discussione del Gruppo di Pisa “La riforma della Costituzione: aspetti e problemi specifici”, Roma, 24 novembre 2014, *Report* a cura di L. FOTI, F. GRANDI, E. OLIVITO, in *www.gruppodipisa.it*, 2014, 18.

¹⁶⁹ Come rilevato da G. AZZARITI, *Audizione presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica* (30 luglio 2015).

Senato¹⁷⁰. Tempi molto stretti, dunque, con cui si rischia di sancire definitivamente la trasfigurazione della Camera dei deputati (e nel complesso dell'organo parlamentare) in docile e silente esecutore della *voluntas* governativa (*id est*, del Presidente del Consiglio) e che poco e male bilanciano le esigenze della rappresentanza e dei lavori parlamentari, fortemente e ulteriormente compresse, con quelle della governabilità.

A tal proposito a nulla rileverebbe il fatto che, per scongiurare il rischio di un'eccessiva facilità e velocità nell'approvazione dei disegni di legge per i quali è esclusa la possibilità di ricorrere al voto a data certa (*ex* nuovo art. 70, comma 1), il testo costituzionale è stato disseminato, nell'ambito del procedimento legislativo, di maggioranze assolute (artt. 70, 71, 73, 81 Cost.). Alla luce di quanto evidenziato in ordine alle implicazioni della legge elettorale n. 52/2015, quelle maggioranze sembrano, infatti, rispondere piuttosto al solo intento di salvare le apparenze. Difatti, «[l]e maggioranze assolute, come ben noto, possono essere artificialmente costruite dai sistemi elettorali. Quindi esse sono *assicurate*, almeno formalmente, nel contesto di sistemi elettorali non perfettamente proporzionali [...]. Il raggiungimento della maggioranza assoluta dipende quindi – soltanto – dal livello di coesione interna della maggioranza, e non certo dall'esigenza di “coinvolgere” l'opposizione nella responsabilità circa l'assunzione della specifica decisione»¹⁷¹.

Alle gravi ripercussioni del c.d. “voto a data certa” poc'anzi richiamate non sembra, peraltro, potersi meramente opporre che, al fine di ovviare alla presunta debolezza del Governo nel procedimento legislativo (smentita peraltro nella legislatura in corso e in quelle precedenti¹⁷²) e/o alla farraginosità dell'*iter legis*¹⁷³, l'introduzione di una

¹⁷⁰ Cfr. D. CHINNI, *Interventi diretti e indiretti sulla decretazione d'urgenza nel disegno di legge di revisione costituzionale. Primi appunti*, in *Osservatorio Aic*, 2015, 8.

¹⁷¹ E. GROSSO, *Audizione*, cit. (corsivo dell'A.); in senso analogo vedi anche L. RONCHETTI, *Audizione presso la Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica* (28 luglio 2015).

¹⁷² Vedi al riguardo G. RIVISECCHI, *Decretazione d'urgenza e governo dell'economia*, in R. CALVANO (a cura di), *Legislazione governativa d'urgenza e crisi*, cit., 136 ss., il quale evidenzia come, anche in conseguenza dell'applicazione alla Camera dei Deputati dell'istituto di cui all'art. 55, comma 6, del Regolamento del Senato (c.d. ghigliottina), nelle ultime tre legislature «l'uso specializzato della questione di fiducia nel procedimento di conversione dei decreti-legge, ben lungi dal rispondere ad esigenze anti-ostuzionistiche, [ha consentito] al Governo di “blindare” i contenuti normativi del provvedimento,

procedura che vuole garantire tempi certi ai disegni di legge costituirebbe un'esigenza ineludibile, anche nell'intento di scoraggiare il ricorso massivo alla decretazione di urgenza e alle questioni di fiducia sui maxi-emendamenti presentati in sede di conversione¹⁷⁴, prassi queste che da anni deprimono il ruolo del Parlamento a mero e inerte "convertitore" di decreti-legge. Nella relazione di accompagnamento al disegno di legge costituzionale 1429 si legge, infatti, che, anche in coerenza con l'introduzione dell'istituto del voto a data certa, è stato previsto «un duplice intervento in materia di decretazione d'urgenza, finalizzato a contenere entro ambiti fisiologici il ricorso da parte del Governo a provvedimenti provvisori con forza di legge».

Il nuovo testo dell'art. 77 Cost., costituzionalizzando in parte i limiti posti dalla legge n. 400/1988 e introducendone altri che, per il vero, già si ritenevano implicitamente ricavabili dalla Costituzione o erano stati negli anni enucleati dalla Corte costituzionale¹⁷⁵, stabilisce che il Governo non può ricorrere alla decretazione d'urgenza per «disciplinare le materie indicate nell'articolo 72, quinto comma, con esclusione, per la materia elettorale, della disciplina dell'organizzazione del procedimento elettorale e dello svolgimento delle elezioni; reiterare disposizioni adottate con decreti non convertiti in legge e regolare i rapporti giuridici sorti sulla base dei medesimi; ripristinare l'efficacia di norme di legge o di atti aventi forza di legge che la Corte

anzitutto nei confronti della "sua" maggioranza, le cui iniziative emendative vengono, per così dire, "filtrate" dal maxi-emendamento» (ivi, 139).

¹⁷³ Contro tale *vulgata* vedi A. D'ANDREA, «Convertire in legge i decreti del governo! Aspetti problematici di un "dato preoccupante" e prospettive istituzionali», in *Federalismi.it*, 2014, 8, per il quale non è «aderente alla realtà affermare che nell'ordinamento italiano la posizione costituzionale del Governo in Parlamento – certo di natura bicamerale e con pari funzioni della Camera e del Senato – risulterebbe attualmente priva di specifica considerazione cosicché la strada maestra della legislazione, lastricata da ostacoli procedurali, impedisce la realizzazione in tempi ragionevoli dell'indirizzo politico alla maggioranza di Governo». Analogamente D. RAVENNA, *La patologia dei maxi-emendamenti e i possibili rimedi*, in N. LUPO (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, Padova, Cedam, 2010, 29.

¹⁷⁴ In tal senso vedi A. GIORGIS, *Il voto a data certa*, cit., 16. In termini analoghi si era espressa, peraltro, anche la Commissione per le riforme costituzionali istituita con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri dell'11 giugno 2013. Nella Relazione finale del 17 settembre 2013 la Commissione proponeva, infatti, «anche per coerenza con l'introduzione dell'istituto del voto a data fissa, [...] di limitare le possibilità di ricorso ai decreti legge, che devono restare uno strumento assolutamente straordinario» (45, corsivo mio).

¹⁷⁵ Cfr. D. CHINNI, *Interventi diretti e indiretti sulla decretazione d'urgenza*, cit., 4-5.

costituzionale ha dichiarato illegittimi per vizi non attinenti al procedimento». I decreti debbono, inoltre, contenere «misure di immediata applicazione e di contenuto specifico, omogeneo e corrispondente al titolo», mentre «[n]el corso dell'esame dei disegni di legge di conversione dei decreti non possono essere approvate disposizioni estranee all'oggetto o alle finalità del decreto» (nuovi commi 4, 5 e 6).

E tuttavia, dall'intreccio tra "voto a data certa" e disciplina costituzionale della decretazione d'urgenza discende, nel complesso, un sostanziale rafforzamento del Governo in Parlamento, cui non sembra necessariamente corrispondere un contenimento dei provvedimenti provvisori con forza di legge. Difatti, dal momento che il legislatore costituzionale ha escluso che si possa ricorrere al voto a data certa per i disegni di legge vertenti sulle materie c.d. bicamerali, ma non ha invece escluso che in questi ambiti si possa ricorrere alla decretazione d'urgenza, è stato rilevato che «se mai si dovesse ritenere essenziale per il programma di governo un disegno di legge su materie c.d. bicamerali, si opterà per il decreto-legge per avere certezza dei tempi di approvazione». Inoltre, qualora nella prassi si seguisse un'interpretazione dell'art. 77 Cost. tale da ridimensionare fortemente il peso del Senato in fase di conversione dei decreti-legge vertenti su materie "bicamerali", «il ricorso al decreto-legge in tali materie consentirebbe di derogare alla competenza paritaria Camera-Senato, consentendo pertanto a quest'ultimo di soltanto proporre modifiche al testo approvato dalla prima»¹⁷⁶.

Peraltro, in ordine all'asserita necessità di modificare il testo costituzionale in modo da incrementare le prestazioni decisionali delle due Camere e improntare i procedimenti legislativi a un'ottica efficientistica, da più parti è stato osservato che, sul piano delle procedure legislative, il disegno di legge costituzionale ne determina l'appesantimento e l'aggravamento, piuttosto che la semplificazione, con un fortissimo rischio di aumento del contenzioso¹⁷⁷. Vi è, inoltre, un solo apparente irrobustimento degli strumenti di democrazia

¹⁷⁶ D. CHINNI, *Interventi diretti e indiretti sulla decretazione d'urgenza*, cit., 7-8.

¹⁷⁷ G. RIVOSECCI, *Riparto legislativo tra Stato e Regioni: le c.d. "disposizioni generali e comuni"*; G. AZZARITI, *Conclusioni*, entrambi nel Report del Seminario di discussione del Gruppo di Pisa "La riforma della Costituzione: aspetti e problemi specifici", cit., rispettivamente 9 ss. e 37 s.; nonché G. AZZARITI, *Audizione*, cit.

diretta, fintamente e malamente posti a bilanciamento di un deciso rafforzamento del Governo¹⁷⁸.

Dall'esame del disegno di legge costituzionale emerge, dunque, che nel complesso «il fortissimo incremento del potere del Governo non è in alcun modo bilanciato [...] né da significative limitazioni di tale potere, né da nuovi spazi di azione per il Parlamento, né dal rafforzamento degli istituti di partecipazione popolare»¹⁷⁹.

6. Per un diverso paradigma concettuale

Il disegno di legge costituzionale in corso di approvazione alle Camere può, in definitiva, essere visto come l'atto in cui solo da ultimo (ma in termini nient'affatto definitivi) sono condensate le inesauribili e incontenibili ragioni di una governabilità sempre più pervasiva, che tollera equilibrature o compensazioni di sola facciata. Una governabilità che, peraltro, dopo l'iniziativa legislativa costituzionale governativa, ha spinto il Presidente del Consiglio, in sede di conferenza stampa di fine anno (e nelle relative slide¹⁸⁰), a legare le sue sorti (e incidentalmente quelle del Governo) all'esito del referendum costituzionale, rendendo «la procedura applicata alla riforma Renzi-Boschi [...] assai più prossima a quella di una legge di indirizzo politico»¹⁸¹. Un referendum costituzionale che in questo modo non soltanto è nuovamente strumentalizzato in chiave maggioritaria-confermativa, come già è avvenuto nel 2001, ma diviene strumento per la legittimazione personalistica del Presidente del Consiglio, in un abbraccio plebiscitario di gaulliana memoria tra il *leader* politico-Capo del Governo e il corpo elettorale.

Ciò è soltanto la riprova mediatica del fatto che le trasfigurazioni veicolate dall'imperativo della governabilità non toccano semplicemente la forma di governo; a essere messa in discussione è, invero, la

¹⁷⁸ Cfr. F. CERRONE, *Memoria per la Commissione Affari Costituzionali del Senato sul progetto di revisione costituzionale* (luglio 2015); S. NICCOLAI, *Audizione*, cit.

¹⁷⁹ Cfr. F. CERRONE, *Memoria per la Commissione Affari Costituzionali*, cit.

¹⁸⁰ Le slide sono consultabili all'indirizzo www.governo.it/sites/governo.it/files/confstampa-fineanno-2015.pdf.

¹⁸¹ A. PACE, *Il rischio del Premier*, in *la Repubblica*, 31 dicembre 2015.

tenuta della stessa forma di Stato¹⁸². Governabilità e tempo esecutivo sono, infatti, il segno di qualcosa di più grande del semplice adeguamento del testo costituzionale: essi segnalano che ci si sta avviando verso un più significativo cambio di “regime”, intendendosi con tale termine il modo di reggere una società¹⁸³. A essere in bilico sono le premesse stesse di una costituzione democratica, «che impone la legittimazione dal basso, la responsabilità e la controllabilità del potere; il rispetto, la cura e la dignità nei confronti della vita politica e degli atti in cui si manifesta; e soprattutto un approccio ragionevole ai problemi della convivenza, e cioè attento alla congruità tra obiettivi e mezzi, tra le regole e la natura delle cose regolate»¹⁸⁴.

Il combinato disposto della nuova legge elettorale per la Camera dei Deputati e il progetto di revisione costituzionale rischiano, pertanto, di avere come esito finale, in mancanza di contrappesi sostanziali al rafforzamento del Governo (e del Presidente del Consiglio), un complessivo indebolimento delle garanzie costituzionali e, in definitiva, della rigidità stessa della Costituzione¹⁸⁵. Entrambi i concetti – governabilità e tempo esecutivo – esprimono, infatti, un processo inverso a quello che portò dalla nozione di atto politico a quella di indirizzo politico (e al suo aggancio alla Costituzione repubblicana). Si delinea, cioè, all’orizzonte un ritorno all’idea che vi siano atti sottratti ai limiti del diritto oggettivo e prim’ancora della Costituzione, sebbene questi atti prendano oggi la forma (più che la sostanza) degli atti esecutivi in quanto atti tecnici e neutralizzati¹⁸⁶.

In questo senso, l’ingegneria costituzionale e istituzionale a supporto della governabilità scontano il fatto che i meri espedienti procedurali e istituzionali per consentire al Governo di decidere e al

¹⁸² Sul rapporto tra forma di governo e forma di Stato e sul modo in cui le revisioni costituzionali possono divenire strumento per incidere anche sulla seconda vedi M. VOLPI, *Il presidenzialismo all’italiana ovvero dello squilibrio tra i poteri*, in AA. VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, cit., 700 ss.; al riguardo, sul malessere dei costituzionalisti, consistente «nella incertezza e più in particolare nel dubbio se comportamenti di vertice e mutamenti nella forma di governo possano trasmodare in involuzioni che incidano sulla forma stessa di Stato» vedi L. ELIA, *Il disagio del costituzionalista*, in ID., *La Costituzione aggredita. Forma di governo e devolution al tempo della destra*, Bologna, il Mulino, 2005, 25.

¹⁸³ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Moscacieca*, cit., 47 ss.

¹⁸⁴ S. NICCOLAI, *Audizione*, cit.

¹⁸⁵ Così M. VILLONE, *La legge 52/2015 (Italicum)*, cit., 22; M. VOLPI, *Italicum due*, cit., 14.

¹⁸⁶ Cfr. M. DOGLIANI, *Indirizzo politico: riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, cit., 61 ss.

Parlamento di controllare non risolvono, ma semmai aggravano la crisi di legittimazione del sistema politico e delle istituzioni parlamentari. Il risultato è che vi potrà essere una maggiore stabilità della funzione di governo, ma ciò avverrà immancabilmente a discapito dell'equilibrio democratico.

Di fronte a questo scenario, un primo seppur modesto passo può essere quello di costruire le premesse per il superamento di un paradigma di cui si denunciano da tempo l'inadeguatezza e la deriva decisionistica, per affermare con forza un diverso paradigma concettuale. Difatti, sulla scorta delle osservazioni di Thomas Kuhn, non bisogna dimenticare che, «una volta raggiunto lo *status* di paradigma, una teoria scientifica è dichiarata invalida soltanto se esiste un'alternativa disponibile per prenderne il posto», poiché «[l]a decisione di abbandonare un paradigma è sempre al tempo stesso la decisione di accettarne un altro»¹⁸⁷, indipendentemente dall'esistenza di anomalie o di contro-fatti. Bisogna, pertanto, non semplicemente liberare la governabilità dal mito della decisione e dall'idea conseguente di «un unico centro governante capace di esprimere decisioni stabili e coerenti»; occorre, piuttosto, «cambiare “codice di lettura” [perché] è questo un punto centrale delle analisi condotte in termini di “complessità”»¹⁸⁸.

Alla tirannia dell'immediato presente e alla forza normativa che oggi si tende ad assegnargli¹⁸⁹ occorre, in definitiva, contrapporre visioni prospettiche. Tuttavia, perché esse possano affacciarsi, è indispensabile partire da una riflessione critica sulle ragioni odierne della complessità sociale, sui suoi caratteri, sui suoi canali di espressione e sui meccanismi di ingabbiamento, sulle trasformazioni della forma partito in senso plebiscitario e non più rappresentativo, sulle condizioni per la configurabilità di contropoteri democratici. Occorre, inoltre, revocare in dubbio «l'affermazione, spesso implicita ma non di rado esplicita, che dal comprovato aumento della complessità sociale derivi direttamente una accresciuta difficoltà di governo del sistema»¹⁹⁰.

¹⁸⁷ T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1962), Torino, Einaudi, 1969, 103-104.

¹⁸⁸ P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico*, cit., 113.

¹⁸⁹ Contro la tirannia del «tempo costituzionale-materiale» vedi G. ZAGREBELSKY, *Moscacièca*, cit., 48.

¹⁹⁰ L. GALLINO, *Della ingovernabilità: la società italiana tra premoderno e neo-industriale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1987, 18.

A noi tutti, dunque, il compito di proseguire su questa strada.

Un'indicazione e un segnale importanti in questa direzione arrivano, peraltro, dalla Francia, un paese che più di altri è stato preso come esempio, prima negativo (IV Repubblica) e poi positivo (V Repubblica) di in/governabilità¹⁹¹, anche in conseguenza di ricostruzioni dottrinali eccessivamente semplificate. Lo scorso ottobre l'Assemblea nazionale ha pubblicato il Rapporto "Refaire la démocratie" del Gruppo di lavoro sull'avvenire delle istituzioni. I temi discussi nel rapporto sono già sintomatici del fatto che è avvertita con forza la necessità di indicare un cambio di prospettiva rispetto alle tendenze riassuntivamente riconducibili alla "governabilità": 1. Ripristinare il legame tra cittadini e rappresentanti; 2. Non ridurre la partecipazione politica a mera partecipazione elettorale; 3. Ri-orientare il sistema verso un esecutivo più equilibrato e meglio controllato; 4. Rivitalizzare e valorizzare il Parlamento in funzione di un riequilibrio tra le istituzioni. Il Rapporto è stato pubblicato qualche settimana prima degli attentati di Parigi del 13 novembre 2015 e sul séguito che esso potrà avere non lasciano ben sperare né la dichiarazione del Presidente François Hollande sulla necessità di procedere ad una revisione costituzionale né la conseguente approvazione in prima lettura da parte dell'Assemblea nazionale del progetto di legge costituzionale di "*Protection de la Nation*" (n. 3381), che prevede la costituzionalizzazione dello "stato di urgenza" e la possibilità di privare una persona della cittadinanza francese e dei diritti ad esso collegati, quando sia accusata di un crimine o reato che costituisce un grave attacco alla vita della Nazione¹⁹².

Oggi, tuttavia, abdicare al compito di promuovere una discussione seria sui nodi problematici della governabilità (e, dunque, delle nostre democrazie) vorrebbe dire compiere un imperdonabile passo falso.

¹⁹¹ In questi termini ancora da ultimo G. PASQUINO, *Cittadini senza scettro. Le riforme sbagliate*, Milano, Università Bocconi Editore, 2015, 67. Sulle diverse fasi dell'interpretazione italiana dell'esperienza francese vedi F. LANCHESTER, *La transizione italiana nel rapporto con le istituzioni francesi della V Repubblica*, in F. LANCHESTER, V. LIPPOLIS (a cura di), *La V Repubblica francese nel dibattito e nella prassi in Italia*, Napoli, Jovene, 2009, 25 ss.

¹⁹² Cfr. M. CAVINO, *Sécurité, égalité, fraternité. La fragilità costituzionale della Francia (Osservazioni a un mese dagli attentati di Parigi)*, in *Consulta Online*, fascicolo 3/2015, 829. Al riguardo vedi, inoltre, P. PICIACCHIA, *Dalla lotta al terrorismo alle elezioni regionali: gli tsunami della V Repubblica e gli interrogativi su (come) "refaire la démocratie"*, in *Nomos-Le attualità del diritto*, fascicolo 3/2015, 1 ss.

**EFFETTIVITÀ E “SINCERITÀ”
DELLA PARTECIPAZIONE POPOLARE
SPUNTI SUI CAMBIAMENTI DELL’ASSETTO
COSTITUZIONALE ITALIANO**

di Paola Marsocci

SOMMARIO: 1. *La Partecipazione alla sfera pubblica*; 2. *La partecipazione popolare al potere, ovvero alla sfera politica, come una delle forme di partecipazione alla sfera pubblica*; 3. *Proposta, controllo, azione*; 4. *La questione della partecipazione popolare nel DDL di revisione costituzionale Renzi-Boschi: iniziativa, referendum, “consultazioni”*; 5. *La questione della partecipazione al percorso di revisione costituzionale. Alcune considerazioni conclusive.*

1. La partecipazione alla sfera pubblica

L’attuale rinnovato tentativo di portare a compimento un’ampia revisione costituzionale sollecita una riflessione sull’impatto che essa avrebbe non solo sui caratteri della forma di governo, ma sui principi strutturali del modo di essere della convivenza democratica, così come prescritti dalla Costituzione ossia sottratti alle contingenti e mutevoli intenzioni riformatrici delle maggioranze parlamentari. Proprio per questa ragione, è importante che tale patrimonio di principi sia interpretato, nel contesto dei mutamenti delle democrazie pluraliste, perseguendo instancabilmente l’obiettivo della loro effettività¹.

¹ La partecipazione, oggetto delle presenti riflessioni, è emblematicamente il frutto di un processo che, come insegnato da C. MORTATI, *Principi fondamentali (art. 1-12)*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, p. 26, è radicato nelle norme costituzionali (specie negli artt. 1, 2, 3, 5, 17, 18, 21, 48, 50, 75, 138) allo scopo di portare ad una trasformazione sostanziale del rapporto tra Stato e comunità nella gestione del Paese. Sul nesso tra «concetto e realizzazioni» della democrazia, cfr. L. CARLASSARE, *Sovranità popolare e stato di diritto*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2005, 4 ss. Sempre L. CARLASSARE, in *Nel segno della Costituzione*, Feltrinelli, Milano 2012, § 4, ricordando che l’entrata in vigore della Costituzione italiana introduce una novità tale da rivoluzionare i rapporti sociali precedentemente consolidati, ponendo «al centro del sistema non più l’“individuo” astrattamente considerato, ma la “persona” nella

In tale ottica, la riflessione sulla partecipazione popolare appare quanto mai opportuna, in particolare nel confronto con i riflessi che su rappresentanza e governabilità (oggetto di altri contributi presenti in questo fascicolo della Rivista) avrebbe il nuovo assetto costituzionale, coinvolgendo le forme nelle quali, insomma, è declinato oggi il principio che «La sovranità appartiene al popolo» (art. 1 Cost.).

In questo lavoro, si intende prendere le mosse da alcuni approcci ricostruttivi della nozione di partecipazione, in quanto essi riflettono la differenziata propensione ad analizzare – anche nella prospettiva del metodo giuridico – non solo il diritto vigente, ma le azioni o “pratiche” partecipative di singoli e gruppi sociali. Si tratterà poi di esaminare come il tema della partecipazione popolare sia stato affrontato nella discussione parlamentare sul DDL di revisione costituzionale *in itinere* e di considerare quanto sia determinante lo spazio che proprio il coinvolgimento popolare ha avuto e avrà nella riforma. (Ri)Partire insomma dal quadro teorico – seppure delineato sinteticamente – per supportare l’analisi dell’attualità, tralasciando, nell’economia del contributo, la ricostruzione critica della storia e dei motivi dei precedenti tentativi di cambiamento del nostro assetto costituzionale.

Alla nozione di partecipazione, prevalentemente, la dottrina associa una «concezione estensiva» ed una «restrittiva»².

Per quanto riguarda la prima, «è intesa in senso davvero assai ampio, e cioè come generica partecipazione alla “vita” delle istituzioni e come apertura alla “consultazione” della società civile»³. Facendo riferimento in particolare alla definizione di Giuseppe Ugo Rescigno, essa ricomprende «tutte quelle numerose forme e modi attraverso cui i cittadini, singolarmente o a gruppi, direttamente o indirettamente, prendono parte a processi decisionali dei pubblici poteri»⁴. Per la

concretezza della sua vita, della sua situazione sociale, delle sue relazioni, nelle sue difficoltà, debolezze, limitazioni, in un mondo dominato da diseguaglianze», sottolinea come sia comprensibile che ci si debba confrontare con continui tentativi di neutralizzare la portata di quella che è «una visione non mitica, ma realistica della società».

² Riprendo le valutazioni espresse da M. LUCIANI, *Gli istituti di partecipazione popolare negli statuti regionali*, relazione al convegno organizzato dall’ISSIRFA, *I nuovi statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria*, Roma, 4 luglio 2005, in www.issirfa.cnr.it.

³ *Ibidem*.

⁴ G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, Bologna 2005, 328. Così anche nella definizione di A. PIZZORUSSO, *Democrazia partecipativa e attività parlamentare*, in

seconda ci si può riferire all’opinione di Massimo Luciani, in base alla quale essa, invece, «coincide con la compartecipazione ai processi decisionali pubblici ovvero con l’assunzione di responsabilità decisionali pubbliche» e fa riferimento agli istituti della partecipazione *stricto sensu*⁵ (vari tipi referendum, iniziativa legislativa popolare, petizione).

Partendo dalla lettura del testo della Costituzione è comunque possibile osservare che, la prima volta che si incontra la parola partecipazione, questa rimanda ad un significato che, a mio avviso, è ancora più generale ed è prescritto tra i principi fondamentali: la partecipazione come apertura al sociale, meglio, come promozione dell’attivismo individuale nel sociale, indipendentemente dalla qualità del rapporto tra gli istituti al suo servizio e gli istituti al servizio del principio di rappresentanza. Mettere in evidenza anche questa possibile interpretazione, permette di anticipare una prima osservazione critica sul modo, forse prevalente in dottrina, di analizzare la partecipazione soprattutto come valida risposta – in termini di ausilio – alla crisi della democrazia rappresentativa⁶.

Studi in onore di Antonio Amorth, vol. II, *Scritti di diritto costituzionale e altri*, Giuffrè, Milano 1982, 518, le «manifestazioni di opinione le quali non hanno necessariamente effetto determinante sulle decisioni che debbono essere prese da parte delle varie autorità, ma che valgono ad inserire nel procedimento di formazione degli atti dei pubblici poteri delle proposte o dei pareri mediante i quali le autorità vengono indotte a tener conto, ai fini della formazione delle loro decisioni, di un più ampio ventaglio di informazioni e di idee».

⁵ M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, con riferimento alle esperienze regionali, osserva «le definizioni più rigorose di “partecipazione popolare” sono senz’altro da preferire, come quelle che, per un verso, rendono meno probabile l’equivoco sulla portata delle garanzie statutarie e, per l’altro, pongono in luce i termini propriamente istituzionali della questione, collegando operativamente il fine (la crescita democratica della comunità regionale) con i mezzi». Cfr., anche ID., *La formazione delle leggi. Art. 75. Il referendum abrogativo*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2005; M. VILLONE, *Gli istituti di democrazia diretta nella recente legislazione regionale*, in AA.VV., *Partecipazione e nuovi poteri dei cittadini. La dimensione regionale e locale*, supplemento al n. 4-5/1989 di *Democrazia e Diritto*.

⁶ Sui limiti e rischi delle ricostruzioni teoriche della nozioni di democrazia “partecipativa” come realtà alternativa alla democrazia rappresentativa cfr. F. BILANCIA, *Conclusioni*, in G. ARENA, F. CORTESE (a cura di), *Per governare insieme: Il federalismo come metodo di governo. Verso nuove forme della democrazia*, Cedam, Padova 2011, 367 ss. La preferenza per un modello di integrazione e complementarietà è stata di recente riaffermata da A. LUCARELLI, *Sovranità popolare v. sovranità parlamentare: il ruolo della comunità tra democrazia della rappresentanza e democrazia partecipativa*, in *Diritto pubbl.*

A questa terza concezione vorrei quindi riferirmi, nella prima parte del ragionamento, parlando di *partecipazione alla sfera pubblica* (o *partecipazione alla Res publica*). Quest'ultima si avvicina alle riflessioni di Norberto Bobbio sul valore anche "pedagogico" di democrazia. La democrazia sostanziale (meno ingannevole e insincera) è concetto a lungo sottolineato da questo autore in quanto fondato sulla partecipazione "diretta", e non soltanto mediata dai partiti, del "nuovo cittadino" repubblicano. L'idea di fondo che la politica debba «disseminarsi nei luoghi decisivi del tessuto sociale»⁷ sembra riaffiorare anche nel dibattito attuale e, per certi aspetti, si tratta di un richiamo allo spirito della prima fase della interpretazione e della attuazione costituzionale, tornando ad essere sollecitati il senso di responsabilità individuale e l'intelligenza critica collettiva, l'attivismo civico e la visione, appunto, partecipativa della democrazia. In questo stesso senso, è già stato analizzato e definito come "prezioso" il «patrimonio della partecipazione per un sistema democratico meno asfittico. Esso garantirebbe un surplus di dinamicità che nasce dalla capacità di utilizzare i soggetti e le individualità che operano entro la società civile anche per la gestione

europo. Rassegna on line, 2015, 6, a parere del quale «oggi, proprio la crisi dei partiti e della rappresentanza, attraverso i suoi meccanismi classici, richiedono un ragionamento intorno al ruolo della comunità all'interno dello Stato, ma non subordinata allo Stato, quale frutto e garante della statualità stessa...Una sorta di processo continuo di formazione della sovranità dal basso e proprio per questo armonico – ed espansivo – della sovranità popolare stessa».

⁷ Cfr. la recente ricostruzione di E. GROSSO, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nel pensiero di Norberto Bobbio*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, in particolare quella relativa alla prima fase del pensiero dell'A., laddove egli intendeva contribuire ad affermare «un nuovo ideale di una democrazia come «costruzione dello stato dal basso per opera del popolo costruttore», che egli definisce, appunto, «democrazia diretta», ma «non nel senso astratto e puramente ideologico del Rousseau, che voleva l'eliminazione di ogni forma di rappresentanza, ma nell'unico senso in cui si può parlare, rimanendo sul terreno delle possibilità concrete, di democrazia diretta, vale a dire nel senso di una collaborazione effettiva di tutti i cittadini attivi alla cosa pubblica attraverso il massimo decentramento, mediante la molteplicità degli istituti rappresentativi, per opera della vivificazione dello stato, cioè della volontà generale proponente e deliberante, in ogni piccolo centro abitato, in ogni officina, ovunque si lavora e si costruisce»; cfr. anche le considerazioni di quello stesso A., riportate da V. MARCENÒ, *Bobbio "al di là di Kelsen". Il superamento dell'etica dell'indifferenza*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015. Sul punto dell'uguaglianza politica, come inclusività ed equipollenza, anche M. BOVERO, *Autocrazia elettiva*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2015.

della cosa pubblica, per il governo politico della società, per il conseguimento degli obiettivi sociali che la nostra Costituzione impone»⁸.

È possibile, e a mio avviso è necessario ancora oggi, interpretare in tal modo quanto scritto nell'art. 3, secondo comma. In quella disposizione, la parola partecipazione compare appunto per la prima volta ed è aggettivata come “effettiva”, permettendo al pensiero di andare subito alla concretezza delle relazioni sociali; inoltre essa è posta immediatamente dopo il riferimento al “pieno sviluppo della persona umana”, consentendo di ragionare sul nesso ineliminabile tra individuo e comunità; è poi connessa alla solidarietà (prescritta come principio nel secondo comma dell'art. 2), perché – anche in questo caso – sono indicati quegli stessi tre ambiti, “politico, economico, sociale”, in cui una persona si muove nello Stato comunità⁹. È necessario, però, anche continuare a sottolineare che l'art. 3 tiene insieme partecipazione e lavoro: il lavoro è la qualità che accomuna inevitabilmente i cittadini e non solo nella loro “condizione umana”, proprio in quanto espressione di agire partecipativo¹⁰.

In questo suo significato, che prima ho definito ancora più generale, partecipazione è allora il modo di agire consapevole di individui e gruppi che intendono dare corpo alla democrazia come modello di convivenza prescritto dalla Costituzione. Ciò è utile per

⁸ G. AZZARITI, *Democrazia partecipativa: cultura giuridica e dinamiche istituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2009, 1.

⁹ Condivisibile pienamente è la posizione di chi ritiene, come U. ALLEGRETTI, *Note sull'esperienze e il senso costituzionale dei “movimenti”*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Giappichelli, Torino 2005, 57, che le formazioni sociali (in specie i movimenti) non siano solo espressione della messa in pratica di libertà costituzionali, «ma elemento che concorre a qualificare con un suo specifico ruolo l'ordinamento complessivo».

¹⁰ G. FERRARA, *I diritti del lavoro e la costituzione economica italiana ed in Europa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2005, 2, «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. Che è poi quella che coglie della condizione umana non soltanto il tratto che la accomuna, ma che la accomuna in quanto collega l'una condizione all'altra e tutte nella produzione della ricchezza sociale, e può riscattare, perché massimamente umana e provvista di tutta la dignità che perché tale deve esserle riconosciuta, anche il prodotto del lavoro umano, riscattarlo dalla forma di merce, in quanto e per quanto intriso di dignità sociale, di quella stessa socialità che è incorporata nella ricchezza prodotta». Cfr. anche ID, *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*, Ediesse, Roma 2006, 109 ss.

realizzare le pretese costituzionali di esercizio e tutela (almeno) dei diritti presenti in quel testo¹¹, e non solo le forme prescritte per la vita delle istituzioni democratiche. Il “corpo” ossia la “forma” è quella che si va determinando storicamente, non esistendo un unico e specifico modello di democrazia, ma esempi di democrazia, modelli di culture praticate che si può ambire a rafforzare, difendere o anche diffondere, purché nel dialogo pacifico tra popoli¹².

Dunque, nell’ordinamento costituzionale vigente la democrazia si esprime e si afferma valorialmente come attiva partecipazione in senso solidaristico ed inclusivo¹³, mai coercibile, benché ovviamente un comportamento inattivo semmai è sanzionabile, laddove siano previsti obblighi specifici (per tutti valgono gli esempi dell’imposizione fiscale o dell’obbligo scolastico). Ma si esprime anche nel senso del *proficuo utilitarismo* di chi è consapevole che i margini di progresso individuale sono decisamente più ridotti, se non intervengono miglioramenti collettivi e generalizzati; questo, ovviamente, a meno che non si appartenga a quei circoli di privilegiati, davvero numericamente sempre più ristretti. Come si vede, la partecipazione attiva alla *Res publica* è, in questo senso, anche connessa al principio della redistribuzione della ricchezza.

Anche di fronte alle apparenti conclusioni – non esaltanti – dei cicli storici della nostra esperienza politica e civile, quelle iscritte nella Carta, continuano quindi ad essere “promesse da mantenere” e non “promesse non mantenute”. Non possiamo continuare a riporre ottimistica fiducia nella capacità dei partiti politici di autoriformarsi, *dovendo* – pur nelle loro rinnovate forme – continuare ad essere mediatori virtuosi degli equilibri democratici sia istituzionali sia sociali, e non accordare la stessa fiducia nella capacità degli individui e dei gruppi sociali di fare la loro parte anche con altre leve, di farsi *demos* (o *civitas*) giudizioso ed affidabile, e non massa strumentalizzabile (il Kantiano uso pubblico della propria ragione

¹¹ G. AZZARITI, *Democrazia partecipativa*, cit., I, parla di «virtualità concrete possedute dal paradigma della partecipazione».

¹² In questa prospettiva, sulle radici globali della democrazia A. SEN, *La democrazia degli altri*, Mondadori, Milano 2004. Un’ampia ricostruzione anche in L. CANFORA, *La democrazia. Storia di un’ideologia*, Laterza, Roma-Bari 2006.

¹³ Mai coercibile, benché ovviamente un comportamento inattivo semmai è sanzionabile, laddove siano previsti obblighi specifici, per tutti valgono gli esempi dell’imposizione fiscale o dell’obbligo scolastico.

continua a essere antidoto formidabile a molti mali). È necessario insomma ribadire, più realisticamente, che la partecipazione nei sistemi che ambiscono a mantenersi democratici deve essere studiato come fenomeno che ha *questo* livello di complessità – anche e soprattutto nell’era digitale – e che esso non deve essere “compresso”, ma gestito, tenendo fermo il nesso di complementarità tra politica e diritto (costituzionale).

Vorrei continuare, brevemente, a mettere in luce la parola così come essa compare nel testo della Costituzione. Dopo i «Principi fondamentali», troviamo solo il verbo partecipare, non più il sostantivo partecipazione. Certamente, l’azione del prendere parte ha diverse implicazioni di significato, ma, quando quel lemma è usato ha sempre un *surplus* di valore semantico: implica consapevolezza e responsabilità e, dunque, incisività dell’azione. Non è mai (giuridicamente) indifferente, insomma, quello che i soggetti coinvolti fanno ai fini della effettività delle procedure entro le quali la loro presenza è inserita. Benché presente nella seconda parte della Costituzione, sono però minime le “tracce” linguistiche della partecipazione nelle disposizioni costituzionali relative ai referendum, alla petizione, all’iniziativa legislativa popolare (la parola è presente solo nel primo caso); in questa parte della Carta, l’uso di questo verbo indica sempre la possibilità per soggetti istituzionali o per cittadini-elettori di avere un ruolo specifico entro procedure connesse all’assolvimento di funzioni o competenze pubbliche: partecipare al referendum (art. 75, comma 3 e 4), partecipare all’elezione del PdR (art. 83, comma 2), partecipare (la Corte dei Conti) al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria (art. 100, comma 2), partecipare alla funzione giurisdizionale ed all’amministrazione della giustizia (art. 102, comma 3 e 108, comma 2), partecipare (le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano) alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari (art. 117, comma 5) e compartecipare (gli enti territoriali e locali) al gettito di tributi erariali (119 comma 2)¹⁴.

Da queste prime considerazioni emerge che la partecipazione è *principio* che concorre a definire la forma di Stato (la rende vitale e

¹⁴ Nel DDL di revisione costituzionale *in itinere* il verbo partecipare è declinato più volte e, nelle disposizioni modificate, compare anche negli articoli 55, comma 3; 64, comma 6; 70 comma 1, 71 comma 4.

reale, attraverso la libera espressione della persona nel contesto sociale) ed è *azione* che concorre a qualificare la forma di governo (ossia è modalità di espressione del sistema di poteri nella nostra democrazia, attraverso gli istituti della rappresentanza, gli strumenti istituzionali di partecipazione popolare e le “famiglie” di pratiche della democrazia partecipativa).

2. La Partecipazione popolare al potere, ovvero alla sfera politica, come una delle forme di partecipazione alla sfera pubblica

Nella sua essenziale definizione la democrazia è il contesto in cui il popolo partecipa al governo dello Stato (*polis*); resta così auspicabilmente praticabile la proposta di utilizzare proprio la categoria «partecipazione» come categoria unificante dei due – in realtà non contrapposti – modi di qualificare la democrazia, rappresentativa e partecipativa¹⁵.

Prendere parte richiede che ci siano vie e opportunità concrete di influire sui processi decisionali, che ci siano spinte a percorrerle (*motu proprio* o su iniziativa di altri) e ci siano i veicoli adeguati a garantire effettive possibilità di realizzare i propri obiettivi. È opportuno dunque proseguire il ragionamento dalla considerazione che dalla partecipazione alla sfera pubblica sia possibile distinguere, non certo separare, la partecipazione alla sfera propriamente politica, al “governo” della cosa pubblica inteso nella sua accezione più ampia.

Questa tiene insieme il voto e il concorso tramite i partiti alla determinazione della politica nazionale con gli istituti appena richiamati del referendum, della petizione, della iniziativa legislativa popolare, ma anche con gli istituti e le pratiche di partecipazione democratica *tout court*¹⁶; tali istituti sono accomunati dal fatto di permettere al cittadino elettore (e anche a chi abbia un legame stabile

¹⁵ M. LUCIANI, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in Atti del convegno *Esposito, Crisafulli, Paladin. Tre costituzionalisti nella cattedra padovana*, in AA. VV., *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, a cura di L. CARLASSARE, Cedam, Padova 2004, 181 ss.

¹⁶ Nella nota accezione di U. ALLEGRETTI. Cfr. anche AA. VV. (a cura di A. VALASTRO), *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, Jovene, Napoli 2010; cfr. anche AA. VV. (a cura di G. C. DE MARTIN - D. BOLOGNINO), *Democrazia partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza*, Cedam, Padova 2010.

con il territorio e la sua comunità, come nel caso dei referendum consultivi o propositivi in alcune esperienze regionali e nelle pratiche della democrazia partecipativa) di esercitare una quota di potere (funzione) pubblico o meglio di compartecipare al suo esercizio. Infatti, anche quegli tra gli strumenti appena citati che non sono direttamente connessi alla rappresentanza politica sono compatibili con il parlamentarismo, come argomentato dalla maggior parte della dottrina che anzi ne segnala il ruolo di *integrazione* nell’equilibrio costituzionale¹⁷. La stessa democrazia rappresentativa si rivitalizza se si riafferma e rilancia una lettura del modello costituzionale che ponga alla base del circuito della rappresentanza proprio i corpi sociali, partiti e altre formazioni politiche, chiamati a svolgere un ruolo “privilegiato” nell’essere strumenti effettivi di realizzazione per il singolo del principio di solidarietà politica, rispetto al quale a mio avviso il principio di partecipazione è imprescindibilmente connesso.

Mettere al centro delle riflessioni il concetto di partecipazione permette, inoltre, di valorizzare il “potere” dei cittadini di usare strumenti di condizionamento e di indirizzo delle politiche pubbliche e al tempo stesso di disvelare la finzione giuridica del «popolo sovrano» (art. 1), popolo che comunque deve almeno condividere con le istituzioni rappresentative l’esercizio di tale sovranità. È sempre Rescigno ad affermare che, in un contesto pluralistico: «gli strumenti di democrazia diretta e di democrazia rappresentativa diventano momenti, sia pure importanti e significativi, della partecipazione e acquistano dunque le caratteristiche di momenti e di strumenti attraverso cui il popolo viene invitato ed ha la possibilità di partecipare a processi decisionali di altri»¹⁸.

In sintesi, qualificare la democrazia come “politicamente” partecipativa riuscirebbe a spiegare meglio il modello democratico vigente e permetterebbe di evidenziare non solo la compatibilità, ma l’equilibrio tra modalità espressive di DR e di DP.

Tuttavia, mi interessa qui sottolineare, come sopra accennato, che nella «concezione restrittiva», la partecipazione istituzionale che ha un impatto sui procedimenti decisionali politici è descritta, in particolare da Luciani, con queste caratteristiche: «a) si articola in istituti e

¹⁷ Cfr. più recentemente M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione? L’equilibrio costituzionale e la sua crisi* Franco Angeli, Milano 2012, spec. 70 s.

¹⁸ G.U RESCIGNO, *op. ult. cit.*, 329.

procedimenti formalizzati e tipizzati dal diritto (in genere dalla Costituzione o tutt'al più dalla legge); b) si dirige all'attivazione, completamento o definizione dei procedimenti decisionali pubblici, in particolare quelli politici; c) si struttura attraverso l'attribuzione di diritti politici; d) può essere praticata da tutti i cittadini, a prescindere dal loro inserimento in qualsivoglia gruppo sociale e genere in base alla sola condizione di essere titolari dei comuni diritti politici»¹⁹. In questa ottica, resta allora distinta e forse distante l'altra concezione – quella «estensiva»²⁰ – per la quale la democrazia qualificata come partecipativa si dimostra valida, se riferita a tutte quelle circostanze in cui l'intervento dal basso di gruppi organizzati o di singoli individui non riguardi decisioni *strettamente* politiche, ma amministrative sia a livello centrale sia a livello territoriale e locale. Quest'ultima, secondo la nota definizione di Allegretti, non esprime una forma surrettizia di democrazia diretta, ma dà spazio a «dispositivi di intervento diretto dei cittadini – espressione che comprende anche gli stranieri coinvolti da un legame specifico col nostro paese – nelle attività decisionali delle istituzioni pubbliche. Intervento che, sulla base di un riconoscimento reciproco tra cittadini e istituzioni, legittima i singoli cittadini in quanto tali, eventualmente anche riuniti in forma associativa, ad agire nell'ambito di procedure pubbliche articolate, con la capacità di esprimersi per via di argomentazioni (dunque con quello che si denomina processo “deliberativo”) e con l'obiettivo di rendere loro possibile un'influenza effettiva sulle decisioni finali»²¹.

Voglio sottolineare che, anche se in tale contesto si fa esplicito riferimento alla compartecipazione alla sola funzione esecutiva-amministrativa²², da quest'ultima definizione emerge una sorta di *attrito* tra partecipazione e rappresentanza politica. Non compensazione virtuosa ma competizione, confermata poi dalla realtà degli ultimi anni, laddove la spinta (storica) alla partecipazione nella gestione delle cose pubbliche ed alla determinazione delle politiche pubbliche è considerata come uno degli effetti della crisi della

¹⁹ M. LUCIANI, *La formazione delle leggi*. Art. 75, cit., 40.

²⁰ Così qualificata dallo stesso LUCIANI, *ibidem*.

²¹ U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano 2011, 299 ss

²² Sul punto le osservazioni di M. CARRER, *Partecipazione e controllo. Il rapporto tra democrazia e partecipazione alla prova del livello regionale e locale*, in www.gruppodipisa.it, 2014.

rappresentanza e del più generale fenomeni del *deficit* democratico, della disaffezione e dell’allentamento dei cittadini dalla politica “tradizionalmente” mediata. In questa prospettiva, la partecipazione non offre equilibrio – funzionale anche in funzione di controllo o di proposta – alla rappresentanza ma vi si contrappone, anche allo scopo di bypassare i parlamenti come mediatori tradizionali²³.

Si parla infatti, in termini non strettamente giuridici, di “attività politica non convenzionale” per descrivere la tendenza crescente che porta i cittadini a mobilitarsi al di fuori dei canali tradizionali della vita politica, partecipando alle attività di protesta, ma anche a quelle tese a costruire alternative politiche e sociali; nei recenti sviluppi delle analisi politologica e sociologica si sottolinea appunto che, più che ad iscriversi ed a partecipare alla vita interna dei partiti e ad andare a votare, molti preferiscono attivarsi direttamente nell’organizzazione di comitati, collettivi, associazioni e, più in generale, nell’universo dei c.d. movimenti sociali²⁴.

Dunque, a me sembra che nella prima concezione, quella restrittiva, la partecipazione “istituzionale” abbia funzione integrativa del principio di rappresentanza politica, anche quando l’obiettivo è quello di contrastare una decisione (si pensi al referendum abrogativo o a quello – se correttamente inteso – oppositivo, interno alla procedura di revisione costituzionale); mentre nella seconda, quella estensiva, anche quando essa si presenta in forma collaborativa e non antagonista (come nel caso della partecipazione al procedimento amministrativo, nella forme obbligatorie di concertazione ed in quelle di consultazione pubblica disciplinate dall’ordinamento) la partecipazione sia in *contrasto* con la rappresentanza politica, la quale ha in sé sempre qualcosa (le procedure) che servono da filtro e qualcuno (i partiti o le altre formazioni politiche che concorrono alla composizione delle

²³ Ha osserva, tra gli altri, M. LUCIANI, *Revista catalana de dret públic*, n. 37, 2008, 166 s., che «un sistema rappresentativo nel quale i meccanismi di responsabilità e di responsabilità funzionano e i partiti sono saldamente presenti e legittimati nella società civile, il referendum e l’iniziativa popolare possono essere assorbiti facilmente, mentre in un sistema frammentato e con partiti deboli, assistito da un flebile consenso per le istituzioni rappresentative, l’evocazione della partecipazione popolare può alterare tanto profondamente il giuoco politico da destabilizzare la forma di governo»; analogamente, ID., *Governo (forme di)*, *Enc. dir. Annali III*, Giuffrè, Milano 2010, 563.

²⁴ Cfr. P. NORRIS, *Democratic Phoenix: Reinventing Political Activism*, Cambridge University Press, New York 2002; M. COTTA, D. DELLA PORTA, L. MORLINO, *Fondamenti di scienza politica*, Bologna, il Mulino 2004.

assemblee rappresentative) che servono da mediatori²⁵. Inoltre, nella DP la comunicazione tra partecipante sociale e decisore è diretta ed i gruppi che la attivano o che sono invitati dalle istituzioni a farlo sono (autoriconosciuti) portatori di specifici interessi, seppur magari ampiamente condivisi.

La partecipazione politica nella concezione restrittiva è, insomma, dentro il sistema rappresentativo come “normale” espressione della sovranità popolare; la partecipazione *tout court* alle decisioni pubbliche (sia al momento della loro deliberazione, sia al momento della loro realizzazione), anche se necessariamente intercetta le azioni dei soggetti istituzionali legittimati ad assumerle, tuttavia crea un nesso, una comunicazione diretta, attraverso forme ulteriori e differenziate da quelle di cui si avvale il circuito formale della rappresentanza politica²⁶.

Questo non comporta, ed anticipo una conclusione, che per entrambe non ci sia spazio nella trasformazione della sfera politica a cui stiamo assistendo. Però non credo neanche nell’automatismo della interrelazione virtuosa tra DR e DP. Non oggi, almeno.

3. Proposta, controllo, azione

Come prima accennato, chi analizza il diritto anche nella prospettiva della politica del diritto ritiene da tempo che a spingere verso la teoria e la pratica di tale attività politica non convenzionale siano state le modificate condizioni della democrazia rappresentativa che si sono presentate, con più evidenza, ad un certo punto della nostra storia repubblicana²⁷. In particolare, la trasformazione della forma partito e del sistema dei partiti, al tempo stesso causa ed effetto delle trasformazioni dei sistemi elettorali²⁸. In buona sostanza, il

²⁵ Sul rapporto tra sovranità popolare e comunità intermedie (partiti innanzitutto), G. FERRARA, *Alcune osservazioni su popolo, Stato e sovranità nella Costituzione italiana*, in *Rass. di diritto pubblico*, 2, 1965, spec 278.

²⁶ Si pensi alle tante questioni connesse all’applicazione del principio della sussidiarietà orizzontale.

²⁷ A. BURGIO, *Fascino e illusioni della democrazia diretta*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2013.

²⁸ Anche se, ovviamente, non solo alle cause interne occorre guardare; ulteriori considerazioni in P. MARSOCCI, *Sulla funzione costituzionale dei partiti e delle altre formazioni politiche*, ES, Napoli 2012, spec. 139 ss.

modello ha retto per più di trent'anni, dimostrando l'efficacia anche degli anticorpi interni alla stretta logica della DR. Si è trattato di partiti strutturati, capaci di raccogliere e portare a sintesi molte istanze dei gruppi sociali, ma anche “idealmente” connessi alle altre organizzazioni determinanti per la politica generale, come i sindacati; di un sistema elettorale proporzionale e dunque includente per definizione²⁹; di un sistema delle *élite* culturali molto più accentrato e chiuso, dunque stabile, forte e influente (scuola, Università, grandi gruppi industriali nazionali) e, non da ultimo, di un tessuto sociale più omogeneo, anche economicamente.

Gli spazi concessi all'intervento diretto di singoli e formazioni sociali non strutturate politicamente sono stati per molto tempo residuali e/o confinati nella irrilevanza giuridica. Oggi non è affatto così.

Prendiamo il caso del referendum abrogativo (senza pretesa di rivedere nulla di nuovo, ma di rimarcare alcune cose ai fini del presente ragionamento), che è elemento inserito nel novero degli strumenti partecipativi istituzionali, direttamente previsti dalla Costituzione anche al fine di caratterizzare – contribuendo a realizzarla nella sua pienezza – la forma politica rappresentativa: nella storia della sua attuazione esso ha sempre mantenuto la forza di attivare un dialogo tra rappresentanti e rappresentati. Il referendum *ex art. 75* ha però anche, più di altri istituti, messo a nudo la capacità manipolatoria delle forze politico-partitiche rispetto ai suoi effetti sia politici sia giuridici. Anzi, di recente, è stato un istituto che più di altri ha fatto da cartina di tornasole per saggiare il tasso di “antipolitica”, di sfiducia, di disinteresse e disincanto del corpo elettorale che, chiamato in causa direttamente ed investito dalla Costituzione del potere di incidere con effetto diretto ed immediato sulla funzione legislativa, ha constatato più volte la distanza tra forma (prescritta) e realtà; si è visto smaccatamente tradito ed ha visto traditi la lettera e lo spirito della Costituzione (principi della cer-

²⁹ Ribadisce A. POGGI, *La democrazia nei partiti*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, 16 che «Il punto di svolta del dibattito si ha quando la polemica antipartitocratica (largamente e giustamente fondata) diventa sfiducia nello stesso strumento del partito come strumento in sé e per sé capace di trovare il punto di equilibrio tra la propria visione del mondo e il bene comune». Sulla questione cfr., G. AZZARITI, *La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa* in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovene, Napoli 2009, V, 1777 ss.

tezza del diritto, fiducia, responsabilità e responsività). Anche la legittimazione della Corte è stata messa sotto stress per le tante questioni connesse ai quesiti che si sono avvalsi della tecnica del ritaglio manipolativo. Queste circostanze hanno “dinamizzato” (come molti autori dicono) il circuito democrazia/rappresentanza, ma nel senso di spingerlo verso il “fuori” della rappresentanza, e di invogliare verso l’uso di altri strumenti della democrazia partecipativa (*hearings*, *Dèbat public*, consultazioni pubbliche telematiche e non).

Esempi come questo fanno emergere come il dialogo tra DR e DP metta in competizione le due forme, spesso peraltro con un effetto di imitazione reciproca al ribasso.

La seconda tende oggi a “rieditare” dinamiche e tecniche della rappresentanza, prima tra tutte la richiesta di proceduralizzazione, con l’inserimento di garanzie minime e l’attenzione all’efficienza ed all’efficacia, nonché al controllo *ex post* delle pratiche. A loro volta, i tentativi di rivitalizzare la DR si nutrono di inneschi di meccanismi sperimentati nelle pratiche della DP; si pensi al sorteggio, al ricorso agli esperti (“saggi” o facilitatori, tecnici e autorità di gestione indipendenti), al potenziamento delle attività informali, al depotenziamento del momento assembleare di discussione e deliberazione, alle proposte di sostituire il divieto di mandato imperativo con il mandato diretto o con l’istituto del *recall*³⁰.

Inoltre, valutando diacronicamente le esperienze di coinvolgimento attivo dei gruppi sociali nei processi decisionali pubblici, l’ordinamento giuridico italiano sembra aver risposto alla domanda di partecipazione riproducendo, in una certa fase del percorso storico dell’attuazione costituzionale, i classici meccanismi della democrazia rappresentativa pur in ambiti nuovi o rinnovati (si pensi a quanto accaduto negli anni ‘70, con la istituzione di organi collegiali con poteri consultivi ma anche deliberativi nelle scuole, nelle Università, nei consigli circoscrizionali delle città ecc.³¹); oggi, all’esatto opposto, esso sembra limitarsi a mettere a disposizione spazi, non selettivi, di amplificazione delle istanze sociali (i contemporanei portali *web* istituzionali).

³⁰ Su quest’ultimo istituto, alcuni spunti critici in L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione*, cit., 198.

³¹ Cfr. V. ATRIPALDI, *Il concetto di partecipazione nella dinamica della relazione Stato-società*, in AA. VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Giuffrè, Milano 1988, 79 ss.

Si può anche dire che gli antidoti alle derive non auspicabili della DR si trovano in alcuni modelli di DP, ma a mio avviso è più corretto osservare che i vizi dell’una sono speculari ai vizi dell’altra ed è forse in questo senso (ossia proprio per gli aspetti meno compatibili con i fondamenti del costituzionalismo) che traspare il nesso più stretto tra le due forme.

A degenerazioni populiste e/o plebiscitarie della DR (si pensi all’uso strumentale del referendum oppositivo *ex art.* 138 che da istituto di garanzia si è fatto strumento di autolegittimazione dei proponenti) si abbinano usi propagandistici e velleitari della DP (si pensi all’“abuso” delle consultazioni pubbliche *on line*). A mostrarlo sono anche le nuove forme di protagonismo ed autolegittimazione – quasi personale – che alcuni istituti vigenti come le petizioni in ambito Ue o le audizioni informali presso le nostre Assemblee parlamentari sembrano incentivare, e che un certo uso delle nuove tecnologie rende possibile e contribuisce a promuovere.

L’attivismo partecipativo ha mutuato persino un certo odierno tratto caratteristico del sistema politico tradizionalmente inteso: la sua autoreferenzialità, «preoccupante tendenza delle società post-ideologiche»³², e – proprio per questo – motivazione e collante principale delle spinte al ricorso alla DP. Quest’ultima soffre di analoga spinta alla autoreferenzialità quando travalica in promozione autarchica di piccoli e piccolissimi gruppi di individui, con scarsa ambizione a rappresentare istanze collettive, dopo essersi fatti carico di raccoglierle e portarle (come si diceva un tempo) a sintesi propositiva. Le costellazioni di associazioni, movimenti, lobby su temi ampi di discussione politico-istituzionale (l’esempio della *governance* di Internet è tra i più illuminanti) hanno la caratteristica comune di essere molto articolate, numericamente e culturalmente, ma anche di spendere – nella frammentazione – notevole quantità di energia per trovare il proprio legittimo spazio di visibilità, riconoscibilità ed azione.

Si direbbe questo il sintomo della vivacità di un sistema che ambisce ad essere effettivamente pluralista, in realtà – al netto dell’azione di potente stimolo al dibattito – molto rivela della fragilità di fronte al potere che, non solo tende ad accentrarsi (negli Stati come

³² G. AZZARITI, *Democrazia partecipativa*, cit., 4.

nell'Ue³³), ma a trasferirsi fuori dai circuiti politici-rappresentativi delle democrazie che abbiamo avuto il privilegio di sperimentare³⁴.

Quanta effettiva soddisfazione possono trovare le richieste di partecipazione, di attivismo, di reazione civile e organizzata davvero molto presenti e diffuse, delle tante soggettività – frutto di spontaneismo più o meno colposo – in continua trasformazione e ricerca di spazi di autopromozione?

Stigmatizzare queste incongruenze induce, me per prima, a collocare nella fisiologia quella prima lunga fase di attuazione costituzionale e nella patologia quella in cui oggi appariamo immersi. Così anche sembra facile rispondere alla domanda: quale tra la fisiologia e la patologia gode oggi di migliore stampa? Certamente, però, resta impegnativa la verifica di quanto la rappresentazione (non solo quella mediatica, ma anche quella scientifica) corrisponda alla realtà. Altrettanto complessa appare l'analisi delle, senz'altro differenziate, dinamiche che è possibile osservare a livello europeo comunitario, a livello nazionale, a livello regionale e locale³⁵.

³³ R. BIN, *Contro la governance: la partecipazione tra fatto e diritto*, in G. ARENA, F. CORTESE (a cura di), *Per governare insieme*, cit. 5, mette in luce criticamente il legame tra 'partecipazione', 'sussidiarietà', 'federalismo' e *governance*, proprio per esaminare di quest'ultima tutti i lati negativi (a partire dal Libro bianco sulla *Governance* Europea che la Commissione ha pubblicato nel 2001), «la "nuova" *governance* riassume il complesso delle relazioni ridisegnate dal nuovo assetto osmotico del rapporto tra pubblico e privato. È un assetto dei meccanismi decisionali che non è più convenientemente rappresentabile con le tradizionali categorie delle "forme di governo"(ma) serve a fissare l'attenzione sul modo in cui il complesso di protagonisti, in parte pubblici e in parte privati, in parte legittimati dalla rappresentanza democratica e in parte promossi dal mercato, negoziano le decisioni destinate a ricadere sulla società nel suo complesso» ed è la partecipazione, in questo contesto, che rischia di trasformarsi nel Cavallo di Troia appunto della *governance*. Di diverso parere circa le potenzialità della "dimensione partecipativa" alla prova dei fatti è A. LUCARELLI, *op. ult. cit.*, 11, che sottolinea come «l'idea è che la qualificazione della comunità all'interno dello Stato non determini *tout court* un indebolimento del diritto pubblico, né la trasformazione dei processi di *government* in *governance* o del diritto (*law*) in diritto mite (*soft law*), ma piuttosto induca a ragionare intorno ad una nuova dimensione del diritto pubblico e a nuove declinazioni della democrazia, oltre i meccanismi ed agli strumenti classici della rappresentanza politica».

³⁴ Parla di «rincorsa a succedanei anarchici della rappresentanza politica», M. DOGLIANI, *La rappresentanza politica come rappresentanza del "valore" di uno Stato concreto*, in *Dem. e dir.*, n. 2/2014, 8.

³⁵ Si pensi alla revisione costituzionale del titolo V e poi all'attuazione del federalismo, «Questa sostanziale vaghezza costituzionale – ovvero assenza di modelli – ha impedito di cogliere quel che invece è la parte più nobile del dibattito federalista, che – come si dovrebbe sapere – non è solo un modo di distribuzione e organizzazione dei poteri sovrani

Si può continuare a sostenere la tesi della validità dei principi del costituzionalismo moderno e della perdurante efficacia del metodo dell'interpretazione evolutiva della Carta, senza offrire una lettura più attenta di come si integrino davvero le “trasfigurazioni” della rappresentanza e le trasformazioni dell'attivismo civico?

La domanda è smaccatamente retorica: le attuali democrazie sono tali *in quanto* costituzionali, ossia nella misura in cui gli strumenti di esercizio della sovranità popolare risultino conformati e limitati da una legge superiore che riconosca e garantisca i principi di libertà e di eguaglianza. Continua a essere valido lo sforzo di «definire» la democrazia, ossia rendere riconoscibili e accettate le sue caratteristiche sostanziali, qualificandone le esperienze. Paradossalmente, la rivendicazione delle sovranità statuali, la rinnovata logica della negoziazione tra governi (dentro e fuori l'Ue), e le diverse spinte nazionalistiche determinate dalle emergenze in atto, non certo solo economiche, forse ci garantiranno ancora tempo per costruire un nuovo equilibrio interno tra istituzioni e corpi sociali.

Tuttavia come procedere?

4. La questione della partecipazione popolare nel DDL di revisione costituzionale Renzi-Boschi: iniziativa, referendum, “consultazioni”

Vediamo allora, almeno, come le istituzioni e la politica in senso tradizionale stanno procedendo: partiamo dal dato del DDL

diverso da quello più tradizionalmente legato al centralismo dello Stato moderno, ma coinvolge anche un diverso rapporto tra governanti e governati, tra i poteri complessivamente intesi e il concreto modo di conformarsi della società civile: insomma riguarda tanto la forma di governo quanto quella di Stato, in un intreccio che tende ad includere, anziché escludere tutti i soggetti dell'ordinamento... Disinteressandosi, invece, dei riflessi che tale diversa distribuzione poteva esercitare sui soggetti reali e sull'organizzazione della società civile in particolare nel loro rapporto con i poteri istituzionali...la riforma federale (ha) operato a senso unico, favorendo esclusivamente la moltiplicazione degli spazi riservati e chiusi del ceto politico locale, non invece aprendosi alla società. Il che – non da ultimo – ha finito per accentuare la distanza tra politica e società, tra Stato e cittadini, tra istituzioni e popolo», G. AZZARITI, *op. ult. cit.*, 2.

costituzionale “Renzi-Boschi”³⁶. Nella sua prima versione non conteneva nessuna modifica alle disposizioni costituzionali che riguardano gli strumenti di partecipazione popolare; in quella proposta, a fronte di una modificazione così rilevante della forma di governo, non era dunque stata fatta nessuna considerazione su una possibile rilettura di quegli istituti. In seguito ai dibattiti in Commissione, sono state introdotte modifiche agli articoli 70, 71, 75. Nella Carta comparirebbero in particolare nuove forme di referendum e di “consultazione” (quest’ultima è parola usata per la prima volta nel contesto delle disposizioni costituzionali).

Per quanto riguarda gli istituti della partecipazione popolare, la revisione costituzionale *in itinere* tocca le seguenti disposizioni costituzionali: l’art. 70, comma 1, che tra i delimitati casi di esercizio collettivo della funzione legislativa di Camera dei Deputati e riformato Senato della Repubblica – “rappresentativo delle istituzioni territoriali” – prescriverebbe anche l’approvazione delle leggi di attuazione delle disposizioni costituzionali concernenti i referendum popolari e le altre forme di consultazione di cui all’articolo 71; l’art. 71, comma 2, che eleverebbe da 50mila a 150mila il numero di firme necessario per la presentazione di un progetto di legge da parte del popolo, stabilendo al contempo il principio che ne deve essere garantito l’esame e la deliberazione finale, pur nei tempi, forme e limiti da definire nei regolamenti parlamentari, e che, con un rinvio a legge costituzionale (che ne disciplini “condizioni ed effetti”) introdurrebbe sia i *referendum* propositivi e di indirizzo³⁷ sia altre forme di consultazione, anche delle formazioni sociali, al fine di favorire la partecipazione dei cittadini alla determinazione delle politiche pubbliche, la cui attuazione sarebbe poi affidata a legge bicamerale (ordinaria?); l’art. 75, che introdurrebbe la possibilità di un *quorum* più basso di validità del referendum abrogativo, subordinato

³⁶ «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 seconda della Costituzione» (attualmente approvato dal Senato in seconda deliberazione, S.1429-D).

³⁷ Il *referendum* propositivo è già previsto e disciplinato in alcune esperienze regionali e quello di indirizzo – come si ricorderà – ha però un precedente, in quello permesso della legge costituzionale 3 aprile 1989, n. 2, e celebrato il 18 giugno 1989, contestualmente alle elezioni per il rinnovo del Parlamento europeo, al fine di conferire un mandato costituente allo stesso PE.

all’ipotesi che la richiesta sia stata avanzata da almeno 800.000 elettori (mentre in questo caso occorrerebbe la maggioranza dei votanti alle ultime elezioni della Camera, nel caso in cui la richiesta provenga da un numero di elettori compreso tra 500.000 e 800.000, resterebbe in vigore il *quorum* di validità attualmente previsto, ossia la maggioranza degli aventi diritto al voto).

I non molti commenti della dottrina su questi temi, ad oggi, sono perlopiù stati espressi in sede di audizione parlamentare. Molto in sintesi: viene osservato che la riforma non affronta in termini di “effettiva” partecipazione popolare i nodi relativi alla operatività degli istituti dell’iniziativa legislativa popolare e del referendum abrogativo, mentre le nuove forme referendarie e consultive dovrebbero essere inserite in quanto strumenti validi di contrappeso ad una forma di governo, nella quale si andrebbe in modo evidente a rafforzare la posizione della maggioranza nel processo decisionale³⁸.

³⁸ Cfr., quanto sostenuto da M. LUCIANI, in audizione in I Commissione del Senato, 28 luglio 2015, «Con l’articolo 75 si differenzia il *quorum* strutturale (cioè per la partecipazione) nei *referendum* abrogativi: si dice che se ci sono 800.000 firme il *quorum* si abbassa. Io penso che questa non sia una scelta particolarmente felice e coerente con la logica del *referendum*: la forza dell’iniziativa non può condizionare la soglia di partecipazione. Secondo la mia personale opinione, dovrebbe complessivamente essere ripensata tutta la struttura dei *referendum* propositivi e dei *referendum* di indirizzo, anche perché ci troviamo di fronte all’esigenza di mantenere seri contrappesi a questa forma di governo, nella quale si sta rafforzando, ovviamente, la posizione della maggioranza nel processo decisionale. La seconda Camera e gli istituti di partecipazione popolare sono contrappesi particolarmente importanti». Osserva anche Luciani che «L’intenzione di un rafforzamento dei canali partecipativi di fronte ad una razionalizzazione della FdG e della FdS è auspicabile, tanto più si rafforza la posizione della maggioranza tanto più occorrono contrappesi. Nella esperienza italiana, il referendum abrogativo ha avuto il problema della difficoltà di interpretazione dei suoi risultati, del punto di vista dell’impatto politico; con i nuovi tipi di referendum e a maggior ragione per le consultazioni questo problema si potrebbe accentuare. Se poi con referendum propositivo si intendere alludere all’iniziativa popolare indiretta, lo si dovrebbe disciplinare nel dettaglio (numero proponenti, quali materie, controlli ecc.)». Sugli stessi punti si rinvia a quanto espresso dall’A. in *Art. 75*, cit., spec. 127 ss.

Anche S. NICCOLAI rileva che «I contropoteri mancano e l’istituto del *referendum* non viene esplorato. A me sembra che il progetto sia molto chiaro: il Governo acquisisce più poteri e si “arma” contro la maggioranza. Infatti, se il Governo fosse sostenuto da una forte maggioranza, non avrebbe bisogno di tutto questo armamentario di poteri, che invece possiede contro la sua maggioranza e la rappresentanza parlamentare. Le Regioni sono spogliate di competenze e, quindi, il Senato è debole e ha poco da difendere; il Governo, al contempo, acquisisce più poteri ed ambiti materiali per mezzo del riconoscimento delle competenze esclusive... Nella ricerca di un Governo stabile ed efficiente ci si concentra molto sul nesso tra maggioranza ed opposizione e si spiega così

Ugualmente non è stata ancora dedicata particolare attenzione critica alla comparsa del termine “consultazioni” nella riformulazione del testo dell’art. 71 della Carta; a tale elemento vorrei fare alcuni cenni in queste riflessioni, nella prospettiva della concezione più ampia di partecipazione, quella che – come abbiamo visto all’inizio – è significativa per la definizione della nostra forma di Stato³⁹.

Come dirò, proprio da una consultazione pubblica *on line* il governo aveva intrapreso il percorso in atto.

È nota da tempo l’attenzione verso la ricerca di modelli che siano efficaci nell’implementare sia la trasparenza di tutti i processi decisionali pubblici, sia la comunicazione diretta ed orientata alla collaborazione fattiva di tutti coloro – non solo i mediatori politici

come, invece, non si vada alla ricerca di nuovi spazi democratici e nuove espressioni della rappresentanza. Ad esempio, è stato detto che i *referendum* sono assolutamente inesplorati nella loro necessità, da tanti sottolineata, di rappresentare una misura di contropotere che questo modello così sbilanciato a favore del Governo richiede. Peraltro, non solo i *referendum* non sono accuratamente presi in considerazione nel disegno di legge, ma, per quel poco che viene statuito, essi vengono abbassati a livello di momenti consultativi della pubblica amministrazione. Si legge, infatti, che i *referendum* vengono svolti per consultare il popolo sulle politiche pubbliche, così trattandosi, quindi, di un rinvio al procedimento amministrativo più che all’indirizzo politico... Mi lascia un po’ perplessa anche il modo con cui il disegno di legge affronta il tema della funzione di indirizzo politico, laddove la definisce una funzione propria della Camera dei deputati. Nella nuova formulazione dell’articolo 55 della Costituzione si legge che la Camera dei deputati «esercita la funzione di indirizzo politico». Io capisco perché questa formulazione è presente: si vuole sottolineare che il rapporto fiduciario spetta soltanto alla prima Camera. Si vuole però così dire troppo, in quanto la funzione di indirizzo politico, qualunque cosa essa sia, è certamente un qualcosa di molto più ampio ed impalpabile rispetto al rapporto fiduciario. La funzione di indirizzo politico sta nel circuito democratico: mi riferisco al popolo che vota e che partecipa ai *referendum* e alla comunità territoriale. Perché dire che la Camera dei deputati, siccome è titolare del rapporto fiduciario, detiene la funzione di indirizzo politico?».

Queste modifiche della Carta rappresenterebbero «*Timidi ma positivi segnali*» a parere di A. LUCARELLI, *op. cit.*, 1, così anche a giudizio di G. PUCCINI, *La riforma del bicameralismo approvata dal Senato: alcuni problemi di compatibilità con i principi costituzionali*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2014, 25, che sottolinea come, tuttavia, «non solo la concreta attivazione di tali nuovi o rinnovati istituti, ma anche la definizione dell’esatta misura del loro impatto innovativo, restano in definitiva interamente consegnati nelle mani di quelle stesse maggioranze parlamentari, che pur attraverso i medesimi si intenderebbe in qualche misura arginare».

³⁹ «L’azione comune in cui si esprimono volta per volta, in varia misura, conflitto e consenso e che comunque mira a confluire in un risultato unico – una decisione – che è il prodotto di quella logica procedurale» vale appunto a costituire lo spazio politico in democrazia», cfr. U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, cit., 2011, 306.

tradizionali o i portatori di interessi qualificati – che dimostrino interesse per gli effetti di tali decisioni sulla vita della collettività⁴⁰.

Ad oggi si può rilevare che, quando si parla di “consultazione pubblica”, ci si riferisce ad uno strumento che molti auspicano diventi oggetto di ulteriore e più generale regolamentazione (almeno nei suoi principi essenziali e comuni). Distinte sia dall’istituto del referendum consultivo, sia dalle forme di concertazione e negoziazione previste dal nostro ordinamento, le consultazioni sono previste e molto utilizzate nel diritto dell’Unione europea ed in parte sono regolate (ma anche solo praticate) dalle nostre istituzioni, a livello regionale e nazionale. Consistono in un insieme di pratiche partecipative interne all’iter di formazione di atti giuridici di portata generale, hanno come principale obiettivo il coinvolgimento diretto di cittadini e parti sociali nell’assunzione delle scelte pubbliche e si avvalgono di canali di ascolto (in particolare *on line*) immediato e diretto delle loro opinioni e proposte. Attraverso le consultazioni si offre la possibilità a soggetti terzi di avere un ruolo riconosciuto (normalmente) nella fase istruttoria di un percorso che porterà comunque il solo soggetto pubblico, legittimamente investito di una competenza, ad assumere una decisione normativa o gestionale-amministrativa. La partecipazione non comporta, dunque, né la contitolarità del potere di adottare atti e provvedimenti finali, né la condivisione della relativa responsabilità, ma solo l’opportunità che cittadini e loro organizzazioni fruiscono di uno spazio “organizzato” di dialogo nel perimetro delle scelte pure formalmente affidate ad istituzioni (direttamente o indirettamente) rappresentative delle stesse collettività.

Non basta però chiamare con il nome “consultazioni” alcune procedure per considerarle a pieno titolo come strumenti partecipativi. Questa inclusione non dipende tanto dalla circostanza che esse siano dettagliatamente disciplinate, ma che consentano ai partecipanti di *influenzare* la decisione finale; l’autorità competente assumendosene in pieno la responsabilità, si assume però anche l’onere di dare un qualche riscontro alle opinioni ed alle proposte raccolte. Inoltre, l’influenza esercitata dalle parti sociali deve essere il frutto di attività

⁴⁰ Una collaborazione che possa anche «corrispondere alle finalità della democrazia partecipativa intese in relazione soprattutto alla crescita democratica complessiva e allo sviluppo della capacitazione politica dei cittadini», cfr. U. ALLEGRETTI, *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Democrazia e diritto*, 3/2006, 156.

(esperienze concrete) poste in essere da persone o gruppi di soggetti intenzionalmente organizzati a tale fine, che interagendo con i poteri pubblici (su impulso proprio o chiamati al coinvolgimento da parte di istituzioni elettive, amministrative o indipendenti) concorrono a dare attuazione concreta al principio di solidarietà (almeno) politica⁴¹. Altrettanto consapevolmente, il soggetto pubblico deve gestire tali *iter* al fine di *potenziare* lo spazio politico democratico. Anche qualora l'ordinamento giuridico non imponga precisi obblighi di dar seguito, recependone i contenuti, agli esiti delle consultazioni effettuate, le istituzioni coinvolte sarebbero tenute a raccogliere, valutarle e portarle a sintesi in modo “professionale” e – aspetto decisivo – a curare la circolazione delle informazioni e dei dati prodotti tramite le proprie piattaforme digitali (che, in quanto istituzionali, hanno caratteristiche precise, prescritte dall'ordinamento giuridico a garanzia degli utenti).

Dall'analisi dell'attuazione delle norme vigenti e delle pratiche sperimentate è possibile fare emergere alcuni aspetti positivi ed altri negativi⁴². Le forme di consultazione che si dimostrano più efficaci nel potenziare la partecipazione democratica sono quelle istituzionalizzate; tanto più l'oggetto delle consultazioni è circoscritto e rappresentabile attraverso tematizzazioni univoche e chiare, tanto più la consultazione produrrà effetti nel contrastare la lentezza della decisione ed aiutare a comporre i conflitti, così come aiuterà a potenziare da un lato la legittimazione del decisore, dall'altro l'espressione esplicita di consenso (cittadinanza attiva). Se disciplinate e praticate anche includendo forme efficaci di valutazione e controllo sull'azione dell'ente che le promuove, le consultazioni, come pratiche ascrivibili alla “famiglia di procedure” della democrazia partecipativa,

⁴¹ Queste attività concorrono a dare concreta attuazione al principio di pubblicità dell'agire istituzionale connaturato ai sistemi democratici e desumibile dall'interpretazione sistemica dei principi fondamentali che valgono a qualificare la nostra forma di Stato, cfr. P. MARSOCCI, *Poteri e pubblicità. Per una teoria giuridica della comunicazione istituzionale*, Cedam, Padova 2002, spec. 57 ss.

⁴² Da ultimo, P. MARSOCCI, *Consultazioni pubbliche e partecipazione popolare*, in corso di pubblicazione in *Rassegna parlamentare*, 1/2016, al quale rinvio anche per i riferimenti bibliografici.

si possono rivelare un investimento per far ben funzionare anche le forme tradizionali della democrazia rappresentativa⁴³.

Senza inoltrarci nel dibattito sulla “motivazione” degli atti legislativi, è comunque necessario ribadire che la consultazione svolta durante l’iter di una decisione di interesse generale debba portare a qualche conclusione, appunto, *pubblica*⁴⁴. Tuttavia, se le procedure di attivazione, di svolgimento e di valutazione delle consultazioni si limitano a dare conto di una mera sommatoria di più o meno numerosi pareri e proposte, i decisori finali non saranno aiutati a supportare le proprie decisioni in modo argomentato e documentato ed, anzi, sarà più vicino il rischio della deriva verso forme di propaganda se non addirittura di populismo.

Se queste azioni, cioè, sono organizzate e finalizzate non alla sola raccolta di idee e suggerimenti, ma alla creazione di un “luogo” (che sia materiale tramite assemblee e audizioni pubbliche o immateriale tramite *web*) di *lavoro comune* tra istituzioni e cittadinanza, su un piano orizzontale e paritario, allora si può sostenere che si tratti di forme (sebbene innovate quanto a strumenti e modalità tecniche) espressive di democrazia deliberativa, ossia dell’aspirazione più generale ad una previa discussione pubblica intesa quale scambio di informazioni e argomenti, confortati da argomentazioni razionali, ed improntata alla massima inclusività⁴⁵. Se invece idee, pareri, proposte sono richiesti e raccolti così come spontaneamente si presentano

43 Per alcuni recenti spunti sul binomio partecipazione-controllo, cfr. G. Allegri, M. R. Allegri, A. Guerra, P. Marsocci (a cura di), *Democrazia e controllo pubblico dalla prima modernità al web pubblicato*, ES, Napoli 2012; M. Carrer, *Partecipazione e controllo*, cit.

44 In questo senso, le consultazioni pubbliche sono strumenti utili a perseguire almeno due finalità generali: quella di permettere ai soggetti consultati di esercitare un potere di influenza su singoli atti o programmi, integrando le forme della democrazia partecipativa in senso stretto; quella di permettere al soggetto richiedente la consultazione un “esercizio” di trasparenza ed un’azione di promozione della propria legittimazione istituzionale e non un esercizio di mera (auto) promozione della propria visibilità. Con riferimento all’istruttoria pubblica introdotta dalla Regione Emilia-Romagna, la Corte costituzionale (sent. n. 379/2004, punto 5 del considerato in diritto), dopo aver ricordato che si tratta «di istituti già sperimentati e funzionanti, anche in alcune delle maggiori democrazie contemporanee», ha ritenuto che essi «non sono certo finalizzati ad espropriare dei loro poteri gli organi legislativi o ad ostacolare o a ritardare l’attività degli organi della pubblica amministrazione, ma mirano a migliorare ed a rendere più trasparenti le procedure di raccordo degli organi rappresentativi con i soggetti più interessati dalle diverse politiche pubbliche».

45 Cfr. R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, in *Enc. dir.* Ann, IV, Giuffrè, Milano 2011, 271 ss.

all'appello, le consultazioni pubbliche diventano strumenti di democrazia che chiamerei *deliberativa*. Esse servono ad assaggiare (per usare il significato generale del termine) la superficie dell'opinione pubblica o a prendere atto (nel senso giuridico) dell'orientamento espresso da un certo numero di soggetti; concorrono tutt'al più a far circolare e dare visibilità ad alcune idee, o ad alcuni soggetti che se ne fanno portatori, a (auto) promuovere l'immagine delle istituzioni che le attivano

5. La questione della partecipazione popolare al percorso di revisione costituzionale. Alcune considerazioni conclusive

È il caso allora di ricordare che proprio una consultazione, a mio parere di quest'ultimo genere, ha anche caratterizzato l'avvio dell'attuale *iter* di revisione costituzionale. Si tratta della consultazione *on line* "Riforme costituzionali" (maggio – novembre 2013), avviata dalla P.C.D.M e dal Ministero per i Rapporti con il Parlamento del Governo Letta e finalizzata al coinvolgimento e alla partecipazione di tutti i cittadini al percorso di riforma della Carta costituzionale. Nel rapporto finale, con prefazione dell'allora Ministro per le Riforme costituzionali Quagliariello, si parla di "azione corale" cui hanno partecipato molte istituzioni (tra amministrazioni centrali, istituzioni nazionali, autonomie funzionali – come le scuole –), partner privati e ovviamente cittadini (circa 130.000 hanno compilato il questionario).

La finalità prioritaria del governo, di quel governo ed in quella circostanza, è stata quella (legittima) di promozione della propria immagine istituzionale. Arrivati alla fase odierna dell'*iter* di revisione costituzionale, quella stessa finalità riemerge, perché – come è anche stato ricordato di recente –, «oggi si rischia che un'ulteriore prova di inconcludenza nuoccia al prestigio delle istituzioni repubblicane»⁴⁶.

Ciò è senz'altro vero. Tuttavia, per fare solo qualche esempio, ci si chiede anche, quando il testo sarà approvato definitivamente dal Parlamento, chi sarà chiamato a valutare il bilanciamento tra il valore

⁴⁶ Come ha detto A. BARBERA, nella sua audizione presso la Commissione affari costituzionali del Senato della Repubblica sul Disegno di legge costituzionale 1429-B, il 3 agosto 2015).

del prestigio delle Istituzioni e il valore (in termini di rappresentatività) della legittimazione democratica del nuovo Senato della Repubblica?⁴⁷ Chi valuterà il bilanciamento del principio del “ripudio della guerra” iscritto nell’art. 11, con quello dell’*effecentismo decisorio* (anch’esso necessario per il prestigio istituzionale) che assegna il potere di deliberare lo stato di guerra alla sola maggioranza assoluta della Camera dei deputati?⁴⁸

Potrà farlo la Corte costituzionale⁴⁹, ma prima del possibile intervento di questo organo supremo di garanzia, lo farà il corpo elettorale con il voto referendario *ex art.* 138; praticando cioè un istituto di democrazia popolare certamente iscritto tra le attuali forme di contrappeso democratico, che è stato già sperimentato nel 2006 per una approvazione parlamentare di revisione della Carta altrettanto ampia, con la consapevolezza di questo sua specifica funzione, ma che è anche già stato ampiamente utilizzato nel dibattito pubblico per il suo distorto valore “confermativo” delle scelte promosse e degli obiettivi ottenuti dalle maggioranze governative. Come è noto, né l’art. 138, né l’art. 139 sono oggetto della proposta di revisione costituzionale, ma ancora una volta è evidente quanto le

⁴⁷ «Un Senato che avendo un collegamento indiretto con il corpo elettorale, ma rappresentando direttamente le istituzioni territoriali, avrà però il potere di approvare – nella procedura bicamerale, Camera e Senato dispongono di identici poteri legislativi e concorrendo con eguale volontà alla formazione della legge – le leggi di rango costituzionale e le leggi di attuazione delle norme costituzionali sulle minoranze linguistiche, i referendum, le leggi sull’ordinamento, la legislazione elettorale, gli organi di governo e le funzioni fondamentali dei Comuni e delle Città metropolitane, le leggi che definiscono le norme generali, le forme e i termini della partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione europea. Tutto ciò attiene all’esercizio della sovranità popolare e pone in gioco la rappresentanza nazionale (non l’autonomia territoriale)», cfr. V. LIPPOLIS, audizione in I Commissione del Senato (28 luglio 2015); cfr. G. SCACCIA, audizione in I Commissione del Senato (27 luglio 2015), «Il “nostro” Senato rappresenta, dunque, non le collettività localmente insediate, ma le istituzioni cui è affidata la cura di tali collettività, e quindi le Regioni, i Comuni e le Città metropolitane. Questo dato è di fondamentale importanza, perché rende manifesta la diversa qualità rappresentativa dei deputati rispetto ai senatori. I primi sono eletti direttamente dal popolo e il popolo rappresentano in modo esclusivo; i secondi sono eletti da un’Assemblea locale (esprimono perciò un potere derivato), al fine di rappresentare gli interessi delle istituzioni di governo territoriali, nella loro interazione con le collettività che le popolano».

⁴⁸ Cfr., C. DE FIORES, audizione in I commissione del Senato sul progetto di revisione costituzionale (28/07/2014).

⁴⁹ Come hanno ricordato sia A. PACE sia M. MANETTI, nelle audizioni in I commissione del Senato sul progetto di revisione costituzionale (28/07/2015).

trasformazioni (o trasfigurazioni) della forma di governo e del sistema elettorale abbiano un impatto sui principi fondamentali e sulle garanzie costituzionale, inizio e fine della Carta, che includono e orientano proprio il suo “cuore operativo” ossia le modalità del governo democratico del Paese.

In conclusione, resta lo stesso interrogativo diretto anche a chi studia i fenomeni in questione: come procedere?

Forse, occupandoci meno (o meglio affiancando ad essa) dell’analisi delle possibili *forme* giuridiche dell’integrazione politico-sociale. Studiando la stessa nozione di democrazia partecipativa o quella più circoscritta di “cittadinanza attiva” l’elemento innovativo portato alla luce spesso viene indicato nella partecipazione in sé, indipendentemente dagli interessi e dalle scelte valoriali di cui sono portatori i singoli e i gruppi “attivi”. I bisogni sottesi all’azione appaiono decisamente in secondo piano; anzi, aprioristicamente sono giudicati in modo positivo, purché in grado di muovere masse di cittadini più o meno consistenti e catturare l’attenzione delle istituzioni nel comune sforzo del raggiungimento dell’interesse generale. L’obbligo di tutela dei diritti fondamentali, risulta innanzitutto condizionato da questo fattore, che si traduce evidentemente nell’elevato numero di possibili scelte nel regolare giuridicamente i rapporti, risolvere i conflitti e bilanciare i valori. Questa tendenza, ed il fenomeno che le ha dato origine ossia la crisi della legge come crisi della rappresentanza politica⁵⁰, sono anche spiegabili con l’attenuarsi della lotta per l’affermazione di principi che concretamente modifichino la realtà dei rapporti. Accadimento che fa della legge stessa il luogo in cui tutti siano “in parte” soddisfatti, e il cui contenuto non è riconducibile ad una ragione comune e generalmente accettata. In altri termini, la continua ansia di dare voce e soddisfazione ai diversi soggetti coinvolti va a discapito della univocità e chiarezza delle decisioni assunte.

Nell’osservare l’azione dei grandi movimenti sociali (che non a caso hanno valenze transnazionali) più spesso, tuttavia, si è inclini a giudicarli come più o meno distanti dal patrimonio di scelte valoriali

⁵⁰ Di recente, cfr. F. BILANCIA, *Le forme della democrazia contemporanea e il germe della sua autodistruzione*, in F. BILANCIA, F. M. DI SCIULLO, A. GIANELLI, M.P. PATERNÒ, F. RIMOLI e G.M. SALERNO (a cura di), *Democrazia. Storia e crisi di una forma politica*, ES, Napoli 2013, 135 ss.

(contenuti) iscritto nelle Costituzioni, o meglio come in grado di offrire nuove interpretazioni di quegli stessi principi, in grado di prospettare altrettanto nuove soluzioni applicative nei diversi ambiti materiali (diritti civili, lavoro, redistribuzione del reddito, giustizia, istruzione, ambiente, salute ecc.)⁵¹. Del resto così è stato, per molto tempo, anche per l’analisi dei partiti politici (da classificare dentro o fuori l’arco costituzionale).

Le “costellazioni” politicamente fattive di formazioni sociali (nell’accezione più ampia possibile) e di autonomie (istituzionali e funzionali) che si sono formate ed hanno consolidato una propria identità nella storia della nostra forma democratica restano pur sempre formazioni riconoscibili e capaci di aggregare. Partiti, sindacati, formazioni religiose, scuole, università, enti locali, movimenti transazionali, sistema bancario e creditizio hanno modificato la loro forma in questi decenni. Io credo che sia utile oggi, anche per noi, indagare su come stiano concretamente *agendo* per offrire e consolidare l’interpretazione attuale dei “beni comuni” (in termini di principi fondamentali e contenuto dei diritti) prescritti nel modello di democrazia sociale della Carta del ‘48.

⁵¹ Sul tema, le interessanti considerazioni di P. VIRNO, *Grammatica della moltitudine. Per un’analisi delle forme di vita contemporanea*, DeriveApprodi, Roma 2014, 9, il quale ritiene che il concetto di “moltitudine” da contrapporre a quello più familiare di “popolo” sia un attrezzo decisivo per ogni riflessione sulla sfera pubblica contemporanea e giochi con quest’ultimo un ruolo di prima grandezza nella definizione delle categorie politico-sociali della modernità.

**IL FUTURO SENATO DELLA REPUBBLICA:
UN CONTRIBUTO ALLA RISOLUZIONE DEI PROBLEMI DEL
BICAMERALISMO, MA IRRILEVANTE, SE NON DANNOSO,
PER IL REGIONALISMO**

di *Ilenia Ruggiu*

SOMMARIO: *1. Premessa. Bicameralismo perfetto e rappresentanza territoriale: due riforme che sarebbe stato opportuno mantenere distinte; 2. Le finalità sottese alla riforma del futuro Senato tra governabilità e governance; 3. Perché il Senato della riforma non può funzionare come efficace organo di rappresentanza territoriale; 4. Il modello Camera delle Regioni non funziona in generale: dieci argomenti di critica; 5. Una soluzione alternativa al Senato come sede di rappresentanza territoriale; 6. Conclusioni. Perché l'Italia non è pronta per un regionalismo forte.*

1. Premessa. Bicameralismo perfetto e rappresentanza territoriale: due riforme che sarebbe stato opportuno mantenere distinte

Il dibattito sulla riforma del bicameralismo in Italia è andato col tempo sempre più intrecciandosi con quello della riforma della rappresentanza territoriale, con la convinzione che il superamento del bicameralismo perfetto potesse ottenersi trasformando il Senato in Camera delle Regioni.

Tale idea, già evocata quando la forma di stato si caratterizzava ancora per un regionalismo debole¹, si è ripresentata a ridosso della riforma del Titolo V del 2001, ed è stata ripresa nel progetto di revisione del 2006 poi respinto con referendum costituzionale, per toccare il suo apice nel progetto Boschi-Renzi.

Il ripensamento del bicameralismo paritario a favore di un bicameralismo differenziato, asse portante della riforma costituzionale attualmente in discussione in Parlamento, infatti, ha due obiettivi

¹ N. OCCHIOCUPO, *La "Camera delle Regioni"*, Giuffrè, Milano, 1975; N. OCCHIOCUPO, *Le regioni in Parlamento. Attualità di una ormai antica proposta: la Camera delle Regioni*, in *Le Regioni*, 1989, 1333 ss.; U. ALLEGRETTI, *Per una Camera territoriale: problemi e scelte*, in *Le Regioni*, 1996.

dichiarati: il primo, aumentare la governabilità, intesa nei suoi due elementi minimi di stabilità politica ed efficacia decisionale²; il secondo, dar voce alle istanze regionali al centro. I due obiettivi sono distinti e autonomi, ma vengono realizzati tramite un'unica riforma presentata come portatrice di economicità istituzionale proprio perché con una sola revisione costituzionale soddisfa due diverse esigenze dell'ordinamento³. In questo lavoro cercherò di dimostrare come, dei due obiettivi, soltanto il primo è realizzato e che sarebbe stato opportuno che il dibattito sulla riforma del bicameralismo perfetto fosse tenuto distinto da quello sulla rappresentanza territoriale al centro. Il nuovo Senato non può, purtroppo, essere salutato come il tassello mancante al regionalismo italiano. Esso contribuisce senz'altro a risolvere i problemi del bicameralismo perfetto, ma non serve la causa del regionalismo, anzi, per il fatto di indebolire indirettamente il sistema delle conferenze, rischia in qualche modo di essere dannoso alla stessa.

Le ragioni che porterò a sostegno di questa lettura sono essenzialmente due. La prima, di natura contingente, si basa sulla constatazione che un Senato delle Regioni che si inserisce in una riforma che complessivamente segna il *de profundis* del regionalismo⁴ non ha molto senso di essere. La seconda, di natura più generale, si fonda sulla constatazione che il modello Camera delle Regioni in sé non si rivela il più efficace a garantire le ragioni dei territori e che meglio sarebbe stato rafforzare quella che dal 1983 era stata la via italiana alla cooperazione tra Stato e Regioni ossia il sistema delle conferenze.

² G. PASQUINO, *Governabilità* (voce), in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani, 1994.

³ Tale connubio di intenti è richiamato anche in dottrina, C. PINELLI, *Considerazioni sintetiche sulla Relazione della Commissione per le Riforme costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, 4: “la trasformazione del Senato in Camera rappresentativa delle autonomie territoriali equivale a rivedere utilmente il bicameralismo perfetto, che da mezzo secolo viene ritenuto il prodotto meno felice dell’opera dei Costituenti”.

⁴ La dottrina è abbastanza concorde nel considerare che l’attuale riforma del Titolo V rappresenta un arretramento rispetto a quella del 2001. A riprova di ciò si osservi che non a caso le Regioni speciali hanno trasformato la clausola di favore in clausola di salvaguardia impedendo che il nuovo titolo V si applichi loro. Si vedano i diversi interventi raccolti in F. PALERMO, S. PAROLARI (a cura di), *Riforma costituzionale e Regioni. Riflessioni a prima lettura sul nuovo Titolo V della Costituzione*, Eurac, Bolzano, 2015 e R. BIN, *Lo studio del diritto regionale: metodologia e prospettive di una disciplina in declino*, in *dirittiregionali.org*, 2015 dove si evidenzia come il regionalismo, e con esso il diritto regionale come disciplina, appaiano in declino, rispetto alla centralità goduta subito dopo il Titolo V-2001.

2. Le finalità sottese alla riforma del Senato tra governabilità e governance

Osservando sia il mandato del Governo alla Commissione per le riforme costituzionali istituita con d.P.C.M. dell'11 giugno 2013 (nota come Commissione dei Saggi), sia la Relazione finale presentata da tale Commissione al Presidente del Consiglio dei Ministri il 17 settembre 2013, sia i lavori preparatori del disegno di legge costituzionale Boschi-Renzi è possibile individuare quattro finalità sottese alla riforma del bicameralismo⁵.

La prima è il rafforzamento del Parlamento: si parla, nei documenti citati, di garantire l'efficienza delle decisioni in sistemi complessi e di implementarne la capacità di adottare leggi in tempi rapidi.

La seconda finalità è il rafforzamento delle prerogative del Governo in Parlamento, realizzata soprattutto attraverso la fiducia monocamerale. Si legge, nei documenti citati, della necessità di garantire al governo nazionale una maggioranza politica certa, maggiore rapidità nelle decisioni e, dunque, stabilità.

La terza finalità che la riforma persegue è quella di ridurre il contenzioso, altissimo, tra Stato e Regioni. Tale finalità non è perseguita soltanto con l'introduzione del Senato a 95 rappresentanti regionali, ma anche con l'eliminazione della lista di competenze legislative concorrenti dall'art. 117 e una più netta separazione degli ambiti competenziali tra Stato e Regioni.

La quarta finalità emergente dai documenti citati è quella di fondare il sistema degli enti territoriali su "solide basi cooperative". Si evidenzia l'esigenza di portare a compimento il processo di costruzione di un sistema autonomistico compiuto, con una Camera che sia espressione delle autonomie territoriali.

Di questi quattro obiettivi, se il rafforzamento del Parlamento, del Governo e la riduzione del contenzioso costituzionale possono essere attribuiti alla governabilità, l'idea della cooperazione richiama il concetto di *governance*, intesa come modalità decisionale cooperativa. Si tratterebbe, se la riforma venisse approvata, di una forma di *governance* istituzionalizzata, addirittura costituzionalizzata, attraverso un organo che proietta gli interessi delle regioni al centro. Tuttavia, mentre le ragioni della governabilità possono ritenersi soddisfatte

⁵ O. CHESSA, *Il bicameralismo dei saggi*, in *Le Regioni*, 2013.

dall'istituendo Senato, quelle della *governance* risultano più incerte. Certo non è poco che si riesca a superare l'*impasse* del bicameralismo perfetto, ma vista da un'ottica regionalista la riforma appare insoddisfacente.

3. Perché il Senato della riforma non può funzionare come efficace organo di rappresentanza territoriale

Il Senato proposto nella riforma Boschi-Renzi non potrà, a mio avviso, operare come un adeguato luogo di rappresentanza territoriale per una ragione di fondo: il fatto che si innesta in una riforma del Titolo V che è essenzialmente riaccentratrice delle competenze. L'istituzione di un Senato rappresentativo delle regioni in un contesto in cui il regionalismo retrocede appare inutile e condanna l'organo ad una incapacità di funzionare come cassa di risonanza degli interessi dei territori: quali interessi ormai, vista la clausola di supremazia, viste le poche materie loro restanti, vista la sempre più ridotta possibilità di elaborare indirizzi politici propri per le regioni? Come è stato osservato, le funzioni del Senato consentono allo Stato di affrontare le emergenze della contemporaneità senza, di fatto, *veto players* regionali⁶. Per quanto la riforma conservi alle regioni la potestà legislativa e per quanto conservi l'Italia nel novero degli Stati regionali, la riduzione degli spazi dell'autonomia è tale che un Senato delle regioni appare quanto meno inutile.

Autori quali Giandomenico Falcon e Valerio Onida hanno segnalato un'intrinseca contraddittorietà⁷ della revisione in corso per quanto attiene il suo impatto sul regionalismo che deriverebbe da due indirizzi opposti in esso presenti: uno caratterizzato da un riaccentramento (clausola di supremazia e nuovo assetto competenziale) l'altro da una valorizzazione delle autonomie (istituzione di un Senato regionale). A me pare, tuttavia, che non vi sia contraddizione e che il nuovo assetto sia espressione di un medesimo indirizzo politico tendenzialmente riaccentratore. Mi sento di fare

⁶ S. PAJNO, *Per un nuovo bicameralismo: tra esigenze di sistema e problemi relativi al procedimento legislativo*, relazione al convegno *Le riforme istituzionali: il Senato delle autonomie*, Firenze, 17 gennaio 2014.

⁷ Relazioni di G. FALCON e V. ONIDA al convegno *Revisione costituzionale e autonomie speciali: fondamenti, garanzie, prospettive*, Trento, 7-8 novembre 2014.

questa affermazione in quanto dai lavori preparatori e dai vari documenti che hanno preparato la revisione, nonché da tutta la cronaca politica emerge che la preoccupazione principale collegata alla trasformazione del Senato sia legata alla governabilità, volta a superare gli ostacoli del bicameralismo perfetto, e solo in misura minore al regionalismo, tanto che la stessa maggioranza, ad un certo punto del dibattito parlamentare, è arrivata a proporre l'abolizione integrale del Senato⁸. Se è vero che si è trattato di una strategia nell'ottica di uno scontro politico, questo episodio ha implicitamente ammesso che il Senato non serve a molto, se non a superare alcuni dei difetti del bicameralismo perfetto, che si sarebbero potuti facilmente superare anche con l'opzione monocamerale. Tale ipotesi è confermata anche paragonando il dibattito politico e dottrinale sviluppatosi intorno alla riforma del Titolo V del 2001 con quello attuale. Come detto in premessa, riforma del bicameralismo perfetto e istituzione di una Camera delle Regioni hanno spesso, in Italia, viaggiato insieme, ma nel 2001 l'idea di una Camera delle Regioni era prevalentemente funzionale alle esigenze del regionalismo, tanto che la riforma era da subito stata ritenuta incompleta dal punto di vista regionalista proprio per l'assenza di tale organo⁹. Viceversa, nell'attuale comunicazione politica che accompagna la revisione costituzionale prevalgono le esigenze di risolvere i problemi del bicameralismo perfetto, nonché quelle di tagliare costi e re-instillare fiducia nella funzionalità ed economicità delle istituzioni, e sono le esigenze del regionalismo a restare più sullo sfondo.

Non mi soffermerò sui dettagli relativi alla composizione e alle funzioni del nuovo Senato già ampiamente esaminati in dottrina, se non per sottolineare alcuni dati che confermano la sua difficoltà a servire la causa del regionalismo.

Dal punto di vista funzionale il nuovo Senato è chiamato a rappresentare le istituzioni territoriali (ma conserva il nome di Senato della Repubblica), a concorrere alla funzione legislativa (di cui però resta titolare la Camera), a svolgere funzioni di raccordo, di

⁸ Che le ragioni del regionalismo siano marginalissime è dato vedere dalla cronaca politica del 23 settembre 2015 data in cui è stato presentato un emendamento dai deputati renziani Andrea Marcucci e Franco Mirabelli nel senso dell'abolizione integrale del Senato.

⁹ R. BIFULCO, *In attesa della seconda camera federale*, in T. GROPPi, M. OLIVETTI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Giappichelli, Torino, 2001.

partecipazione e di valutazione della pubblica amministrazione e delle leggi, ad eleggere due membri della Corte costituzionale. Il grande nodo è quello della partecipazione al potere legislativo: si tratta, in un contesto dove si riaccentrano le competenze, di un organo che gioca “in difesa” per contenere in qualche modo i danni della clausola di supremazia.

Ai sensi del disegno di legge modificato in prima deliberazione dal Senato il 13 ottobre 2015 e attualmente in discussione alla Camera vi è un’importante novità per quanto concerne la composizione dell’organo. L’art. 57 crea un ibrido tra elezione indiretta da parte dei Consigli regionali ed elezione dei senatori a suffragio universale diretto da parte del corpo elettorale dei 95 senatori regionali stabilendo che “La durata del mandato dei senatori coincide con quella degli organi delle istituzioni territoriali dai quali sono stati eletti, in conformità alle scelte espresse dagli elettori per i candidati consiglieri in occasione del rinnovo dei medesimi organi, secondo le modalità stabilite dalla legge di cui al sesto comma”. Il meccanismo elettivo, favorisce l’orientamento dell’organo verso logiche partitiche: promanando i senatori dal Consiglio regionale non è difficile immaginare che nella selezione, pur temperata dall’indicazione popolare, il criterio politico e la logica dell’appartenenza partitica finiranno per prevalere rispetto all’elemento della rappresentanza territoriale, compromettendo la qualificazione ufficiale della seconda Camera e dei singoli senatori come rappresentativi delle istituzioni territoriali. È, peraltro, da osservare che non si è pensato di reintrodurre la disposizione che prevedeva che i Presidenti regionali fossero membri di diritto dell’organo: la forza di questi appare in qualche modo diluita.

Un altro elemento che appare critico è la capacità del Senato di essere un luogo di coesione tra regioni. La rappresentanza proporzionale in base ad un criterio demografico, per quanto in astratto condivisibile, potrebbe in concreto causare una disaffezione o un senso di impotenza da parte delle regioni meno popolose. Ad esempio, in base ai calcoli attuali la Lombardia vedrebbe aggiudicarsi 13 senatori, la Sardegna soltanto 2: il rischio è che le regioni più popolose combinino la loro forza numerica con quella dell’appartenenza partitica dei loro senatori, generando meccanismi che allontanano la sede dalla sua funzione di luogo istituzionale di tutte le autonomie. Le regioni meno popolose si sentiranno meno

coinvolte e capaci di contare, dato che alla lunga potrebbe portare ad una disaffezione dall'organo, mentre la rappresentanza territoriale cercherebbe altre vie.

Sia per funzioni che per composizione l'organo sembra destinato al futuro di molte seconde camere, ossia quello di divenire camere secondarie.

Oltre alle contingenze della riforma in esame c'è un'altra ragione che rende, dal punto di vista regionalista, infruttuosa la fusione della riforma del bicameralismo con quella della rappresentanza territoriale: il modello camera delle regioni non si è mai distinto per essere particolarmente efficace quanto a capacità di proiettare i territori al centro, per le ragioni che dirò.

4. Il modello Camera delle Regioni non funziona in generale: dieci argomenti di critica

Se il Senato in esame presenta limiti suoi propri che inficiano la sua capacità di essere sede di rappresentanza territoriale, esso patirà, a mio avviso, anche le problematiche generali che interessano il modello camera delle regioni in sé.

Gli elementi di perplessità sul fatto che la Camera delle Regioni possa costituire un adeguato luogo di rappresentanza territoriale vanno accumulandosi da tempo e diversi autori ne hanno denunciato crisi e difficoltà di funzionamento negli stessi Stati federali¹⁰. Anche in Italia, si è osservato che la Camera delle regioni non è di per sé il luogo più idoneo a fungere da sede di rappresentanza territoriale auspicando, di contro, la costituzionalizzazione della Conferenza Stato-Regioni¹¹. Tali critiche sono restate minoritarie¹² e, pur se

¹⁰ K.C. WHEARE, *Del governo federale* (1963), Bologna, Il Mulino, 1997, 163-165; D.I. DUCHACEK, *Comparative federalism: the territorial dimension of politics* (1970), New York, Rinehart and Winston, 1987, 24.

¹¹ R. BIN, I. RUGGIU, *La rappresentanza territoriale in Italia. Una proposta di riforma del sistema delle conferenze, passando per il definitivo abbandono del modello Camera delle Regioni*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2006, 903 ss.

¹² A favore della Camera delle Regioni *ex pluribus*: B. CARAVITA DI TORITTO, *Perché il Senato delle Regioni*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, 636 ss.; U. ALLEGRETTI, *Perché una camera regionale per l'Italia*, in *Democrazia e diritto*, 2003, 115 ss.; S. BONFIGLIO, *Il Senato in Italia*, Roma-Bari, Laterza, 2006; L. CASTELLI, *Il senato delle autonomie. Ragioni, modelli, vicende*, Cedam, 2010.

l'ipotesi monocamerale con costituzionalizzazione delle conferenze si è affacciata nel dibattito sulla attuale riforma¹³, non hanno spinto ad un radicale ripensamento del modello. I problemi sono stati, infatti, attribuiti a difetti di fabbrica dei vari Senati esistenti al mondo, spingendo spesso ad intensi dibattiti volti a correggerli. Tuttavia, i vizi che impediscono a molte Seconde camere di funzionare come organi di rappresentanza territoriale non sembrano risiedere in problemi contingenti, risolvibili con correttivi tecnici, ma in un'inadeguatezza *in re ipsa* dell'istituto a fungere da luogo di raccordo centro-periferia garantendo la proiezione e la ponderazione degli interessi territoriali al centro. Non è un caso che molti dei tradizionali argomenti a favore della Camera delle Regioni si possano ribaltare in argomenti contrari e che gli stessi sistemi federali, in presenza di sempre più dilaganti difficoltà di funzionamento di tali organi, stiano spontaneamente producendo alternative diverse¹⁴.

Secondo tale posizione critica, il Parlamento si rivela un luogo non adatto alla allocazione della rappresentanza territoriale. In questo senso, l'idea che con la Camera delle Regioni si possano nel contempo risolvere sia il problema del bicameralismo perfetto che quello della rappresentanza territoriale rischia di sfociare in un cortocircuito.

Sono dieci le ragioni addotte a critica del modello della Camera delle Regioni.

Un primo argomento è quello storico: si è abituati a pensare che il federalismo nasca con la Camera delle Regioni e che laddove questa è assente non sia possibile parlare in modo appropriato di federalismo¹⁵. In realtà, proprio dai sistemi federali "archetipi" proviene un'indicazione divergente. Il Senato americano, australiano e il *Bundesrat* tedesco hanno, infatti, una genesi paragovernativa; erano

¹³ Essa compare come posizione di minoranza nel testo della Relazione della Commissione per le riforme del 17 settembre 2013 ed è illustrata diffusamente in P. CIARLO, G. PITRUZZELLA, *Monocameralismo: unificare le due camere in un unico Parlamento della Repubblica*, in *AIC-Osservatorio*, 2013.

¹⁴ Per un'analisi più diffusa di argomenti critici nei riguardi delle Camere delle regioni: F. PALERMO, *Germania e Austria: modelli federali e bicamerali a confronto. Due ordinamenti in evoluzione tra cooperazione, integrazione e ruolo delle seconde camere*, Trento, Quaderni del dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Trento, 1997, pp. 309 e 510 ss.; I. RUGGIU, *Contro la Camera delle Regioni. Istituzioni e prassi della rappresentanza territoriale*, Napoli, Jovene, 2006, pp. 181-277.

¹⁵ B. BALDI, *Stato e territorio. Federalismo e decentramento nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 35-36.

cioè organi che servivano a far dialogare i rappresentanti di Stati che rinunciavano alla propria sovranità con il Governo delle nascenti Federazioni e che, non a caso, tutt'oggi conservano funzioni paragonative e non meramente camerale. Il dato storico, inoltre, attesta un'origine altrettanto antica delle Conferenze Stato-Regioni o Stato federale-Stati federati: la prima fu celebrata nel 1868 in Canada, appena un anno dopo la creazione di tale Stato dove, non a caso, il pur esistente Senato federale non ha mai funzionato come canale di rappresentanza territoriale, tanto che è possibile affermare che il federalismo canadese viaggia da sempre sui binari del coordinamento tra esecutivi. Non mancano, infine, anche nel passato, esperienze regionali che hanno adottato *sic et simpliciter* un sistema monocamerale, come la Costituzione della Repubblica spagnola del 1931-1936, dove compare il primo stato regionale (seppure con il nome di *Estado integral*) della storia prima di quello italiano. Dire che la Camera delle Regioni nasca con il federalismo non tiene conto di tali esperienze che dimostrano, viceversa, come le soluzioni dei primi Stati federali e regionali siano state molto attente al dialogo dei territori con il Governo piuttosto che con il Parlamento e che, comunque, siano state sensibili anche ad altri sbocchi della rappresentanza territoriale.

Un secondo argomento di critica della Camera delle Regioni è quello comparato: nonostante tale modello sia presente in quasi tutti gli Stati federali¹⁶, le Seconde camere non funzionano come luoghi di rappresentanza territoriale. Se la Camera delle Regioni costituisse il vero emblema della rappresentanza territoriale non si spiegherebbe perché tutti gli Stati che ne sono dotati siano in costante affanno per promuoverne una qualche riforma. Anche ritenendo che la Camera delle Regioni sia archetipo del federalismo per ragioni storiche – convinzione che, come visto, è discutibile – si dovrebbe, comunque, prendere atto della attuale inefficienza del modello.

Un terzo argomento di critica trae ugualmente alimento da un dato comparato: in tutti gli Stati composti, accanto alla Camera delle Regioni, sono presenti sistemi delle Conferenze, ossia dialoghi tra esecutivi statali e regionali, che spesso risultano essere i veri canali su cui viaggia la rappresentanza territoriale. Se la diffusione del modello

¹⁶ J. LUTHER, P. PASSAGLIA, R. TARCHI (a cura di), *A World of Second Chambers. Handbook for Constitutional Studies on Bicameralism*, Milano, Giuffrè, 2006.

Camera delle Regioni è spesso utilizzata come argomento per sostenerne l'ineluttabilità e la sua necessaria relazione con il federalismo e il regionalismo, va dato atto che il modello conferenze è altrettanto diffuso. Certo si tratta di un assetto che opera prevalentemente in via di prassi e con forti tratti informali, ma voler ignorare l'esperienza basandosi sul presupposto che essa non sia istituzionalizzata o costituzionalizzata, non tiene conto degli insegnamenti di Friedrich¹⁷ sul federalismo come processo (*federalizing process v. federal model*), da studiare con piena attenzione all'effettività e anche alle fonti di *soft law*. D'altra parte, non sono mancati tentativi di legificazione e costituzionalizzazione di alcuni sistemi delle Conferenze che ne rivelano la tendenza alla stabilizzazione ed affinamento. In questo contesto, l'esperienza italiana è una delle più compiute e stabilizzate da un punto di vista giuridico nel panorama degli stati composti. Le conferenze sono legificate dalla l. 400/1988 e si sono rivelate un interessante laboratorio di rappresentanza al centro degli interessi territoriali.

Una quarta riflessione critica nei confronti della Camera delle Regioni porta a indagare il perché della sopra denunciata inefficienza dell'organo e del conseguente dislocarsi della rappresentanza territoriale in altre sedi. Una ragione cruciale risiede nel fatto che il Parlamento è troppo esposto alla dialettica partitica. Esso è una cassa di risonanza ideale delle identità partitiche che tendono a fagocitare le logiche territoriali. Pretendere di allocare la rappresentanza territoriale in tale sede rischia di produrre un corto circuito *ab origine* che si risolve sempre a vantaggio delle logiche partitiche¹⁸, soprattutto in un contesto privo di una classe politica regionalizzata. Quest'ultima, tendenzialmente, persegue un *cursus honorum* che ha come obiettivo l'elezione parlamentare e la carriera politica nazionale e quindi non riuscirà a contrapporre realmente interessi regionali a quelli statali in un sede esposta ad un alto tasso di pubblicità e di visibilità com'è il parlamento. Il difetto delle Seconde camere regionali appare genetico. Viceversa le Conferenze, che sono organi meno visibili e meno esposti, si sono rivelate, in tutti gli ordinamenti dove operano, molto più resistenti alla penetrazione partitica. Pur se quest'ultima è un dato

¹⁷ C. FRIEDRICH, *Federal government*, in *Encyclopaedia britannica*, 1962.

¹⁸ *Contra* G. DORIA, *The Paradox of Federal Bicameralism*, in www.eurac.edu/edap, 2006.

in parte ineluttabile, con cui devono far conto un po' tutti gli ordinamenti, è vero che essa può essere più o meno accentuata a seconda delle caratteristiche degli organi territoriali: la pubblicità delle sedute e l'incardinamento parlamentare sono elementi che favoriscono tale penetrazione e contaminazione a scapito di un'autentica proiezione degli interessi territoriali.

Una quinta ragione che rende in sé inadatto il Parlamento ad incarnare logiche territoriali è quella della radicale diversità delle rappresentanze incarnate dalla Camera bassa e dalla Camera alta di matrice regionale. La prima è il luogo della rappresentanza politica, ossia della rappresentazione, volta al raggiungimento dell'interesse generale e dell'unità politica. Viceversa, la Camera territoriale dovrebbe incarnare una rappresentanza dal DNA settoriale. Le funzioni svolte dalla Camera bassa, sono andate con il tempo a caratterizzare l'intero Parlamento che, per antonomasia, è ormai considerato il luogo di produzione dell'interesse generale. Anche se la dottrina, di fronte alla crisi della rappresentanza politica, ha richiamato l'esigenza che questa venga "affiancata" da altre formule rappresentative¹⁹, quando ciò avviene all'interno del Parlamento stesso, si assiste ad una incapacità delle nuove rappresentanze di esprimersi in modo autonomo apportando gli auspicati elementi di pluralismo nelle decisioni. L'appello alla rappresentanza politica come momento di unità continua a prevalere. In tale contesto, la Camera delle Regioni tende, in genere, ad essere costruita in modo debole rispetto all'altra Camera, a giocare il ruolo di eterno secondo o, comunque, gli interessi che questa rappresenta tendono a soccombere. Ma c'è anche un ulteriore scenario, quasi paradossale.

Una sesta critica alla Camera delle Regioni si fonda, infatti, su quello che Dehousse ha definito "il paradosso di Madison"²⁰. Come detto e come la riforma in corso in Italia dimostra, in genere le Seconde camere territoriali vengono depotenziate di funzioni rispetto alla Camera bassa, ma il rimedio – ovvero costruirle in modo forte – si rivela persino peggiore del male. Se forti, infatti, le Seconde camere tendono ad agire ancora di più come Camere nazionali e a perdere,

¹⁹ F. BIONDI, N. ZANON (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 2001.

²⁰ R. DEHOUSSE, *Il paradosso di Madison: riflessioni sul ruolo delle Camere alte nei sistemi federali*, in *Le Regioni*, 1989, 1363 ss.

comunque, progressivamente il ruolo di proiezione degli interessi territoriali. È quanto accaduto al Senato degli Stati Uniti d'America, da molti additato come modello ideale di Camera territoriale, ma che in realtà ha in gran parte perso tale vocazione a vantaggio di logiche nazionali. Il caso statunitense conferma la denuncia: la Camera delle regioni è un *flatus vocis*, nel senso che anche quando funziona non lo fa in veste di custode degli interessi territoriali. È vero che un certo margine di divergenza tra organo rappresentante e rappresentati è inevitabile, anche perché l'organo deve essere un momento di sintesi e di trasfigurazione della mera somma degli interessi in esso immessi²¹, ma quando il divario si accentua eccessivamente ciò favorisce la “fuga” in altri circuiti, spesso informali e poco trasparenti. Bisogna pertanto trovare una sintesi tra le due trazioni opposte alla tutela dell'interesse generale e degli interessi particolari di ciascuna regione (o del sistema-regioni nel suo complesso), sintesi che le Seconde Camere non consentono agevolmente, tendendo a scolorire eccessivamente l'*imprinting* territoriale.

Un settimo motivo di inadeguatezza del Parlamento a fungere da luogo ideale di proiezione degli interessi territoriali si ravvisa nel fatto che questo si occupa esclusivamente di legislazione e non di questioni amministrative che sono invece centrali per i territori. La determinazione di un Piano sanitario nazionale, la decisione su dove allocare grandi opere pubbliche, l'intesa sull'attuazione di una politica che richiede l'intervento di più livelli di governo, la ripartizione delle risorse, sono tutte attività governative dalle quali i territori verrebbero tenuti fuori laddove presenti nella sola Camera delle Regioni. Il successo del *Bundesrat* tedesco – che non a caso non è una Seconda camera²² – sta anche nel fatto che tramite esso gli enti territoriali

²¹ Sul punto si vedano le osservazioni U. ALLEGRETTI, *Perché una camera regionale per l'Italia*, cit., 118 il quale, dopo aver ribadito come non vi sia “coincidenza automatica tra la garanzia degli interessi propri dei territori e delle popolazioni locali e quelli impersonati nelle istituzioni locali in quanto tali, che costituiscono dunque due diverse facce dell'articolazione territoriale”, osserva come le Seconde camere svolgano spesso un benefico ruolo di organi “nazionali” piuttosto che meramente corporativi.

²² Sulla natura non camerale del *Bundesrat* tedesco B. PEZZINI, *Il Bundesrat della Germania federale. Il modello tedesco e la riforma del bicameralismo nello Stato a base regionale*, Milano, Giuffrè, 1990; G. FALCON, *Il modello Bundesrat e le riforme istituzionali italiane, in Le Regioni*, 277 ss. Parla di modello atipico M. KOTZUR, *Federalism and Bicameralism – The German «Bundesrat» (Federal Council) as an Atypical Model*, in J. LUTHER, P. PASSA-

partecipano a decisioni di questo tipo. Certo, nell'attuale disegno le conferenze non scomparirebbero e potrebbero verosimilmente continuare a svolgere queste funzioni. Lo sdoppiamento delle sedi della rappresentanza territoriale, tuttavia, non appare molto funzionale e anche chi sostiene l'opportunità del senato ha, infatti, richiamato l'attenzione al coordinamento con il sistema delle conferenze²³.

Un ottavo argomento che spinge a favore di un coordinamento al di fuori dei Parlamenti riposa sulla loro crescente perdita di potere a vantaggio del Governo. In tale contesto, ai territori non conviene perdere il contatto con chi realmente decide nella scacchiera istituzionale. Questo non tanto per un atteggiamento opportunistico e macchiavellico, ma per una questione di bilanciamento dei poteri: rafforzando il dialogo con l'esecutivo, i territori potrebbero esercitare su di esso una funzione di contrappeso²⁴.

D'altra parte – seguendo una nona argomentazione – il dialogo con il Governo servirebbe in ogni caso, anche senza la sua centralità, perché comunque per il Governo passano decisioni importanti, sia normative che amministrative. Risolvere tale esigenza di contatto sdoppiando le sedi della rappresentanza territoriale e mantenendo la situazione attuale di molti Stati federali che prevedono sia una Camera delle regioni che un sistema delle Conferenze, appare istituzionalmente diseconomico. Una grande domanda di fondo è che fine farà il sistema delle conferenze una volta che il Senato entrerà a regime: verrà progressivamente esautorato perdendo legittimità interlocutoria? La Relazione della Commissione per le riforme costituzionali del 17 settembre 2013 si era posta il problema suggerendo che il Senato assumesse su di sé le funzioni normative delle Conferenze, che attualmente consistono nel parere sugli schemi di decreto legislativo e regolamento del governo e su disegni di legge, ma niente di tutto ciò viene menzionato tra le nuove funzioni del Senato. Ciò sembra confermare che la rappresentanza territoriale continuerà a viaggiare in Italia su due circuiti: da un lato quello delle conferenze e dall'altro, con tutti i pro-

GLIA, R. TARCHI (a cura di), *A World of Second Chambers. Handbook for Constitutional Studies on Bicameralism*, Milano, Giuffrè, 2006, 257 ss.

²³ Si veda la Relazione della Commissione per le riforme costituzionali del 17 settembre 2013.

²⁴ P. CIARLO, *Governo forte versus Parlamento debole: ovvero del bilanciamento dei poteri*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2002, 17 ss.

blemi già visti, quello del Senato, il tutto contro il principio *entia non sunt multiplicanda sine necessitate* e con un complessivo effetto di ridondanza istituzionale. Considerato questo scenario, una scelta più innovativa e lineare sarebbe stata, a mio avviso, quella di abolire il Senato monocameralizzando il Parlamento²⁵ e di costituzionalizzare la Conferenza Stato-Regioni sia pure con un suo ripensamento profondo nei sensi che dirò (par. 4). L'ipotesi monocamerale sembrerebbe deporre per uno sbilanciamento a favore della governabilità senza alcun bilanciamento, ma a ben vedere non è così nel momento in cui si costituzionalizzasse la Conferenza delle Regioni. Questo potrebbe essere un vero organo, anche per il ruolo dei Presidenti regionali, di contrappeso. Infatti, se veramente si vogliono immettere nel dibattito sulla riforma della Costituzione le esigenze del regionalismo, il monocameralismo potrebbe trovare un valido contrappeso in questo organo.

Un decimo argomento da analizzare ai fini della confutazione del modello Camera delle Regioni è quello simbolico. Anche volendo ammettere tutte le critiche sopra prospettate sembra, infatti, restare un dato di fatto: l'accesso al Parlamento è per i territori un conquista ineguagliabile a livello simbolico. Nessun'altra soluzione, sembra soddisfare in modo pieno gli aneliti partecipativi delle Regioni. Per quanti difetti possano rinvenirsi, quest'ultima continua a dispiegare tutta quella attrazione, anche psicologica, del mito. In realtà anche tale argomento ammette una replica. Le Regioni sembrano non avere alternative perché gran parte della dottrina ravvisa nella sola Camera delle Regioni l'unica soluzione possibile e nella situazione di difficoltà in cui versano le Conferenze è difficile intravedere una alternativa. Tuttavia questa esiste e, laddove realizzata, dispiegherebbe ugualmente una fortissima portata simbolica. Le Conferenze sono spesso criticate perché con esse – si dice – i territori si recano “a casa” del Governo. Ma con la Camera delle Regioni non avremmo una situazione molto simile in cui sono le Regioni a recarsi “a casa” del Parlamento? In realtà un vero effetto simbolicamente dirompente si realizzerebbe se i territori non fossero più “ospiti” di nessuno, ma avessero, finalmente, una “casa” propria, un proprio organo

²⁵ Ma sulle ragioni che ancora potrebbero giustificare anche in Italia il bicameralismo F. PALERMO, M. NICCOLINI, *Il bicameralismo. Pluralismo e limiti della rappresentanza in prospettiva comparata*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013. Per un'analisi del dibattito A. MASTROMARINO, *Modificare, superare, abolire: quale bicameralismo per l'Italia delle riforme?* in *Costituzionalismo.it.*, 2014, n. 1.

istituzionalmente autonomo, preposto *ad hoc* alla funzione di rappresentanza territoriale.

5. Una soluzione alternativa al Senato come sede di rappresentanza territoriale

Per le ragioni dette, non soltanto l'istituendo Senato rischia di essere irrilevante per il regionalismo, ma addirittura dannoso. Infatti, inserito in un contesto che già di per sé depotenzia il regionalismo italiano, rischia di depotenziare l'unico organo che ad oggi, e con vicende alterne, è stato in grado di portare al centro gli interessi e le istanze territoriali: la Conferenza Stato-Regioni.

A mio avviso, sarebbe stata la costituzionalizzazione di questo organo, nella sua estensione alle autonomie locali come Conferenza Unificata, la soluzione più appropriata ai problemi della rappresentanza territoriale. In questo modo si sarebbe razionalizzata quella che dal 1983 è stata la "via italiana" alla collaborazione e alla rappresentanza territoriale e, per il tramite della forza politica dei Presidenti regionali si sarebbe potuto consolidare un organo più fortemente rappresentativo. Infatti, uno dei grandi assenti del nuovo disegno senatoriale sono i proprio i Presidenti. Mentre in una precedente versione essi erano membri di diritto del Senato, ora essi non compaiono. Inoltre, anche se verosimilmente essi saranno i primi a farne parte, la loro forza rappresentativa risulta, in qualche modo, affievolita e annacquata nell'ambito di un organo in cui non sarebbero i protagonisti.

Ma le conferenze esistenti in Italia non sono certo esenti da critiche e sarebbe inopportuna una loro costituzionalizzazione *sic et simpliciter*, che dovrebbe invece avvenire con un profondo ripensamento del modello di rappresentanza regionale.

Di seguito descriverò quelle che dovrebbero essere, a mio avviso, le principali caratteristiche di tale ipotetico nuovo modello, ispirato al *Bundesrat* tedesco, ma con radici nell'esperienza italiana finora maturata.

In primo luogo, dovrebbe trattarsi di un organo *ad hoc*, nel senso di essere espressamente investito della funzione di rappresentanza territoriale. Ciò per sgombrare il campo ad ogni ambiguità circa gli interessi che l'organo è chiamato a tutelare e per valorizzarne il ruolo

“territoriale”. Questa, invero, è una caratteristica che già l’istituendo Senato possiede e che potrebbe essere meglio enfatizzata con un cambio al *nomen iuris*, che è restato “Senato della Repubblica”. Escluso questo dettaglio, l’organo è formalmente investito del ruolo di rappresentare i territori, a differenza delle attuali conferenze che hanno una funzione di collaborazione. E questo è sicuramente una conquista per i territori, al netto di tutti i *caveat* sopra richiamati. Ma la presenza di un organo *ad hoc* non è sufficiente, a mio avviso se non accompagnata da una seconda caratteristica.

L’organo dovrebbe essere istituzionalmente autonomo, ossia non incardinato né nel Governo né nel Parlamento, ma dotato di una propria distinta collocazione nella topografia istituzionale, per conferire alla rappresentanza territoriale maggior forza simbolica. Sia incardinati nel solo Parlamento che nel solo Governo i territori rischiano, infatti, di restare appiattiti dalle logiche che ivi si tutelano. Sarebbe invece opportuno conferire alla rappresentanza territoriale una propria collocazione autonoma che tenga conto degli elementi di differenza rispetto alle altre rappresentanze. Si potrebbe ribattere che in realtà il Senato è in sé un organo autonomo, ma esso è pur sempre un ramo del parlamento, di un organo che nella tradizione del costituzionalismo incarna la nazione e non le regioni. D’altra parte, guardando all’altra esperienza italiana di rappresentanza territorialae, il fatto che le conferenze fossero “incardinate” presso il Governo ha in qualche modo enfatizzato quella sensazione di essere ospiti in casa altrui e non protagoniste della scena istituzionale con un vero e proprio organo dei territori.

A questo elemento di autonomia dovrebbe accompagnarsi una terza caratteristica: l’unitarietà della sede. La situazione che si profila con la riforma in esame, di un Senato che coesiste con le conferenze, a mio avviso, potrebbe portare ad un reciproco indebolimento degli organi. Apparentemente si potrebbe pensare il contrario: avere due luoghi dove si rappresentano gli interessi territoriali, infatti, dovrebbe ampliare, anziché diminuire le *chances* di incidere ed essere ascoltati, tuttavia lo sdoppiamento delle sedi della rappresentanza territoriale è foriero di numerosi rischi. In primo luogo esso è contrario al principio generale, di economia istituzionale, per cui *entia non sunt multiplicanda sine necessitate*. In secondo luogo, esso favorisce una frammentazione, una mancanza di visione comune delle problematiche ed un rischio di reciproca smentita nelle duplicate sedi rappresentative. Un esempio

concreto può aiutare a chiarire questo apparente paradosso: *rebus sic stantibus*, le conferenze continuerebbero ad esprimere il loro parere sui disegni di legge del Governo di interesse delle Regioni: il parere, com'è noto, è obbligatorio e non vincolante. In uno scenario virtuoso potrebbe immaginarsi uno stretto dialogo e sintonia tra Conferenze e Senato in cui quest'ultimo si fa interprete nell'*iter* parlamentare del parere espresso nelle Conferenze e lo porta avanti difendendolo coerentemente. Tuttavia, potrebbe anche accadere (e tale scenario è verosimile viste le logiche partitiche che tendono a prevalere nelle seconde camere) che il Senato smentisca il parere delle conferenze, in questo modo delegittimando l'organo. In generale non essendo ben chiaro quale dei due organi dei territori esprima in via definitiva la loro volontà, la maggioranza politica nazionale potrebbe per applicare il *divide et impera* a questo scenario che verrebbe a profilarsi se l'attuale riforma entrasse in vigore senza un ripensamento contestuale del sistema delle conferenze.

Una quarta caratteristica che ritengo importante è che la composizione dell'organo segua criteri rigorosamente paritari, senza ponderazione demografica tra le regioni, per favorire il sentimento di pari dignità istituzionale di tutte le componenti territoriali e perché la rappresentanza territoriale corrisponde a logiche diverse rispetto a quella politica²⁶. Per composizione paritaria si intende non soltanto che ciascuna regione dovrebbe avere lo stesso numero di rappresentanti, ma anche che anche le componenti locali siano rappresentate nell'organo. Esse sono, infatti, le grandi assenti in questo istituendo Senato, pur se è noto che, per le peculiarità dello Stato composto italiano, esse hanno da sempre giocato un grande ruolo.

Nell'ottica di non cancellare l'esperienza fino ad oggi maturata, la costruzione di un organo dotato di tali caratteristiche potrebbe partire dall'attuale Conferenza Unificata con però alcune modifiche sia nella composizione che nelle funzioni. La composizione di questo ipotetico organo dovrebbe confermare in tal senso la presenza degli enti locali nel dialogo con il centro, pur procedendo ad una radicale riforma dell'attuale composizione "sindacale" della Conferenza Stato-Città.

²⁶ Quando R. DAHL, *Quanto è democratica la costituzione americana?*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 100 ss., critica il carattere paritario della rappresentanza nel Senato americano lo fa sul presupposto che questo sia una Camera politica e non espressiva di logiche territoriali.

Per favorire una maggiore democraticità, ogni Consiglio delle autonomie locali dovrebbe designare un proprio rappresentante, tra i sindaci, da inviare nell'organo centrale rappresentativo degli interessi territoriali. Nonostante diversi argomenti contrari, la conservazione del dialogo degli enti locali con il centro appare in linea con lo spirito degli artt. 114 e 118 Cost. Né deve destare troppe preoccupazioni l'idea che la compresenza degli enti locali affianco alle regioni operi come fattore di tensioni. L'esperienza concreta della Conferenza Unificata, dimostra che i conflitti tra fronte regionale e locale non sono stati molti e sicuramente non maggiori di altri *cleavages* che a volte hanno visto divergere regioni ricche e regioni povere, del nord e del sud. La collaborazione, magari indotta in modo artificiale mischiando istanze apparentemente conflittuali, è riuscita a realizzarsi grazie alla presenza di una sede comune che trovava nella compattezza delle sue componenti un elemento di forza nei riguardi del Governo. È tuttavia importante, per confermare tale tendenza di sintesi degli interessi, evitare il dialogo degli enti locali svincolato da quello regionale. Ciò non significa che, se si devono affrontare questioni riferite ai soli enti locali, non siano possibili *format* separati della Conferenza, ma è importante che l'organo sia unitario e che le decisioni vengano adottate prevalentemente in cooperazione.

Avremmo, dunque, un organo composto da 44 membri: i 22 Presidenti delle regioni e delle Province autonome e i 20 membri designati, tra i sindaci, dai Consigli delle autonomie locali.

Per quanto concerne le funzioni da svolgere l'organo delle autonomie dovrebbe essere dotato di "ubiquità" istituzionale, nel senso di dialogare sia con il Parlamento che con il Governo. Ma su che cosa e come? Il criterio della ripartizione per materie si rivela, oltre che recessivo, di difficoltosa applicazione. L'organo dovrebbe, pertanto, avere una competenza generale, nell'ottica di una sovranità gestita in un contesto multilivello, su tutte le attività del Governo e del Parlamento. Si potrebbero prevedere meccanismi per cui i territori possono rinunciare a dare il parere su atti che non li riguardano o ad un elenco di atti che toccano materie esclusive statali sottratte al parere, ma le funzioni dovrebbero avere, tendenzialmente, un oggetto generale.

Tra le funzioni dell'organo dovrebbe rientrare l'essere ufficialmente preposto alla mediazione e risoluzione dei conflitti tra Stato e autonomie. Si tratta di un ruolo già riconosciuto a diverse Conferenze nel

diritto comparato che tende a de-giurisdizionalizzare i conflitti, anche competenziali, identificando in tali sedi una sede di compensazione preventiva e trasformando i ricorsi innanzi alla Corte costituzionale in *extrema ratio*.

Per evitare che l'organo autonomo nella cornice istituzionale venga ignorato da Parlamento e Governo dovrebbe prevedersi la sua convocazione obbligatoria. In tal senso si potrebbe stabilizzare la prassi attuale delle riunioni bisettimanali delle conferenze. L'organo dovrebbe, inoltre, essere legittimato a sollevare conflitto di attribuzione innanzi alla Corte costituzionale a tutela delle proprie prerogative.

Il modello abbozzato presenterebbe il vantaggio di innestarsi su una situazione già ampiamente sperimentata nel contesto italiano, rappresentando nel contempo un passo avanti nel senso di una più piena valorizzazione della rappresentanza territoriale nel quadro degli organi costituzionali. Il modello soddisfa, inoltre, l'esigenza di dialogo con il Parlamento, giustamente richiamata dai sostenitori della Camera delle Regioni, ricercandola però per altre vie, visto che quelle camerali si rivelano sempre più difficoltose.

Ma certo ci si potrebbe interrogare se anche un ragionamento del genere non trovi uno sbarramento invalicabile in un contesto dove alle regioni resta ormai ben poco potere legislativo e si tende a relegarle a organi di mera amministrazione. Ha ancora senso discutere di rappresentanza territoriale quando il disegno del nuovo Titolo V della riforma marca il *de profundis* del regionalismo?

La domanda è retorica e in qualche modo porta alla luce l'intima incoerenza della riforma, che da un lato si presenta come datrice di nuova dignità istituzionale alle regioni, ma nel concreto le svuota di funzioni.

6. Conclusioni. Perché l'Italia non è pronta per un regionalismo forte

A conclusione di questa analisi contenente un giudizio negativo della riforma, va precisato che il giudizio è negativo da una prospettiva che ritiene utile una forma di stato a regionalismo forte. Viceversa, dal punto di vista di chi ritiene quest'ultimo foriero di disfunzionalità e disegualianze, il disegno di revisione è

perfettamente coerente. La riforma in esame riflette quanto già gli esiti della riforma del 2001 avevano posto in evidenza: l'Italia non è in realtà pronta per il regionalismo perché non ne ha interiorizzato il nucleo centrale: la differenziazione delle politiche e degli indirizzi politici. La clausola di supremazia è l'emblema di questa paura ancestrale per la differenziazione, che si era in qualche modo manifestata anche dopo il 2001 quando lo Stato si è comportato come se il Titolo V non esistesse e la giurisprudenza costituzionale, dopo una prima stagione cooperativa (2003-2008), ha iniziato a falcidiare tutti i tentativi di una legislazione regionale troppo diversificata. Su questa diffidenza per la diversità delle politiche si innesta la responsabilità delle regioni, sia nell'elaborazione di politiche autenticamente differenziate, sia nella efficacia e responsabilità della loro gestione. E si innestano anche gli interessi di una burocrazia centrale²⁷ del tutto restia a cedere porzioni di potere. La confluenza di fattori è tale che non è da stupire se in questa fase lo sviluppo del regionalismo segni un arresto tale da portare a definirlo come "incompiuto e infelice"²⁸.

Un rimedio a questa *impasse* del regionalismo italiano è stato di recente identificato nella predisposizione di una politica "nazionale" regionale²⁹ fino ad oggi del tutto assente. Tale idea pone in luce come il timore di venti ordinamenti diversi e poco coordinati potrebbe essere superato con un nuovo ruolo dello Stato che valorizzi le politiche regionali tentandone nel contempo una maggiore integrazione. Lo Stato in quest'ottica non dovrebbe agire per arginare politiche regionali percepite come violatrici dell'unità nazionale o delle proprie competenze, ma come soggetto che si nutre di queste politiche e che le fa entrare a far parte di "una strategia di sviluppo nazionale". Forse questa potrebbe essere una strada, ma ancora una volta il luogo in cui realizzarla più efficacemente non appare l'istituendo Senato bensì i titolari dell'indirizzo politico ossia i Presidenti regionali e i sindaci chiamati a dialogare in una Conferenza delle autonomie italiane sia con il Parlamento che con il Governo.

²⁷ R. BIN, *Stato delle autonomie vs governo della burocrazia*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2014, 47 ss.

²⁸ C. PINELLI, *Il regionalismo visto da Cesare Pinelli*, (Intervista a cura di A. Candido) in *dirittiregionali.org*, 2011.

²⁹ A. POGGI, *Le funzioni legislative e amministrative nelle autonomie speciali, tra vecchie e nuove fonti e realtà effettiva*, in www.federalismi.it, n. 22/2015.

L'ESECUTIVO TRA EFFETTIVITÀ COSTITUZIONALE E REVISIONE COSTITUZIONALE: VERSO LA "PRESIDENZIALIZZAZIONE" DEL GOVERNO?

di *Roberto Cerchi*

SOMMARIO: 1. *Premessa*; 2. *Il Governo della Repubblica tra Costituzione ed effettività dalla I legislatura alla XVI legislatura*; 3. *L'esecutivo nella XVII legislatura: verso la "presidenzializzazione" del Governo?*; 4. *Il d.d.l. costituzionale Renzi/Boschi e la legge elettorale 52/2015: effetti sul Governo nel quadro della forma di governo parlamentare*; 5. *Sistema dei partiti, convenzioni costituzionali e "presidenzializzazione" del Governo: prospettive future*; 6. *Di alcune proposte di modifica del d.d.l. costituzionale Renzi/Boschi*.

1. Premessa

Il Governo e la forma di governo hanno subito significative evoluzioni nel corso della storia costituzionale dell'Italia repubblicana. Tali mutamenti non sono stati la conseguenza di una revisione costituzionale, ma dell'entrata in vigore di nuove leggi elettorali, di trasformazioni del sistema dei partiti e della cultura politica. Il disegno di legge costituzionale C. 2613-B (d.d.l. Renzi-Boschi), approvato con modificazioni dal Senato il 13 ottobre 2015, non modifica le disposizioni che regolano l'assetto strutturale-funzionale e le attribuzioni del Governo, né i poteri del Presidente della Repubblica e della Camera dei deputati in relazione al Governo, se non per quanto reso necessario dal superamento del bicameralismo paritario. Elementi di novità potrebbero venire in essere, tuttavia, nell'effettiva conformazione delle relazioni endogovernative e di quelle tra il Governo gli altri organi costituzionali, soprattutto a causa del superamento del bicameralismo paritario e dell'entrata in vigore della legge elettorale 52/2015. In questo scritto ci si propone, quindi, di ricostruire l'evoluzione del Governo nell'effettività costituzionale e il rapporto tra le più recenti tendenze emerse nella prassi della XVII legislatura, il d.d.l. costituzionale e la nuova legge elettorale.

2. Il Governo della Repubblica tra Costituzione ed effettività dalla I legislatura alla XVI legislatura

L'assetto strutturale-funzionale del Governo è regolato da disposizioni che sembrano definire un quadro di armonica integrazione dei principi monocratico, collegiale e di autonomia del singolo Ministro. Secondo l'art. 92, comma 1, Cost., "il Governo della Repubblica è composto del Presidente del Consiglio e dei Ministri, che costituiscono insieme il Consiglio dei Ministri": il Governo, hanno scritto Amato e Bruno, "è uno e trino"¹. Secondo l'art. 95 Cost., "il Presidente del Consiglio dei Ministri dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile. Mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, promuovendo e coordinando l'attività dei Ministri. I Ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei Ministri, e individualmente degli atti dei loro dicasteri". Secondo questo disegno normativo, il Presidente del Consiglio è un *primus inter pares*. Non è infatti un *primus solus*, come nel Governo (monocratico) presidenziale, esistendo nell'esecutivo italiano una pluralità di organi governativi provvisti di autonomia costituzionalmente garantita. Il Capo del Governo non può neppure essere definito un "primo sopra ineguali". Secondo gli artt. 92 e 95 Cost., il Presidente del Consiglio non ha il potere di adottare direttive vincolanti rispetto ai Ministri² e non può risolvere un eventuale conflitto con il singolo Ministro proponendo al Capo dello Stato la revoca dello stesso: l'unico strumento esistente per la risoluzione di un conflitto è, quindi, l'approvazione di una mozione di sfiducia individuale o la crisi di Governo.

¹ Cfr. G. AMATO, F. BRUNO, *La forma di governo italiana. Dalle idee dei partiti all'Assemblea costituente*, in *Quad. Cost.*, 1981, p. 84.

² Sul carattere non vincolante e concordato delle direttive del Presidente del Consiglio v. L. PALADIN, *Governo italiano*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 695; P. A. CAPOTOSTI, *Accordi di Governo e Presidente del Consiglio dei Ministri*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 183; ID., *Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 147, 216-217; G. PITRUZZELLA, *Il Presidente del Consiglio dei Ministri e l'organizzazione del Governo*, Cedam, Padova, 1986, p. 224 ss.; P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico ed identità partitica*, Liguori, Napoli, 1988, p. 79 ss.; P. BARILE, *Consiglio dei ministri*, in *Enc. Giur.*, Treccani, VIII, Roma, 1988, p. 7; L. VENTURA, *Il Governo a multipolarità diseguale*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 75 ss.

Ferme restando queste premesse, l'elasticità funzionale³ delle disposizioni di cui all'art. 95 Cost. è tale da aver consentito significative oscillazioni nella prassi⁴. Si possono individuare quattro moduli funzionali dell'organo Governo, corrispondenti a diverse fasi storiche ed espressione delle trasformazioni della politica nazionale.

La prima stagione è quella che abbraccia la prima legislatura repubblicana (1948-1953). Come è noto in questo periodo, nonostante la vigenza di leggi elettorali proporzionali, la Democrazia cristiana conseguì la maggioranza assoluta dei seggi alla Camera dei deputati e l'avrebbe conseguita anche al Senato se non vi fossero stati numerosi senatori di diritto⁵. Questo fatto politico e il carisma di De Gasperi⁶

³ Sulla "elasticità funzionale" delle disposizioni di cui all'art. 95 Cost. v. J. BUCCISANO, *Premesse per uno studio sul presidente del consiglio dei ministri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1972, pp. 43-44; in senso analogo v. P. A. CAPOTOSTI, *Accordi di Governo e Presidente del Consiglio dei Ministri*, cit., p. 187 e ID., *Presidente del Consiglio dei Ministri*, cit., pp. 140-142; P. CIARLO, *Mitologie*, cit., p. 80; L. VENTURA, *Il Governo a multipolarità diseguale*, cit., p. 65; S. BARTOLE, *Governo italiano*, in *Dig. Discl. Pubbl.*, IV ed., vol. VII, Utet, Torino, 1991, p. 637; P. CIARLO, *Sub art. 95*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, *Art. 92-96. Il Consiglio dei Ministri*, Zanichelli, Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1994, p. 376 ss.

⁴ Cfr. L. PALADIN, *Governo italiano*, cit. p. 676: «le relazioni fra gli organi essenziali del Governo (per non parlare delle rispettive funzioni e responsabilità) sono regolate in termini talmente equivoci, da metterne in forse il loro stesso carattere giuridico» e, *ibidem*, p. 692 ss.; in senso analogo v. S. BARTOLE, *Governo italiano*, cit., p. 638.

⁵ La Democrazia cristiana conseguì la maggioranza assoluta alla Camera dei deputati (12.745.841 voti, pari al 48,7% dei suffragi, 300 deputati su un totale di 574); al Senato ciò non accadde a causa dei Senatori di diritto (i senatori democristiani furono 131 su un totale di 237 seggi elettivi e di 97 seggi di diritto), mentre il Fronte popolare si fermò a 8.025.390 voti (31% dei suffragi). Quasi l'80% dei voti si concentrò su due soggetti politici: cfr. P. CALANDRA, *Governi della Repubblica. Vicende, formule, regole*, il Mulino, Bologna, 1996, p. 59 e L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 80. Sul funzionamento maggioritario della forma di governo nella prima legislatura v. G. MARANINI, *Storia del potere in Italia. 1848-1967* (1967), Corbaccio, Milano, 1995, p. 500; L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 657; P. SCOPPOLA, *La democrazia dei partiti*, in *Accademia nazionale dei Lincei, Lo Stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 141. Alcuni autori, tuttavia, hanno posto l'accento sull'esistenza di momenti di mediazione con le correnti della Democrazia cristiana e con i partiti laici alleati di Governo: sul punto v. P. A. CAPOTOSTI, *Accordi di governo e Presidente del Consiglio dei Ministri*, cit., p. 49; A. PANEBIANCO, *Modelli di partito*, il Mulino, Bologna, 1982, pp. 230 e 233; G. PITRUZZELLA, *Il Presidente del Consiglio dei Ministri e l'organizzazione del Governo*, cit., p. 94; P. CALANDRA, *I Governi della Repubblica*, cit., p. 63; L. ELIA, *Relazione generale*, in *Associazione dei costituzionalisti, Annuario 2000. Il Parlamento*, Cedam, Padova, 2001, p. 5.

⁶ Con riferimento alla quale si rinvia a A. PANEBIANCO, *Modelli di partito*, cit., p. 210.

posero le condizioni per un funzionamento della forma di governo secondo i moduli del sistema di gabinetto inglese, ossia caratterizzato dal primato del Governo e del Presidente del Consiglio sulla maggioranza parlamentare⁷.

La seconda stagione è quella che si estende dalla II alla X legislatura. In questo periodo, in vigenza di leggi elettorali proporzionali, la Democrazia cristiana divenne partito di maggioranza relativa e il Governo di coalizione, che nella prima legislatura era stato una scelta politica di De Gasperi, si convertì in una necessità istituzionale⁸. In tale stagione si assistette a una ridotta effettività del principio monocratico e del principio collegiale e all'espansione del principio di autonomia del singolo Ministro nel funzionamento del Governo. La direzione politica monocratica fu infatti minata sia dall'incremento del potere di crisi dei partiti di Governo, che dalla scelta politica della Democrazia cristiana di separare le cariche di segretario di partito e di Presidente del Consiglio. Tale decisione, perfettamente adeguata alla conservazione e al miglioramento degli equilibri tra correnti, si tradusse nei rapporti endogovernativi in una tendenziale debolezza del Presidente del Consiglio rispetto ai Ministri, in particolare quando questi ultimi erano capi-corrente della DC⁹. In questa fase la direzione politica monocratica assunse più la forma della mediazione che quella di un momento di elaborazione di un indirizzo governativo autonomo, orientato e dirimente¹⁰. L'attenuazione della direzione politica collegiale fu la conseguenza sia della mancata partecipazione al Governo dei segretari dei partiti di maggioranza, che rendeva necessaria la costante mediazione tra Governo e partiti in sedi extragovernative, che della forza dei

⁷ Sul punto v. G. MARANINI, *Storia del potere in Italia*, cit., p. 500, secondo il quale “nella persona di De Gasperi l'esecutivo aveva trovato un centro di gravità stabilizzato, e una barriera spesso efficace contro la tirannia e la irresponsabilità partitica: la maggioranza parlamentare aveva trovato il suo leader naturale”; nello stesso senso v. L. ELIA, *governo (forme di)*, cit., p. 657; P. SCOPPOLA, *La democrazia dei partiti*, cit., p. 141. Tale leadership fu tuttavia caratterizzata anche da pratiche mediatricie con i gruppi parlamentari: sulla coesistenza di profili «coercitivi» e profili «mediatori» nella leadership di De Gasperi cfr. P. A. CAPOSTOLI, *Accordi di governo e Presidente del Consiglio dei Ministri*, cit., p. 9; A. PANEBIANCO, *Modelli di partito*, cit., pp. 230 e 233; G. PITRUZZELLA, *Il Presidente del Consiglio dei Ministri e l'organizzazione del Governo*, cit., p. 94; P. CALANDRA, *I Governi della Repubblica*, cit., p. 63; L. ELIA, *Relazione generale*, cit., p. 5.

⁸ Così G. FERRARA, *Il Governo di coalizione*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 121.

⁹ Sul punto v. G. FERRARA, *Il Governo di coalizione*, cit., pp. 152-153.

¹⁰ Sotto questo profilo v. S. CASSESE, *Esiste un Governo in Italia?* Officina edizioni, Roma, 1980, p. 29 ss. e p. 50.

singoli Ministri, i quali erano in condizione di negoziare i contenuti delle politiche di settore di cui erano responsabili direttamente con le componenti di maggioranza e di opposizione all'interno delle Commissioni parlamentari. Di conseguenza, il Consiglio dei Ministri non era il luogo di effettivo approfondimento e decisione politica, ma solo la sede di ratifica di accordi maturati in sedi "decentrate", come i comitati interministeriali, che non di rado si riunivano senza la presenza del Presidente del Consiglio¹¹, i comitati di Ministri e i vertici informali cui partecipavano Ministri, dirigenti dei partiti e dei gruppi parlamentari, componenti di maggioranza e di opposizione nelle commissioni parlamentari, parti sociali¹². Non a caso, fino agli anni Ottanta, si è avuta una scarsa frequenza delle riunioni del Consiglio dei Ministri, in particolare se paragonata alla prassi costituzionale propria di altre democrazie parlamentari europee¹³. Alla debolezza della direzione politica monocratica e di quella collegiale si accompagnava, come in un sistema di vasi comunicanti, l'espansione del principio di autonomia del singolo Ministro: sono note, in questo senso, le formule del "Governo per Ministeri", del "Governo a direzione plurima dissociata", del "Governo a multipolarità diseguale"¹⁴. L'eventuale conflitto tra il Presidente del Consiglio e un Ministro, o tra più Ministri, poteva essere risolto solo con l'arte della mediazione, essendo il Capo del Gover-

¹¹ Sul punto v. S. BARTOLE, *Assetto del Governo e relazioni infragovernative*, in *Quad. Cost.*, 1981, p. 354.

¹² Cfr. P. A. CAPOTOSTI, *Accordi di Governo e Presidente del Consiglio dei Ministri*, cit., pp. 207-208; v. altresì S. BARTOLE, *Assetto del Governo e relazioni infragovernative*, cit., p. 353, secondo il quale "la collegialità governativa è venuta spesso riducendosi a una mera apparenza".

¹³ Cfr. L. PALADIN, *Governo italiano*, cit., p. 709-710, che pone in evidenza come, sul finire degli anni Sessanta, le riunioni del Consiglio dei Ministri fossero in media ogni 10/15 giorni. Durante l'esperienza degli esecutivi guidati da Rumor (nella prima metà degli anni Settanta), le riunioni del Consiglio dei Ministri avevano luogo a cadenza mensile: sul punto si veda S. RODOTÀ, *La circolazione delle informazioni nell'apparato di governo* in S. RISTUCCIA (a cura di), *L'istituzione governo. Analisi e prospettive*, Comunità, Milano, 1980, pp. 73-74. Una novità si ebbe con il Governo Andreotti III (31/07/1976-11/03/1978), il cosiddetto "Governo delle astensioni", nel quale fu stabilita la "tabellarizzazione" delle riunioni del Consiglio dei Ministri in sedute settimanali a giorno fisso (il venerdì), ma tale prassi si esaurì con la fine del "compromesso storico": cfr. A. MANZELLA, *Il Governo in Parlamento* in S. RISTUCCIA (a cura di), *L'istituzione governo*, cit., p. 99.

¹⁴ V. rispettivamente v. E. CHELI - V. SPAZIANTE, *Il Consiglio dei Ministri e la sua Presidenza: dal disegno alla prassi*, in S. RISTUCCIA (a cura di), *Istituzione Governo*, cit., p. 49; S. CASSESE, *Esiste un Governo in Italia?* cit., p. 24 ss; L. VENTURA, *Il Governo a multipolarità diseguale*, cit., pp. 62 ss. e *passim*,

no privo del potere di inviare direttive vincolanti a un Ministro o di proporre la revoca al Capo dello Stato.

Negli anni Ottanta, a partire dalla formazione del Governo Spadolini I (luglio 1981), sono tuttavia ravvisabili i segni di un tentativo di rafforzamento dei principi di direzione politica monocratica e collegiale. Ciò è dipeso dalla nomina a Presidente del Consiglio di tre segretari di partito che erano, altresì, personalità autorevoli della politica nazionale (Spadolini, Craxi, De Mita); inoltre, Craxi propose la nomina di personalità eminenti (tre ex Presidenti del Consiglio, il Presidente della DC Forlani, i segretari di PRI e PSDI¹⁵) e istituì il Consiglio di gabinetto, un comitato ristretto di Ministri avente la funzione di coadiuvare il Presidente del Consiglio che sarà poi regolato dall'art. 6 della l. 400/1988¹⁶. Verso la fine degli anni Ottanta sono anche entrate in vigore nuove norme che, a Costituzione invariata, erano finalizzate a rafforzare il principio monocratico e il principio collegiale nel funzionamento del Governo e a “oleare gli ingranaggi dell'indirizzo politico”¹⁷: la legge 400/1988 sull'attività di Governo e sull'ordinamento della Presidenza del Consiglio; le novelle ai regolamenti parlamentari con la generalizzazione del voto palese nel 1988; la legge 362/1988 sulle procedure di bilancio. Queste linee di tendenza hanno incoraggiato una rilettura del Governo come “complesso organico” (piuttosto che come organo complesso¹⁸ o come organo che si identifica nel Consiglio dei Ministri, pur con una struttura bipolare¹⁹), in cui il Presidente del Consiglio non opererebbe “soltanto come componente del Consiglio, bensì come un autonomo centro di potere, e cioè come vero e proprio organo monocratico, anche se privo del potere di determina-

¹⁵ Cfr. P. CALANDRA, *I Governi della Repubblica*, cit., p. 392.

¹⁶ Nel senso della non illegittimità dell'istituto, muovendo dalla premessa secondo cui il Governo non si identifica con il Consiglio dei Ministri, v. G. PITRUZZELLA, *Il Presidente del Consiglio dei Ministri e l'organizzazione del Governo*, cit., p. 259 ss.; v. altresì L. VENTURA, *Il Governo a multipolarità diseguale*, cit., p. 167 ss., in part. p. 181, che lo qualifica come organo formalmente interno del Consiglio dei Ministri, essendo quest'ultimo il titolare della attribuzione della determinazione della politica generale del Governo.

¹⁷ Cfr. G. AMATO, *Intervento*, in *La forma di governo nell'Italia odierna. Tavola rotonda*, in *Quad. cost.*, 1991, p. 53.

¹⁸ Cfr., *ex plurimis*, L. PALADIN, *Governo italiano*, cit., p. 692.

¹⁹ In questo senso v. A. RUGGERI, *Il Consiglio dei Ministri nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 25 ss.; p. 80 ss.

re autonomamente l'indirizzo politico»²⁰. Al Capo del Governo spetterebbero quindi non solo poteri endogovernativi, che attengono alla formazione, all'esecuzione e al mantenimento dell'unità dell'indirizzo politico in rapporto al Consiglio dei Ministri e ai Ministri, ma anche poteri esogovernativi, ascrivibili alla direzione della politica generale e funzionali a individuare i mezzi e i fini dell'azione di Governo, in costante raccordo con altri soggetti come i partiti, i gruppi parlamentari, i sindacati e le Regioni²¹. L'effettiva autonomia del Governo e del Presidente del Consiglio dai partiti e il superamento delle logiche del Governo per Ministeri sono stati, però, più apparenti che reali²².

La terza stagione del Governo in Italia è iniziata nei primi anni Novanta e si è estesa fino alla metà degli anni Dieci del XXI secolo. In essa, in continuità con i segnali di cambiamento emersi negli anni Ottanta, si è avuto il rafforzamento del Governo e la contestuale espansione dei principi monocratico e collegiale. L'entrata in vigore delle leggi elettorali n. 276 e 277 del 1993 (leggi Mattarella) ha incentivato la formazione di un secondo sistema dei partiti, debolmente strutturato, diverso dal precedente per *nomen* e numero dei partiti, polarizzazione ideologica, numero dei poli di aggregazione partitica (da uno divengono due), e tendenza (centripeta o centrifuga) della competizione politica. A partire dalle elezioni politiche per la XIII legislatura (1996-2001) si sono formate coalizioni elettorali che indicano agli elettori un candidato alla Presidenza del Consiglio e sottoscrivono un programma elettorale di coalizione. La successiva legge elettorale 270/2005, pur reintroducendo il voto di lista e incentivando, di conseguenza, la competizione tra partiti alleati, non ha fatto venir meno, nella XV e XVI legislatura, il gioco politico a due tra coalizioni elettorali.

In questo contesto, in cui si è rafforzata la legittimazione – divenuta plebiscitaria – del candidato “elettorale” alla Presidenza del Consiglio,

²⁰ Così G. PITRUZZELLA, *Il Presidente del Consiglio dei Ministri e l'organizzazione del Governo*, cit., p. 196; ancor prima il concetto di “complesso organico” era stato proposto da L. PRETI, *Il Governo nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 10.

²¹ Cfr. G. PITRUZZELLA, *Il Presidente del Consiglio dei Ministri e l'organizzazione del Governo*, cit., p. 132 ss.

²² Sul punto v. L. VENTURA, *Il Governo a multipolarità diseguale*, cit., pp. 113-114, secondo il quale negli anni Ottanta, a causa del persistente primato dei partiti, non è dato ravvisare un'autonomia monocratica del Presidente del Consiglio, quanto piuttosto il venire in essere di una “immagine di leadership”.

si è assistito all'espansione del principio monocratico e del principio collegiale. Con riferimento alla direzione politica monocratica, mentre fino alla X legislatura il Presidente del Consiglio aveva esercitato un limitato potere di scelta dei Ministri (Amato lo ha definito il "passacarte" dei partiti²³), al contrario a partire dall'XI e XII legislatura (le legislature di transizione) e per tutte le legislature successive, una quota variabile di Ministri (in particolare i Ministri del tesoro nella XIII legislatura ed i Ministri dell'economia nella XIV, XV e XVI legislatura) è stata scelta in autonomia da parte del Capo del Governo. Inoltre, nel contesto della competizione politica bipolare la sostituzione di un Presidente del Consiglio indicato agli elettori prima delle elezioni ha assunto i connotati di una "confessione di fallimento del gruppo dirigente"²⁴. Il Capo del Governo ha così potuto esercitare in modo più incisivo i poteri di direzione della politica generale e di promozione e coordinamento dell'attività dei Ministri che gli sono propri secondo l'art. 95 Cost. e secondo l'art. 5 della legge 400/1988. Anche l'organizzazione amministrativa della Presidenza del Consiglio è stata razionalizzata attraverso il d. lgs. 303/1999 e i regolamenti del Presidente del Consiglio dei Ministri previsti dal medesimo decreto.

L'espansione del principio monocratico ha trovato un limite nel contestuale rafforzamento del principio collegiale, che è stato determinato dalle innovazioni normative e dalle trasformazioni della politica.

Tra le innovazioni normative viene in evidenza la precisazione delle competenze del Consiglio dei Ministri attraverso la legge 400/1988, il cui art. 2 individua nel Consiglio dei Ministri l'organo che determina la politica generale, definisce un elenco di atti che sono di competenza del Consiglio dei Ministri e precisa che tale elenco non è tassativo, potendo il Presidente del Consiglio convocare il collegio su ogni tema per il quale ritenga opportuna una deliberazione; il riordino dei Comitati interministeriali²⁵, che in precedenza avevano spogliato di

²³ Cfr. G. AMATO, *Un Governo nella transizione. La mia esperienza di Presidente del Consiglio*, in *Quad. cost.*, 1994, p. 362.

²⁴ Così L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., p. 648, con specifico riferimento alla forma di governo parlamentare a bipartitismo rigido.

²⁵ La legge 400/1988 conteneva una delega al Governo *ad hoc*, che non fu esercitata. Il legislatore intervenne nuovamente con la legge 537/1993, mediante la quale furono soppressi alcuni comitati interministeriali e fu autorizzato il Governo ad emanare regolamenti con cui disciplinare le funzioni dei comitati soppressi. Su tali regolamenti v. G.

competenze il Consiglio dei Ministri e alterato la *par condicio* tra i Ministri; la riduzione del numero dei Ministri, per effetto dell'entrata in vigore del d. lgs. 300/1999²⁶; la razionalizzazione delle attività preparatorie del Consiglio dei Ministri (direttiva del Presidente del Consiglio del 31 maggio 1993) e l'adozione del regolamento interno al Consiglio dei Ministri (Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 10 novembre 1993). In particolare, l'art. 4, comma 3 di questo regolamento prevede i "pre-consigli", ossia riunioni preparatorie che devono essere tenute almeno due giorni prima della seduta del Consiglio dei Ministri con la finalità di migliorare l'approfondimento collegiale degli atti oggetto di deliberazione²⁷.

La valorizzazione del Consiglio dei Ministri è stata anche determinata dai processi di deistituzionalizzazione dei partiti e di personalizzazione della politica. Nei Governi di coalizione "vecchio stile" i Ministri erano "rappresentanti" dei partiti e la deliberazione del Consiglio dei Ministri era di regola una mera conferma di determinazioni già assunte *aliunde*, in altre sedi che vedevano come protagonisti principalmente i partiti o le loro articolazioni nei gruppi e nelle commissioni parlamentari²⁸. Al contrario, a partire dai primi anni Novanta, i partiti hanno visto ridotta la loro capacità di condizionare i Ministri e, per il loro tramite, il Governo. In tale contesto il Consiglio dei Ministri è divenuto la principale sede di decisione politica. Nel Consiglio dei

DEMURO, *Le delegificazioni: modelli e casi*, Giappichelli, Torino, 1995 e G. PITRUZZELLA, *Forme di governo e trasformazioni della politica*, Laterza, Bari, 1996, p. 107.

²⁶ Il d. lgs. 300/1999 ha ridotto a 12 il numero dei Ministri (portati a 14 con il d. l. 217/2001, convertito nella legge n. 317/2001, e poi ancora a 13 dall'art. 1, comma 2 della l. 172/2009), mentre la legge n. 81/2001, modificando l'art. 10 della l. 400/1988, ha previsto la possibilità di nominare viceministri un numero massimo di dieci sottosegretari, con delega conferita dal Ministro competente e approvata dal Consiglio dei Ministri su proposta del Presidente del Consiglio. I Viceministri, preposti a sovrintendere a uno o più dipartimenti o direzioni generali, possono essere invitati dal Presidente del Consiglio a partecipare al Consiglio dei Ministri, d'intesa con il Ministro competente, senza diritto di voto, per riferire su argomenti connessi alla materia delegata.

²⁷ I "pre-consigli" sono coordinati dal sottosegretario alla Presidenza del Consiglio o dal segretario generale della Presidenza del Consiglio; a essi partecipano il capo di gabinetto del Dipartimento per i rapporti con il Parlamento, i capi di gabinetto ovvero i capi uffici legislativi dei Ministeri interessati, il Ragioniere generale dello Stato e il Capo dell'ufficio di segreteria del Consiglio dei Ministri: sul punto v. N. LUPO, *I "Governi tecnici" Ciampi, Dini e Monti*, in *Rass. Parl.*, 1/2015, p. 114.

²⁸ Sul punto, *ex plurimis*, v. G. FERRARA, *Il Governo di coalizione*, cit., p. 154 e S. CASSESE, *Esiste un Governo in Italia?*, cit., p. 25.

Ministri, il concorso del singolo Ministro alla formazione degli atti ha preso corpo sia con la partecipazione alle sedute, che con l'astensione dalle medesime, quando a tale condotta si è attribuito un significato politico²⁹. I partiti non sono venuti completamente meno: si è infatti parlato di evoluzione dal Governo di partito al Governo di partito residuale³⁰. La possibilità di un conflitto tra Governo e direzioni politiche dei partiti è stata però ridotta attraverso la prassi, tendenzialmente osservata a partire dalla formazione del Governo D'Alema I (1998), di proporre la nomina a Ministro dei segretari e dei principali dirigenti dei partiti di maggioranza³¹. L'influenza dei partiti sul Governo è stata ancor minore nei Governi "tecnici" o "separati dai partiti"³² Ciampi

²⁹ Due precedenti su tutti: il Ministro della funzione pubblica Piazza (Governo D'Alema I) lasciò la seduta del Consiglio dei Ministri per non partecipare alla deliberazione con la quale il Consiglio medesimo avrebbe approvato, su proposta del Ministro della sanità Bindi, il decreto legislativo 229/1999, recante norme per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale (v. Corriere della Sera, 15 aprile 1999, *Ma il ministro Piazza se ne va: non posso votare questa riforma*, di G. Sarcina); il Ministro della giustizia del Governo Prodi II, Mastella, non partecipò al voto con cui il Consiglio dei Ministri deliberò la presentazione di un disegno di legge di iniziativa governativa per la regolazione delle coppie di fatto (i cosiddetti DICO): cfr. Corriere della Sera, *Coppie di fatto arrivano i «Dico» Il no di Mastella*, di Alessandra Arachi.

³⁰ Cfr. A. DI GIOVINE, *Dieci anni di Presidenza della Repubblica*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, il Mulino, Bologna, 1997, p. 26.

³¹ Solo il Governo Prodi I è stato caratterizzato da una composizione ministeriale che non rispecchiava la struttura della maggioranza, in quanto non era presente al Governo una delegazione di Ministri di Rifondazione comunista. La crisi del Governo Prodi I, a due anni dall'inizio della XIII legislatura, ha incoraggiato i successivi Presidenti del Consiglio, tra cui lo stesso Prodi nel 2006, a proporre la nomina a Ministro di personalità che fossero espressione di tutte le componenti politiche della maggioranza. Si pensi infatti alla struttura dei Governi Berlusconi II e III. Il Presidente del Consiglio propose la nomina dei leader dei principali partiti della maggioranza (Bossi per la Lega Nord e Fini per Alleanza nazionale) e del capo della più potente corrente di Alleanza nazionale (Alemanno). L'unica, parziale eccezione è quella relativa al segretario dell'UDC Follini, che solo dopo forti pressioni divenne Vicepresidente del Consiglio nel Governo Berlusconi II in occasione del rimpasto successivo alle elezioni europee del 2004, per poi rimanere fuori dal Governo Berlusconi III. Il metodo è stato osservato anche in occasione della formazione del Governo Prodi II e del Governo Berlusconi IV. Con riferimento al Governo Letta, di esso non hanno fatto parte né il leader di Forza Italia Berlusconi, né il fondatore di Scelta civica Monti, pur se è dato riscontrare la presenza al Governo dei principali dirigenti di tali forze politiche.

³² Così G. PITRUZZELLA, *Forme di governo e trasformazioni della politica*, cit., p. 100 ss. Sul venir meno del *continuum* Governo-maggioranza nei Governi tecnici v. anche N. LUPO, *I "Governi tecnici" Ciampi, Dini e Monti*, cit., p. 91.

(XI legislatura), Dini (XII legislatura) e Monti (XVI legislatura)³³. In sintesi, a partire dai primi anni Novanta il Consiglio dei Ministri si è convertito in organo direttivo della maggioranza parlamentare ed è divenuto uno dei principali, effettivi centri di assunzione delle decisioni politiche della maggioranza³⁴.

La prassi più recente sembra quindi aver sancito il superamento del “Governo per Ministeri” e l’espansione dei principi monocratico e collegiale, ossia l’inveramento storico di quella “terza via” tra il modello disegnato dal regio decreto 466/1901 (decreto Zanardelli) e quello della legge 100/1926 che il costituente sembra aver perseguito redigendo l’art. 95 Cost.³⁵ Naturalmente, ogni modello non può prevedere l’uomo e presenta, quindi, un carattere riduttivo e semplificatorio di dinamiche che sono caratterizzate da una maggior ricchezza nell’effettività. Così, ad esempio, si è avuta una tendenza più marcatamente monocratica nei Governi Amato I (XI legislatura), Prodi I (XIII legislatura), Berlusconi II (XIV legislatura) e Berlusconi IV (XVI legislatura): nel primo caso a causa dell’eccezionalità della situazione politica ed economica; nel secondo caso come conseguenza dell’investitura plebiscitaria e del vincolo europeo delle politiche per

³³ Sulla dialettica integrazione del principio monocratico e del principio collegiale nel funzionamento del Governo Ciampi, v. S. MERLINI, G. GUIGLIA, *Il regolamento interno del Consiglio dei Ministri*, in *Quad. Cost.*, 1994, pp. 485-487; G. PASQUINO, S. VASSALLO, *Il Governo di Carlo Azeglio Ciampi*, in C. MERSHON, G. PASQUINO (a cura di), *Politica in Italia. Edizione 94*, il Mulino, Bologna, 1994, pp. 82-83; C. A. CIAMPI, *Un metodo per Governare*, il Mulino, Bologna, 1996, pp. 8-9. Con riferimento al Governo Dini, v. G. NEGRI, *Un anno con Dini. Diario di un Governo eccezionale*, il Mulino, Bologna, p. 78. Con riferimento al Governo Monti, v. E. ALBANESI, *Il Governo c. d. tecnico Monti tra compagine ministeriale extra-partitica e base parlamentare di “grande coalizione”*, in *Rass. Parl.*, 1/2014, p. 158 e ss.

³⁴ Cfr. S. NICCOLAI, *Il governo*, Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 103; v. altresì M. COTTA, L. VERZICHELLI, *Il Governo Berlusconi II alla prova: un anno di complicazioni*, in *Politica in Italia. I fatti dell’anno e le interpretazioni. Edizione 2003*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 62, che definiscono il Consiglio dei Ministri una “stanza di compensazione”; in senso analogo v. S. FABBRINI, *Parlamento, Governo e Capo del Governo: quali cambiamenti*, in G. Di Palma, S. FABBRINI, G. FREDDI (a cura di), *Condannata al successo?, L’Italia nell’Europa integrata*, il Mulino, Bologna, 2000, p. 58. Sulla residua persistenza della prassi dei vertici v. S. MERLINI, *Autorità e democrazia*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 143.

³⁵ Sull’impossibilità di leggere i poteri del Presidente del Consiglio utilizzando la lente dalle l. 100/1926, o anche il modello del cancellierato tedesco, v. G. FERRARA, *Il Governo di coalizione*, cit., p. 151. Sull’integrazione dei principi monocratico e collegiale nella l. 400/1988 v. P. A. CAPOTOSTI, *Governo*, in *Enc. Giur.*, vol. XVII, p. 10; L. ARCIDIACONO, *Relazione generale*, in Associazione dei costituzionalisti, *Annuario 2001. Il Governo. Atti del XVI Convegno annuale. Palermo, 8-9-10 novembre 2001*, Cedam, Padova, 2002, p. 31.

la moneta unica; nel terzo caso, infine, in forza di un indiscusso primato conseguente all'investitura plebiscitaria e all'eccezionale concentrazione di risorse politiche e personali, anche di carattere economico, in capo al Presidente del Consiglio³⁶. Di contro, si è verificata un'espansione del principio collegiale nei Governi D'Alema I, D'Alema II, Amato II (XIII legislatura), Berlusconi III (XIV legislatura) e Prodi II (XV legislatura), determinata, con riferimento ai Governi D'Alema e Amato, dal venir meno dell'investitura plebiscitaria e dall'erosione di consensi per il partito del Presidente del Consiglio e per gli altri partiti di maggioranza, messa in evidenza dai risultati delle elezioni europee (1999) e regionali (2000); con riferimento al Governo Berlusconi III, dalla sconfitta subita dalla coalizione di centro-destra alle elezioni regionali del 2005; in relazione al Governo Prodi II, dall'entrata in vigore della legge elettorale 270/2005, che con il ritorno al voto di lista ha incentivato la competizione tra i partiti della coalizione di maggioranza, e dalla ridottissima consistenza della maggioranza al Senato (che ha amplificato il potenziale di ricatto di tutti i partiti che la componevano).

3. L'esecutivo nella XVII legislatura: verso la “presidenzializzazione” del Governo?

Una quarta e ultima fase nella storia costituzionale dell'esecutivo è iniziata con la formazione del Governo Renzi. È questa la stagione della “presidenzializzazione” del Governo, caratterizzata da un'espansione del principio monocratico e da una contestuale riduzione della portata effettiva del principio di direzione politica collegiale e del principio di autonomia del singolo Ministro.

³⁶ A conferma della fluidità dei rapporti politici, deve però essere precisato che il primato del Presidente del Consiglio nel Governo Berlusconi IV è stato attenuato dalla scissione all'interno del “Popolo della libertà” nel 2010 e del conseguente assottigliarsi della maggioranza di Governo, per effetto della adesione dell'11 % dei componenti i gruppi parlamentari del PDL ai nuovi gruppi parlamentari di “Futuro e libertà”: su questa vicenda v. D. HINE, D. VAMPA, *Un 'altro' divorzio: il Pdl nel 2010*, in E. GUALMINI, E. PASOTTI (a cura di), *Politica in Italia. I fatti dell'anno e le interpretazioni. Edizione 2011*, Il Mulino, Bologna, 2011, p. 69 ss., in part. p. 77 ss.

Una tale trasformazione si è avuta ancor prima nel parlamentarismo britannico a partire dall'avvento della Thatcher³⁷. Per la “Lady di ferro” vi erano due modelli di leadership monocratica: quella “consensuale” o “pragmatica” e quella “di trascinamento”. Lei stessa sottolineava che vi sono due modi di formare un *cabinet*: uno è proporre la nomina a Ministro di elementi delle varie fazioni interne al partito; l'altro è proporre la nomina di persone che credono nelle stesse cose, di Ministri uniti da un orizzonte comune. Lei fece chiaramente intendere di preferire il secondo modello, allorché affermò “As Prime Minister I couldn't waste time having any internal arguments”³⁸. Il Cancelliere dello scacchiere Lawson ha descritto lo stile del Primo Ministro come “autoritario”: se aveva già un'opinione chiara, non lasciava spazio al dibattito tra i Ministri e prendeva immediatamente la parola, esprimendo il punto di vista del *cabinet* e invitando poi il Ministro competente per materia a parlare, qualora avesse qualcosa da aggiungere. Sovente, dopo la presa di posizione del Primo Ministro, intervenivano i Ministri contrari, cui però spesso veniva tolta la parola prima che terminassero i loro argomenti. Le decisioni più importanti, quindi, erano assunte dal Primo Ministro con l'ausilio di piccoli comitati di Ministri, tanto che si è parlato della riduzione del *cabinet* a pezzo della *dignified part* della Costituzione inglese³⁹. Elementi di continuità con tale esperienza sono stati ravvisati nella *premiership* di Blair⁴⁰, anche lui promotore di una leadership monocratica che lo pose in linea

³⁷ Il moderno del Governo parlamentare-presidenziale è stato proposto da M. FOLEY, *The rise of British Presidency*, Manchester University press, Manchester, 1993, p. 2, secondo il quale il *cabinet government* sarebbe cambiato negli anni Ottanta “with the emergence of a peacetime prime minister whose preeminence in government was comparable only to Winston Churchill in World War two. In her attempt to change the face of Britain, Margaret Thatcher became in effect the face of Britain”.

³⁸ Cfr. G. P. THOMAS, *Prime Minister and Cabinet today*, Manchester University press, Manchester, 1998, p. 35. La sua idea di leadership “di trascinamento” fu espressa chiaramente al Congresso del partito del 1980: di fronte alle pressanti richieste di un cambio delle politiche di Governo innanzi alla recessione economica in corso lei stessa affermò, con una frase storica, “You turn if you like. The lady is not for turning... I will not change just to court popularity”: sulla vicenda v. G. P. THOMAS, *Prime Minister and cabinet today*, cit., p. 36.

³⁹ Cfr. G. P. THOMAS, *Prime Minister and cabinet today*, cit., p. 36.

⁴⁰ Cfr. B. JONES, *Dictionary of British politics*, Manchester University press, Manchester, 2004, p. 225 e P. LEYLAND, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, cit., p. 108.

di collisione con la minoranza del partito alla Camera dei comuni⁴¹, pur se i suoi ultimi anni da Primo Ministro furono caratterizzati dalla competizione con il cancelliere dello scacchiere Brown⁴². A conferma dell'elasticità delle *conventions* sul Governo, i successori della Thatcher e di Blair, rispettivamente Major e Brown, dovettero sperimentare uno stile più prudente, a causa della minor consistenza della maggioranza e del più limitato supporto di cui godevano. Il ritorno al Governo di coalizione tra il 2010 e il 2015 ha imposto anche al Primo Ministro Cameron uno stile più collegiale e dialogante.

Venendo al Governo Renzi nella XVII legislatura, in quali termini si può parlare di primato "presidenziale" del Presidente del Consiglio in Italia? Entro quale misura il Governo Renzi rappresenterebbe una soluzione di continuità rispetto ai Governi precedenti? Numerosi sono i fattori che hanno contribuito all'espansione del principio monocratico. Il primo luogo viene in evidenza il cumulo delle cariche di segretario di partito e Presidente del Consiglio dei Ministri. Tale separazione, indicata da Elia come una delle cause della debolezza del Governo e del Presidente del Consiglio a partire dalla seconda legislatura⁴³, è venuta meno nella prima parte della storia repubblicana solo due volte e per brevi periodi⁴⁴. A partire dai primi anni Novanta, la *leadership* di Berlusconi nelle coalizioni di centro-destra è stata sostanzialmente indiscussa ma anche, in diversi frangenti, limitata dalla competizione tra i partiti di Governo e dall'autonomia dei Ministri⁴⁵. Nel centro-sinistra

⁴¹ Facciamo riferimento alla decisione di aderire alla guerra in Iraq, all'inchiesta parlamentare sulla morte di David Kelly e all'aumento delle tasse universitarie: sul punto, v. M. CERASE, *Opposizione politica e regolamenti parlamentari*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 31. Sulla recente tendenza dei *government backbenchers* a esercitare il proprio voto in modo sempre più indipendente dalle indicazioni dei *whips*, v. anche F. ROSA, *Il controllo parlamentare sul Governo nel Regno unito*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 225.

⁴² Sul punto, R. ROSA, *There's No Need for the 'isation': The Prime Minister Is Merely Prime Ministerial*, in *Parl. Aff.*, 2013, p. 636, in cui tale fatto è utilizzato come argomento critico nei confronti della tesi della "presidenzializzazione" della *premiership*.

⁴³ Cfr. L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., p. 659.

⁴⁴ Il Governo Fanfani III rimase in carica dal 1° luglio 1958 al 14 febbraio 1959; appena un mese dopo le dimissioni del Governo, il 15 marzo 1959, Moro fu eletto segretario del partito. Il Governo De Mita rimase in carica dal 13 aprile 1988 al 22 luglio 1989, ma già nel gennaio 1989 il Presidente del Consiglio aveva perduto la segreteria del partito a favore di Forlani.

⁴⁵ Sul punto ci si consenta di rinviare a R. CERCHI, *Il Governo di coalizione in ambiente maggioritario*, Jovene, Napoli, 2006, p. 393 ss. e ID., *La forma di governo all'alba del XXI secolo: dalle coalizioni ai partiti*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2008.

la separazione tra *leadership* del maggior partito della coalizione e *premiership* è stata costante, dal Governo Prodi I nella XIII legislatura al Governo Letta nella XVII legislatura. Con il Governo Renzi, invece, anche in presenza di una maggioranza parlamentare di centro-sinistra si è inverato il cumulo degli incarichi tra segretario del maggior partito della coalizione e Presidente del Consiglio. In secondo luogo, l'espansione del principio monocratico è dipesa dalla struttura di maggioranza e opposizione. La coalizione di Governo è dominata dal Pd e caratterizzata dall'affinità politica tra il Presidente del Consiglio e i partiti minori. L'opposizione è frantumata e divisa: si assiste infatti alla destrutturazione della coalizione di centro-destra e all'isolamento del Movimento cinque stelle⁴⁶. Altri fattori che hanno concorso a rafforzare il segretario/Presidente del Consiglio sono: l'investitura plebiscitaria derivante dalle elezioni primarie a segretario del Pd (8 dicembre 2013); la difficoltà di sostituire il Presidente del Consiglio senza provocare lo scioglimento anticipato delle Camere; il buon esito per il Pd delle elezioni europee del 2014; il successo conseguito dal Presidente del Consiglio nell'elezione a Capo dello Stato di Mattarella.

Tale eccezionale incremento delle sue risorse politiche ha consentito al Presidente del Consiglio di atteggiarsi a *conviction leader*, a Pre-

⁴⁶ La centralità del Pd e del suo segretario e le divisioni all'interno delle opposizioni hanno contribuito non solo all'affermazione del primato del Presidente del Consiglio nel Governo, ma anche del Governo in Parlamento, potendo l'esecutivo fare affidamento su maggioranze variabili nelle Camere. Il fenomeno non è totalmente nuovo, ma se negli anni Settanta, in presenza di partiti istituzionalizzati, la divaricazione della maggioranza di Governo dalla maggioranza legislativa era un sintomo della centralità del Parlamento (su cui v. C. LAVAGNA, *Maggioranza al Governo e maggioranze parlamentari*, in *Pol. Dir.*, 1974, p. 673 ss., in part. p. 689 ss.), al contrario negli anni Dieci del XXI secolo la reviviscenza della divaricazione tra maggioranza di Governo e maggioranze deliberative in Parlamento è sintomo della centralità del Governo, il quale appare, direttamente o indirettamente, il *dominus* o l'ispiratore di tutti i procedimenti. Così è dato ravvisare una maggioranza di Governo (composta dagli eletti del Pd, del Nuovo Centro-destra, dell'UDC, di Scelta civica e del PSI); una maggioranza per la revisione costituzionale, con la partecipazione, fino all'elezione del Presidente della Repubblica Mattarella, dei parlamentari di maggioranza e di quelli di Forza Italia; una maggioranza legislativa (e di revisione costituzionale), di cui fanno parte i partiti di Governo e i senatori eletti nelle liste di Forza Italia e poi confluiti nel gruppo parlamentare Alleanza popolare – autonomie, la cui costituzione è stata promossa dall'ex dirigente di Forza Italia Verdini nel luglio 2015; una maggioranza per l'approvazione di singoli disegni di legge e per l'elezione dei componenti degli organi di garanzia, laddove si assiste all'episodica contaminazione dei voti dei partiti di maggioranza con quelli dei partiti di opposizione (Forza Italia, Movimento 5 stelle, Sel).

sidente del Consiglio “di trascinamento”, come si evince da questi elementi: 1) il Presidente del Consiglio ha formato un Governo che non rispecchia tutte le fazioni interne al suo partito; 2) il Presidente del Consiglio sembra ritenere che gli indirizzi del Governo non debbano discendere dal confronto interno al Consiglio dei Ministri, quanto piuttosto essere determinati dallo stesso Capo del Governo; 3) il Presidente del Consiglio non ha esitato ad avvalersi indirettamente di tutti i poteri che sono propri del Governo o dei gruppi parlamentari per ottenere, nelle Camere, l’adozione di atti di iniziativa governativa, anche in conflitto con l’avviso della componente di minoranza del suo partito. Tali dinamiche potrebbero forse essere spiegate anche con il modello “primoministeriale” di Governo. A incoraggiare la lettura “presidenziale” vi sono però ulteriori elementi, attinenti allo stile di Governo, che hanno contribuito a rappresentare il Presidente del Consiglio (e prima di lui la Thatcher) non come il vertice di soggetti collettivi (il partito, il Governo e la maggioranza parlamentare), ma come un soggetto esterno – e a tratti in competizione – con i soggetti collettivi. Un uomo solo e nuovo. Tra questi elementi ricordiamo: a) il fatto che, per la quarta volta nella storia repubblicana, il Presidente del Consiglio non fosse un parlamentare; b) il fatto che il Presidente del Consiglio non fosse (almeno inizialmente) espressione di una componente maggioritaria nel partito e nei gruppi parlamentari; c) la mancata presentazione di un testo scritto delle dichiarazioni programmatiche, che implica la loro mancata approvazione dal Consiglio dei Ministri (prescritta dall’art. 2, comma 3, l. 400/1988)⁴⁷; d) l’intervento diretto per perseguire la formazione o l’implementazione di determinati atti governativi; e) la proiezione di se stesso come incarnazione dell’interesse nazionale, anche in opposizione all’Unione europea; f) l’uso di nuovi mezzi di comunicazione telematica al fine di rappresentare se stesso come un uomo nuovo, in opposizione a un *establishment* gerontocratico⁴⁸.

⁴⁷ Sul punto v. A. ZITO, *La formazione del Governo Renzi*, in *Rass. Parl.*, pp. 365-366, che rileva, tuttavia, che neppure i Governi Berlusconi IV, Monti e Letta, pur in presenza di un testo scritto, avevano preventivamente approvato il programma di Governo. La sua mancata preventiva scrittura rappresenta, tuttavia, un *quid pluris*, che attesta la volontà di celarne i contenuti specifici fino alla sua esposizione nelle Assemblee parlamentari.

⁴⁸ Sono queste caratteristiche simili, anche se non identiche, a quelle proprie dello stile “presidenziale” della Thatcher, su cui si veda M. FOLEY, *The rise of British Presidency*, cit., p. 264.

L'arma principale utilizzata dalla Thatcher per ridurre a miti consigli i Ministri riottosi è stata il potere di revoca (35 ministri sostituiti nel corso di 11 anni; nessun ministro del primo *cabinet* era componente del suo ultimo *cabinet*; fu sostituito anche l'autorevole cancelliere dello scacchiere Lawson, rimasto in carica dal 1983 al 1989)⁴⁹. Il principale potere di cui Renzi si è avvalso per rafforzare il suo primato è stato, invece, il potere di proporre la nomina a Ministro. Dei Ministri del precedente Governo Letta, solo quattro sono stati confermati: i tre Ministri del Nuovo Centro Destra e un Ministro del Pd. Tra i nuovi Ministri, due sono ascrivibili rispettivamente a Scelta Civica e all'Udc. Degli otto Ministri del Pd, sette sono di nuova nomina, l'ottavo ha cambiato Ministero (dai rapporti con il Parlamento ai beni culturali) e tutti fanno parte della coalizione dominante che nel Pd sostiene il Presidente del Consiglio. Tre Ministri sono "tecnici" senza partito e quindi legati al Capo del Governo da uno speciale rapporto fiduciario: si tratta di persone preposte a Ministeri cruciali come il Ministero dell'economia, il Ministero allo sviluppo economico e il Ministero al lavoro e alle politiche sociali. A differenza di quanto accaduto con il Governo Letta, non è stato nominato un vicepresidente del Consiglio (ufficio che, tradizionalmente, ha una simbolica valenza equilibratrice tra i due maggiori partiti di Governo). In ogni caso, la presenza al Governo dei segretari dei tre partiti di maggioranza è valsa a escludere che potessero esservi sedi di mediazione politica diversa da quella governativa. Infine, dei quarantaquattro sottosegretari nominati, solo sedici erano stati nel Governo Letta.

In ultima analisi, pur nel quadro dell'ineliminabile dialettica propria di ogni organo collegiale, tutti i Ministri sembrano accettare il primato del Presidente del Consiglio nella determinazione della politica del Governo. Questa chiave di lettura degli articoli 92 e 95 Cost. è certo discutibile. In primo luogo, è ben vero che certi profili della "presidenzializzazione" – come la proposizione della figura del Presidente del Consiglio come "altro" e "nuovo" rispetto al partito e all'*establishment* della politica nazionale – sarebbero riscontrabili anche nei Governi Berlusconi e possono essere ascritti al fenomeno della personalizzazione della politica. Inoltre il Governo Renzi è un Governo di coalizione. Questo fatto non sembra tuttavia aver inibito in modo

⁴⁹ Cfr. G. P. THOMAS, *Prime Minister and Cabinet today*, cit., p. 37, p. 40; D. CHILDS, *Britain since 1945. A political history*, Routledge, London e New York, 1997, p. 267.

significativo il rafforzamento della direzione politica monocratica nel Governo. Il *pouvoir d'empêcher* dei partiti minori della maggioranza è infatti attenuato dalla loro ridotta istituzionalizzazione e dal loro limitato successo elettorale. In confronto si è rivelato assai più influente il partito liberaldemocratico nel Governo di coalizione Cameron (2010-2015), che è stato caratterizzato dal dialogo tra il Primo Ministro e il leader dei liberaldemocratici Clegg sulle principali iniziative politiche⁵⁰; in ogni caso, anche in questo esecutivo il Primo Ministro britannico ha conservato un elevato livello di primazia, dando sì autonomia ai Ministri, ma non esitando a impedire “brutalmente” l’adozione degli atti e l’implementazione delle politiche ministeriali quando vi erano avvisaglie che fossero impopolari⁵¹.

Deve tuttavia essere ribadito che questa evoluzione del ruolo del Presidente del Consiglio dipende da fattori extragiuridici e incontra un limite nelle disposizioni costituzionali che disciplinano le attribuzioni dei Ministri, del Presidente della Repubblica e delle Camere. Così l’eventuale conflitto tra il Presidente del Consiglio e un Ministro non può essere risolto mediante la revoca di quest’ultimo, non essendo questo potere previsto in Costituzione; analogamente, la permanenza in carica del Governo dipende sempre dalla fiducia parlamentare; infi-

⁵⁰ Sul punto v. R. HEFFERNAN, *There’s no need for the ‘isation’: the Prime Minister is merely Prime Ministerial*, in *Parl. Aff.*, 2012, p. 636, in part. pp. 637-638, in cui si sottolinea come Cameron avesse auspicato una riforma del welfare in senso riduttivo, ammettendo però l’esistenza di un ostacolo politico derivante dalla presenza dei liberaldemocratici nella maggioranza di Governo e rinviando tale iniziativa politica al giorno in cui i conservatori avessero conseguito la maggioranza assoluta. Nello stesso senso v. M. BENNISTER, R. ROSA, *Cameron as Prime Minister: the-Intra-Executive Politics of Britain’s Coalition Government*, in *Parl. Aff.*, 2012, p. 778 ss.; G. G. CARBONI, *Gli effetti del coalition Government sul ruolo e le funzioni del Primo Ministro del Regno unito*, in *Rass. Parl.*, 2/2014, p. 593; M. BENNISTER, R. ROSA, *The Limits to Prime Ministerial Autonomy: Cameron and the Constraints of Coalition*, in *Parl. Aff.*, 2015, p. 25 ss. Analogamente v. K. DOWDING, *The Prime Ministerialisation of the British Prime Minister*, in *Parl. Aff.*, 2013, pp. 627 e 631, secondo il quale il Governo Cameron dal 2010 al 2015 ha dovuto affrontare un livello di dissenso parlamentare e di attacco ai principali disegni di legge sostanzialmente sconosciuti in presenza di maggioranze monopartitiche. Sul ruolo determinante dei *backbenchers* del partito conservatore nel porre in minoranza l’esecutivo sulla votazione di una mozione governativa che avrebbe dovuto impegnare il Governo a contrastare l’utilizzo delle armi chimiche nel conflitto siriano (29 agosto 2013) v. F. ROSA, *La ritirata del soldato Cameron di fronte ai Comuni: l’importanza di essere backbenchers*, in *Quad. Cost.*, 4/2013, p. 986 ss.

⁵¹ Cfr. K. DOWDING, *The Prime Ministerialisation of the British Prime Minister*, cit., p. 624.

ne, il primato del Presidente del Consiglio non lo rende *dominus* della durata della legislatura, in quanto lo scioglimento anticipato presuppone un decreto del Presidente della Repubblica. I rapporti di forza possono essere tali da obbligare un Ministro a rassegnare le dimissioni o il Presidente della Repubblica a firmare il decreto di scioglimento delle Camere: tali rapporti, però, devono essere verificati caso per caso e possono mutare nel tempo.

Date queste premesse, ci interroghiamo ora sugli effetti che la revisione costituzionale può produrre sulla tendenza “presidenziale” nell’evoluzione del ruolo del Presidente del Consiglio.

4. Il d.d.l. costituzionale Renzi/Boschi e la legge elettorale 52/2015: effetti sul Governo nel quadro della forma di governo parlamentare

La tendenza alla “presidenzializzazione” del Governo nella XVII legislatura è quindi un prodotto delle trasformazioni della politica, a Costituzione invariata. È un elemento di fatto, non di diritto, che costituisce, tuttavia, un’importante premessa per la lettura del combinato disposto del d.d.l. costituzionale e della legge elettorale 52/2015. Dobbiamo chiederci se l’attuale evoluzione dell’organo Governo e l’eventuale entrata in vigore e applicazione delle nuove norme costituzionali ed elettorali siano tali da indurre a una rilettura della forma di governo, come è stato ipotizzato, in senso non presidenziale ma “presidenzialistico”⁵².

Si pensi, in primo luogo, al superamento del bicameralismo paritario: come previsto da numerose Costituzioni⁵³, solo la Camera dei deputati concederebbe o revocherebbe la fiducia al Governo. In tal modo sarebbe facilitata la produzione di un esito maggioritario delle elezioni e, quindi, la stabilizzazione delle maggioranze parlamentari⁵⁴. Se infatti in regime di bicameralismo paritario sono possibili nove esiti

⁵² Cfr. M. VOLPI, *Le riforme e la forma di governo*, in *Rivista AIC*, 2/2015, p. 7 ss.

⁵³ Cfr. V. LIPPOLIS, *Il Bicameralismo e la singolarità del caso italiano*, in *Rass. Parl.*, 1/2012, p. 30. rileva che i Parlamenti bicamerali sono oggi poco più di un terzo del totale.

⁵⁴ In questo senso v. M. LUCIANI, *Sul d.d.l. cost. recante “Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione”*, in *Astrid Rass.*, 6/2014, p. 2.

elettorali, di cui solo due maggioritari⁵⁵, con l'entrata in vigore del d.d.l. costituzionale gli esiti elettorali astrattamente possibili diverrebbero solo tre, due dei quali maggioritari. Tale innovazione, contribuendo a semplificare la formazione delle maggioranze parlamentari, potrebbe concorrere a stabilizzare il primato "presidenziale" del Presidente del Consiglio, che presuppone l'esistenza di una maggioranza che ne accetta il primato.

Si pensi, in secondo luogo, all'introduzione del "voto a data certa" (art. 72 Cost., come novellato dall'art. 12 del d.d.l. costituzionale), ossia il potere del Governo di chiedere che la Camera deliberi, entro cinque giorni dalla richiesta, che un disegno di legge, essenziale per l'attuazione del programma di governo, sia iscritto con priorità all'ordine del giorno e sottoposto alla pronuncia in via definitiva della Camera dei deputati entro il termine di settanta giorni dalla deliberazione. Tale istituto potrebbe essere la premessa della riconduzione degli atti aventi forza di legge nell'alveo di più rigorosi limiti costituzionali⁵⁶. Anche in precedenti disegni di legge di revisione costituzionale si era cercato di conferire al Governo il potere di ottenere deliberazioni sui disegni di legge governativi in tempi determinati. L'art. 95, ultimo comma del testo licenziato dalla Commissione bicamerale D'Alema (XIII legislatura) garantiva all'esecutivo tempi certi per l'iscrizione all'ordine del giorno dei d.d.l. di iniziativa governativa e per le deliberazioni a essi relative. Inoltre, anche l'art. 72, comma 7 del d.d.l. costituzionale A. S. n. 24 della XVI legislatura prevedeva il "voto a data certa"⁵⁷. Anche nella prospettiva comparatistica si è evidenziata l'affinità tra il "voto a data certa" previsto dal d.d.l. costituzionale in esame e istituti quali il voto bloccato alla francese, il potere del Governo di disporre del programma dei lavori parlamentari nel Regno unito, le disposizioni costituzionali con le quali è assicurata la priorità ai disegni di legge in Spagna e le previsioni della Legge fon-

⁵⁵ Sul punto v. S. BARTOLINI, R. D'ALIMONTE, *Il maggioritario dei miracoli*, in R. D'ALIMONTE, S. BARTOLINI (a cura di), *Maggioritario per caso*, il Mulino, Bologna, 1997, p. 354.

⁵⁶ Sul punto si vedano le considerazioni di A. SIMONCINI, *Le fonti del diritto*, in A. CARDONE (a cura di), *Le proposte di riforma della Costituzione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014, p. 142, che evidenzia come "le fonti del diritto rappresentano una rete di canali di produzione normativa caratterizzati dal principio dei vasi comunicanti".

⁵⁷ Cfr. E. LONGO, *Procedure legislative abbreviate e voto a data fissa*, in A. CARDONE (a cura di), *Le proposte di riforma della Costituzione*, cit., p. 308.

damentale tedesca e del regolamento del *Bundestag* inerenti i procedimenti urgenti⁵⁸.

La *ratio* di questo istituto è quella di assicurare una corsia preferenziale, con tempi certi (massimo novanta giorni complessivi), per la deliberazione relativa a disegni di legge di iniziativa governativa ascrivibili al programma di Governo. È un potere adeguato, quindi, a una democrazia parlamentare immediata⁵⁹ in cui gli elettori conferiscono un'investitura plebiscitaria a *men e measures* e il Governo impone la deliberazione a data fissa da parte della Camera su un disegno di legge connesso al programma elettorale.

È difficile stimare quale possa essere l'effettiva incidenza di tale innovazione sul principio di bilanciamento dei poteri. Mi pare tuttavia condivisibile la richiesta di prevedere “tetti massimi” al voto “a data certa”⁶⁰. Deve però essere ricordato che alcune importanti correzioni alla formulazione originaria dell'art. 12 del d.d.l. costituzionale sono state approvate dalle Camere: il voto “a data certa” è escluso con riferimento alle leggi in materia elettorale, di autorizzazione alla ratifica dei Trattati internazionali e alle leggi di cui agli artt. 79 e 81 Cost. (leggi di amnistia e di indulto, leggi di bilancio e leggi contenenti “le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni”). Si è inoltre previsto un rinvio al regolamento della Camera, con il quale si stabiliscono “le modalità e i limiti del procedimento, anche con riferimento all'omogeneità del disegno di legge”: disposizione, questa, che consentirebbe di imporre

⁵⁸ Cfr. E. LONGO, *Procedure legislative abbreviate e voto a data fissa*, cit., p. 308.

⁵⁹ Sulla distinzione tra democrazie “immediate”, in cui “le chef de gouvernement est choisi par le peuple lui même, au suffrage universel”, e democrazie “mediate”, in cui “les citoyens élisent des représentants qui choisissent eux-mêmes librement, sans mandat impératif, le chef gouvernement”, cfr. M. DUVERGER, *La VI République et le Régime présidentiel*, Librairie Arthème Fayard, 1961, pp. 42-43.

⁶⁰ Sul punto v. M. VOLPI, *Le riforme e la forma di governo*, cit., p. 4: “ben diversa sarebbe la previsione che riconoscesse il potere del governo di stabilire le priorità nella programmazione dei lavori parlamentari e nella fissazione dell'ordine del giorno, al quale dovrebbe corrispondere l'attribuzione, costituzionalmente sancita, di spazi certi alle opposizioni per la presentazione e la discussione delle proprie proposte. Al più, sul voto a data fissa, ci si dovrebbe limitare a prevedere che il Governo possa dichiarare prioritari un numero assai limitato di disegni di legge, indicato nei regolamenti parlamentari, essenziali per l'attuazione del suo programma e, con il consenso del Parlamento, chiederne la sottoposizione al voto entro tempi certi, fissati di volta in volta a seconda della complessità del testo”.

che non vi si faccia ricorso per più di un certo numero di volte o in alcune sessioni parlamentari, come la sessione di bilancio e la sessione comunitaria⁶¹. Inoltre, si è previsto che il testo posto in votazione finale è il testo corredato degli emendamenti approvati dalla Camera e non più il testo “accolto” o “proposto” dal Governo (e, quindi, riordinato con l’espunzione degli eventuali emendamenti sgraditi, secondo il modello francese)⁶².

In terzo luogo, *last but not least*, deve essere menzionata la nuova legge elettorale 52/2015 che comporta, come è noto, l’indicazione agli elettori del capo della forza politica (ferme restando le prerogative spettanti al Presidente della Repubblica ex art. 92, comma 2 Cost.), l’attribuzione di un premio di maggioranza alla lista più votata che raggiunga la soglia del 40 %, l’eventuale ballottaggio tra le due liste più votate, qualora nessuna di esse raggiunga al primo turno la soglia del 40 %, il divieto di apparentamenti tra primo e secondo turno. In forza di tale legge, quindi, l’esito elettorale potrà essere solo uno, ossia un esito maggioritario.

La legge 52/2015 è di dubbia legittimità costituzionale perché appare idonea a introdurre uno squilibrio tra elementi plebiscitari e rappresentativi nella forma di governo⁶³. Ciò dipende, in primo luogo, dall’investitura plebiscitaria derivante dall’indicazione agli elettori dei capi delle forze politiche. In secondo luogo, la legge elettorale prevede un premio di maggioranza senza stabilire una soglia minima per l’accesso al ballottaggio. Quindi quasi novanta deputati (ma, non essendo prevista la soglia, anche molti di più), sono eletti grazie al premio di maggioranza⁶⁴. Ciò può comportare un’eccessiva, irragionevole sovrarappresentazione di una parte politica, laddove invece l’art. 49 Cost., in combinazione con l’art. 3 Cost., ha introdotto “un modulo partecipativo di tipo paritario”⁶⁵, in virtù del quale le distorsioni nella

⁶¹ Cfr. T. F. GIUPPONI, *Legge elettorale, riforma costituzionale e forma di governo*, in *Rivista AIC*, 3/2015, p. 7.

⁶² Secondo quanto previsto dall’art. 44, comma 3, della Costituzione francese, per il qual “se il Governo lo richiede, l’assemblea investita si pronuncia con un solo voto su tutto o parte del testo in discussione, con i soli emendamenti proposti o accettati dal Governo”.

⁶³ Sull’esigenza di un equilibrio tra elementi plebiscitari e rappresentativi nella forma di governo si rinvia a E. FRAENKEL, *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico*, a cura di L. CIAURRO, C. FORTE, Giappichelli, Torino, 1994, p. 44 e *passim*.

⁶⁴ Sul punto v. M. VOLPI, *Le riforme e la forma di governo*, cit., p. 6.

⁶⁵ Cfr. G. FERRARA, *Il Governo di coalizione*, cit., p. 36.

formazione della rappresentanza politica incontrano il limite della ragionevolezza. In terzo luogo, lo squilibrio tra elementi plebiscitari e rappresentativi è anche un prodotto della qualità della rappresentanza politica conseguente all'applicazione di queste regole. Il capo della forza politica che conquista la maggioranza assoluta ha infatti un ruolo importante nel determinare l'elezione di numerosi candidati. Egli verosimilmente influisce nella selezione dei cento capilista bloccati; questi capilista, a loro volta, possono candidarsi in dieci collegi e condizionare, mediante l'esercizio del diritto di opzione, l'elezione degli altri candidati. Un'ampia quota di deputati, infine, è eletta grazie al premio di maggioranza e quindi, in caso di ballottaggio, deve l'elezione principalmente al successo del capo della forza politica.

È ben vero che anche il sistema elettorale *first past the post* è potenzialmente distorsivo, soprattutto in presenza di un elevato numero di partiti; eppure, non può dimenticarsi che l'elemento rappresentativo in quel sistema elettorale è assicurato dal più stretto legame tra elettori ed eletti che discende dalla natura uninominale del collegio. Il parlamentare a Westminster, anche se eletto con una maggioranza semplice modesta, è pur sempre, al tempo stesso, rappresentativo di una porzione del territorio nazionale (momento rappresentativo) e sostenitore di una piattaforma politica nazionale del partito (momento plebiscitario), secondo la nota formula secondo la quale il corpo elettorale britannico sceglie, al momento del voto, *men and measures*⁶⁶. Tale collegamento tra cittadini e parlamentari è invece estremamente labile nel disegno della legge 52/2015. Seppure il voto ai capilista bloccati può essere per certi versi assimilato al voto al candidato nei collegi uninominali, non può essere certo sottovalutato il fatto che l'esito della consultazione per gli altri candidati dipende in larga misura dalle opzioni esercitate dai capilista e/o dall'attribuzione del premio di maggioranza. Si avrebbe così l'innesto di una robusta investitura plebiscitaria non adeguatamente bilanciata da una componente rappresentativa.

Date queste premesse, la nuova legge elettorale potrebbe concorrere a stabilizzare il primato della direzione politica monocratica nel funzionamento del Governo ed esercitare un'influenza negativa o riduttiva sui poteri che sono propri del Presidente della Repubblica e della Camera dei deputati in relazione al Governo. È stato ipotizzato che l'elezione immediata del Capo del Governo convertirebbe i poteri

⁶⁶ Cfr. L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., p. 650.

di nomina del Presidente del Consiglio e dei Ministri e di scioglimento della Camera dei deputati in poteri meramente formali, in quanto il Presidente della Repubblica non potrebbe opporre un diniego a una proposta del leader della maggioranza parlamentare⁶⁷. Si è altresì ipotizzato che l'irrigidimento iper-maggioritario derivante dalla legge elettorale sarebbe così forte da tradursi nel sostanziale superamento della forma di governo parlamentare, in quanto il potere parlamentare di sostituire, in ogni momento, il Governo, diverrebbe un simulacro, considerata l'esistenza di maggioranze parlamentari debitorie dell'elezione al Presidente del Consiglio⁶⁸.

Tali esiti sono certo possibili, ma non appaiono storicamente necessari. Appare peraltro eccessivo affermare che l'applicazione della legge elettorale 52/2015 determinerebbe il superamento della forma di governo parlamentare. Occorre infatti ribadire che il d.d.l. costituzionale non interviene sugli artt. 88, 92, 94 e 95 Cost., se non per quanto reso necessario dal superamento del bicameralismo paritario. Non so-

⁶⁷ Cfr. M. VOLPI, *Le riforme e la forma di governo*, cit., p. 6.

⁶⁸ Cfr. M. VOLPI, *Le riforme e la forma di governo*, cit., p. 6: "si resterebbe comunque nell'ambito di una forma di governo parlamentare, corretta in senso maggioritario, o se ne fuoriuscirebbe? A mio parere verrebbero ad essere intaccati i due capisaldi della forma di governo parlamentare. Il primo è stato formulato da Leopoldo Elia: 'si può parlare di governo parlamentare solo quando la titolarità del potere esecutivo sia concepita come un'emanazione permanente (mediante il rapporto fiduciario) del o dei collegi titolari del potere legislativo'". Secondo l'autore, quella che prima era solo una probabilità - cioè che il candidato alla Presidenza del consiglio divenisse tale - è ora invece una certezza. E, quindi, "ciò metterebbe in discussione la derivazione parlamentare del governo e del suo vertice, in quanto il voto di fiducia si trasformerebbe sempre e comunque in un rito dall'esito scontato. Inoltre verrebbero ad essere depotenziati i poteri del Capo dello stato, il quale sarebbe tenuto a nominare la persona indicata come 'capo della forza politica' che si candida a governare (su questo l'Italicum ripropone la formula utilizzata dal Porcellum, la quale però faceva riferimento anche alla coalizione). Vi è altresì da dubitare che il presidente della repubblica potrebbe esercitare una qualche *moral suasion* sulla scelta dei ministri. Infine il presidente del consiglio potrebbe imporre a suo piacimento lo scioglimento anticipato della Camera, in quanto non si vede come il capo dello stato potrebbe opporsi ad una richiesta proveniente dal capo indiscusso del partito di maggioranza e quindi della maggioranza parlamentare". Il secondo caposaldo della forma di governo parlamentare che sarebbe intaccato è quello secondo cui il primo ministro sarebbe "assai difficilmente sostituibile, senza bisogno di alcuna clausola 'antiribaltone'". Questo anche a causa del fatto che 100 capilista sono bloccati, che possono presentarsi in 10 seggi (e con il gioco delle opzioni decidere chi effettivamente entrerà in parlamento) e quasi novanta deputati sarebbero eletti con premio di maggioranza. Non una democrazia parlamentare, quindi, ma una democrazia del leader nella quale i partiti, dato lo stato "gassoso" che li caratterizza, sarebbero ridotti a meri "comitati elettorali di un leader che decide da solo la 'linea' per poi farla avallare dagli organismi dirigenti".

no state infatti modificate le attribuzioni della Camera dei deputati, del Presidente della Repubblica e del Governo; non si sono introdotte l'elezione parlamentare del Capo del Governo, la sfiducia costruttiva, il potere del Capo del Governo di proporre al Capo dello Stato, assumendone l'esclusiva responsabilità, la revoca dei Ministri e lo scioglimento della Camera dei deputati; non si è disposta l'elezione diretta e/o la rivisitazione delle attribuzioni costituzionali del Capo del Governo o del Presidente della Repubblica. Pertanto, anche dopo l'entrata in vigore della nuova legge elettorale, il primato del Capo del Governo incontrerà sempre il limite costituito dalle attribuzioni costituzionali proprie di altri organi in una forma di governo policentrica. Così, nel procedimento di formazione del Governo, la nomina del Presidente del Consiglio deve essere preceduta dalle consultazioni, generalmente considerate come obbligatorie in virtù di una consuetudine costituzionale⁶⁹. Si può ritenere quasi certo che, se il "capo della forza politica" che ha conseguito la maggioranza alla Camera è anche il candidato alla Presidenza del Consiglio, la delegazione di maggioranza confermi tale nome al Capo dello Stato. L'istruttoria presidenziale non sarà però meramente formale sia nel caso in cui esista un dualismo tra il capo della forza politica maggioritaria e il candidato "elettorale" alla Presidenza del Consiglio, sia nel caso - che non si può escludere *a priori* - di una crisi di Governo nel corso della legislatura. Analogamente, nell'ipotesi di un conflitto tra il Presidente del Consiglio e un Ministro può accadere che, in virtù dei rapporti di forza, il primo ottenga su richiesta le dimissioni del secondo, ma in caso contrario l'unica soluzione possibile al conflitto continuerà a essere la mediazione politica, l'approvazione di una mozione di sfiducia indivi-

⁶⁹ In questo senso v. G. ZAGREBELSKY, *La formazione del Governo nelle prime quattro legislature repubblicane*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 824; L. PALADIN, *Governo italiano*, cit., p. 682; G. FERRARA, *Il Governo di coalizione*, cit., p. 107; A. A. Romano, *La formazione del Governo*, Cedam, Padova, 1977, p. 71. Il comunicato del Quirinale del 31 maggio 2001 ha precisato le fasi in cui si articola il procedimento di formazione del Governo: «1) Le 'consultazioni' delle rappresentanze parlamentari possono avere inizio soltanto dopo la costituzione dei Gruppi e l'annuncio della elezione dei rispettivi Presidenti che sarà dato nelle sedute del Senato e della Camera, già convocate per mercoledì 6 giugno; 2) L'incarico di formare il nuovo governo viene conferito dal Presidente della Repubblica dopo aver svolto, nei tempi ritenuti congrui, le 'consultazioni'; 3) Una volta portato a termine positivamente l'incarico, l'incaricato è nominato, dal Presidente della Repubblica, Presidente del Consiglio; i Ministri sono nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio, secondo quanto prescrive l'art. 92 della Costituzione». Il testo del comunicato è reperibile in <http://www.quirinale.it/Comunicati>.

duale da parte della Camera o la crisi di Governo. È parimenti possibile che il meccanismo di formazione della maggioranza elettorale renda assai difficile che si verifichi una crisi di Governo ma comunque, in caso di approvazione di una mozione di sfiducia (o di voto contrario su una mozione di fiducia o su una questione di fiducia), il Governo è obbligato a rassegnare le dimissioni. Inoltre, dopo una crisi di Governo, il Capo dello Stato non è costituzionalmente vincolato a firmare un decreto di scioglimento su proposta del Presidente del Consiglio, in virtù di una pretesa elezione “diretta” di quest’ultimo. Qualora poi la proposta di scioglimento fosse presentata da un Capo del Governo forte del sostegno della maggioranza parlamentare, può anche accadere che la richiesta si riveli costituzionalmente irresistibile, ma la garanzia procedurale costituita dalla previsione dei pareri obbligatori dei Presidenti delle Camere, di cui all’art. 88 Cost., implica l’espletamento di un’attività istruttoria volta ad accertare gli intendimenti dei gruppi parlamentari.

Può certo accadere che il fenomeno che si è definito come “presidenzializzazione” del Governo sortisca un effetto riduttivo delle attribuzioni costituzionali del Consiglio dei Ministri, nonché del Capo dello Stato e della Camera dei deputati in relazione al Governo. Tale effetto, però, non discenderebbe *ex se* dalla legge elettorale, ma dipenderebbe da convenzioni costituzionali la cui formazione non può essere prefigurata *ex ante*, sulla base della disciplina elettorale, ma solo, ed eventualmente, ricostruita *ex post*, come esito della stratificazione di precedenti che risentono dei rapporti di forza. Giova ricordare il dibattito sugli effetti costituzionali delle leggi elettorali a dominante maggioritaria nel 1993. In esso furono ipotizzate letture riduttive della prescrittività costituzionale e fu anche prospettata la “morte” della Costituzione⁷⁰. La vicenda costituzionale successiva - con particolare riferimento alla risoluzione delle crisi di Governo - ha tuttavia confermato, *a posteriori*, la forza della Costituzione scritta in assenza di una revisione costituzionale⁷¹.

⁷⁰ Cfr. G. U. RESCIGNO, *Le crisi di Governo: il quadro storico*, in L. VENTURA (a cura di), *Le crisi di Governo nell’ordinamento e nell’esperienza costituzionale. Atti di un Convegno, Catanzaro 22 e 23 ottobre 1999*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 28.

⁷¹ Cfr. L. CARLASSARE, *Presidente della repubblica, crisi di Governo e scioglimento delle Camere*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, cit., pp. 140-141: che così si espresse in relazione alla soluzione data alla crisi del Governo Berlusconi I (dicembre 1994): “la questione posta dal leader del Polo investe la legittimità stessa di un

In ultima analisi, perché le trasformazioni della politica possano tradursi nel superamento della forma di governo parlamentare è necessario un «elemento formalmente costituzionale»; «occorre ... che alla Costituzione sia apportata una modificazione testuale», in quanto la mancata revisione della Costituzione non è il sintomo della forza o indifferenza con cui le nuove forze costituzionali dominanti guardano la Costituzione, quanto piuttosto della loro debolezza, della «loro incapacità di coagulare un consenso sufficiente attorno ad una lineare ipotesi di cambiamento dell'ordine costituzionale»⁷². La scelta di non modificare gli articoli 88, 92, 94 e 95 Cost. (se non per quanto reso necessario dal superamento del bicameralismo paritario) è segno della carenza di un ampio consenso sui contenuti di un'eventuale rivisitazione della forma di governo, carenza che è emersa sin dai lavori della commissione «Quagliariello», in cui la proposta di razionalizzazione della forma di governo parlamentare si è contrapposta a quella di in-

diverso Governo, a causa del principio maggioritario introdotto dal sistema elettorale. Si tratterebbe dunque di una crisi diversa dalle precedenti, che impone una *soluzione sola*: il ritorno alle urne. La questione è più seria di quanto non sembri perché coinvolge il rapporto fra legge elettorale e norme costituzionali. La prima prevale sulla seconda? La domanda così posta non può che avere risposta negativa. E non v'è dubbio che nel dibattito aspro e persino volgare che coinvolse direttamente la Presidenza della Repubblica, persino i commentatori vicini alla 'nuova maggioranza' dovettero ammettere che non essendo cambiato il sistema costituzionale, 'persistendo gli istituti di cui, a norma della Costituzione, il Presidente della Repubblica è tenuto ad essere il garante, lo scioglimento delle Camere non può essere né immediato, né automatico' (Colletti). [...] Eppure non si può negare che il mutamento del sistema elettorale incida sul sistema costituzionale, o meglio, *sul suo funzionamento*. Qui sta, mi pare, la differenza: fra questione *giuridica* e situazione di fatto. La situazione determinata dall'introduzione di un nuovo sistema elettorale può rendere impossibile *di fatto* ogni soluzione diversa dallo scioglimento. Così avviene qualora si sia assestato, in concreto, un bipartitismo rigido che, in caso di crisi della maggioranza, non consente alternative diverse dalle elezioni. Ma di questa differenza, mi pare, si è tenuto poco conto, forse per non eccitare ulteriormente le arroganti proteste di chi andava in minoranza". Parimenti, dopo la formazione di due coalizioni elettorali su base nazionale in occasione delle elezioni politiche del 1996, è stato ipotizzato il venire in essere di una convenzione interpretativa dell'art. 88 Cost., promossa dal Capo dello Stato, che conferisse l'effettivo potere di scioglimento al Presidente del Consiglio nel caso in cui "sia messa in crisi una maggioranza nei cui confronti si sia chiaramente espresso il corpo elettorale" (cfr. A. BARBERA, *Tendenze nello scioglimento delle Assemblee parlamentari*, in *Rass. Parl.*, 2/1996, p. 253). Un tal esito, tuttavia, ha incontrato il limite costituito dalla scarsa propensione rivelata dai Capi dello Stato a perseguire un *self restraint* nell'esercizio dei propri poteri.

⁷² Cfr. M. LUCIANI, *Riforme elettorali e disegno costituzionale*, in *Pol. Dir.*, 1995, pp. 191-192.

trodurre una forma di governo semipresidenziale, sul modello francese⁷³.

5. Sistema dei partiti, convenzioni costituzionali e “presidenzializzazione” del Governo: prospettive future

Se l’assetto policentrico del Governo e della forma di governo sono rimasti invariati, possiamo ora chiederci se e in che misura le nuove norme, in particolare le norme elettorali, possano incentivare la “presidenzializzazione” del Governo e se possano sortire effetti sulla tendenza “equilibratrice” della forma di governo⁷⁴.

Una rilevante influenza nella formazione delle regole non scritte è esercitata dal sistema dei partiti che, pur essendo un elemento esterno rispetto alla forma di governo⁷⁵, «se si stabilizza, diviene una condizione di fatto di immediata rilevanza giuridica, in quanto entra nel sistema ‘presupposto’ dalle norme costituzionali»⁷⁶. La sedimentazione di convenzioni costituzionali nella forma di governo parlamentare presuppone quindi un grado apprezzabile di strutturazione del sistema dei

⁷³ Cfr. M. C. GRISOLIA, *Il dibattito della Commissione per le riforme costituzionali su ‘forma di governo’ e “legge elettorale”*, in A. CARDONE (a cura di), *Le proposte di riforma della Costituzione*, cit., p. 147 ss., in part. p. 155, che pone in evidenza come negli ultimi tentativi di sintesi non si è riusciti a trovare un punto d’incontro sulla titolarità del potere di scioglimento della Camera dei deputati.

⁷⁴ Sulla tendenza «equilibratrice» della forma di governo italiana, cfr. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 1962, pp. 197 ss.; L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., p. 662 e ID., *Relazione generale*, cit., p. 4.

⁷⁵ La distinzione esistente tra forma di governo e sistema dei partiti è stata da Elia specificata in uno scritto successivo alla sua voce dell’Enciclopedia del diritto sulle forme di governo, e precisamente in un saggio del 1982, allorché l’autore, dopo aver evidenziato che nello studio della forma di governo anche il giurista più rigoroso rischia di contaminare elementi prescrittivi (di diritto costituzionale) e descrittivi (di sociologia politica), afferma che “il metodo ‘realistico’ nello studio di questo tema incontra un limite non valicabile nella distinzione tra sistema politico o dei partiti politici e forma di governo, qualificata anche, ma impropriamente, come Costituzione materiale”: v. L. ELIA, *La forma di governo e il sistema politico italiano*, in ID., *Costituzione, partiti, istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 332. La separazione tra le regole propriamente giuridiche (regole scritte e consuetudini) e le regole non vincolanti (convenzioni costituzionali) è stata da ultimo suggerita da M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, Annali III, Giuffrè Editore, Milano 2010, p. 540.

⁷⁶ Cfr. L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., p. 638. Sul rapporto tra forma di governo, sistema dei partiti e convenzioni costituzionali v. L. ELIA, *Governo (forme di)*, cit., p. 639, spec. nota 20.

partiti e di istituzionalizzazione dei partiti, che sono però in crisi in tutti i Paesi occidentali. Ai partiti burocratici di massa sono subentrati partiti, ascrivibili ai modelli del partito professional-elettorale⁷⁷ e del *cartel party*⁷⁸, caratterizzati da una partecipazione più limitata e da una maggiore autonomia degli eletti rispetto al partito. Il fenomeno è ravvisabile anche nel Regno Unito, in cui il Primo Ministro deve confrontarsi non solo con l'opposizione ma anche con minoranze interne

⁷⁷ Con riferimento al primo modello v. A. PANEBIANCO, *Modelli di partito*, cit., p. 478 ss. che, individua i seguenti elementi di differenziazione tra il partito burocratico di massa e il partito professionale elettorale: 1) il partito burocratico è un partito di *membership*, il partito professionale elettorale ha natura elettorale, tiene cioè deboli legami organizzativi verticali ed è aperto all'elettorato di opinione; 2) il partito burocratico riconosce la preminenza ai dirigenti interni e alle direzioni collegiali, mentre il partito professionale elettorale riconosce il primato dei rappresentanti pubblici ed è caratterizzato da direzioni personalizzate; 3) il partito burocratico si finanzia con il tesseramento e le attività collaterali, mentre il partito professionale elettorale si finanzia con i fondi pubblici o è finanziato dai gruppi di interesse; 4) il partito burocratico pone l'accento sull'ideologia e da peso ai credenti nell'organizzazione, mentre il partito professionale elettorale punta sul leader e sulle proposte programmatiche e da peso ai carrieristi e ai rappresentanti dei gruppi di interesse nell'organizzazione.

⁷⁸ A partire dalla metà degli anni Novanta, Katz e Mair hanno elaborato un nuovo tipo ideale, noto come *cartel party*. Tali autori hanno messo in evidenza come la progressiva emancipazione dei partiti da basi sociali definite abbia causato una sorta di compenetrazione dei partiti con le istituzioni, delle quali questi si propongono come "agenti" elettorali, aventi il compito di far "funzionare" la democrazia attraverso la proposta di un'offerta politica. Secondo questo modello: 1) il partito non attinge le proprie risorse economiche e umane tanto dalla base degli iscritti e dei militanti, quanto soprattutto dallo Stato attraverso le sovvenzioni pubbliche; 2) a causa della progressiva, reciproca emancipazione dei partiti dai cittadini, il *cartel party* conta su un personale politico professionale e svolge campagne professionali, centralizzate, a uso intensivo di capitale; 3) in virtù della comune attività professionale, i dirigenti di partito e gli eletti, pur presentandosi nell'arena politica come avversari sono, nella realtà dei fatti, colleghi che condividono i comuni interessi alla sopravvivenza del partito e a una lunga carriera politica, rischi che sono minimizzati grazie alla disponibilità di risorse pubbliche e all'opportunità di una diversa collocazione in altri organi e sedi; 4) le elezioni sono più uno strumento di controllo dei governanti sui governati che viceversa, grazie all'accesso a mezzi – *in primis* la televisione – che consentono agli operatori un efficace *spin* sugli orientamenti degli eletti. Su questi caratteri del *cartel party*, cfr. R. S. KATZ, P. MAIR, *Cambiamenti nei modelli organizzativi e democrazia di partito*, cit., pp. 44, 47 ss.; R. S. KATZ, *Agenti di chi? Principi, committenti e politica dei partiti*, in L. BARDI (a cura di), *Partiti e sistemi di partito*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 67-68, in particolare p. 72, ove si sottolinea come tra elettori e partiti "non è chiaro chi, ammesso che esista, dovrebbe essere considerato come un committente, e chi dovrebbe essere considerato un agente"; v. altresì P. IGNAZI, *Il puzzle dei partiti: più forti e più aperti ma meno attraenti e meno legittimi*, in *Riv. It. Sc. Pol.*, 2004, p. 336 ss.

al suo gruppo parlamentare⁷⁹. In Italia tali fenomeni sono più accentuati a causa della tendenza alla destrutturazione del sistema dei partiti⁸⁰ e alla de-istituzionalizzazione dei partiti⁸¹. Instabile è il numero dei partiti, il loro *nomen* e la loro struttura, i loro rapporti di forza, il numero di poli di aggregazione, la politica delle alleanze⁸².

⁷⁹ Se questo non era un fatto nuovo nel partito laburista in cui, almeno prima dell'ascesa di Blair negli anni Novanta, storicamente alla coalizione dominante che circonda il leader si è contrapposta una minoranza massimalista (cfr. A. MASSARI, *Come le istituzioni regolano i partiti*, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 49 ss.), è invece un elemento di novità nel partito conservatore, nel quale il Primo Ministro Cameron dal 2010 al 2015 ha dovuto mediare non solo con il gruppo dirigente del partito liberal-democratico alleato di Governo, ma anche con una minoranza interna che non si riconosceva nell'agenda del Governo: con riferimento al partito conservatore, v. M. BENNISTER, R. ROSA, *Cameron as Prime Minister: the-Intra-Executive Politics of Britain's Coalition Government*, cit., p. 778 ss.; G. G. CARBONI, *Gli effetti del coalition Government sul ruolo e le funzioni del Primo Ministro del Regno unito*, cit., p. 593; M. BENNISTER, R. ROSA, *The Limits to Prime Ministerial Autonomy: Cameron and the Constraints of Coalition*, cit., p. 25 ss.

⁸⁰ Sul punto, *ex plurimis*, v. A. CHIARAMONTE, R. D'ALIMONTE, L. DE SIO, *La riforma elettorale: oltre il premio di maggioranza?*, in R. D'ALIMONTE, C. FUSARO (a cura di), *La legislazione elettorale italiana*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 45, ove si pone in evidenza che il numero di liste che superano il 2 % dei suffragi è stato sempre pari ad almeno dieci, che tale numero è salito a quindici alle elezioni politiche del 2006, e che alle medesime elezioni politiche la somma dei voti delle due liste più votate, al Senato, era pari al 40,8 %. L'apparente riduzione della frammentazione politica alle elezioni politiche del 2008, con l'accesso alla rappresentanza parlamentare di solo cinque liste, due delle quali di grandi dimensioni (sul punto v. R. CERCHI, *La forma di governo all'alba del XXI secolo: dalle coalizioni ai partiti*, cit., p. 57 ss. e A. CHIARAMONTE, *Dal bipolarismo frammentato al bipolarismo limitato? Evoluzione del sistema partitico italiano*, in R. D'ALIMONTE, A. CHIARAMONTE, *Proporzionale se vi pare. Le elezioni politiche del 2008*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 203 ss.), non è stata confermata, tuttavia, nel corso della XVI legislatura, caratterizzata dalla scissione all'interno del Popolo della libertà. Parimenti, le successive elezioni politiche del 2013 hanno determinato non solo il superamento della soglia dei cinque partiti rilevanti rappresentati nelle Camere, ma anche il sostanziale superamento del bipolarismo, a causa del successo del Movimento 5 stelle, che ha conseguito 8.691.406 voti alla Camera, pari al 25,6 %.

⁸¹ Sul concetto di "istituzionalizzazione" v. S. P. HUNTINGTON, *Political development and political decay*, in *World Politics*, 1965, pp. 394 ss., secondo cui "l'istituzionalizzazione è il processo attraverso cui le organizzazioni e le procedure acquistano valore e stabilità", e può essere misurata attraverso indici quali "l'adattabilità, la complessità, l'autonomia e la coerenza delle organizzazioni e delle procedure stesse" (traduzione mia). V. altresì A. PANEBIANCO, *Modelli di partito*, cit., p. 111.

⁸² Per un'analisi più approfondita di queste tendenze si veda A. CHIARAMONTE, V. EMANUELE, *Bipolarismo addio? Il sistema partitico tra cambiamento e de-istituzionalizzazione*, in A. CHIARAMONTE, L. DE SIO (a cura di), *Terremoto elettorale. Le elezioni politiche del 2013*, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 233 ss.

Date queste premesse possiamo quindi ipotizzare due scenari. Il primo è nel senso della formazione di ampie maggioranze parlamentari dopo le elezioni, maggioranze che, data la destrutturazione del sistema dei partiti, potrebbero perfino essere rafforzate dal contributo offerto da deputati eletti in liste diverse da quella maggioritaria. L'esito sarebbe, verosimilmente, la conferma del primato "presidenziale" del Presidente del Consiglio, già emerso nel corso della XVII legislatura, con la conseguente contrazione della direzione politica collegiale nel Governo e della discrezionalità del Capo dello Stato nell'esercizio dei poteri di nomina del Presidente del Consiglio e dei Ministri e di scioglimento anticipato della Camera dei deputati.

Un secondo scenario potrebbe invece vedere la Camera dei deputati protagonista del processo di formazione delle maggioranze di Governo. Nonostante i caratteri della legge elettorale, infatti, l'esistenza di maggioranze parlamentari coese e coerenti con l'esito elettorale non può essere data per presupposta. Può accadere che il successo elettorale sia conseguito da una lista formata da due o più partiti che si ripartiscano le candidature (e, soprattutto, i posti di capolista), previa loro valutazione e classificazione secondo criteri attuariali, osservando regole informali analoghe a quelle che, dopo l'entrata in vigore delle leggi Mattarella, videro protagonisti i partiti nella definizione delle candidature di coalizione nei collegi uninominali⁸³. La formazione di liste di coalizione è al momento solo un'ipotesi. L'area politica di centro-destra è stata caratterizzata, nella XVII legislatura, da un'elevata frammentazione e, altresì, da una scarsa affinità tra i partiti. La formazione di una lista unitaria potrebbe consentire a questi partiti, nell'attuale contesto tripolare, di massimizzare le *chances* di raggiungere il ballottaggio; d'altro canto, la cultura politica è cambiata rispetto agli anni Novanta e non è dato sapere se questo eventuale esperimento otterrebbe il favore del corpo elettorale. In ogni caso, se anche a conseguire il premio di maggioranza fosse la lista presentata da un solo soggetto politico non si può escludere che, data la deistituziona-

⁸³ Con riferimento alla formazione delle coalizioni elettorali per le elezioni politiche del 1996 v. A. DI VIRGILIO, *Le alleanze elettorali: identità partitiche e logiche coalizionali*, in R. D'ALIMONTE, S. BARTOLINI (a cura di), *Maggioritario per caso*, cit., p. 71 ss.; per ciò che concerne la formazione delle coalizioni elettorali per le elezioni politiche del 2001 v. A. DI VIRGILIO, *L'offerta elettorale: la politica delle alleanze si istituzionalizza*, in R. D'ALIMONTE, S. BARTOLINI, *Maggioritario finalmente? La transizione elettorale 1994-2001*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 95 ss.

lizzazione dei partiti cui si è fatto riferimento, si verificchino nel corso della legislatura scissioni nel gruppo parlamentare di maggioranza e successive crisi di Governo.

In caso di crisi di Governo, è possibile che il Presidente della Repubblica non adotti il decreto di scioglimento della Camera e formi un nuovo Governo, magari sostenuto da una diversa maggioranza parlamentare e/o con la sostituzione del Presidente del Consiglio. I precedenti in questo senso negli ultimi vent'anni non sono pochi. Le scissioni all'interno dei partiti di maggioranza e la formazione di sindacati di «ministeriabili»⁸⁴ da parte di parlamentari di opposizione hanno determinato un'alterazione del perimetro della maggioranza di Governo e talora anche il mutamento del Presidente del Consiglio. Così, nella XIII legislatura, la scissione all'interno di Rifondazione comunista e la nascita di nuovi gruppi parlamentari formati da parlamentari di opposizione (Udr e Udeur) hanno comportato la crisi del Governo Prodi I e la formazione del Governo D'Alema I⁸⁵ (e poi dei Governi D'Alema II e Amato II); nella XVI legislatura, a seguito della scissione interna al Popolo della libertà, le mozioni di sfiducia votate alla Camera e al Senato (dicembre 2010) furono respinte grazie al voto determinante di parlamentari dell'opposizione⁸⁶; sempre nella XVI legislatura, il voto contrario al Governo Berlusconi IV sull'art. 1 del disegno di legge che recava l'approvazione del rendiconto generale dello Stato fu tra le cause che provocarono le dimissioni del Governo (novembre 2011)⁸⁷; nella XVII legislatura, infine, la scissione all'interno di Forza Italia (novembre 2013) ha comportato la formazione dei gruppi parlamentari del Nuovo Centro-Destra e il passaggio da una "grande coalizione" a una "piccola coalizione" a sostegno del Governo Letta, senza, peraltro, una crisi di Governo⁸⁸. Si consideri, inoltre, che a partire dal 1992

⁸⁴ Così M. DUVERGER, *I partiti politici*, Comunità, Milano, 1970 (tr. it. di *Les partis politiques*,

Librairie Armand Colin, Parigi, 1951), p. 361 ss., pp. 368-369.

⁸⁵ Su questa vicenda e sui caratteri della nuova maggioranza parlamentare v. M. Olivetti, *Le dimissioni del Governo Prodi e la formazione del Governo D'Alema. Cronaca di una crisi annunciata*, in *Giust. Cost.*, 1998, p. 2990.

⁸⁶ Sulla vicenda v. D. HINE, D. VAMPA, *Un 'altro' divorzio: il Pdl nel 2010*, cit., p. 87 ss.

⁸⁷ Sulla vicenda v. D. PICCIONE, *Anatomia di una crisi di Governo*, in *Rass. Parl.*, 4/2011, p. 926.

⁸⁸ Sulla vicenda v. A. CERON, L. CURINI, *Il Governo Letta: formazione del governo e (in)stabilità in tempo di crisi*, in C. FUSARO, A. KREPPPEL (a cura di), *Politica in Italia. I fatti dell'anno e le interpretazioni. Edizione 2014*, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 164. M.

sono stati formati tre Governi “tecnici” o “separati dai partiti” (i Governi Ciampi, Dini e Monti), caratterizzati almeno alle origini da un sostegno parlamentare ampio, che hanno rappresentato un momento di “fuga dalla responsabilità politica” innanzi al corpo elettorale⁸⁹. Questi precedenti formano delle regolarità e potrebbero ripetersi. Gli effetti costituzionali sarebbero, verosimilmente, la reviviscenza del principio collegiale nella direzione del Governo, l’espansione delle attribuzioni costituzionali del Presidente della Repubblica (con riferimento alla formazione del Governo e allo scioglimento della Camera dei deputati) e della Camera dei deputati (per quanto attiene alla relazione fiduciaria con il Governo).

È quindi possibile che si verifichi una alternanza tra diverse meccaniche, anche nel corso della stessa legislatura. La prima comporterebbe l’investitura plebiscitaria del Presidente del Consiglio e della maggioranza parlamentare, la “presidenzializzazione” del Governo e la tendenza all’associazione alla maggioranza di componenti politiche dell’opposizione. La seconda meccanica sarebbe caratterizzata, invece, dalla “rivincita” della Camera dei deputati, al cui interno potrebbero prendere coraggio le componenti di opposizione e quelle della maggioranza ostili al Presidente del Consiglio, in particolare in occasione o in seguito alle elezioni europee e alle elezioni regionali. Entrambi gli scenari evocano un funzionamento della forma di governo parlamentare non pienamente adeguato alla forma di stato democratica. Nel primo caso si assisterebbe alla degenerazione plebiscitaria della forma di governo parlamentare, in un contesto in cui i partiti, data la deistituzionalizzazione che li caratterizza, sarebbero ridotti a strutture serventi degli indirizzi espressi dai Presidenti del Consiglio. Nel secondo caso la Camera, riappropriandosi dei propri formali poteri di indirizzo, frustrerebbe la scelta del corpo elettorale, ponendo a rischio la propria legittimazione politica, “le cui fondamenta sono da sempre pericolosamente esposte all’erosione da parte del fiume carsico

AINIS, *Il bipolarismo e i suoi nemici*, in *Rass. Parl.*, 2/2015, p. 239, sottolinea che il trasformismo a partire dal 1994 è stato un nemico del funzionamento maggioritario della forma di governo.

⁸⁹ Così N. LUPO, *I “Governi tecnici” Ciampi, Dini e Monti*, cit., p. 106.

dell'antiparlamentarismo, che scorre sotterraneo nella storia costituzionale europea”⁹⁰.

Un funzionamento della forma di governo parlamentare coerente con il principio democratico presuppone la ristrutturazione del sistema dei partiti. A tal fine, è in primo luogo necessaria l'adozione di una nuova legge elettorale che assicuri il bilanciamento tra elementi plebiscitari ed elementi rappresentativi. Chi scrive ritiene che il sistema elettorale più adatto a un paese come l'Italia, che ha necessità di ricevere, da parte del Parlamento, “prestazioni di unità”, sia quello tedesco, che grazie alla clausola di sbarramento assicurerebbe la rappresentatività della Camera e la riduzione del numero dei partiti. Questo non esclude, tuttavia, la funzionalità di altri sistemi elettorali. Auspicabile sarebbe, in ogni caso, che dopo tre sistemi elettorali “originali” si faccia ricorso a un modello “collaudato” nella prospettiva comparatistica. Alla nuova legge elettorale dovrebbero poi aggiungersi una legge sui partiti, una legge sul finanziamento dei partiti e nuove norme del regolamento della Camera che incentivino l'istituzionalizzazione dei partiti⁹¹.

6. Di alcune proposte di modifica del d.d.l. costituzionale Renzi/Boschi

Lo squilibrio che la legge elettorale 52/2015 può produrre nei rapporti di forza tra maggioranza e opposizione ci induce a riflettere su quali meccanismi costituzionali potrebbero contribuire a restaurare il principio di bilanciamento dei poteri. La formulazione di tali correttivi potrebbe essere ispirata ai contenuti della proposta di legge costituzionale n° 2452 del 16/1/1985 (IX legislatura), presentata da Ferrara, Ro-

⁹⁰ Cfr. C. MEZZANOTTE, *Relazione generale*, in Associazione dei costituzionalisti, *Annuario*

2000. *Il Parlamento*, cit., p. 305.

⁹¹ Di particolare importanza sarebbe l'introduzione nel regolamento della Camera di un divieto di costituire gruppi privi d'identità elettorale; di un divieto per i parlamentari di iscriversi a gruppi diversi rispetto a quello corrispondente alla lista in cui sono stati eletti (pena l'iscrizione al gruppo misto); di un divieto di “prestito” dei parlamentari da un gruppo a un altro. Inoltre, dovrebbe essere incentivata l'aggregazione dell'opposizione attraverso la definizione di uno statuto dell'opposizione: in questo senso v. S. CURRERI, *Partiti, coalizioni elettorali e gruppi parlamentari*, in R. D'ALIMONTE, C. FUSARO (a cura di), *La legislazione elettorale italiana*, cit., p. 333 e ss.

dotà, Bassanini e altri, con la quale si perseguiva la soppressione del Senato e, contestualmente, un rafforzamento dei limiti al principio maggioritario.

Vengono in evidenza, in primo luogo, possibili correzioni inerenti al sistema delle fonti primarie. Il d.d.l. costituzionale Renzi/Boschi interviene sul sistema delle fonti solo per ciò che attiene alla rivisitazione del procedimento legislativo in correlazione al superamento del bicameralismo paritario. Si potrebbe invece temperare l'attuale dominanza del Governo nella produzione di leggi e atti aventi forza di legge con l'introduzione della legge organica nella Costituzione. Secondo l'art. 15 del disegno di legge Rodotà, Ferrara, Bassanini e altri, "le leggi organiche sono approvate, anche nelle disposizioni che le compongono, con la maggioranza assoluta dei membri del Parlamento. Le leggi organiche garantiscono l'esercizio dei diritti di libertà e dei diritti politici dei cittadini, tutelano i diritti fondamentali dei lavoratori, stabiliscono i sistemi elettorali per il Parlamento, i consigli regionali, provinciali e comunali, regolano l'organizzazione e le funzioni degli organi costituzionali, pongono norme sulla giurisdizione, disciplinano i rapporti tra Stato e confessioni religiose acattoliche ed approvano le modifiche dei patti lateranensi accettate dalle due Parti, approvano gli statuti regionali e le loro modifiche, determinano le modalità di attuazione dei referendum"⁹². Un'innovazione di analogo tenore fa parte delle proposte della Commissione "Quagliariello" per la rivisitazione del procedimento legislativo⁹³. L'introduzione della legge organica produrrebbe due positivi effetti indiretti: un drastico ridimensionamento dell'abuso della decretazione d'urgenza e, altresì, un effetto semplificatore sul sistema delle fonti del diritto, come conseguenza della sovraordinazione gerarchica da attribuirsi ad alcune disposizioni – come quelle della legge 400/1988 – che attualmente possono essere derogate da leggi successive approvate con il procedimento legislativo ordinario⁹⁴. Al fine di evitare il contenzioso costituzionale che può de-

⁹² Pensiamo, altresì, all'art. 81 della Costituzione spagnola, secondo la quale: 1) Sono leggi organiche quelle relative alla regolamentazione dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche, quelle che approvano gli statuti autonomistici e il regime elettorale generale, nonché le altre previste dalla Costituzione. 2) L'approvazione, la modifica o la deroga delle leggi organiche esigerà la maggioranza assoluta del Congresso, in una votazione finale sull'insieme del progetto.

⁹³ Cfr. A. SIMONCINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 128 ss.

⁹⁴ Sul punto v. A. SIMONCINI, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 137 e 139.

rivare dalla strutturale inidoneità semantica delle “materie” a stabilire una linea di confine tra legge ordinaria e legge organica⁹⁵, va nella giusta direzione l’art. 70, comma 6 Cost. (così come modificato dal d.d.l. costituzionale Renzi/Boschi) che, per ciò che concerne il riparto di competenza tra leggi monocamerali e leggi bicamerali, dispone che “i Presidenti della Camere decidono, d’intesa tra loro, le eventuali questioni di competenza, sollevate secondo le norme dei rispettivi regolamenti”⁹⁶. Con specifico riferimento alla legge organica, le soluzioni per prevenire il contenzioso costituzionale potrebbero essere la devoluzione della decisione al Presidente della Camera, o a un comitato di parlamentari, o anche l’introduzione di un ricorso preventivo della minoranza parlamentare alla Corte costituzionale⁹⁷. È certo, tuttavia, che il primato dell’interpretazione “politica” delle disposizioni costituzionali sulle fonti primarie presupporrebbe una politica matura e responsabile, che agisse nel rispetto del *principium cooperationis* e del principio di affidamento: una reviviscenza, in ultima analisi, di quella politica costituzionale tendenzialmente condivisa tra maggioranza e opposizione che ha caratterizzato la storia italiana dal 1953 al 1992 e che nell’ultimo ventennio pare essersi dissolta.

Un ulteriore rimedio attiene al sistema elettorale nella Costituzione. L’art. 13, commi 2 e 5, del d.d.l. costituzionale Renzi/Boschi, modificando gli artt. 73 e 134 Cost., introduce un giudizio preventivo di legittimità costituzionale relativo alle leggi elettorali. Potrebbe essere quindi utile l’introduzione di un parametro che circoscriva la discrezionalità del legislatore, come proposto, peraltro, dalla Commissione “Quagliariello”⁹⁸. L’art. 6 del d.d.l. costituzionale Rodotà, Ferrara, Bassanini e altri recita: “la legge elettorale si ispira ai principi della rappresentanza proporzionale e ne attua le finalità”. Se il vincolo pro-

⁹⁵ In questo senso, *ex plurimis*, v. M. LUCIANI, *La riforma del bicameralismo, oggi*, in *Riv. AIC*, 2/2014, p. 11 e A. SIMONCINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 133.

⁹⁶ È dubbio, tuttavia, se l’accordo di cui all’art. 70, comma 6 Cost. sia da considerarsi insindacabile in sede di giudizio di legittimità costituzionale. Nel senso dell’insindacabilità da parte della Corte costituzionale v. M. MANETTI, *Pesi e contrappesi nel d.d.l. cost. Renzi - Boschi (come approvato dalla Camera il 10 marzo 2015)*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1/2015, p. 2; in senso contrario v. G. BRUNELLI, *La funzione legislativa bicamerale nel testo di revisione costituzionale: profili problematici*, in www.italiadecide.it, pp. 8-9.

⁹⁷ Cfr. A. SIMONCINI, *Le fonti del diritto*, cit., p. 145, che fa riferimento al controllo preventivo di tipo francese.

⁹⁸ Sul punto v. in particolare G. TARLI BARBIERI, *La legge elettorale*, in A. CARDONE (a cura di), *Le proposte di riforma della Costituzione*, cit., p. 226.

porzionale in Costituzione dovesse apparire inopportuno, si potrebbe prevedere che la legge elettorale “assicura un equo contemperamento di criteri di proiezione e di selezione”: una formula più elastica che lascerebbe ampio spazio a un ragionevole bilanciamento tra l'istanza della rappresentatività della Camera e quella della governabilità.

Ulteriori correzioni potrebbero avere ad oggetto i *quorum* deliberativi in Costituzione. Come è noto, secondo l'art. 64, comma 4, Cost., le Camere deliberano a maggioranza relativa se altre norme costituzionali non prescrivono maggioranze speciali. Occorrerebbe quindi adeguare i *quorum* deliberativi alla vigenza di leggi elettorali a effetto maggioritario. In questo senso è sicuramente condivisibile, con riferimento all'elezione del Presidente della Repubblica, la revisione costituzionale dell'art. 83 Cost. che sarebbe disposta dal d.d.l. costituzionale Renzi/Boschi, in base a cui è prevista la maggioranza dei due terzi dei componenti nei primi tre scrutini, la maggioranza dei 3/5 dei componenti dal quarto al sesto scrutinio, la maggioranza dei 3/5 dei votanti a partire dal settimo scrutinio. Una regola analoga a quella prevista per l'elezione del Capo dello Stato sarebbe a mio avviso necessaria per l'elezione del Presidente della Camera dei deputati, al fine di incentivare un esercizio *super partes* dei poteri connessi a tale ufficio, secondo il modello britannico⁹⁹.

Parimenti sarebbe necessario l'aggiornamento dei *quorum* deliberativi nel procedimento di revisione costituzionale. La *ratio* garantista dell'art. 138 Cost. potrebbe infatti essere vanificata dal conferimento del premio di maggioranza a una sola lista. Rimanendo in vigore tale legge elettorale, sarebbe quindi opportuno escludere la possibilità di deliberare leggi costituzionali a maggioranza assoluta. In vigenza di una legge elettorale proporzionale, invece, l'art. 138 Cost. potrebbe essere modificato traendo ispirazione dal d.d.l. costituzionale Rodotà, Ferrara, Bassanini e altri, secondo il quale nel procedimento di revi-

⁹⁹ Secondo la prassi britannica, la persona che ricopre tale ufficio è sempre rieletta Presidente dell'Assemblea, anche se il suo partito è all'opposizione. A partire dal 1835, infatti, quando un parlamentare viene eletto *Speaker*, questi si dimette dal partito di appartenenza. Alle successive elezioni politiche il partito di cui egli era avversario non gli oppone un candidato nel collegio uninominale, garantendone di fatto la rielezione in Parlamento. Infine, nessun partito di maggioranza nega la rielezione a *Speaker* di un parlamentare dell'opposizione che ne abbia «diritto», in forza della *convention*. Sulla convenzione costituzionale concernente l'elezione dello *Speaker* cfr. P. LAUNDY, *The office of Speaker*, London, 1964, pp. 4 ss.; M. CERASE, *Opposizione politica e regolamenti parlamentari*, cit., p. 26.

sione costituzionale “la legge sottoposta a referendum non è promulgata se non partecipa al referendum la maggioranza degli aventi diritto e se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi”. La formula utilizzata non è più adeguata in quanto fu scritta in tempi in cui il voto era ancora diffusamente sentito come dovere civico; utile, però, potrebbe essere prevedere che il referendum è valido solo se partecipano la “maggioranza degli elettori che hanno partecipato all'ultima elezione della Camera dei deputati, e se è raggiunta la maggioranza dei voti validamente espressi”, secondo quanto disporrebbe l’art. 75 Cost., con riferimento al referendum abrogativo, secondo la modifica prevista dal il d.d.l. costituzionale Renzi/Boschi.

In conclusione, il combinato disposto del d.d.l. costituzionale Renzi/Boschi e della legge elettorale 52/2015 potrebbe incidere sull’effettività delle relazioni endogovernative e di quelle tra il Governo e gli altri organi costituzionali. Quali che siano le future vicende costituzionali, che queste siano nel segno della “presidenzializzazione” o piuttosto della “parlamentarizzazione” del Governo, è da ritenersi che solo la riqualificazione del sistema dei partiti possa migliorare la qualità democratica della forma di governo. Sarebbe pertanto auspicabile l’adozione di una nuova legge elettorale, di una legge sui partiti (e sul loro finanziamento) e di nuove norme del regolamento della Camera, al fine di incentivare la strutturazione del sistema dei partiti e l’istituzionalizzazione dei partiti. Inoltre, sarebbe opportuna l’introduzione nel d.d.l. costituzionale di correttivi ai poteri del Governo e all’applicazione della regola di maggioranza. Se tali modifiche non paiono essere all’ordine del giorno nel corso della XVII legislatura, è auspicabile che i temi della riforma del sistema dei partiti e del “riequilibrio” tra i poteri ritornino a essere centrali nelle legislature successive.

CHE COS'È UN PARTITO POLITICO

di *Enrico Guglielminetti*

SOMMARIO: 1. *Identità o identificazione?*; 2. *Idea o programma?*; 3. *La politica come interruzione*; 4. *I partiti come macchine per produrre (buona) ambiguità*; 5. *Idee, leader, significati*; 6. *Rappresentanza per rispecchiamento e per orientamento.*

*A Mario Dogliani,
maestro di un'università a venire*

1. Identità o identificazione?

Tra le definizioni di “partito” offerte dalla scienza politica, una tra le più influenti è senza dubbio quella di Giovanni Sartori:

«A party is any political group identified by an official label that presents at elections, and is capable of placing through elections (free or non-free), candidates for public office»¹.

Tale definizione è convincente, nella misura in cui riesce a essere comprensiva di fenomeni tra loro molto diversi, differentemente distribuiti nello spazio e nel tempo. Lo scotto, che essa paga per ottenere questo risultato, è però di presentarci il partito come un *ens deminutum*.

La definizione di Sartori – a mio avviso – non individua insomma tanto l'essenza, quanto lo scheletro, il fantasma di un partito. Che questo fantasma sia ciò, a cui i partiti politici contemporanei perlopiù sono ridotti, è uno dei motivi di efficacia sociologica della definizione.

Ciò di cui questa definizione programmaticamente *non* va in cerca, è ciò di cui oggi da più parti si lamenta l'assenza, vale a dire l'“identità” di un partito. La definizione non cerca quello che non c'è,

¹ G. SARTORI, *Parties and Party Systems. A Framework for Analysis*, ECPR, Oxford 2005, p. 56 (1^a ed. 1976).

il che – dal punto di vista di un’analisi dei fatti – può ben esserle ascritto a merito. Essa dà in qualche modo per implicito che l’identità non ci sia, o che non sia rilevante. In luogo di un’identità, abbiamo infatti un’*etichetta*, un semplice strumento di *identificazione*.

Ma davvero – si potrebbe obiettare – può esserci identificazione senza identità? L’identificazione non implica *eo ipso* identità? Supponiamo che l’«etichetta ufficiale» sia qualcosa come un DOI, una stringa di questo tipo:

<http://dx.doi.org/10.14333/dironix>

L’etichetta identifica esattamente e in forma persistente un’entità, associandovi i metadati. Che cosa si potrebbe desiderare di più, o di meglio, per la determinazione di un’identità?

Il DOI può identificare con esattezza, per esempio, *questo* articolo, ma se lasciasse la possibilità che qualcuno – purché legalmente autorizzato – cambiasse nottetempo il testo, pur conservando titolo, autore, nome numero annata della rivista e parole chiave, la cosa sarebbe preoccupante. L’oggetto identificato (*questo* articolo) sarebbe, al contempo, stabile e cangiante. Sarebbe identificato, ma non avrebbe un’identità.

È proprio questa la situazione in cui versano i partiti contemporanei. L’*official label*, di cui parla Sartori, si può paragonare a un DOI ingannevole di questo tipo, che identifica con esattezza un’entità (per esempio, il “Partito Democratico”), senza specificare (perlomeno in modo vincolante) quali siano i tratti caratterizzanti di quell’entità. L’etichetta non implica insomma alcun “impegno ontologico”.

La definizione di Sartori sembra anticipare di qualche decennio la riduzione della politica a *marketing*. L’etichetta distingue i partiti politici, come se fossero detersivi. Il sospetto del casalingo o della elettrice è che – al netto del packaging, e di mere *quantités négligeables*, come il colore e la profumazione – la formula chimica dei detersivi sia assolutamente la stessa. I partiti fanno tutti la stessa cosa: si spartiscono il potere e danno esecuzione *al* programma. Il programma, in fondo, è unico, come la formula chimica dei detersivi. La libertà di scelta dell’elettrice diviene, a questo punto, essa stessa una *quantité négli-*

*geable*².

Da un lato dunque l'etichetta sembra ingannevolmente moltiplicare l'identico, dall'altro essa ha sì il potere di identificare, ma non quello di conferire identità.

Traguardata alla luce di queste considerazioni, la definizione di Sartori finisce insomma (forse giustamente) con l'individuare il partito come il luogo dell'opportunismo politico. A seconda delle circostanze, dei tempi, dei luoghi, dei rapporti di forza, delle retoriche, delle convenienze, delle concrete possibilità di prevalere nella competizione elettorale, la medesima etichetta – per esempio “Partito Democratico” o “Partito Repubblicano” – può identificare *qualsiasi* contenuto, o perlomeno una gamma così ampia di contenuti, da non possedere una forma.

Il partito – oggi – tende all'informe. È proprio la mancanza di forma che lo caratterizza in questa fase storica di esistenza, la disponibilità ad assumere qualsiasi posizione. Per dirla con Platone, i partiti – come i sofisti – “entrambeggiano”. La materia amorfa può assumere questa forma o quell'altra, dipende.

Se, per paradosso, l'essenza del “partito” fosse invece quella di *da-re forma all'informe corpo sociale* (le famose «stecche del busto» gramsciane)³, allora si dovrebbe dedurne che il partito non esiste, che il partito non c'è⁴. *Non ci sono – attualmente – partiti.*

² Immaginiamo di definire un alimento come: “Un qualsiasi oggetto commestibile identificato da un'etichetta ufficiale che si offre sui banchi del supermercato ed è suscettibile di essere acquistato”. Ci fideremmo a comprare il prodotto? Mentre il consumatore è oggi giustamente sempre più esigente in fatto di etichette (non mi basta sapere che è un uovo, voglio sapere come si chiama la gallina, dove vive, che cosa mangia, eccetera), l'elettore – *malgré soi* – compra prodotti con etichette non impegnative, come “Alimento Buono”, “Alimento Nuovo”, “Alimento Classico”, e via discorrendo.

³ Le «stecche del busto» devono «dare personalità all'amorfo elemento di massa» (A. GRAMSCI, *Il materialismo storico e la filosofia di benedetto Croce*, in ID., *Quaderni del carcere*, vol. I, Einaudi, Torino 1966⁸, p. 17).

⁴ Come ha scritto in una pagina esemplare Mario Dogliani, a proposito della necessità di separare partiti e istituzioni, secondo già l'indicazione di Enrico Berlinguer, se il partito cessa di essere un «“soggetto”», e viene «diluito» in uno «schieramento elettorale più sicuro, ma indistinto e aderente ai sentimenti più istintivi e passivi dell'elettorato», questo «porta a concepire il partito essenzialmente come un bacino elettorale e a schiacciarlo sui ruoli amministrativi e governativi, facendone un partito di “occupazione” più che di “orientamento” (Elia). *Un partito non vertebrato, ma artropode, che “sta eretto” solo attraverso la corazza esterna costituita dai posti occupati nelle istituzioni.* Contro queste visioni sta quella di un partito che voglia essere veramente rappresentativo, che eviti di chiudersi nell'idea, sbagliata, che “rappresentare” voglia dire raccogliere passivamente domande e

Questa tendenza all'informe è evidente, per esempio, in una dichiarazione come la seguente:

«Il Pd deve essere un partito popolare di massa, e deve essere moderno. Tutti coltiviamo dubbi e incertezze perché c'è bisogno di riflettere, di discutere, di approfondire, ma poi bisogna anche agire, perché c'è un paese bellissimo che ha bisogno della nostra energia, del nostro entusiasmo. E siamo noi, il Pd, gli unici che possono restituire speranza e fiducia all'Italia. Grazie alle riforme strutturali l'Italia è ripartita. Ora la sfida più grande è restituire fiducia ai nostri concittadini. Sono certo che siamo sulla strada giusta e, tutti insieme, ce la faremo»⁵.

A parlare è Matteo Renzi al paese, ma potrebbe essere Tonino Guerra ai clienti o allo staff dell'Unieuro. Se sostituissimo l'etichetta PD con qualsiasi altra (per esempio, con *Forza Italia*, un nome che esprime appunto energia), il risultato sarebbe il medesimo.

“Energia”, “entusiasmo”, “ripartire”, “speranza”, “fiducia”, essere sulla “strada giusta”, “farcela”... Ciò che caratterizza questi termini (come anche i termini “popolare”, “di massa”, e appunto “partito”) è l'assenza di forma. L'“energia”, in particolare, è una semplice *hyle*, una materia informe a cui si può conferire qualsiasi forma. Indicare la forma – il vero compito di un partito – è precisamente quello che il segretario del maggiore partito italiano non fa.

Un contenuto – a ben vedere – c'è, nella citazione di Renzi, ed è l'appello all'ottimismo, qualcosa che ha echi profondi nella cultura dello scoutismo e della *Jugendbewegung* in generale. Un altro contenuto è la riduzione del pensiero alla forma subordinata di una proposizione concessiva (c'è bisogno di approfondire, *ma poi...*). Ciò che conta è l'agire, senza che si dica chi agisce, mosso da quali motiva-

consensi; che sappia, cioè, svolgere la funzione principale ed essenziale della rappresentanza, che è quella di *unire il rappresentato, e cioè di mettere davanti agli occhi del “volgo disperso che nome non ha” il suo dover essere, di rendere visibili e desiderabili le qualità che dovrebbe avere la sua vita in società; di renderlo capace di agire per il loro inveramento*» (M. DOGLIANI, *Il partito come strumento di separazione della politica dall'economia*, in ID., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, il Mulino, Bologna 2015, pp. 313-314 – *corsivi miei*). Nel passo di Dogliani, il partito funge da *nome proprio*: esso dà nome ad aspirazioni reali ma ancora confuse, che – senza il partito – resterebbe nell'*anonimato*, o – peggio – potrebbero essere preda di un *tentativo di nominazione allotrio* e sviante.

⁵ www.repubblica.it/politica/2015/09/26/news/renzi_sulle_pensioni_flessibilita_possibile_-123713378/ (ultimo controllo 12 dicembre 2015).

zioni, per ottenere che cosa, in che modo, eccetera. Il terzo contenuto sono le riforme: non fa bisogno di dire *quali*, perché non ha nessuna importanza. Non è una riforma *determinata* che avrebbe fatto ripartire il paese, è l'*attività* stessa del riformare.

2. Idea o programma?

Già più tranquillizzante, perché più vincolante, è la definizione di partito politico di W. Hofmeister e K. Grabow:

«Parties can therefore be understood as permanent associations of citizens that are based on free membership and a programme, and which are anxious to occupy, through the path of elections, the politically decisive positions of the country with their team of leaders, in order to materialize suggestions for resolving outstanding problems»⁶.

In luogo dell'etichetta, qui abbiamo un programma. Ma davvero i partiti si distinguono per il programma?

Nella definizione citata manca la parola "idea". Una cosa però sono le "proposte" (*suggestions*), una cosa sono le "idee" politiche. Due idee *toto coelo* differenti possono implementarsi in proposte identiche per risolvere i medesimi problemi urgenti⁷. È questa – tra idea e programma – una distinzione concettuale, di cui, nella vita politica attuale, sembrano essersi completamente perdute le tracce.

Due sono i punti aporetici connessi al concetto di "programma": da un lato, come abbiamo accennato, il programma *unico* rischia di essere feuerbachianamente la vera essenza, il segreto finalmente disvelato della pluralità dei partiti, che andrebbe dunque eliminata in favore appunto del programma; dall'altro, l'ipotetica unicità (o identità) del programma sarebbe sì in grado di rendere obsoleta la plurificazione

⁶ W. HOFMEISTER, K. GRABOW, *Political Parties. Functions and Organisation in Democratic Societies*, Konrad Adenauer-Stiftung 2011, pag. 12.

⁷ In fondo, il programma di due partiti potrebbe anche essere lo stesso (chi è che, almeno a parole, non vorrebbe tagliare gli sprechi?): questo non dovrebbe significare necessariamente che siano lo stesso partito. L'esperimento mentale adatto a discriminare una concezione tecnocratica da una politica di "partito" è, del resto, proprio questo. Pur con programmi identici, i partiti dovrebbero potere restare differenti. Vale lo stesso per le religioni: esse si distinguono per i dogmi, non per le attività caritative.

delle etichette identificative, come accade nella metafora dei detersivi, ma non ci direbbe ancora nulla circa l'identità o la diversità delle idee.

Sono le idee, non le etichette, che possono resistere alla dismissione tecnocratica della pluralità di sigle politiche in favore del programma. Non l'etichetta, e nemmeno il programma, ma solo l'idea è irriducibile in una forza politica. Se l'idea non c'è, o se l'idea essenziale cambia⁸, il partito può continuare ad esistere solo come *ens deminutum*.

È di sinistra o di destra adottare i costi standard in sanità? Sempre più sovente ricorrono domande di questo genere, a cui è inevitabile rispondere che non è né l'una cosa né l'altra. L'entrambeggiamiento sofisticato dei partiti procede di conserva con *il* programma, che – come *la* formula chimica dei detersivi – vuole l'articolo determinativo, perché il programma è in fondo uno solo (di nuovo, *le* riforme). All'estrema vaghezza da un lato fa riscontro la mancanza di alternative dall'altro.

Una volta ridotti i partiti a “etichette”, scopriamo che le etichette non servono: ciò che serve è un programma, ma il programma è un protocollo, che è meglio sia stilato da esperti. Non ha senso un dibattito democratico sulla opportunità o meno di operare al cuore un certo paziente. Decida chi sa. Tutto il resto è folclore, religione, o mitologia.

La sostituzione della parola “idea” con la parola “programma” dice insomma di una politica che, dei partiti, non sa più che farsene. Il programma può farlo un robot (magari situato nell'Eurotower): i partiti sono ridotti a un mero *packaging*, molto costoso e poco ecologico. Ma è l'epoca dello sfuso, e i partiti non servono.

I partiti sembrano quindi travolti dalla cosiddetta crisi delle ideologie. Meglio: poiché è appena ridivenuto assurdo parlare di crisi delle ideologie (è difficile dire che l'Islamic State non abbia una sua ideologia), i partiti sono resi inutili dalla tecnocrazia: il ruolo delle idee nella cultura occidentale è infatti divenuto residuale. Le idee stanno ai programmi come la cura di Bella alla medicina: sono mero folclore, quando non sono un ostacolo sulla via del progresso⁹.

Mi sembra insomma che la crisi dei partiti e della politica in generale sia solo un aspetto di un fenomeno più ampio, che si può descri-

⁸ È il caso per esempio della Lega Nord, la cui idea essenziale non sembra più essere l'indipendenza della Padania e che aspira ormai a essere una forza nazionale.

⁹ Di conserva, il ruolo degli intellettuali nei partiti è azzerato; la loro presenza riveste al più una funzione ornamentale. Purché non disturbino.

vere come la progressiva perdita di fiducia della cultura occidentale nell'importanza e nel significato delle idee¹⁰.

L'insistenza sul programma rischia di essere in linea con la deriva amministrativistica nella vita politica attuale. La politica diventa amministrazione, il che – fra l'altro – porta a scotomizzare la radicale differenza vocazionale che passa tra il capo di un partito e il capo di un governo: due figure le cui competenze sono sostanzialmente opposte, e che invece è diventato pressoché impossibile distinguere. A sua volta, il governo ha ancora troppo che fare con l'idea, e viene sostituito dalla *governance*. Con ciò, della funzione di *interruzione* dell'idea, non ne è più nulla.

Se, dunque, si domanda se esista ancora uno spazio per i partiti politici e per la politica, questa domanda va forse riportata a quest'altra: esiste ancora uno spazio per l'idea, dunque per la filosofia nella politica?

La crisi dei partiti va di pari passo con la crisi della politica, e questa con la crisi dell'idea. Se la politica viene ridotta ad arte di amministrare, non c'è più politica. La politica sopravvive come retorica e propaganda, l'idea sopravvive come superstizione. Ne faremmo volentieri a meno.

3. La politica come interruzione

Mi sembra che né l'“etichetta” né il “programma”, né la pura *hyle* della “energia” possano sostituire la funzione delle *idee* nella politica.

Le definizioni di Sartori e Hofmeister-Grabow (così come la *parenesi renziana*) presentano, dal mio punto di vista, appunto il difetto di non dare spazio all'idea.

Il “partito”, nelle società democratiche, andrebbe piuttosto definito come un'organizzazione politica intesa a vincere le elezioni con mezzi legittimi al fine di implementare un'idea di società tramite un programma. Vincere le elezioni (occupare le posizioni politicamente decisive del paese con i propri leader) è il mezzo, non il fine, e l'idea

¹⁰ Perfino in filosofia, le idee stanno perdendo diritto di cittadinanza, e vengono sostituite da tecniche filosofiche. Il successo della filosofia analitica e dell'ontologia applicata riveste, complessivamente, questo significato. In questo senso vanno interpretate anche le proposte di sostituire l'insegnamento della filosofia in liceo con quello di logica. Tutti sintomi del cattivo stato di salute delle idee.

non si riduce al programma. L'idea potrebbe essere giusta e il programma sbagliato, il programma potrebbe essere giusto e l'idea sbagliata.

In questo senso, ho proposto altrove¹¹ di intendere il partito come l'intelletto agente della politica, la "forma delle forme", che vede le forme che giacciono in potenza nel corpo sociale, traendole dalla potenza all'atto, alla luce di orientamenti di valore generali, che trascendono la sfera della politica. Quando usiamo l'espressione "forma partito", non dovremmo cioè riferirci solo a una forma organizzativa, ma alla forma come *eidos*, cioè appunto all'idea.

L'intelletto agente è l'organo del pensiero, e il partito è la parte del corpo sociale che pensa, e solo per questo è legittimata a competere per il governo (aristotelicamente, chi pensa governa). Il partito non è "parte" solo nel senso che rappresenti le istanze di una parte del corpo elettorale, ma è – prima di tutto – quella "parte" del corpo sociale specificamente deputata a *pensare*¹².

Soprattutto, l'intelletto agente avviene *da fuori* nel corpo sociale ed economico: la politica non è "codismo", per usare un'espressione di Lenin, solo se precede e non segue le logiche dell'economia e della società civile.

Anche a voler dire, come probabilmente si deve, che il partito *interpreta* la società civile, l'interpretazione non va mai intesa come una semplice registrazione. L'interpretazione è, piuttosto, una forma di interruzione. Il partito interrompe da fuori le logiche della società civile e dell'economia: la politica è – in generale – una forma dell'interruzione.

¹¹ E. GUGLIELMINETTI, *Più filosofia nella politica: la ricetta per salvare la "forma" partito*, in «Spazio Filosofico» 9 (3/2013), pp. 391-395, accessibile online all'indirizzo: <http://www.spaziofilosofico.it/numero-09/4246/piu-filosofia-nella-politica-la-ricetta-per-salvare-la-forma-partito/#more-4246>.

¹² Nelle società democratiche, la funzione di intelletto agente resta ovviamente in capo a una pluralità di partiti. Ma, si potrebbe obiettare, la democrazia non è forse un luogo di purificazione generalizzata delle agenzie del pensiero? Quale primato possono vantare i partiti rispetto agli organi d'informazione, alle più diverse forme di intelligenza collettiva, agli intellettuali, ai singoli cittadini? I partiti possono – in linea di principio – importare dall'esterno l'idea (per esempio, assumendola da singoli intellettuali, come in fondo è avvenuto per il partito comunista): l'*attivazione* di un'idea politica nello spazio pubblico resta tuttavia in capo ai partiti. Come stiamo per vedere (§ 4), i partiti hanno anche un'altra funzione decisiva: quella di *aggiungere* qualcosa all'idea, secondo la dinamica concreta dell'agire storico e della prassi.

Si dovrebbe dire altrettanto dello Stato, che a sua volta interrompe le logiche dei partiti (e ne è a propria volta interrotto).

4. I partiti come macchine per produrre (buona) ambiguità

Va poi aggiunto che il partito ospita al proprio interno, nella dinamica della propria stessa esistenza storica, una funzione intrinseca di spostamento, è – cioè – una macchina per produrre (buona) ambiguità¹³, emendamenti all'idea, aggiunte. Solo se c'è idea, peraltro, possono esservi aggiunte all'idea, quelle aggiunte che la prassi storica stessa richiede.

Lungi dal considerare queste aggiunte come un tradimento, dovremmo dire piuttosto che – tramite esse – un partito oltrepassa se stesso, raggiunge una sorta di oltre-purezza, che non è qualcosa in meno, ma qualcosa in più della purezza.

L'idea, facendosi storia, scarta rispetto a se stessa. L'idea, che interrompe la storia, ne viene a sua volta interrotta. In questo senso, la parabola del PCI da partito rivoluzionario a co-artefice, con le altre forze dell'arco costituzionale, della Repubblica democratica fondata sul lavoro, va considerata senz'altro come virtuosa ed esemplare della forma stessa “partito”. C'è, nell'essenza del “partito”, una dinamica di auto-eccedenza, senza la quale partiti diversi non potrebbero convivere in uno Stato. Il “partito” contiene più di se stesso: è totalmente preso da un'idea, il rigore e la purezza della quale hanno per causa finale il proprio inveramento e la propria smentita.

Quando perciò consideriamo parole come le seguenti, di Pietro Ingrao: «Da una parte seguivo con ardore la costruzione dello Stato democratico, dall'altra coltivavo l'attesa della crisi rivoluzionaria»¹⁴, è proprio in queste che dovremmo sorprendere la vera essenza di un partito. Non riesco a leggere queste parole, senza pensare: *ecce party!* I partiti dovrebbero essere macchine per produrre aggiunte all'idea. Solo in assenza di idea, l'aggiunta si riduce a mera incoerenza, mentre

¹³ L'ambiguità dei partiti, da un lato strumenti di partecipazione, canali di raccolta e di valorizzazione degli orientamenti di valore e degli interessi dei cittadini, dall'altro organizzazioni oligarchiche autoreferenziali, è stata sottolineata per tempo. Non è a questa ambiguità che si riferiscono le riflessioni seguenti.

¹⁴ <http://www.ilfattoquotidiano.it/2015/09/27/pietro-ingrao-morto-il-vero-comunista-amato-dalla-gente-e-sofferto-dal-pci/1548617/> (ultimo controllo 12 dicembre 2015).

la deroga a ciò, che resta più sacro, ha in sé una grandezza, che non è quella della mera auto-conferma.

Questa disponibilità a lasciare incidere dalla storia il fondamento aureo dell'idea non si riduce a mero opportunismo solo se – prima – si dà qualcosa come un fondamento aureo, e solo se si configura come un sacrificio di sé come parte per il bene della più ampia collettività nazionale.

Se – quindi – l'ambiguità e l'ipocrisia sono il peccato originale della politica, da questa malattia mortale si esce non risolvendo l'ambiguità in un isterismo del “parlar chiaro”, ma con una forma diversa, virtuosa, di ambiguità, che ha che fare con le logiche dell'azione in quanto incontrollabili dal soggetto (anche dal soggetto-partito). Viceversa, l'ambiguità-ipocrisia, che spesso si implementa nel doppiosenso (dunque anche nella “battuta”)¹⁵, trova il proprio complemento naturale nel “decisionismo”¹⁶, oggi purtroppo così di moda.

I grandi partiti hanno idee semplici e chiare, che poi mediano (magari attraverso la scrittura di una Costituzione) e talora addirittura contraddicono; i partiti post-moderni non hanno idee, ed escono dalla confusione o dall'entrambeggiamiento con decisioni tanto più nette, quanto meno supportate da un'analisi. Sono, d'altra parte, sollevati dal compito di avere idee dall'autopoiesi della funzione tecnica, burocratica e amministrativa.

5. Idee, leader, significati

L'attuale deriva leaderistica della vita politica va di pari passo con la crisi delle idee nella sfera pubblica. Al posto delle idee, si fanno avanti le persone. Al posto dei pensieri, i pensatori.

Sancendo la prevalenza dell'individuo sul collettivo, la tradizione liberale ha in fondo incentivato questo processo. Secondo Croce, i partiti politici stanno ai loro leader come i generi letterari stanno alle concrete grandi opere della poesia:

¹⁵ Una per tutte: «Meglio tirare a campare che tirare le cuoia».

¹⁶ Il decisionismo indica una prevalenza della soggettività velleitaria, dunque dell'arbitrio, sulla serietà e sulla oggettività della decisione.

«Nessuno nega l'utilità dei generi letterari [...] e neppure che l'opera nuova rientri sempre in qualche modo nelle correnti letterarie preesistenti (la *Divina commedia* tra le "visioni", il *Decamerone* nella novellistica medievale, l'*Orlando* nel poema cavalleresco); ma, quando si tratta veramente o di creare o di giudicare l'arte, tutto ciò non serve a nulla, e, se vi si caccia dentro, diviene un pregiudizio, rovinoso per l'artista e pel critico»¹⁷.

I partiti – per Croce – sono meri alvei in cui scorre la creatività individuale dell'arte politica, e che possono finire con l'indebitamente frenarla e conculcarla, talché in fondo ogni vero leader si crea un nuovo partito:

«Parimenti l'uomo politico, che abbia un nuovo contenuto da far valere [...], quando pare che accetti un partito esistente (e in qualche misura l'accetta), in realtà crea un nuovo partito, perché il nuovo pensiero produce un nuovo aggruppamento, o cangia le ragioni di un aggruppamento esistente, e anche quando serba le spoglie dei medesimi individui, vi mette dentro altre anime»¹⁸.

L'esempio di Croce è sbagliato – innanzitutto – dal punto di vista della teoria della letteratura. I grandi capolavori, come avrebbe detto Walter Benjamin, non rientrano in alcun genere preesistente: essi fondano un genere e lo liquidano. Il partito, insomma, è un'opera, *non* un genere letterario¹⁹.

Va osservato, a dire il vero, che per Croce – come dimostrano gli stessi esempi da lui addotti – la contrapposizione non è tanto tra le persone e le idee, quanto piuttosto tra le idee vive, cioè i "giudizi", che sono sempre introdotti di bel nuovo nel mondo dalla creatività degli individui, e le idee morte, cioè i pregiudizi, che della creatività individuale rappresentano invece il punto d'inversione entropica, l'estenuata ripetizione ad opera di meri copisti.

¹⁷ B. CROCE, *Il partito come giudizio e come pregiudizio* [1912], in ID., *Cultura e vita morale*, Laterza, Bari 1955³, p. 194.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 193-194.

¹⁹ Il genere "partito comunista" nasce e muore con il marxismo. La fine della DC, del PCI, del PSI e degli altri partiti dell'arco costituzionale in seguito a Tangentopoli e alla caduta del muro di Berlino, è paragonabile all'oblio in cui cada una *singola* opera di letteratura, non alla crisi di un genere letterario: immaginiamo che nessuno più legga i *Promessi sposi*, o che se ne perdano tutte le copie e i manoscritti...

D'altra parte, come è facile osservare, i Dante, i Boccaccio, gli Ariosto non nascono tutti i giorni nella poesia, e nemmeno in politica. In luogo di un'individualità cosmico-storica, fa capolino quindi già in Croce il programma, mentre un'individualità anche mediocre – prevalendo a propria volta sul programma – se ne riserva implicitamente tutti quegli aggiustamenti in corso d'opera, cui i programmi dei partiti vanno di solito incontro:

«Un uomo o un gruppo di uomini che si accinga a servire il proprio paese, non può porsi il problema politico in questa forma: – Sarò io democratico o aristocratico, progressista o conservatore? [...] Così proposto, il problema diventa formalistico, e cioè vuoto, epperò insolubile. Il suo problema dev'essere invece: – Promoverò o avverserò questa o quella riforma tributaria o elettorale? questa o quella tendenza di classe? questa o quella politica bellicosa o pacifista?»²⁰.

La tesi della superiorità del giudizio sul pregiudizio si rovescia quindi malgrado sé in un'apologia dell'opportunismo politico, come fu puntualmente rilevato da Gramsci²¹.

Non avendo pregiudizi, il partito “crociano” sosterrà di volta in volta la battaglia ritenuta più giusta per il bene del paese (o, in un'interpretazione malevola, più conveniente al momento per l'organizzazione stessa e/o per il suo leader). Avendo pregiudizi, il partito gramsciano – pur adattando di volta in volta la propria strategia alle condizioni date – sosterrà la propria battaglia fino alla vittoria finale. In nessuno dei due casi, il pre-giudizio va incontro a un superamento: nel primo caso perché non c'è, nel secondo perché è esso stesso il giudizio definitivo.

Né Croce né Gramsci permettono insomma di interpretare la vita politica come una forma positiva di *tensione*, quale invece traspare dal giudizio sopra citato di Ingrao.

Ancor meno lo consente la proposta di partiti “tematici”. Qui il senso complessivo di un'idea politica viene per dir così spacchettato

²⁰ Questo deve fare il politico, «se non si voglia che quella cosa giudiziaria che è il partito [...] si muti in *pregiudizio*» (*Ibidem*, pp. 194-195).

²¹ Contro la tesi di Croce, Gramsci – teorico del partito organizzato – sottolinea che, se «non resta che risolvere, volta per volta e con criteri immediati, i singoli problemi posti dallo svolgimento storico», allora «l'opportunismo è la sola linea politica possibile» (A. GRAMSCI, *Note sul Machiavelli, sulla politica e sullo Stato moderno*, in ID., *Quaderni del carcere*, vol. 4, Einaudi, Torino 1964⁵, p. 5, nota).

in una serie di significati²². La tensione *tra* i significati (peraltro potenzialmente violenta) non accede alla dignità di una tensione *tra* il senso e i significati, né – tantomeno – a quella di una tensione *intrinseca* al senso stesso.

Tale proposta è però particolarmente attrattiva oggi, quando della filosofia, dell'idea, del senso non sappiamo che farcene, e la totalità del politico può apparire come una semplice sommatoria di particolari. L'idea di una politica “dal basso”, fatta magari di continue consultazioni online sui temi più disparati (dal matrimonio per le coppie gay, allo stato di emergenza da istituire dopo un attacco terroristico, alle centrali nucleari, allo spostamento della tassazione dai redditi da lavoro ai consumi e agli immobili, alla reintroduzione della pena di morte...), appare pienamente nello spirito del tempo²³.

In luogo di un senso, ci ritroviamo così tra le mani una serie di significati, come altrettanti tweet o messaggi whatsapp: singole tessere di un mosaico, che hanno rinunciato a priori a comporre una figura coerente²⁴.

6. Rappresentanza per rispecchiamento e per orientamento

Rispetto all'analisi del senso in una serie di significati puntuali, alla risoluzione dell'idea nel programma, e del programma nella persona del leader, mi pare che la concezione del partito organizzato di massa ricominci a manifestare oggi i segni di una rinnovata vitalità. Per meglio dire: l'idea è così inattuale, che quasi ricomincia a essere attuale.

²² Per l'importante distinzione tra senso e significati, rinvio a U. PERONE, *Modernità e memoria*, SEI, Torino 1987, pp. 129-130: «Con significati intendo il cristallizzarsi storico di scelte determinate, aventi in sé una ragion sufficiente. Con senso intendo una direzione capace di unificare una molteplicità in sé dispersa di significati, in modo da costituirli come un progetto e un'interpretazione della realtà [...]. La relazione tra senso e significati è contrassegnata da una tensione immanente».

²³ Perfino la filosofia oggi dispera nella sintesi, che spacchetta appunto in una serie di *topics*. Non ci sono partiti, non c'è filosofia.

²⁴ Con il declino della «“razionalità sinottica”» – ha scritto M. Dogliani – «la politica [...] si dissolve nelle politiche e le politiche si dissolvono in una serie ininterrotta di negoziazioni capillari», col che della nozione di «indirizzo politico» non è più nulla (M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, in ID., *La ricerca dell'ordine perduto*, ed. cit., pp. 249-251). «L'attività di indirizzo politico è quella che determina i fini dello stato», e poi quella che – una volta fissati in Costituzione «i fini fondamentali e ultimi» – «persegue l'attuazione della Costituzione» (*Ibidem*, pp. 234-235).

Essa ci colpisce come la memoria di un bene perduto²⁵, che forse non potrà ritornare, ma che nemmeno possiamo semplicemente archiviare.

È possibile che la crisi della forma partito vada a finire come la crisi dello Stato nazione: non se ne farà nulla. Così come la globalizzazione si sta rivelando compatibile con il rafforzamento dei grandi Leviatani, e la modernità compatibile con il rinvigorimento delle religioni, così ciò – cui stiamo assistendo – è forse più un rimescolamento di identità politiche consolidate che non un superamento della forma “partito”. In particolare, è la distinzione tra popolari, liberali e socialdemocratici a mostrare vistosi segni di obsolescenza.

I partiti devono tornare ad essere la “parte” che pensa. Essi sono portatori di un progetto politico di senso complessivo, che non può essere spaccettato in singoli significati programmatici. Se il partito politico non svolge più una funzione rappresentativa, è perché ha smesso di essere riconoscibile come portatore di un’idea.

I partiti hanno preso invece la strada futile della rappresentanza per rispecchiamento²⁶. La politica insegue gli umori popolari, che essa in parte in parte riflette, in parte usa, in parte tradisce: è la direzione oggi prevalente (in realtà: un evergreen della politica: si rilegga la *Repubblica* di Platone), che si alimenta anche tramite il meccanismo delle primarie. Esse appaiono quanto mai opportune per selezionare i candidati all’amministrazione della cosa pubblica (le primarie dovrebbero anzi essere aperte anche agli elettori dell’altra parte politica: devo poter dire quale candidato preferirei, nel caso che il mio partito perdesse), e quanto mai inopportune per selezionare la classe dirigente di un partito²⁷.

²⁵ Dal punto di vista della riflessione filosofica, il secolo lungo dei partiti, iniziato trionfalmente con il *Manifesto del partito comunista* del 1848, si conclude senza gloria con il *Manifesto per la soppressione dei partiti politici*, scritto da S. Weil nel 1943.

²⁶ Uso qui il termine “rispecchiamento” nel senso di un mero *mimetismo*, e non in quello – più impegnativo – del rispecchiamento come *nominazione* (cfr. *supra*, nota 4), che definirei piuttosto come un lavoro di interpretazione e *orientamento*. A partire dalle terse pagine di Mario Dogliani sul concetto di “rappresentanza”, si potrebbe forse avanzare l’ipotesi che il partito, nel suo dover essere, costituisca uno snodo, un funtore, un elemento di congiunzione tra le idee di rappresentanza *von oben* e *von unten* (Cfr. M. DOGLIANI, *L’idea di rappresentanza nel dibattito giuridico*, in ID., *La ricerca dell’ordine perduto*, ed. cit., pp. 269-297; sul mimetismo, con riferimento a R. Michels, cfr. *Ibidem*, p. 271).

²⁷ Le primarie si basano sulla falsa equazione tra popolarità del leader e larghezza della sua base elettiva. In realtà, come dimostra il caso dei grandi leader religiosi, la popolarità non ha nulla che fare con l’ampiezza dell’elettorato. Il papa è eletto da un centinaio di settuagenari, il che non gli impedisce di essere popolare. Nulla è meno popolare di una nostra

Ciò che determina la popolarità di un leader di partito è la sua aura, da cui il consenso deriva. L'aura non coincide con il semplice carisma personale, ma è la forza che un leader attinge dall'essere costituito come incorporazione di un'idea²⁸. È la forza dell'idea, riflessa innumerevoli volte nella forza e saldezza dell'adesione dei singoli membri dell'organizzazione, a costituire la potenza dell'aura.

È l'idea che giudica il leader, non il leader l'idea. Se l'idea viene cambiata, se qualcosa si aggiunge, non è certo per la futilità di una tendenza soggettiva, ma per la serietà – essa stessa trascendente – di un conflitto storico. La Costituzione del 1947 è stato questo piccolo miracolo: l'incontro di idee incise stabilmente nell'oro, in cui l'esperienza storica – con il suo carico di dolore e di verità – ha determinato un'aggiunta: precisamente quella dell'ultra-purezza, che sola consente la convergenza e l'incontro.

Alla rappresentanza per rispecchiamento occorre tornare quindi ad opporre la rappresentanza per orientamento: essa *produce* (determina) l'identità, che poi anche riflette. La politica resta certamente interpretazione (non: sequela) degli umori popolari, che però essa subito forma (le «stecche del busto» gramsciane). La popolarità viene in certo modo da fuori, è direttamente proporzionale alla sua trascendenza.

Tornare a declinare il “fuori”, la “trascendenza”, l’“interruzione” sulla base di un'idea, e non di un mero carattere personale, è la sfida immanente alla “forma” partito. I partiti – come le chiese – hanno leader, la cui popolarità viene dall'incarnare in forma sempre rinnovata un'idea. Non è la perdita del consenso, ma la perdita del rispetto la loro malattia mortale.

emanazione diretta. O perlomeno, la grande popolarità – quella più profonda e duratura – non è pensabile, senza un momento di trascendenza.

²⁸ La fragilità del capo può addirittura accrescere il fulgore dell'idea da lui rappresentata.

MISTICA DELLA GOVERNABILITÀ E SISTEMA DELLE FONTI: LA RIFORMA COSTITUZIONALE RENZI-BOSCHI

di *Marco Betzu*

SOMMARIO: 1. *Mistica della governabilità*; 2. *Torsioni del sistema delle fonti*; 3. *Ragionando su recenti statistiche*; 4. *Il d.d.l. cost. Renzi-Boschi come costituzionalizzazione della torsione*; 5. *Culture recenti del revisionismo costituzionale*; 6. *Appendice*.

1. Mistica della governabilità

In un non lontano studio su Parlamento e Governo nell'Italia repubblicana, Gianfranco Pasquino rilevava come il dibattito costituzionale italiano fosse incentrato prevalentemente su cinque parole d'ordine: attuare la Costituzione, riformarla, ritornare alla Costituzione, salvarla e aggiornarla¹. Non sfuggirà agli osservatori più attenti come ciascuno di questi imperativi – facendo salvi quelli che invitano all'attuazione e alla salvezza della Costituzione – abbia sempre avuto come presupposto un concetto che può essere teleologicamente espresso attraverso l'utilizzo di un altro termine, più accattivante, astratto perché privo di oggetto immediato: governabilità.

Come è noto, nel linguaggio della scienza politica la governabilità suole intendersi come l'esistenza di un complesso di condizioni sociali, economiche, e politiche, tali da rendere possibile il normale governo di un Paese. Quali siano queste condizioni, tuttavia, è sempre stato oggetto di animato dibattito. Su due linee di fondo sembra comunque essere stato raggiunto un certo accordo: i fattori attraverso cui misurare il campo della governabilità sarebbero la stabilità politica e l'efficacia decisionale². In particolare, limitandoci a quanto interessa

¹ G. PASQUINO, *Parlamento e governo nell'Italia repubblicana*, in *Riv. it. sc. pol.*, n. 1/2007, pp. 16 ss.

² G. PASQUINO, voce *Governabilità*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. 4, Roma, 1994, p. 400, secondo cui «La stabilità politica può essere una preconditione importante

in questa sede, si sono suggeriti tre punti in grado di implementare l'efficacia decisionale³:

- a) la costruzione di assetti strutturali che consentano una “corretta” espressione delle domande politiche;
- b) l'introduzione di filtri che selezionino tali domande politiche e, a monte, i rappresentanti che le pongono, evitando il fenomeno dell'ingovernabilità «da sovraccarico»⁴;
- c) l'esistenza di strutture in grado di tradurre rapidamente queste domande in decisioni.

Simili suggestioni si sono fatte rapidamente strada nel panorama italiano, ove si è stabilita «una vera e propria equazione» secondo la quale la governabilità sarebbe un valore di per sé, che solo una grande riforma delle istituzioni avrebbe potuto garantire⁵.

A partire dalle fine degli anni settanta tali pulsioni riformiste, che criticavano i meccanismi compromissori e che vedevano il Parlamento come un ostacolo alla decisione politica⁶, iniziarono a farsi strada anche a livello istituzionale, per poi sfociare nell'istituzione formale della prima Commissione bicamerale per le riforme, poi nota come

dell'efficacia decisionale. Ma è soprattutto una componente autonoma della governabilità. Dal canto suo, l'efficacia decisionale può derivare o no dalla stabilità politica. Ma anch'essa è una componente autonoma della governabilità».

³ G. PASQUINO, voce *Governabilità*, cit., p. 400.

⁴ Cfr. M. CROZIER, S. P. HUNTINGTON, J. WATANUKI, *The Crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission*, New York, 1975, pp. 113 ss.: «Al Smith once remarked that “the only cure for the evils of democracy is more democracy”. Our analysis suggests that applying that cure at the present time could well be adding fuel to the flames».

⁵ Si v. G. PASQUINO, voce *Governabilità*, cit., pp. 402 s.: «Infatti, nell'ambito dei regimi democratici competitivi, la forma di governo parlamentare italiana è quella caratterizzata da assetti che garantendo ampia rappresentanza hanno favorito la frammentazione di attori e domande e, impedendo la concentrazione del potere politico e la sua formazione grazie a un mandato popolare diretto, hanno determinato forti, quasi insuperabili carenze decisionali. Instabilità politica con quasi immobilismo del personale politico e bassa efficacia decisionale sono state le manifestazioni della crisi di governabilità del caso italiano. La Grande Riforma del debole parlamentarismo all'italiana rimane la soluzione più plausibile e più sicuramente in grado di distribuire opportunità politiche di governo e di trasformazione».

⁶ G. AMATO, *Riforma dello Stato e alternativa di sinistra*, in *Mondoperaio*, luglio/agosto, 1977, nonché ID., *Una Repubblica da riformare*, Bologna, 1980, pp. 135 ss.

Commissione Bozzi⁷. Sullo sfondo, la proposta di una “grande riforma” costituzionale avanzata dal PSI per voce del suo segretario, volta a modificare la forma di governo nell’ottica del rafforzamento dell’esecutivo. Numerose altre proposte si sono poi succedute (basti citare, tra le più rilevanti, la Commissione De Mita-Iotti del 1993⁸, la Commissione D’Alema del 1997⁹ e il tentativo di riforma costituzionale del centrodestra del 2005¹⁰) e tutte hanno, a grandi linee, sempre inteso dare risposta al problema della governabilità¹¹, elevando ad assioma l’idea per la quale nella Costituzione vi sarebbero «più *checks and balances* che poteri di governo»¹². Dalle vicende che hanno portato alla nomina a senatore a vita di Mario Monti in poi, la “mistica” della governabilità si è tradotta – come ben scritto da Gianni Ferrara – in una «tecnica coattiva funzionale all’esecuzione di imposizioni derivanti da esigenze altre rispetto a quelle dei propri sottoposti»¹³.

Ancora oggi la mistica della governabilità, oltre ad aver ispirato la nuova legge elettorale¹⁴, viene elevata a valore ispiratore dell’ennesimo tentativo di riforma costituzionale, come espressamente indicato dal d.d.l. cost. Renzi-Boschi, il cui fine primario sarebbe

⁷ La Commissione venne istituita con gli ordini del giorno di Camera e Senato il 14 Aprile 1983.

⁸ Disciplinata dalla l. cost. n. 1 del 1993.

⁹ Disciplinata dalla l. cost. n. 1 del 1997.

¹⁰ Atti parl. Sen., XIV legislatura, doc. n. 2544-D, pubblicato nella *G.U.* n. 269 del 18 novembre 2005.

¹¹ I lavori delle commissioni citate mirarono alla razionalizzazione della forma di governo parlamentare (Commissione Bozzi e Commissione De Mita-Iotti) o al suo superamento in favore di un semipresidenzialismo “temperato” (Commissione D’Alema). Su questi temi, *amplius*, R. CHERCHI, *La forma di governo: dall’Assemblea costituente alle prospettive di revisione costituzionale*, in questa *Rivista*, n. 1/2009, nonché, più recentemente, C. FUSARO, *Per una storia delle riforme istituzionali (1948 – 2015)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2015, pp. 431 ss.

¹² G. AMATO, *Il PSI e la riforma delle istituzioni*, in *La “grande riforma” di Craxi*, a cura di G. ACQUAVIVA e L. COVATTA, Venezia, 2010, p. 40.

¹³ G. FERRARA, *La crisi del neoliberalismo e della governabilità coatta*, in questa *Rivista*, n. 1/2013, p. 4.

¹⁴ Legge 6 maggio 2015, n. 52 recante *Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati*. Sull’incerto connubio tra legge elettorale e governabilità si v. E. ROSSI, *Storia di un «falso»? L’Italicum e la «governabilità»*, in *Quad. cost.*, n. 3/2015, pp. 748 ss., secondo cui «La “governabilità” è infatti un concetto che richiede cultura istituzionale dei membri della maggioranza, capacità di leadership reale, un dibattito democratico serio ed efficace all’interno dei gruppi di maggioranza, e molto altro ancora: tutte cose che non si possono chiedere certo ad una legge elettorale».

quello di superare la «cronica debolezza degli esecutivi nell'attuazione del programma di governo, la lentezza e la farraginosità dei procedimenti legislativi»¹⁵. Questa debolezza, in realtà, non pare affatto ascrivibile al sistema costituzionale delle fonti, rispetto al quale il Governo possiede già molti strumenti utili all'attuazione del proprio indirizzo politico. Il problema non è, infatti, la debolezza degli esecutivi, che in tema di fonti del diritto non è più seriamente prospettabile¹⁶, ma, bensì, la progressiva e inarrestabile marginalizzazione del Parlamento dai circuiti decisionali, nei quali il Governo ha da tempo preso il sopravvento senza adeguati bilanciamenti¹⁷.

2. Torsioni del sistema delle fonti

La prepotente ascesa del Governo e il conseguente indebolimento del Parlamento nell'ambito dei circuiti della produzione normativa non è, come noto, un fenomeno nuovo. Formalmente viene fatta risalire alla entrata in vigore della l. n. 400 del 1988, ma è da lungo tempo che il potere normativo del Governo è divenuto preponderante, anche e soprattutto attraverso evidenti forzature del sistema costituzionale delle fonti, che la dottrina e la Corte costituzionale non hanno avvertito con la necessaria intransigenza. Ne sono un esempio paradigmatico le figure del decreto-legge e del decreto legislativo, rispetto alle quali l'esperienza ha progressivamente dimostrato come la tendenza del Governo a svolgere un ruolo propulsivo nella produzione normativa abbia determinato «veri e propri stravolgimenti del principio della competenza parlamentare all'esercizio della funzione normativa primaria, che il controllo di costituzionalità delle leggi non è stato in grado di contrastare efficacemente»¹⁸.

¹⁵ Relazione al disegno di legge costituzionale, Atto Senato n. 1429, p. 2.

¹⁶ Sul punto M. VOLPI, *La natura della forma di governo dopo il 1994*, in Associazione Italiana Dei Costituzionalisti, *Annuario 2001. Il Governo*, Padova, 2002, pp. 149 ss.

¹⁷ Cfr. G. AZZARITI, *A proposito della riforma costituzionale: questioni di legittimazione e merito*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, p. 2: «Se oggi c'è un potere che deve essere limitato questo è il Governo».

¹⁸ A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Art. 1 – 9*, seconda ed., in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 2011, p. 328.

La propensione del Governo ad abusare dei propri poteri normativi è un fenomeno antico, rispetto al quale già la teoria formale-sostanziale di Laband aveva preso posizione, cercando di imbrigliare tali poteri mediante procedure definite¹⁹. Il recepimento nella Costituzione di quei contributi teorici solo apparentemente aveva posto fine a quella espansione²⁰ che, in ragione dell'equilibrio «a direzione plurima associata»²¹ instauratosi tra Parlamento e Governo, ha nel tempo agevolato l'istituzionalizzazione di un circuito decisionale parallelo rispetto a quello disegnato dai Costituenti.

Si sono spesi fiumi di inchiostro per condannare l'abuso, in varie forme, della decretazione d'urgenza²². Su di esso non appare nemmeno opportuno soffermarsi troppo. Basti notare come, per far fronte alle disfunzioni dell'attività parlamentare, si sia diffusa e sia ormai acriticamente accettata, persino in parte della dottrina, la tendenza ad un utilizzo della decretazione d'urgenza ben oltre i limiti costituzionali della straordinaria necessità ed urgenza, provvedendo all'emanazione di decreti legge per risolvere problemi noti o adottare soluzioni già da tempo prospettate.

Si pensi soltanto all'introduzione, nel 2009, del delitto di atti persecutori (c.d. *stalking*, art. 612-bis c.p.), per mezzo di un decreto-legge²³ adottato sotto la pressione mediatica di alcuni tragici casi di cronaca, rispetto ai quali l'esigenza tutta politica di una risposta immediata²⁴ ha

¹⁹ P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs*, Freiburg und Leipzig, 1894, pp. 75 ss.

²⁰ Secondo S. STAIANO, *Decisione politica ed elasticità del modello nella delega legislativa*, Napoli, 1990, p. 191, è proprio al contesto culturale in cui maturò la formulazione dell'art. 76 Cost. che deve ascrivere «il disporsi del fenomeno della delega secondo linee non del tutto corrispondenti al modello costituzionale».

²¹ L'espressione risale a E. CHELI e V. SPAZIANTE, *Il Consiglio dei ministri e la sua presidenza: dal disegno alla prassi*, in S. RISTUCCIA (a cura di), *L'istituzione Governo: analisi e prospettive*, Milano, 1977, p. 49, ed è stata successivamente riproposta da P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Napoli, 1988, *passim*.

²² La bibliografia sul punto è ovviamente sterminata. Si rinvia a A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, Padova, 1997.

²³ D.l. n. 11 del 2009, art. 7, convertito in legge, con modificazioni, dalla l. n. 38 del 2009.

²⁴ Si legge nella Rel. intr. al disegno di legge di conversione (Atto Camera n. 2232) che il provvedimento mirava a «dare un segnale di forza e intransigenza nei confronti di coloro che si rendono colpevoli di delitti così infamanti e nello stesso tempo di costituire un segnale di riconoscimento e di attenzione, tangibile ed evidente, per le persone offese dal reato e per le vittime dei reati stessi».

fatto premio sulla circostanza che si trattava pur sempre di fenomeni non imprevedibili né straordinari, ma al contrario da tempo conosciuti e affrontati dai principali ordinamenti occidentali, sia nordamericani che europei²⁵. L'illegittimità costituzionale di tale normativa dovrebbe essere a tutti evidente, se solo si legga senza preconcetti l'art. 77 Cost., dal quale si ricava «la precisa impressione che la Carta costituzionale abbia di mira situazioni oggettivamente eccezionali, tali da porsi al di fuori della consueta disponibilità del legislatore ordinario»²⁶. Eppure non consta che alcuna questione di legittimità costituzionale sia stata sollevata sul punto²⁷.

Frequenti sono stati i casi in cui il Governo ha ridotto la legge di conversione a un maxi-emendamento sul quale è stata posta la questione di fiducia, limitando la dialettica parlamentare e impoverendo la qualità della produzione normativa, «perché finisce per accorpate in un unico articolo una miriade di commi disomogenei, disordinati, non riconducibili ad unitarietà di ratio ispiratrice»²⁸. Solo recentemente la Corte costituzionale ha inteso porre un freno allo sfruttamento dell'emendabilità del decreto-legge «per scopi estranei a quelli che

²⁵ Negli Stati Uniti il *Violence Against Women Act* del 1996 aveva elevato gli atti persecutori a crimine di rilevanza federale; in Gran Bretagna il *Protection from Harassment Act* del 1997 già puniva chiunque con la propria condotta determini un'altra persona, in almeno due occasioni, a temere che verrà usata violenza contro di lui, qualora sia consapevole o sia tenuto ad esserne consapevole; parimenti la Germania, nel 2007, ha introdotto il par. 238 *Strafgesetzbuch*.

²⁶ L. PALADIN, *Art. 77*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1977, p. 56. *Contra* G. PITRUZZELLA, *La legge di conversione del decreto legge*, Padova, 1989, pp. 56 ss., che critica la tesi secondo cui il decreto-legge avrebbe carattere eccezionale e propende per una sua qualificazione come «espressione di una competenza ordinaria del governo».

²⁷ Pur a fronte di ulteriori dubbi di legittimità costituzionale che la disposizione solleva: sia consentito rinviare a M. BETZU, *Dubbi di incostituzionalità per inconsistenza del delitto di stalking*, in questa *Rivista*, n. 2/2012.

²⁸ D. PICCIONE, *I molti paradossi dei maxi-emendamenti, e le (poche) soluzioni possibili ai paradossi da questi generati*, in N. LUPO (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, Padova, 2010, p. 99.

Più in generale i maxi-emendamenti sono stati utilizzati dai «Governi per limitare, nell'approvazione delle leggi di finanza pubblica, l'incidenza dei micro-interessi, rappresentati dai parlamentari di maggioranza e di opposizione. È una pratica che umilia il Parlamento e porta alla mostruosità di articoli con decine o centinaia di commi (1364 nella legge di stabilità del 2007, l. 27 dicembre 2006, n. 296; 700 in quella per il 2015, l. 23 dicembre 2014, n. 190). Ed è una pratica che consente, per di più, anche agli apparati di governo di soddisfare non trasparenti interessi corporativi» (A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2015, p. 307).

giustificano l'atto con forza di legge, a detrimento delle ordinarie dinamiche di confronto parlamentare»²⁹, ma con la precisazione che il divieto ricorre quando, attraverso l'emendamento, si introduca una normativa del tutto estranea a quella contenuta nel decreto-legge, sì da interrompere il legame essenziale tra questo e la legge di conversione³⁰.

La stessa ammissibilità dei c.d. decreti mille-proroghe³¹, annualmente convertiti in legge dalle Camere, pur riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale sulla base della considerazione per la quale, sebbene essi attengano ad ambiti diversi ed eterogenei, «devono obbedire alla ratio unitaria di intervenire con urgenza sulla scadenza di termini il cui decorso sarebbe dannoso per interessi ritenuti rilevanti dal Governo e dal Parlamento»³², non può non suscitare serie perplessità³³. Posto, infatti, che il fondamento di tali atti risiede pressoché esclusivamente nel prorogare termini in scadenza, l'insussistenza del requisito della straordinaria necessità e urgenza appare *ictu oculi* rilevabile: dove sia la straordinarietà, in questi casi, è un interrogativo che ci si è posti troppo poco.

Infine, si è talora addirittura annunciato il proposito di procedere con decreto-legge «già in sede di formulazione del programma di governo»³⁴, coniugando la mistica della governabilità con insospettabili capacità divinatorie dei governanti rispetto a future – o futuribili – situazioni di necessità e urgenza.

Destano minori preoccupazioni, ma probabilmente ancora peggiori sono le conseguenze derivanti dall'abuso della legislazione delegata.

La notevole espansione della delega legislativa si è accompagnata negli anni non solo a deleghe vaste o ad oggetti plurimi, ma anche all'inserimento di clausole che consentono al Governo di approvare

²⁹ Corte cost., sent. n. 32 del 2014, punto 4.1 del *Considerato in diritto*.

³⁰ Il che non rappresenta una garanzia in senso forte del dibattito parlamentare, come a prima vista potrebbe sembrare.

³¹ Tra cui, ad esempio, il decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225, recante *Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie*, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 26 febbraio 2011, n. 10.

³² Corte cost., sent. n. 22 del 2012, punto 3.4 del *Considerato in diritto*.

³³ Cfr. A. CELOTTO, *L'«abuso» del decreto-legge*, cit., pp. 433 ss.

³⁴ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2011, pp. 506 s.

ulteriori decreti correttivi e integrativi. Più in generale risulta sempre attuale la considerazione secondo cui «la divisione dei compiti adombrata dalla Costituzione, per cui spetterebbero alle Camere le regole di base, al Governo le norme di attuazione, è stata spesso alterata con esiti radicalmente opposti»³⁵. La stessa Corte costituzionale ha assecondato queste tendenze, facendo uso del concetto di «ampia delega»³⁶ e spingendosi ad affermare che i principi e i criteri direttivi enunciati dalla legge di delega, pur «nel silenzio del legislatore delegante sullo specifico tema»³⁷, possono essere ricostruiti attraverso coordinate generali che consentirebbero «l’emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante»³⁸.

Le garanzie di pubblicità proprie del procedimento parlamentare sono state in questo modo ampiamente sacrificate, con una duplice conseguenza. In primo luogo è divenuto di fatto inconoscibile il lavoro preparatorio che ha condotto all’articolato, perché esso non si è tenuto attraverso la pubblica dialettica parlamentare, ma è stato svolto entro le impenetrabili stanze degli apparati legislativi dei ministeri. In secondo luogo diventa spesso non intelligibile il testo del provvedimento normativo vigente, in quanto oggetto di successive e spesso caotiche superfetazioni normative, succedutesi entro amplissimi termini temporali e in assenza di un chiaro coordinamento formale.

Non sembra che la crescita quantitativa dei pareri parlamentari sugli schemi di decreti legislativi, attraverso l’espressa previsione di un obbligo di tal fatta all’interno delle leggi di delega, possa in qualche misura scongiurare simili effetti. La prassi mostra come il Governo si

³⁵ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 213.

³⁶ F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, pp. 170 s., che richiama Corte cost., ord. n. 490 del 2000, secondo cui «la delega legislativa non fa venire meno ogni discrezionalità del legislatore delegato, che risulta più o meno ampia a seconda del grado di specificità dei principi e criteri fissati nella legge delega».

³⁷ Corte cost., sentt. n. 230 del 2010, n. 341 del 2007, n. 426 e n. 285 del 2006.

³⁸ Corte cost., sent. n. 426 del 2006, punto 3.1 del *Considerato in diritto*.

Si è parlato, al riguardo, di una sorta di «permeabilità» della legge di delega rispetto ai contenuti del decreto delegato, tale che i silenzi della prima, invece che essere intesi come espressione di una norma inespressa escludente, vengono dalla Corte interpretati come «varchi per l’ingresso di scelte di indirizzo non esplicitamente effettuate dal legislatore parlamentare e pur tuttavia destinate ad entrare nel novero di quelle espressamente compiute» (P. CARNEVALE, *La strana permeabilità della legge di delega. Qualche considerazione a margine della sentenza n. 230/2010*, in *Giur. cost.*, n. 4/2010, pp. 3611 ss.).

sia discostato dal parere³⁹, pur senza motivare sul punto⁴⁰, e la giurisprudenza della Corte costituzionale ha più volte escluso che il parere parlamentare possa svolgere una funzione di interpretazione autentica della legge di delega⁴¹. Pertanto, si ritiene di dover convenire con chi ha sottolineato che simili appesantimenti procedurali non compensano adeguatamente l'indebolimento del ruolo parlamentare nella determinazione dei contenuti della legge di delega⁴².

Le argomentazioni volte a legittimare le torsioni in chiave “governo-centrica”, che si sono descritte, poggiano tutte, più o meno direttamente, su un retroterra culturale che individua nell'esigenza di “governabilità del sistema” la propria principale giustificazione. Esempari in tal senso le parole di un *ex* Presidente del Senato: «la circostanza che governi di ogni composizione politica (di centro-destra o di centro-sinistra, della c.d. “prima” o della c.d. “seconda” Repubblica) abbiano fatto nei decenni passati ricorso allo strumento dei “maxi emendamenti” è sintomatica della necessità, sempre più avvertita, di fornire risposte adeguate all'esigenza di governabilità espressa dal sistema»⁴³.

Dilagante è la concezione volta a riconoscere al Governo «un potere di disporre senza condizionamenti di sorta dell'attività legislativa, ove esso lo ritenga opportuno»⁴⁴, la quale ha favorito quella trasformazione del Parlamento che una lucida dottrina ha in più occasioni denunciato: da «teatro della divisione pluralistica della società», come

³⁹ La tesi che qualifica vincolanti tali pareri sembra implicare un esercizio della funzione legislativa che non trova riscontro in Costituzione, in quanto così ragionando il decreto legislativo, pur formalmente adottato dall'Esecutivo, diverrebbe un atto duale manifestazione di una co-legislazione tra Parlamento e Governo.

⁴⁰ Secondo Corte cost., sent. n. 156 del 1985, la mancata motivazione delle ragioni per le quali il Governo si è discostato dal parere parlamentare non costituisce vizio di incostituzionalità del decreto delegato.

⁴¹ Cfr. G. TARLI BARBIERI, *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, in *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milano, 2009, p. 160.

⁴² A. PERRONE, *Il procedimento formativo dei decreti legislativi nell'analisi delle leggi delega e della prassi parlamentare*, in *Giur. cost.*, n. 3/2005, pp. 2309 ss.

⁴³ Senato, Giunta del Regolamento, seduta del 27 dicembre 2004, Presidenza del Presidente Pera, *Rilievi sulle modalità di redazione e di approvazione dei testi legislativi contenuti nel messaggio del Capo dello Stato del 16 dicembre 2004. Relazione del Presidente del Senato*, p. 27.

⁴⁴ A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., p. 507, in senso fortemente critico.

in senso critico lo appellava Schmitt⁴⁵, a «teatro della mera formalizzazione della decisione politica», assunta altrove, in *primis* dal Governo⁴⁶.

Così ragionando, la governabilità, più che un'esigenza, deve essere correttamente interpretata come l'aspirazione di *un* potere politico sufficiente a «fondare di volta in volta un qualsiasi obbligo giuridico»⁴⁷.

3. Ragionando su recenti statistiche

È a partire dagli anni settanta che l'allontanamento dalla stilizzazione costituzionale ha raggiunto, progressivamente, livelli sempre più inaccettabili, tali da dar luogo a una «torsione fortissima del modello costituzionale»⁴⁸. Eppure, non solo la vulgata politica sembra non preoccuparsi affatto delle temibili involuzioni cui la nostra democrazia costituzionale viene in tal modo esposta, ma capovolge il problema, lamentando una presunta difficoltà del Governo a perseguire il proprio indirizzo politico a causa delle lungaggini del dibattito parlamentare.

Alcuni dati recenti potranno chiarire quanto questa posizione, se riferita al sistema delle fonti, sia infondata.

Dai dati elaborati dalla Camera dei deputati, che ha raggruppato l'insieme dei progetti di legge oggetto di deliberazione nella XVII Legislatura⁴⁹, emerge come la Camera abbia deliberato il doppio dei disegni di legge di iniziativa governativa (centotré) rispetto alle proposte di iniziativa parlamentare (cinquantuno). Ciò senza considerare i disegni di legge di conversione di decreti-legge (ben cinquantasette), aggiungendo i quali la percentuale di progetti di iniziativa parlamentare deliberati dalla Camera crolla al 24,1706 %.

⁴⁵ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, Milano, 1981, pp. 115 ss.

⁴⁶ G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, Roma-Bari, 2010, p. 193, secondo cui la riduzione del Parlamento a «fabbrica delle leggi», ovvero a semplice produttore di decisioni di maggioranza, determinerebbe una progressiva degenerazione del carattere costituzionale dell'ordinamento complessivo.

⁴⁷ P. CIARLO, *Parlamento, Governo e fonti normative*, in *Diritto amministrativo*, n. 3-4/1998, p. 384.

⁴⁸ P. CARETTI, *Il ruolo della legge statale, oggi*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La funzione legislativa, oggi*, Napoli, 2007, p. 49.

⁴⁹ V. TABELLA N. I in *Appendice*.

Rielaborando in chiave percentuale gli stessi dati, onde meglio apprezzarne la consistenza, risulta che nella XVII Legislatura i disegni di legge di iniziativa governativa ammontano al 75,8294% dei progetti deliberati dalla Camera. Ripartendo tale percentuale per anno, essa ammonta al 77,5% nel 2013, al 78,4091% nel 2014 e al 72,2892% nel 2015⁵⁰. Costantemente, dunque, le deliberazioni aventi ad oggetto proposte di iniziativa parlamentare sono inferiori al trenta per cento ogni anno, addirittura soltanto poco più del ventuno per cento nel 2014, a riprova che l'attività legislativa parlamentare è sostanzialmente dominata dal Governo.

Tutto ciò senza considerare il numero delle leggi di delega, che ammontano a cinque nel 2015, sette nel 2014 e una nel 2013, nonché il numero – davvero esorbitante – degli atti con forza di legge adottati del Governo nei tre anni solari. Si contano, sino al 23 novembre 2015: quarantasei decreti legislativi nel 2015⁵¹, quarantaquattro nel 2014⁵² e diciassette nel 2013⁵³; diciotto decreti-legge nel 2015⁵⁴, ventisette nel 2014⁵⁵ e ventisei nel 2013⁵⁶.

⁵⁰ Per la rappresentazione di una rielaborazione in chiave percentuale v. **TABELLA N. 2** in *Appendice*.

⁵¹ D. Lgs. nn.: 172/2015; 160/2015; 159/2015; 158/2015; 157/2015; 156/2015; 151/2015; 150/2015; 149/2015; 148/2015; 147/2015; 145/2015; 142/2015; 139/2015; 137/2015; 136/2015; 135/2015; 130/2015; 129/2015; 128/2015; 127/2015; 123/2015; 122/2015; 116/2015; 112/2015; 111/2015; 105/2015; 102/2015; 81/2015; 80/2015; 76/2015; 75/2015; 74/2015; 73/2015; 72/2015; 71/2015; 67/2015; 66/2015; 54/2015; 45/2015; 42/2015; 28/2015; 23/2015; 22/2015; 9/2015; 6/2015.

⁵² D. Lgs. nn.: 199/2014; 198/2014; 188/2014; 178/2014; 175/2014; 169/2014; 163/2014; 153/2014; 129/2014; 126/2014; 112/2014; 102/2014; 101/2014; 70/2014; 69/2014; 54/2014; 53/2014; 49/2014; 48/2014; 46/2014; 45/2014; 44/2014; 43/2014; 42/2014; 40/2014; 39/2014; 38/2014; 37/2014; 32/2014; 29/2014; 27/2014; 26/2014; 24/2014; 22/2014; 21/2014; 20/2014; 19/2014; 18/2014; 17/2014; 14/2014; 12/2014; 11/2014; 8/2014; 7/2014.

⁵³ D. Lgs. nn.: 154/2013; 131/2013; 121/2013; 108/2013; 51/2013; 39/2013; 36/2013; 33/2013; 32/2013; 30/2013; 28/2013; 26/2013; 25/2013; 21/2013; 18/2013; 13/2013; 2/2013.

⁵⁴ D.L. nn.: 183/2015; 179/2015; 174/2015; 154/2015; 153/2015; 146/2015; 99/2015; 92/2015; 85/2015; 83/2015; 78/2015; 65/2015; 51/2015; 27/2015; 7/2015; 4/2015; 3/2015; 1/2015.

⁵⁵ D.L. nn.: 192/2014; 168/2014; 185/2014; 165/2014; 132/2014; 133/2014; 119/2014; 109/2014; 100/2014; 92/2014; 90/2014; 91/2014; 88/2014; 83/2014; 74/2014; 73/2014; 66/2014; 58/2014; 52/2014; 47/2014; 34/2014; 36/2014; 25/2014; 16/2014; 4/2014; 3/2014; 2/2014.

⁵⁶ D.L. nn.: 150/2013; 151/2013; 149/2013; 145/2013; 146/2013; 136/2013; 133/2013; 126/2013; 120/2013; 114/2013; 104/2013; 101/2013; 102/2013; 93/2013; 91/2013; 78/2013; 76/2013; 72/2013; 69/2013; 61/2013; 63/2013; 54/2013; 43/2013; 35/2013; 24/2013; 1/2013.

4. Il d.d.l. cost. Renzi – Boschi come costituzionalizzazione della torsione

Alla luce della situazione che si è per sommi capi descritta, ci si sarebbe aspettato che le ultime proposte di revisione costituzionale avessero affrontato questi temi, proponendo innovazioni costituzionali che, seppur indirizzate a implementare un rafforzamento istituzionale dell'esecutivo, avessero previsto altrettanti interventi di potenziamento dell'attività parlamentare nella prospettiva del bilanciamento tra i poteri.

Questo non sembra essere avvenuto.

Così, se il d.d.l. cost. Renzi-Boschi si propone esplicitamente di superare la «cronica debolezza degli esecutivi nell'attuazione del programma di governo», esso finisce, però, per costituzionalizzare la torsione che si è denunciata.

Tre aspetti della riforma costituzionale in discussione sanciscono a livello costituzionale questo squilibrio a favore del Governo e a detrimento del Parlamento.

Il primo è il c.d. procedimento a data certa, introdotto dall'art. 12 del d.d.l. cost.⁵⁷, che modifica l'art. 72 della Costituzione⁵⁸.

Consistenti critiche potrebbero essere mosse già sul piano linguistico: contorto, con eccessivo uso delle subordinate, zeppo di rinvii ad altri articoli, probabilmente più consono a una legge sull'intermediazione finanziaria che a una disposizione costituzionale

⁵⁷ Atto Senato n. 1429-B, approvato dal Senato, nuovamente in prima lettura con modificazioni, il 13 ottobre 2015.

⁵⁸ Si prevede che «Esclusi i casi di cui all'articolo 70, primo comma, e, in ogni caso, le leggi in materia elettorale, le leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali e le leggi di cui agli articoli 79 e 81, sesto comma, il Governo può chiedere alla Camera dei deputati di deliberare, entro cinque giorni dalla richiesta, che un disegno di legge indicato come essenziale per l'attuazione del programma di governo sia iscritto con priorità all'ordine del giorno e sottoposto alla pronuncia in via definitiva della Camera dei deputati entro il termine di settanta giorni dalla deliberazione. In tali casi, i termini di cui all'articolo 70, terzo comma, sono ridotti della metà. Il termine può essere differito di non oltre quindici giorni, in relazione ai tempi di esame da parte della Commissione nonché alla complessità del disegno di legge. Il regolamento della Camera dei deputati stabilisce le modalità e i limiti del procedimento, anche con riferimento all'omogeneità del disegno di legge».

sulla funzione legislativa. Quella dell'introduzione in Costituzione di disposizioni eccessivamente analitiche e dettagliate è una tendenza che è stata definita alla «ipertrofia costituzionale»⁵⁹ e che ha come effetto – voluto o semplicemente sottovalutato – la «banalizzazione» della Costituzione, che finisce per essere «degradata al livello di una qualsiasi legge ordinaria, perdendo capacità di resistenza e di adattamento al futuro»⁶⁰. Senza considerare che una cattiva scrittura rischia ulteriormente di aprire «enormi spazi alla mera discrezionalità di coloro che sono temporaneamente al potere o ad una litigiosità distruttiva»⁶¹.

Sul piano del merito, a parte l'esclusione delle materie riservate alla competenza della legge bicamerale, nonché comunque per le leggi in materia elettorale, di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali, di amnistia e di indulto e di bilancio, non si può non rilevare come il nuovo art. 72, comma 7, non preveda limiti forti al possibile utilizzo del procedimento “a data certa”, rinviando al regolamento della Camera l'individuazione delle modalità e dei limiti del procedimento, anche con riferimento all'omogeneità del disegno di legge.

In particolare, posto che la valutazione circa la ricorrenza del requisito dell'essenzialità per l'attuazione del programma è rimessa allo stesso Governo, questi è sostanzialmente libero di utilizzarlo in un numero indeterminato di casi⁶². Non si è, infatti, ritenuto necessario inserire in Costituzione un limite numerico al ricorso a tale procedimento, come invece era suggerito dalla *Relazione finale* della Commissione per le riforme costituzionali istituita nel 2013⁶³, ove era pre-

⁵⁹ M. VOLPI, *La banalizzazione della Costituzione tra revisioni adottate e riforme progettate*, in questa *Rivista*, fasc. n. 1/2005, pp. 15 s.

⁶⁰ M. VOLPI, *La banalizzazione della Costituzione tra revisioni adottate e riforme progettate*, cit., p. 16.

⁶¹ U. DE SIERVO, *Un tentativo di riforma costituzionale con troppi gravi difetti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2015, p. 1.

⁶² Cfr. G. TARLI BARBIERI, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2015, p. 16, il quale opportunamente ricorda che, «come è noto, i programmi di governo nell'esperienza italiana appaiono connotati da genericità se non da vera e propria evanescenza».

⁶³ La Commissione, composta da numerosi costituzionalisti e presieduta dall'allora Ministro per le riforme costituzionali, era stata istituita con d.P.C.m. l'11 giugno 2013. Ad essa era stato assegnato il compito di «formulare proposte di revisione della Parte Seconda della Costituzione, Titoli I, II, III e V, con riferimento alle materie della forma di stato, della forma di governo, dell'assetto bicamerale del Parlamento e delle norme connesse alle

cisato che «la richiesta può essere avanzata per un numero di disegni di legge determinato dal Regolamento della Camera dei deputati»⁶⁴ e che comunque la stessa «non attiva automaticamente la procedura speciale, ma è necessario un voto dell'Assemblea». Né si è inteso «escludere in questi casi la possibilità di porre, da parte del governo, la questione di fiducia»⁶⁵.

Queste brevi osservazioni già indicano come ad essere discutibile non sia l'istituto in sé considerato, ma la mancanza di adeguati contrappesi. Il legittimo sospetto è che si voglia in tal modo «marginalizzare il Parlamento dal procedimento di formazione della legge»⁶⁶, sulla base dell'idea tutta «populistica» secondo cui «la discussione parlamentare sulle leggi sia, nel migliore dei casi, una perdita di tempo»⁶⁷.

Ad analoghi risultati conduce, seppur per diverse ragioni, la nuova disciplina del decreto-legge.

L'art. 16 del d.d.l. cost. modifica l'art. 77 Cost. seguendo la disciplina contenuta nell'art. 15 della legge n. 400 del 1988, con l'intento di costituzionalizzarne il contenuto, e quindi anche la giurisprudenza costituzionale sedimentatasi in materia⁶⁸.

predette materie, nonché proposte di riforma della legislazione ordinaria conseguente, con particolare riferimento alla normativa elettorale».

⁶⁴ *Relazione finale*, p. 44.

⁶⁵ R. ROMBOLI, *La funzione legislativa e le riforme*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015, p. 11.

⁶⁶ F. CERRONE, *Annotazioni sui progetti di revisione costituzionale: procedimento legislativo, riforma del bicameralismo e del Titolo V della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 12/2014, p. 3.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ L'articolo dispone: «All'articolo 77 della Costituzione sono apportate le seguenti modificazioni:

“[...] b) al secondo comma, le parole: “alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono” sono sostituite dalle seguenti: “alla Camera dei deputati, anche quando la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere. La Camera dei deputati, anche se sciolta, è appositamente convocata e si riunisce”;

c) al terzo comma:

1) al primo periodo sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: “o, nei casi in cui il Presidente della Repubblica abbia chiesto, a norma dell'articolo 74, una nuova deliberazione, entro novanta giorni dalla loro pubblicazione”;

2) al secondo periodo, le parole: “Le Camere possono” sono sostituite dalle seguenti: “La legge può” e le parole: “con legge” sono soppresse;

d) sono aggiunti, in fine, i seguenti commi:

Viene così esclusa la possibilità di:

- a) disciplinare le materie coperte da riserva di assemblea (come già di fatto previsto dall'art. 15, comma 2, lett. b della legge n. 400 del 1988, che rinvia all'art. 72, comma 4, Cost.), salvo, per la materia elettorale, la disciplina dell'organizzazione del procedimento elettorale e dello svolgimento delle elezioni;
- b) reiterare disposizioni adottate con decreti non convertiti in legge e regolare i rapporti giuridici sorti sulla base dei medesimi (come già previsto dall'art. 15, comma 2, lett. c e d della legge n. 400 del 1988, nonché dalla giurisprudenza costituzionale successiva alla sent. n. 360 del 1996);
- c) ripristinare l'efficacia di norme di legge o di atti aventi forza di legge che la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimi per vizi non attinenti al procedimento (che violerebbero il c.d. giudicato costituzionale)⁶⁹;

“Il Governo non può, mediante provvedimenti provvisori con forza di legge: disciplinare le materie indicate nell'articolo 72, quinto comma, con esclusione, per la materia elettorale, della disciplina dell'organizzazione del procedimento elettorale e dello svolgimento delle elezioni; reiterare disposizioni adottate con decreti non convertiti in legge e regolare i rapporti giuridici sorti sulla base dei medesimi; ripristinare l'efficacia di norme di legge o di atti aventi forza di legge che la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimi per vizi non attinenti al procedimento.

I decreti recano misure di immediata applicazione e di contenuto specifico, omogeneo e corrispondente al titolo.

L'esame, a norma dell'articolo 70, terzo e quarto comma, dei disegni di legge di conversione dei decreti è disposto dal Senato della Repubblica entro trenta giorni dalla loro presentazione alla Camera dei deputati. Le proposte di modificazione possono essere deliberate entro dieci giorni dalla data di trasmissione del disegno di legge di conversione, che deve avvenire non oltre quaranta giorni dalla presentazione.

Nel corso dell'esame dei disegni di legge di conversione dei decreti non possono essere approvate disposizioni estranee all'oggetto o alle finalità del decreto”».

⁶⁹ È il limite del giudicato costituzionale, che pone l'interprete dinnanzi all'alternativa tra «riferirsi ad un'efficacia di giudicato della sentenza costituzionale ed alla possibilità dei giudici di disapplicare la legge che riproduce una normativa dichiarata incostituzionale, richiamandosi alla sentenza stessa oppure, come pare preferibile, all'efficacia di precedente della stessa, per concludere che il giudice dovrà obbligatoriamente sollevare la questione di costituzionalità della nuova legge che, con tutta probabilità o meglio con certezza, sarà pure dichiarata illegittima»: R. ROMBOLI - E. ROSSI, voce *Giudizio di legittimità costituzionale delle leggi*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, vol. V, Milano, 2001, pp. 515 s.

La letteratura è assai copiosa: cfr. A. PIZZORUSSO, *Art. 136*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, pp. 192 ss.; A. ANZON, *Autorità di precedente ed efficacia di*

- d) contenere misure di non immediata applicazione e senza contenuto specifico, omogeneo e corrispondente al titolo (come già previsto dall'art. 15, comma 3, della legge n. 400 del 1988 e dalla più recente giurisprudenza costituzionale);
- e) inserire nella legge di conversione disposizioni estranee all'oggetto o alle finalità del decreto, come già chiarito dalla Corte costituzionale: «le Camere possono emendare il testo del decreto-legge nel rispetto del contenuto o della finalità del provvedimento governativo»⁷⁰, posto che «ciò che esorbita dalla sequenza tipica profilata dall'art. 77, secondo comma, Cost., è l'alterazione dell'omogeneità di fondo della normativa urgente, quale risulta dal testo originario, ove questo, a sua volta, possieda tale caratteristica»⁷¹.

Viceversa, innovativa è la previsione secondo cui in caso di rinvio della legge di conversione da parte del Presidente della Repubblica, il termine di sessanta giorni è prorogato di altri trenta. Si tratta di una regola «senz'altro utile allo scopo di consentire più agevolmente il controllo del Capo dello Stato il quale, ad evitare il pressoché sicuro effetto della decadenza del decreto, potrebbe essere indotto a non esercitare il suo potere di rinvio»⁷².

Se non si può pretendere che il legislatore studi la dottrina, si può certamente pretendere che studi la realtà, specialmente quella formata dall'esperienza applicativa delle leggi cui si riferisce. Se lo avesse fatto, avrebbe forse evitato di confermare quelle perplessità che nel 1988 avevano accompagnato l'entrata in vigore della legge n. 400, nei cui confronti erano stati avanzati forti dubbi sia per quanto concerneva l'ottica di fondo, individuata nell'intento di eliminare intralci all'esercizio dei poteri governativi⁷³, sia relativamente alla capacità

«giudicato» delle sentenze di accoglimento, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del Convegno*, Trieste 26-28.5.1986, Milano, 1988, pp. 283 ss.; F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2002; G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, pp. 414 ss.

⁷⁰ Corte cost., ord. n. 34 del 2013.

⁷¹ Corte cost., sent. n. 22 del 2012, punto 4.2 del *Considerato in diritto*.

⁷² R. ROMBOLI, *La funzione legislativa e le riforme*, cit., p. 13.

⁷³ Cfr. L. CARLASSARE, *Prime impressioni sulla nuova disciplina del potere regolamentare prevista dalla legge n. 400 del 1988 a confronto con il principio di legalità*, in *Giur. cost.*, 1988, pp. 1481 s.

dei limiti in essa previsti di costituire un effettivo baluardo dinanzi alla potestà normativa del Governo⁷⁴. Ci si chiedeva, in particolare, in che modo siffatti limiti potessero arginarne gli eccessi, «tanto più quando si consideri che i divieti ivi disposti sono già contenuti in modo non dubbio in Costituzione, e che, fino ad ora, neppure quest'ultima è valsa a frenarli»⁷⁵. Tali perplessità sono state poi confermate dalla prassi e la giurisprudenza costituzionale formatasi negli anni, come si è visto, non è stata in grado di fugarle.

Gli aspetti negativi della disciplina risiedono, dunque, soprattutto su quanto non è previsto. Non è prevista, in particolare, alcuna misura concreta volta a ricondurre la decretazione d'urgenza entro i binari costituzionali della straordinarietà e della necessità, così come non abbastanza è scritto in tema di omogeneità dell'atto normativo, formula che – come si è in precedenza osservato – si presta a un sindacato ondivago e non sufficientemente rigoroso⁷⁶. A null'altro che a una sterile proclamazione di principio è ridotto l'intervento «finalizzato a contenere entro ambiti fisiologici il ricorso da parte del Governo a provvedimenti provvisori con forza di legge»⁷⁷.

La scelta di operare una costituzionalizzazione dell'esistente, per dare ad esso stabilità, ricorda quanto stabilito dalla legge delega n. 69 del 2009 per il riassetto della disciplina del processo amministrativo, ove tra i principi e criteri direttivi era indicato il fine di «adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori» (art. 44), il che conferma trattarsi di una tendenza più generale, spia del mutato rapporto tra giurisprudenza e fonti del diritto. Non sembra, tuttavia, che tale scelta si mostri altrettanto idonea a «risolvere l'annoso problema degli abusi connessi alla decretazione d'urgenza, da ritenere, come da anni va sostenendo Alessandro Pizzorusso, un'assoluta anomalia tutta nostrana nel panorama compa-

⁷⁴ Si v. A. PACE, *I ridotti limiti della potestà normativa del Governo nella legge n. 400 del 1988*, in *Giur. cost.*, 1988, pp. 1489 ss.

⁷⁵ L. CARLASSARE, *Prime impressioni sulla nuova disciplina del potere regolamentare prevista dalla legge n. 400 del 1988 a confronto con il principio di legalità*, cit., p. 1482.

⁷⁶ Secondo R. ZACCARIA, *L'omogeneità dei decreti legge: vincolo per il Parlamento o anche per il Governo?*, in *Giur. cost.*, n.1/2012, pp. 283 ss., l'omogeneità del decreto-legge si presenta «con aspetti piuttosto diversi nelle diverse prospettive».

⁷⁷ Relazione al disegno di legge costituzionale, cit., p. 10.

rato»⁷⁸. Ben altro il tenore di altre proposte avanzate dalla dottrina, così come ben più incisiva era la soluzione – richiamata anche dall’Autore citato – prospettata dal progetto finale della Commissione D’Alema, che rimetteva alla decretazione d’urgenza esclusivamente «sicurezza nazionale, pubbliche calamità e norme finanziarie», oltre tutto vietando la modifica dei decreti «se non per la copertura degli oneri finanziari» (art. 99).

A fronte della conferma di un’ampia libertà di manovra da parte del Governo, il d.d.l. cost. Renzi-Boschi introduce, invece, una disciplina del procedimento di formazione della legge particolarmente farraginoso, modificando l’art. 70 Cost.⁷⁹. La dottrina ha individuato quattro di-

⁷⁸ R. ROMBOLI, *La funzione legislativa e le riforme*, cit., p. 15.

⁷⁹ Art. 10: «L’articolo 70 della Costituzione è sostituito dal seguente:

“La funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere per le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali, e soltanto per le leggi di attuazione delle disposizioni costituzionali concernenti la tutela delle minoranze linguistiche, i referendum popolari, le altre forme di consultazione di cui all’articolo 71, per le leggi che determinano l’ordinamento, la legislazione elettorale, gli organi di governo, le funzioni fondamentali dei Comuni e delle Città metropolitane e le disposizioni di principio sulle forme associative dei Comuni, per la legge che stabilisce le norme generali, le forme e i termini della partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione europea, per quella che determina i casi di ineleggibilità e di incompatibilità con l’ufficio di senatore di cui all’articolo 65, primo comma, e per le leggi di cui agli articoli 57, sesto comma, 80, secondo periodo, 114, terzo comma, 116, terzo comma, 117, quinto e nono comma, 119, sesto comma, 120, secondo comma, 122, primo comma, e 132, secondo comma. Le stesse leggi, ciascuna con oggetto proprio, possono essere abrogate, modificate o derogate solo in forma espressa e da leggi approvate a norma del presente comma.

Le altre leggi sono approvate dalla Camera dei deputati.

Ogni disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati è immediatamente trasmesso al Senato della Repubblica che, entro dieci giorni, su richiesta di un terzo dei suoi componenti, può disporre di esaminarlo. Nei trenta giorni successivi il Senato della Repubblica può deliberare proposte di modificazione del testo, sulle quali la Camera dei deputati si pronuncia in via definitiva. Qualora il Senato della Repubblica non disponga di procedere all’esame o sia inutilmente decorso il termine per deliberare, ovvero quando la Camera dei deputati si sia pronunciata in via definitiva, la legge può essere promulgata.

L’esame del Senato della Repubblica per le leggi che danno attuazione all’articolo 117, quarto comma, è disposto nel termine di dieci giorni dalla data di trasmissione. Per i medesimi disegni di legge, la Camera dei deputati può non conformarsi alle modificazioni proposte dal Senato della Repubblica a maggioranza assoluta dei suoi componenti, solo pronunciandosi nella votazione finale a maggioranza assoluta dei propri componenti.

I disegni di legge di cui all’articolo 81, quarto comma, approvati dalla Camera dei deputati, sono esaminati dal Senato della Repubblica, che può deliberare proposte di modificazione entro quindici giorni dalla data della trasmissione.

versi procedimenti legislativi: bicamerale paritario; monocamerale; monocamerale rinforzato (per le leggi approvate in forza della clausola di supremazia); di approvazione dei disegni di legge di cui all'art. 81, comma 4, Cost.⁸⁰. Ad essi si aggiungono quelli previsti da altre disposizioni, per un totale di nove distinti procedimenti legislativi⁸¹, se non dieci⁸².

È facile immaginare come una tale frammentazione produrrà un intreccio normativo di difficile soluzione⁸³. La situazione risulta aggravata dal ricorso alla tecnica del riparto per materie onde individuare le ipotesi in cui nel procedimento legislativo può intervenire il Senato. Sono i casi – assai eterogenei – delle leggi di revisione della Costituzione e delle altre leggi costituzionali; delle leggi di attuazione delle disposizioni costituzionali concernenti la tutela delle minoranze linguistiche, i referendum popolari, le altre forme di consultazione di cui all'articolo 71 Cost.; delle leggi che determinano l'ordinamento, la legislazione elettorale, gli organi di governo, le funzioni fondamentali dei Comuni e delle Città metropolitane e le disposizioni di principio sulle forme associative dei Comuni; della legge che stabilisce le norme generali, le forme e i termini della partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea; della legge che determina i casi di ineleggibilità e di incompatibilità con l'ufficio di senatore di cui all'articolo 65, primo comma; delle leggi di cui agli articoli 57, sesto comma (con cui sono regolate le modalità di attribuzione dei seggi e di elezione dei membri del Senato della Repubblica), 80, secondo periodo (che auto-

I Presidenti delle Camere decidono, d'intesa tra loro, le eventuali questioni di competenza, sollevate secondo le norme dei rispettivi regolamenti.

Il Senato della Repubblica può, secondo quanto previsto dal proprio regolamento, svolgere attività conoscitive, nonché formulare osservazioni su atti o documenti all'esame della Camera dei deputati”».

⁸⁰ E. ROSSI, *Procedimento legislativo e ruolo del Senato nella proposta di revisione della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 1/2015, p. 204.

⁸¹ E. ROSSI, *Procedimento legislativo e ruolo del Senato nella proposta di revisione della Costituzione*, cit., p. 205.

⁸² G. BRUNELLI, *La funzione legislativa bicamerale nel testo di revisione costituzionale: profili problematici*, in *Rivista AIC*, n. 1/2016, p. 5, nota 11.

⁸³ Cfr. S. STAIANO, *Le leggi monocamerali (o più esattamente bicamerali asimmetriche)*, in *Rivista AIC*, n. 1/2016, p. 8, secondo cui è stato costruito uno scenario complesso e di difficile e incerta messa in opera.

rizzano la ratifica dei trattati relativi all'appartenenza dell'Italia all'Unione europea), 114, terzo comma (che disciplinano l'ordinamento di Roma capitale), 116, terzo comma (con cui si attribuiscono alle Regioni ordinarie ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia in talune materie), 117, quinto comma (che regolano la procedura attraverso cui le Regioni e le Province autonome partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi dell'Unione europea e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea) e nono comma (che prevedono i casi in cui la Regione può concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato), 119, sesto comma (con cui si determinano i principi generali sulla base dei quali a Comuni, Città metropolitane e Regioni è attribuito un patrimonio proprio), 120, secondo comma (in materia di potere sostitutivo del Governo), 122, primo comma (che fissano i principi fondamentali in materia di elezione del Presidente, degli altri componenti della Giunta regionale e dei consiglieri regionali, nonché i principi volti a promuovere l'equilibrio tra donne e uomini nella rappresentanza), e 132, secondo comma (che consentono il passaggio dei Comuni da una Regione a un'altra).

L'esperienza dei conflitti tra la competenza legislativa statale e quelle regionali, così come le opzioni seguite dalla giurisprudenza costituzionale per dirimerli, avrebbero dovuto scongiurare l'utilizzo di un criterio così «incerto e foriero di controversie»⁸⁴. Il suo inserimento rappresenta un ennesimo fattore di disequilibrio nei rapporti tra Governo e Parlamento, un ulteriore passo verso la costruzione unidirezionale del potere in favore dell'Esecutivo⁸⁵.

⁸⁴ G. BRUNELLI, *La funzione legislativa bicamerale nel testo di revisione costituzionale: profili problematici*, cit., p. 6.

⁸⁵ Cfr. E. ROSSI, *Procedimento legislativo e ruolo del Senato nella proposta di revisione della Costituzione*, cit., p. 242, secondo cui «se il disegno di legge di revisione costituzionale fosse approvato nella versione attuale, si andrebbe inevitabilmente incontro a numerose contraddizioni e imprecisioni delle previsioni costituzionali: aspetto che non gioverebbe certo alla valorizzazione del ruolo del Senato (e, in esso, degli enti che esso dovrebbe rappresentare), ma che soprattutto rischierebbe di produrre effetti assai negativi sul funzionamento del Parlamento».

5. Culture recenti del revisionismo costituzionale

Negli ultimi vent'anni si è assistito all'affermarsi di un revisionismo costituzionale «destrutturante», ovvero volto «a modificare l'organizzazione costituzionale talmente in profondità da mettere in discussione la fisionomia della Costituzione nella sua interezza»⁸⁶. Tramontato il “mito regionalista” che aveva alimentato la riforma costituzionale del Titolo V nel 2001⁸⁷, oggi è la volta del mito della governabilità, che già aveva ispirato il tentativo fallito di revisione costituzionale del 2005⁸⁸.

Il revisionismo costituzionale della fase attuale si nutre, infatti, delle metanarrazioni che postulano l'applicazione delle scienze economiche finanche all'organizzazione costituzionale. La separazione dei poteri, il loro bilanciamento, la costruzione di un sofisticato sistema di pesi e contrappesi sono ormai percepiti come “lacci e laccioli”⁸⁹, che impediscono a un potere di svolgere la propria azione, secondo una logica ispirata all'efficienza o, meglio, all'immediatezza decisionale. Così come nell'organizzazione aziendale il *Chief Executive Officer* assume in sé responsabilità di *leader, manager, decision maker* ed esecutive, allo stesso modo i governi dovrebbero essere in grado di perseguire rapidamente l'interesse generale, senza “interferenze fun-

⁸⁶ P. CIARLO, *Il revisionismo costituzionale in Italia: 1948-1994*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1995, p. 92.

⁸⁷ Sulla crisi del modello regionale italiano si v., tra gli altri, R. BIN, *La crisi delle Regioni. Che fare?*, in *Le Regioni*, n. 4/2012, pp. 735 ss.; M. CAMMELLI, *Regioni e regionalismo: la doppia impasse*, ivi, pp. 673 ss.; L. VIOLINI, *De temporum fine comoedia, ovvero sulla (vera o presunta) fine di un'epoca*, ivi, pp. 823 ss.

⁸⁸ *Supra*, nota 10.

⁸⁹ L'espressione, coniata in ambito economico, è stata talvolta utilizzata per suggerire taluni alleggerimenti istituzionali dell'organizzazione costituzionale. Si v., ad esempio, M. C. GRISOLIA, *Alcune osservazioni sul potere di rinvio di una legge alle Camere nella prassi della presidenza Ciampi*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, II, Napoli, 2004, p. 1139, che, analizzando il potere di rinvio delle leggi da parte del Presidente della Repubblica, osserva trattarsi di «un potere, che, al di là delle astratte potenzialità che da sempre gli sono state riconosciute dalla dottrina, risulta vincolato da troppi lacci e laccioli per potere adempiere in modo efficace – così come è regolato – alla funzione di garanzia cui esso è naturalmente collegato», sicché occorrerebbe «riconsiderare le ipotesi, già ventilate in passato, circa un suo possibile rafforzamento al fine di renderlo finalmente in grado di soddisfare alle esigenze istituzionali alle quali è stato preposto».

zionali»⁹⁰ che ne rallentino l'operato. In questo modo il principio cardine del costituzionalismo, ovvero la limitazione costituzionale del potere, diviene un *totem* da relativizzare, svuotare di portata prescrittiva, in nome di un perverso collegamento che si instaura tra rappresentanza e decisionismo. Non è certamente una tendenza nuova, anzi è insita nel modello costituzionale europeo-continentale, che non conosce quella divisione tra poteri di indirizzo che è invece connaturata al modello americano⁹¹. Ma è una tendenza comunque da contrastare, perché «sospinge inesorabilmente verso soluzioni di tipo monistico»⁹²: in Italia, verso un Governo che dispone con troppa facilità del Parlamento. Non credo sia un caso che l'iniziativa di revisione sia spesso stata, come quella odierna, di origine governativa.

Il sistema delle fonti costituisce, come si è visto, un campo di osservazione privilegiato: «non sarebbe produttore – e forse nemmeno concepibile – che si progettassero nuovi sistemi politici senza aver affrontato, in termini coerenti, le questioni della produzione normativa»⁹³. Il d.d.l. cost. Renzi-Boschi, pur introducendo significative innovazioni, non sembra recare alcuna valida soluzione alle derive che si sono denunciate. Né tali questioni sono state adeguatamente considerate nel dibattito politico-istituzionale, che si è invece per lo più focalizzato – forse eccessivamente – sui temi del bicameralismo e della forma di governo. Non è, pertanto, «l'“ombra del tiranno”» che «riemerge periodicamente, impedisce le riforme e induce a non voler riconoscere al Governo italiano ciò che sarebbe “normale” nel raffronto con le altre democrazie europee»⁹⁴, bensì la consapevolezza che quelle stesse democrazie non solo non conoscono alcuni dei poteri di produzione normativa – formali e non – di cui è in possesso il Governo italiano⁹⁵, ma riconoscono anche alle assemblee incisivi contro-poteri di bilanciamento e controllo.

⁹⁰ L'espressione è utilizzata da F. RIMOLI, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Bari, 2011, p. 92, per indicare il recupero, nell'esperienza costituzionale statunitense, dello «strumentario di *checks and balances* proprio della tradizione britannica».

⁹¹ Cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009, pp. 63 ss.

⁹² M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, cit., p. 65.

⁹³ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 11.

⁹⁴ A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, cit., p. 350.

⁹⁵ Si pensi, quanto alla decretazione d'urgenza, alla Svezia, alla Finlandia, alla Germania e soprattutto alla Francia: sul punto, *amplius*, A. CELOTTO – E. DI BENEDETTO, *Art.*

Per giustificare l'urgenza di approvare la revisione costituzionale suole ripetersi che sono trent'anni che si discute di riforme, ma ci si dimentica di ricordare, come ha giustamente ammonito Ainis⁹⁶, che dal 1989 in poi sono state approvate tredici leggi di revisione costituzionale, che hanno corretto ben trenta articoli della nostra Costituzione e ne hanno abrogati cinque. La sensazione, quindi, è che più che di urgenza debba parlarsi di fretta e la fretta, come è noto, genera cattivi risultati.

77, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Torino, 2006, pp. 1523 ss.

⁹⁶ M. AINIS, *Ddl Boschi, quelle sette bugie e la verità sulla riforma*, in *Corriere della Sera*, 18 settembre 2015.

6. Appendice

TABELLA N. 1

	2015	2014	2013	XVII LEGISLATURA
Proposte di legge di iniziativa parlamentare	23	19	9	51
Disegni di legge di iniziativa governativa (esclusi i disegni di legge di conversione)	46	42	15	103
Disegni di legge di conversione di decreti-legge	14	27	16	57
TOTALE	83	88	40	211

N. B. Non sono stati presi in considerazione i progetti di legge di iniziativa mista, assolutamente trascurabili (due in tutta la legislatura):

La tabella completa, n. 56 del 13 novembre 2015, è consultabile su www.camera.it/leg17/564?tiposezione=A&sezione=2&tabella=A_2_1_1.

TABELLA N. 2

	2015	2014	2013	XVII LEGISLATURA
Proposte di legge di iniziativa parlamentare	27,7108 %	21,5909 %	22,5 %	24,1706 %
Disegni di legge di iniziativa governativa (esclusi i disegni di legge di conversione)	55,4217 %	47,7273 %	37,5 %	48,8152 %
Disegni di legge di conversione di decreti-legge	16,8675 %	30,6818 %	40 %	27,0142 %
TOTALE	83	88	40	211

PARTE II
SAGGI E ARTICOLI

**LA GRAZIA (ANCHE) “POLITICA” COME ATTO
FORMALMENTE E SOSTANZIALMENTE PRESIDENZIALE:
LA “SLOGATURA” INTERPRETATIVA DELL’ART. 87, C. 11,
COST. NELLA PRASSI DELL’ULTIMO NAPOLITANO**

di *Andrea Deffenu*

SOMMARIO: *1. Introduzione: la rentrée della grazia politica nelle ultime decisioni di Napolitano; 2. Le origini della “slogatura” interpretativa del potere di grazia: la sent. n. 200/2006 della Corte costituzionale; 3. L’esercizio del potere clemenziale dopo la decisione della Corte e la grazia «simbolica» per i terroristi altoatesini; 4. Una prima (motivata) clemenza politica dopo la sent. n. 200/2006: il caso Sallusti; 5. Una seconda (motivata) clemenza politica dopo la sent. n. 200/2006: il caso Romano III; 6. Prefigurazioni di una terza (mancata) clemenza politica: il caso Berlusconi; 7. La configurazione della grazia dopo i casi Sallusti, Romano III e Berlusconi: a) la mancata stabilizzazione della teoria monofunzionale del potere di clemenza; b) Il consolidamento del potere di grazia come atto formalmente e sostanzialmente presidenziale. 8. La “slogatura” interpretativa del potere di grazia nella prassi della presidenza Napolitano: riflessioni conclusive e considerazioni critiche.*

1. Introduzione: la rentrée della grazia politica nelle ultime decisioni di Napolitano.

La sent. n. 200/2006 della Corte costituzionale, come si ricorderà, nel risolvere il conflitto di attribuzioni sollevato dal Capo dello Stato contro il Ministro della Giustizia in relazione al caso Bompreschi, qualificò il potere di grazia ex art. 87, c. 11, Cost., come atto formalmente e sostanzialmente presidenziale, ma nel contempo ne circoscrisse l’ambito funzionale ai soli casi caratterizzati dalla sussistenza di eccezionali e straordinarie ragioni di carattere umanitario, escludendo tassativamente la concessione di

provvedimenti clemenziali per ragioni “politiche” o a causa mista¹. Il Presidente Napolitano, eletto a distanza di poche settimane dalla sentenza richiamata, nel concedere la grazia a Bompressi manifestò *expressis verbis* l'intendimento di accogliere nella sua pienezza la soluzione ermeneutica elaborata dalla Corte costituzionale². L'autorevolezza di tale manifestazione di volontà, pur fondandosi su una decisione della Corte lungamente dibattuta e, soprattutto, stigmatizzata da parte autorevole della dottrina in quanto debolmente argomentata e pericolosa nei suoi effetti³, pareva aver posto le premesse per lo sviluppo di una prassi interpretativa destinata a consolidarsi grazie al sicuro avallo presidenziale.

Invero, neppure le opinioni dottrinali più ostili alla sentenza della Corte potevano presagire che sarebbero stati sufficienti alcuni casi controversi di grazia concessa per ragioni palesemente estranee a valutazioni di carattere umanitario per rendere manifesta la fragilità della decisione n. 200/2006 e per favorire l'emergere di una lettura del potere di clemenza ancor più insostenibile rispetto a quella prospettata dalla Corte. Difatti, a cavallo tra la fine del primo mandato e l'inizio del secondo, Giorgio Napolitano, di fronte ad alcuni delicati *hard cases* postulanti un suo intervento clemenziale ha *de facto* sconfessato la propria iniziale e integrale adesione alla sent. n. 200/2006 e ha offerto una chiave ermeneutica dell'art. 87, c. 11, Cost. che, pur ribadendone alcuni passaggi argomentativi, si presenta ben più ardita di quella proposta dalla stessa decisione della Corte. Mi riferisco, in particolare, ai casi Sallusti, Romano III e Berlusconi, senz'altro tra i più problematici dell'intera presidenza Napolitano, sia per la notorietà

¹ Mi soffermo nel § 2 sulla presunta distinzione tra grazie “politiche” e grazie “umanitarie” e sul rispettivo significato.

² Sia nel comunicato del 31.5.2006, immediatamente successivo al deposito della sent. n. 200/2006 e col quale il Presidente Napolitano annunciò la firma del decreto di grazia per Bompressi, sia nei comunicati successivi relativi, in particolare, al caso Contrada, il Capo dello Stato ha costantemente manifestato la volontà di rispettare quanto stabilito dalla sentenza della Corte costituzionale: «Nell'esercitare il potere costituzionale di “concedere le grazie e commutare le pene” mi sono sempre doverosamente attenuto ai principi indicati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 200 del 2006 e ai precedenti che non fossero in contrasto con detti principi». Per maggiori approfondimenti sul punto v. il § 3.

³ V. tra i tanti L. ELIA, *La sentenza sul potere di grazia: dal contesto al testo*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2008, p. 877 ss.; M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, in *Corriere giuridico*, n. 2/2007, p. 190 ss.

dei soggetti coinvolti sia per l’attenzione dell’opinione pubblica suscitata dai procedimenti penali celebrati nei loro confronti. Il *punctum dolens* di tali casi deriva da una duplice constatazione. In primo luogo, le determinazioni presidenziali assunte a beneficio di Sallusti e Romano III e quella pur solo prefigurata per Berlusconi, tutte esternate in comunicati quirinalizi *ad hoc*, sono state chiaramente originate e motivate con valutazioni di carattere strettamente “politico”, pur nettamente escluse dalla sent. n. 200/2006, omettendo cioè qualunque riferimento a considerazioni di ordine umanitario, ma richiamando ragioni di interesse generale (politica criminale, rapporti internazionali, ecc.)⁴. In secondo luogo, con tali decisioni Napolitano ha comunque ribadito la piena e sostanziale spettanza del potere di grazia in capo al Presidente della Repubblica.

Come deve essere interpretata la *rentrée* della grazia “politica” a pochi anni di distanza da una sentenza della Corte che, al contrario, ne aveva escluso la compatibilità col nostro sistema costituzionale? Quali conseguenze tale “ritorno” ha cagionato rispetto alla tenuta della decisione della Corte del 2006 e nei rapporti tra Presidente della Repubblica e Ministro della Giustizia controfirmante?

La risposta a questi quesiti non è univoca. Difatti, i percorsi ricostruttivi percorribili sono fondamentalmente due.

Innanzitutto, si potrebbe ritenere, in linea col ragionamento della Corte, che eventuali provvedimenti clemenziali di tipo “politico”, come quelli sopra richiamati, siano null’altro che illegittimi in quanto incompatibili con quanto sancito dalla sent. n. 200/2006 (sempre che si ritenga che per le decisioni sui conflitti interorganici si possa configurare un vero e proprio giudicato costituzionale)⁵. In questa prospettiva la portata vincolante della decisione della Corte dovrebbe considerarsi intatta e perdurante, mentre le vicende richiamate potrebbero essere valutate, tutt’al più, come singoli ed isolati

⁴ I casi citati sono analizzati nei §§ 4, 5 e 6. È opportuno anticipare fin da subito, come meglio si approfondirà nel § 5, che la sent. n. 200/2006, pur avendo ad oggetto la grazia in senso stretto, è riferibile più in generale, considerata l’identità di *ratio*, all’esercizio del potere di clemenza del Capo dello Stato ex art. 87, c. 11, Cost., ivi compreso il potere di commutazione della pena. Per questa ragione il caso Sallusti, pur conclusosi con una commutazione della pena, è perfettamente conferente rispetto alle riflessioni sulla questione “grazia” dopo la sent. n. 200/2006.

⁵ Su questo profilo v. le considerazioni svolte nel § 7.

scostamenti. Si tratterebbe solamente di capire come espungere dall'ordinamento possibili decreti di grazia viziati e, più in generale, come evitare *pro futuro* il ripetersi della violazione dei limiti funzionali all'esercizio presidenziale del potere di grazia tratteggiati dal giudice delle leggi.

Oppure, in alternativa, i casi Sallusti, Romano III e Berlusconi si potrebbero considerare quali elementi sintomatici del "cedimento" irreparabile di uno dei punti più qualificanti della sent. n. 200/2006. Non saremmo di fronte, in sostanza, a delle mere deviazioni, di impatto scarsamente rilevante, rispetto alle *guidelines* sulla grazia tracciate dalla Corte, ma dovremmo constatare l'affioramento di una prassi interpretativa incline a riconoscere al potere di grazia, pur mantenendone inalterata la spettanza esclusiva al Capo dello Stato, una natura polifunzionale.

Cercherò di mostrare come la seconda ipotesi ricostruttiva colga con maggior esattezza il fenomeno costituzionale in esame e come, purtroppo, al riconoscimento dell'ineluttabilità della grazia "politica" non sia seguito l'integrale abbandono dello schema interpretativo elaborato dalla Corte. Difatti, nei casi richiamati, alla prospettazione di una clemenza "politica" non è corrisposta la riemersione, come pure sarebbe stato auspicabile, del ruolo politico del Guardasigilli e quindi la riproposizione della grazia – come avveniva prima della sent. n. 200/2006 – come atto a partecipazione eguale⁶. Al contrario, nei casi citati, la decisione sulla grazia, pur adottata per ragioni strettamente "politiche", è rimasta incardinata al giudizio individuale del Presidente della Repubblica continuando così a essere configurata come atto formalmente e sostanzialmente presidenziale. Parrebbe essersi generata in tal modo un'interpretazione dell'art. 87, c. 11, Cost. che, indubbiamente agevolata dalla quanto mai improvvida decisione della Corte sopra citata, rischia di avvalorare una impropria configurazione del ruolo del Capo dello Stato nel sistema costituzionale. Detto in altri termini, delle due affermazioni principali

⁶ È pacifico in dottrina che prima della sent. n. 200/2006 il potere di grazia fosse esercitato in chiave duale. V. sul punto L. ELIA, *La sentenza sul potere di grazia: dal contesto al testo*, cit., p. 877, che ricorda come la decisione del giudice delle leggi avesse interrotto la sostanziale contitolarità del potere clemenziale che durava da oltre centocinquanta anni, un tempo così lungo da poter ritenere formatasi una vera e propria consuetudine costituzionale.

della sent. n. 200/2006, ovvero che: a) la grazia può essere concessa solo per ragioni umanitarie e che; b) la grazia è un atto formalmente e sostanzialmente presidenziale, sembrerebbe essere stata rigettata la prima e confermata la seconda, determinando così un tanto evidente quanto incongruo *enlargement* del potere presidenziale di clemenza.

Al fine di dimostrare quanto sopra affermato, dopo aver richiamato i passaggi fondamentali della sent. n. 200 (§ 2) ed aver analizzato l'uso presidenziale della grazia consolidatosi negli anni immediatamente successivi all'elezione di Napolitano (§ 3), prenderò in esame i comunicati del Quirinale adottati in occasione delle vicende Sallusti, Romano III e Berlusconi (§§ 4, 5, 6), per trarre poi delle riflessioni conclusive (§§ 7, 8, 9).

È opportuno esplicitare in premessa che lo studio delle più recenti prassi presidenziali sul potere di grazia sarà condotto aderendo convintamente all'impostazione metodologica secondo cui è scorretto interpretare le disposizioni costituzionali alla luce della prassi, appiattendo le prime sulle seconde⁷. Al contrario, la prescrittività del testo costituzionale impone all'interprete di verificare se le prassi esaminate siano o meno conformi al primo, evidenziando eventualmente le alterazioni riscontrate nell'effettività rispetto a quella che si reputa come la corretta interpretazione delle disposizioni costituzionali⁸.

In linea con quanto anticipato, illustrerò le ragioni che mi inducono a ritenere come la lettura presidenziale del potere costituzionale di grazia da ultimo emersa sia espressione di un approccio ermeneutico criticabile e da respingere con fermezza e che la soluzione più corretta non sia certo rinvenibile nelle motivazioni, fragili e poco persuasive, della sent. n. 200/2006. Fragilità argomentativa forse favorita dal carico eccessivo determinato dalla particolarissima situazione contingente che ha dato origine al ricorso e rispetto alla quale la Corte non è riuscita ad estraniarsi del tutto, analogamente ad altre

⁷ In questi termini, proprio in relazione al potere di grazia, M. LUCIANI, *La gabbia del Presidente*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, p. 5.

⁸ Non è questa la sede per ripercorrere i diversi approcci metodologici sul rapporto tra norme costituzionali e prassi. V. comunque, per un'impostazione che mi pare incompatibile con quanto qui sostenuto, D. GALLIANI, *Metodo di studio e «settennato» Napolitano*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2013, p. 61 ss., spec. pp. 69-70.

recentissime decisioni del giudice delle leggi⁹. Sarà l'occasione, infine, per delineare un bilancio complessivo della presidenza Napolitano in merito all'uso del potere di grazia.

2. Le origini della “slogatura” interpretativa del potere di grazia: la sent. n. 200/2006 della Corte costituzionale.

Per comprendere le ragioni che hanno generato i provvedimenti clemenziali richiamati nel precedente paragrafo è necessario ripercorrere i passaggi fondamentali della sent. n. 200/2006. Questa decisione, difatti, nel proporre un'interpretazione dell'art. 87, c. 11, Cost. di dubbia sostenibilità, ha creato le premesse per consentire le recenti “slogature” ermeneutiche del potere di grazia.

Nel dirimere il conflitto di attribuzione sorto tra il Capo dello Stato ed il Ministro della Giustizia la Corte, nella parte motiva della sent. n. 200/2006, enucleò un vero e proprio paradigma sostanziale e procedurale ritenuto necessario per un esercizio del potere di grazia conforme a Costituzione¹⁰. In estrema sintesi, sul versante sostanziale la Corte rigettò la tesi, fino ad allora ampiamente sostenuta in dottrina, secondo cui la grazia è un atto duale polifunzionale utilizzabile sia come strumento di giustizia del caso concreto, sia come strumento politico¹¹ e stabili, diversamente, che essa svolge una sola ed unica

⁹ Il pensiero è alla notissima sent. n. 1/2014. Il nesso tra le due decisioni, rinvenibile nel condizionamento della contingenza nella giurisprudenza costituzionale, è evidenziato da L. PESOLE, *L'incostituzionalità della legge elettorale nella prospettiva della Corte costituzionale, tra circostanze contingenti e tecniche giurisprudenziali già sperimentate*, in questa *Rivista*, n. 2/2014, p. 4 del dattiloscritto.

¹⁰ Come giustamente rilevato da T.F. GIUPPONI, *Potere di grazia e controfirma ministeriale: là dove (non) c'è la responsabilità, là c'è il potere...*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 20.07.2006, p. 1, la decisione della Corte non si è limitata a risolvere, in concreto, il conflitto, ma ha fissato (*rectius*, preteso di fissare) «alcune coordinate generali che ne fanno una vera e propria sentenza cardine in materia di forma di governo».

¹¹ Hanno sostenuto la natura duumvirale dell'atto di grazia, già prima della decisione della Corte, seppur con varie sfumature e peculiarità: E. DI BENEDETTO, *Grazia (potere di)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, t. III, Giuffrè, Milano, 2006, p. 2835 ss.; P. ARMAROLI, *Grazia a Sofri? Un intrigo costituzionale*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2006; C. PETTINARI, *La titolarità sostanziale del potere di grazia nell'ordinamento repubblicano. Considerazioni a margine dell'ord. n. 354 del 2005 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5/2005, p. 4035 ss.; M. SICLARI, *La grazia e i conflitti tra poteri*, in *Politica del diritto*, n.

funzione di «eccezionale strumento destinato a soddisfare straordinarie esigenze di natura umanitaria»¹². Nell'economia della decisione della Corte la delimitazione funzionale del campo di

3/2005, p. 451 ss.; D. CODUTI, *Il «caso Sofri» ed il potere di grazia*, in *Rassegna parlamentare*, n. 1/2005, p. 181 ss.; A. MORRONE, *Potere e responsabilità nella concessione della grazia. Un caso concreto di caos istituzionale*, in *il Mulino*, n. 5/2005, p. 894 ss.; E. BALBONI, *Il potere di grazia e le sue procedure*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2005, p. 627 ss.; M. SICLARI, *Concessione della grazia e controfirma ministeriale (a proposito di due recenti proposte di riforma)*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, t. III, Giappichelli, Torino, 2005, p. 585 ss.; T.F. GIUPPONI, *Potere di grazia e controfirma ministeriale: là dove (non) c'è la responsabilità, là c'è il potere...*, cit., p. 1 ss.; P. POMANTI, *Grazia*, in *Digesto delle discipline penali*, III agg., Utet, Torino, 2005, p. 654 ss.; R. ROMBOLI, *La concessione della grazia tra capo dello Stato e ministro della giustizia*, in *Foro italiano*, I, 2005, p. 2919 ss.; N. ZANON, *Un'opinione (vagamente) dissenziente sul potere di grazia*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2004, p. 601 ss.; L. ELIA, *Sull'esercizio del potere di grazia: un caso di amnesia collettiva?*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, t. II, Jovene, Napoli, 2004, p. 781 ss.; L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 200; C. FUSARO, *Il Presidente della Repubblica*, il Mulino, Bologna, 2003, p. 98 ss.; T.F. PUGGIONI, *Il potere di grazia e il «caso Sofri»: (ir)responsabilità ministeriale o (ir)responsabilità presidenziale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2013, p. 831 ss.; M. FIORILLO, *Il Capo dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 73 ss.; R. QUINTAVALLE, *Il potere di grazia secondo prassi e consuetudini costituzionali. La sua attualità nel vigente sistema penale*, in *Cassazione penale*, n. 11/2001, p. 3241 ss.; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 543; V. ONIDA, *L'ultimo Cossiga: recenti novità nella prassi della Presidenza della Repubblica*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/1992, pp. 178-179 ss.; E. SELVAGGI, *Grazia. I) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XV, 1989, pp. 2-4; L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, p. 236; G. GUIGLIA, *Spunti e interrogativi sul potere di grazia*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/1985, p. 575 ss.; G.U. RESCIGNO, *Art. 87, commi X-XII, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1978, p. 278 ss.; F. DETTORI, *Osservazioni in tema di organizzazione del potere di grazia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/1976, p. 2127 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Grazia. a) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 757 ss.; A. VALENTINI, *Gli atti del Presidente della Repubblica*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 55. V. inoltre, nello stesso senso, i contributi di E. BALBONI, G. BELFIORE, M. BETZU, R. BIN, L. BRUNETTI, E. CACACE, M. GORLANI, A. GUAZZAROTTI, R. MANFRELOTTI, D. MESSINEO, I. NICOTRA, L. PESOLE, B. PEZZINI, S. PRISCO, A. RIDOLFI, in *La grazia contesa. Titolarità ed esercizio del potere di clemenza individuale*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Giappichelli, Torino, 2006.

Hanno sostenuto la tesi della grazia come atto governativo, tra gli altri: P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958, p. 295 ss.; G. GEMMA, *Clemenza (profili costituzionali)*, in *Digesto (discipline pubblicistiche)*, v. III, Utet, Torino, 1989, p. 145 ss.; A. PIZZORUSSO, *Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano*, Jovene, Napoli, 1992, p. 244

¹² Punto 6.2. del *Considerato in diritto*.

applicazione della grazia e la conseguente esclusione degli atti di clemenza per ragioni politiche fungeva da contrappeso rispetto alla riconduzione di tale potere alla esclusiva spettanza del Presidente della Repubblica, definito dal giudice delle leggi «... organo *super partes*, rappresentante dell'unità nazionale, estraneo a quello che viene definito il "circuito" dell'indirizzo politico-governativo, e che in modo imparziale è chiamato ad apprezzare la sussistenza in concreto dei presupposti umanitari che giustificano l'adozione del provvedimento di clemenza»¹³.

La grazia, precisò la Corte, risponde «a finalità essenzialmente umanitarie, da apprezzare in rapporto ad una serie di circostanze (non sempre astrattamente tipizzabili), inerenti alla persona del condannato o comunque involgenti apprezzamenti di carattere equitativo, idonee a giustificare l'adozione di un atto di clemenza individuale, il quale incide pur sempre sull'esecuzione di una pena validamente e definitivamente inflitta da un organo imparziale, il giudice, con le garanzie formali e sostanziali offerte dall'ordinamento del processo penale». Quindi, proseguì la Corte, la funzione della grazia è, in definitiva, «quella di attuare i valori costituzionali, consacrati nel terzo comma dell'art. 27 Cost., garantendo soprattutto il "senso di umanità" cui devono ispirarsi tutte le pene, e ciò anche nella prospettiva di assicurare il pieno rispetto del principio desumibile dall'art. 2 Cost., non senza trascurare il profilo di "rieducazione" proprio della pena». È evidente, argomentò ancora il giudice delle leggi, che «determinando l'esercizio del potere di grazia una deroga al principio di legalità, il suo impiego debba essere contenuto entro ambiti circoscritti destinati a valorizzare soltanto eccezionali esigenze di natura umanitaria».

Il nucleo essenziale del ragionamento della Corte, dunque, si fondava sull'esistenza di un *trait-d'union* indissolubile tra il riconoscimento alla clemenza individuale di una funzione unicamente umanitaria e l'attribuzione esclusiva di tale potere al Presidente della Repubblica. A voler seguire fino in fondo il ragionamento della Corte ciò significa che se alla grazia fosse stata riconosciuta anche una funzione "politica" non sarebbe stato logicamente possibile qualificare il potere di clemenza come atto formalmente e sostanzialmente presidenziale in quanto la presenza di valutazioni politiche avrebbe

¹³ Punto 7.1. del *Considerato in diritto*.

indotto a rendere il Guardasigilli pienamente partecipe alla fase decisoria del procedimento di adozione del decreto concessorio.

Sul versante procedurale, in armonia con quanto sancito dal punto di vista sostanziale, la Corte chiarì il ruolo esercitato dal Ministro della Giustizia e le conseguenti prerogative del Presidente della Repubblica. In particolare la sentenza si soffermò sia sul caso in cui il Ministro valuti positivamente i risultati dell'istruttoria effettuata e ritenga perciò sussistenti i requisiti per la concessione della grazia; sia sul caso in cui ritenga assenti i presupposti per l'emanazione del decreto e, in entrambi i casi, il Capo dello Stato decida di adottare il provvedimento clemenziale. Sia nell'una che nell'altra ipotesi, secondo la Corte, la controfirma ministeriale assumerebbe sempre e comunque un valore soltanto formale, essendo volta ad attestare la mera completezza e regolarità dell'istruttoria e del procedimento seguito. La controfirma del Guardasigilli, nel ragionamento della Corte, non acquisterebbe in nessun caso valore sostanziale, neppure quando vi fosse concordanza di valutazioni in merito alla concessione del provvedimento di grazia. Qualora il Ministro, viceversa, fosse contrario ad accordare il provvedimento di clemenza, le sue motivazioni sfavorevoli dovrebbero essere considerate dal Presidente della Repubblica alla stregua di un mero parere non vincolante¹⁴. In definitiva, spetterebbe sempre e comunque al solo Capo dello Stato «valutare autonomamente la ricorrenza, sulla base dell'insieme degli elementi trasmessi dal Guardasigilli, di quelle ragioni essenzialmente umanitarie che giustificano l'esercizio del potere in esame»¹⁵. Unico

¹⁴ Sulla configurazione della controfirma ministeriale per come teorizzata dalla Corte costituzionale con la sent. n. 200/2006 v. i contributi di F. BILANCIA, R. BIN, L. CARLASSARE, L. ELIA, G. PITRUZZELLA, G.U. RESCIGNO, G.M. SALERNO, *Dibattito sulla controfirma ministeriale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2007, p. 455 ss.

¹⁵ Punto 7.2.4. del *Considerato in diritto*. Già prima della sent. n. 200/2006 hanno sostenuto la tesi della grazia come atto formalmente e sostanzialmente presidenziale: G.B. FERRI, *Divagazioni di un civilista intorno al potere del Presidente della Repubblica di concedere la grazia*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2005, p. 289 ss.; M. AINIS, *Sulla titolarità del potere di grazia*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2004, p. 97 ss.; M. CHIAVARIO, *L'esercizio del potere di grazia: considerazioni “a prima lettura” su una proposta di legge*, in *Legislazione penale*, n. 1/2004, p. 79 ss.; T.L. RIZZO, *Il potere di grazia del Capo dello Stato. Profili di diritto processuale*, in *Rivista della guardia di finanza*, n. 3/1998, p. 1071 ss.; A. BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato, A. Barbera, il Mulino, Bologna, 1994, p. 463 ss.; E. GALLO, *Ancora sul potere di grazia (a proposito di un anomalo conflitto di attribuzione)*, in *Nomos*, n. 1/1992, p.

onere richiesto in quest'ultima ipotesi al Presidente della Repubblica sarebbe l'esternazione nel decreto concessorio delle «ragioni per le quali ritiene di dovere concedere ugualmente la grazia, malgrado il dissenso espresso dal Ministro»¹⁶.

Il dibattito generato in dottrina dalla sent. n. 200/2006 è stato ampio e acceso e ha determinato l'emergere di valutazioni della decisione della Corte profondamente divergenti. In questa sede non è possibile ricostruirlo integralmente, ma sarà sufficiente ricordare che alcuni evidenziarono fin dal principio i limiti, le contraddizioni e i pericoli della decisione del giudice delle leggi¹⁷; altri, nell'accoglierla

73 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. II, Cedam, Padova, 1976, p. 781; P. NICOSIA, *Grazia*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. VIII, Un. tip. - Ed. tor., Torino, 1968, p. 7 ss.; G. CAMERINI, *La grazia, la liberazione condizionale e la revoca anticipata delle misure di sicurezza*, Cedam, Padova, 1967, spec. p. 18; G. FERRARI, *Gli organi ausiliari*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 258; M. PALMERINI, *Il soggetto attivo del potere di grazia e il Presidente della Repubblica*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1953, p. 254 ss.; G. GUARINO, *Il Presidente della Repubblica italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951, p. 903 ss.

V. inoltre, nello stesso senso, i contributi di E. BETTINELLI, F. BENELLI, M.A. CABIDDU, B. DI GIACOMO RUSSO, A. PUGIOTTO, in *La grazia contesa. Titolarità ed esercizio del potere di clemenza individuale*, cit.

¹⁶ Punto 7.2.5. del *Considerato in diritto*.

¹⁷ In chiave critica v. G.U. RESCIGNO, *La Corte sul potere di grazia, ovvero come giuridificare rapporti politici e distruggere una componente essenziale del costituzionalismo nella forma di governo parlamentare*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2006, p. 2005 ss.; G.M. SALERNO, *Brevi riflessioni su alcuni aspetti problematici della sentenza della Corte costituzionale in tema di concessione della grazia*, ivi, p. 2017 ss.; M. TIMIANI, *La rappresentanza dell'unità nazionale può costituire fondamento del potere di grazia?*, in *Forumcostituzionale.it*, 20.7.2006, p. 1 ss.; G.M. SALERNO, B. MALAISI, *Art. 87*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. II, Utet, Torino, 2006, p. 1706 ss.; M. BETZU, *Il potere di grazia: sull'eccesso di potere del decreto presidenziale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2006, p. 788 ss.; M. GORLANI, *Una nuova dimensione costituzionale per il Capo dello Stato?*, in *Forumcostituzionale.it*, 13.9.2006, p. 1 ss.; M. SICLARI, *Alcuni interrogativi suscitati dalla sentenza n. 200 del 2006 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, n. 2/2006, p. 1 ss.; C. ARENA, *Il potere di grazia del Presidente della Repubblica*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 4/2006, p. 895 ss.; G.M. SALERNO, *Potere di grazia e forma di governo: una questione da affrontare*, in *Federalismi.it*, 6.12.2006, p. 1 ss.; M. MANETTI, *I due Presidenti. Il settennato di Ciampi alla prova del bipolarismo della Repubblica tra diritto e storia*, in *Rivista AIC*, 2007, p. 1 ss.; F. LAFFAILLE, *Droit de grâce et pouvoirs propres du Chef de l'Etat en Italie*, in *Revue internationale de droit comparé*, n. 4/2007, p. 761 ss.; M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, cit., p. 190 ss.; L. ELIA, *La sentenza sul potere di grazia; dal contesto al testo*, cit., p. 877 ss.; M. CAVINO, *L'irresponsabilità del Capo dello Stato nelle esperienze italiana (1948-2008) e francese (1958-2008)*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 96, che

con favore, ne sottolinearono pregi e virtuosità¹⁸. Così, si disse che con la sent. n. 200/2006 la Corte, giuridificando rapporti politici, avrebbe distrutto una componente essenziale del costituzionalismo nella forma di governo parlamentare¹⁹; che la Corte si sarebbe assunta «una grave responsabilità rompendo il rapporto tra clemenza individuale e interessi fondamentali della *pólis*»²⁰; che si sarebbe trattato di una sentenza di portata ultramanipolativa fondata su argomenti indimostrati se non del tutto arbitrari²¹. In maniera opposta si sostenne, condividendone le argomentazioni, che la decisione del giudice delle leggi in commento si dovrebbe considerare una sentenza «tra le più significative nella conformazione costituzionale dell’attuale

osserva come la sostanziale complessità del decreto clemenziale esprimeva «una valutazione tesa a realizzare un ragionevole equilibrio tra unità della maggioranza ed unità nazionale sotto il particolare profilo del senso della giustizia»; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 2010, p. 569; G.U. RESCIGNO, *Il Presidente della Repubblica, Capo dello Stato*, in *Politica del diritto*, n. 4/2010, p. 711.

¹⁸ In chiave adesiva v. A. PUGIOTTO, *Castelli di carte sul potere di grazia*, in *Forumcostituzionale.it*, 6.6.2006, p. 1 ss.; F. BENELLI, *La decisione sulla natura presidenziale del potere di grazia: una sentenza di sistema*, ivi, 2006, p. 1 ss.; L. NORI, *Una ricostruzione possibile alla luce della riforma del Titolo V*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n. 1/2006, p. 130 ss.; B. DI GIACOMO RUSSO, *La Corte costituzionale e la titolarità del potere di grazia in favore del Presidente della Repubblica*, in *Il Foro amministrativo – C.d.S.*, n. 11/2006, p. 2981 ss.; F. TERESI, *Annotazioni minime sulla sentenza n. 200/2006 della Corte costituzionale relativa al potere di grazia*, in *Nuove autonomie*, n. 2-3/2006, p. 551 ss.; M. VIGIANI, *La sentenza sulla grazia: un’importante pronuncia che trascende la mera risoluzione del conflitto tra il Quirinale ed il Ministero di via Arenula*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 7/2007, p. 1630 ss.; L. CARLASSARE, *Capo dello Stato, Ministro controfirmante, Governo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, vol. I, Cedam, Padova, 2007, p. 69 ss.; C. SALAZAR, *Considerazioni in margine alla sentenza n. 200 del 2006 sul conflitto tra il Presidente della Repubblica e il Ministro della Giustizia intorno al potere di grazia (ovvero: su come il Ministro “rampante” divenne “dimezzato”)*, in *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grotanelli De’ Santi*, a cura di A. Pisaneschi, L. Violini, vol. I, Giuffrè, Milano, 2007, p. 538; A. PUGIOTTO, *Dopo la sentenza n. 200/2006: un nuovo statuto per gli atti di clemenza*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2007, p. 769 ss.; G. ROLLA, *L’organizzazione costituzionale dello Stato*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 333-334; A. PUGIOTTO, *La concessione della grazia (con particolare riferimento alla Presidenza Napolitano)*, in *Rivista AIC*, n. 1/2011, p. 1 ss.

¹⁹ G.U. RESCIGNO, *La Corte sul potere di grazia, ovvero come giuridificare rapporti politici e distruggere una componente essenziale del costituzionalismo nella forma di governo parlamentare*, cit., p. 2005 ss.

²⁰ M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, cit., p. 198.

²¹ L. ELIA, *La sentenza sul potere di grazia; dal contesto al testo*, cit., p. 877 ss.

forma di governo»²²; che, grazie all'obbligo di motivazione supplementare richiesto al Capo dello Stato in caso di parere contrario del Guardasigilli, avrebbe trovato espressione adeguata l'esigenza di trasparenza delle ragioni sottostanti il provvedimento clemenziale²³; che la motivazione della sentenza avrebbe ricucito «i fili invisibili tra le due parti della Carta, ancorando la ragion d'essere della grazia alla garanzia dei valori epocali»²⁴.

Nel rileggere a distanza di quasi dieci anni la sentenza della Corte sul potere di grazia credo di poter affermare che chi ne sostenne la fragilità argomentativa colse con pienezza i limiti e i rischi di quella decisione. Cercherò brevemente di spiegarne le ragioni.

A ben riflettere, la tesi secondo cui il potere di clemenza individuale sarebbe esercitabile solamente per ragioni umanitarie non trova conferme nel testo costituzionale, viceversa è ricavabile dallo stesso, in maniera più convincente, una soluzione interpretativa opposta. L'art. 87, c. 11 Cost., difatti, si limita a stabilire che il Presidente della Repubblica «può concedere grazia e commutare le pene» senza porre alcun limite di carattere funzionale all'esercizio di tale potere. L'assenza, nella disposizione citata, di delimitazioni di scopo²⁵ non è priva di significato, ma deve ricollegarsi alla sua intrinseca natura polifunzionale. Il potere di grazia, inteso in senso ampio è (come lo è stato in passato) uno strumento elastico, non suscettibile di essere previamente delimitato, privo di «paradigmi

²² A. PUGIOTTO, *Castelli di carte sul potere di grazia*, cit., p. 3.

²³ L. CARLASSARE, *Capo dello Stato. Ministro controfirmante, Governo*, cit., p. 80.

²⁴ C. SALAZAR, *Considerazioni in margine alla sentenza n. 200 del 2006 sul conflitto tra il Presidente della Repubblica e il Ministro della Giustizia intorno al potere di grazia (ovvero: su come il Ministro "rampante" divenne "dimezzato")*, cit., p. 538.

²⁵ E difatti, rispetto alla questione della possibile delimitazione dell'ambito applicativo della grazia tramite fonte subordinata alla Costituzione, G. ZAGREBELSKY, *Grazia. a) Diritto costituzionale*, cit., pp. 760-761, rileva l'assenza di limiti giuridici all'esercizio del potere di grazia che non siano esclusivamente di forma e «... l'impossibilità per il legislatore ordinario di specificare (e quindi limitare) le ipotesi di impiego ... e di precisarne i possibili contenuti...». Nello stesso senso G.U. RESCIGNO, *Art. 87, commi X-XII, Cost.*, cit., p. 279, che osserva come «... la grazia per sua natura non tollera criteri rigidi e predeterminati per la sua concessione e dunque non è ammissibile una legge o un regolamento indipendente o qualsiasi atto normativo che pretendesse di regolare la concessione della grazia entrando nel merito ...».

normativi ai quali sorreggersi»²⁶. Proprio per questa sua *ratio* l'istituto della grazia può essere adoperato, seppur in situazioni eccezionali²⁷, sia per soddisfare esigenze equitative, di giustizia del caso concreto, riconducibili alla condizione personale del condannato (c.d. grazie "umanitarie")²⁸, sia per favorire la soluzione di questioni (interne o internazionali) apprezzabili solamente in chiave di opportunità/inopportunità²⁹ che prescindono, in tutto o in parte, da considerazioni di ordine umanitario relative al soggetto graziato (c.d. grazie "politiche")³⁰.

²⁶ Così M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, cit., p. 194, che osserva inoltre come anche la grazia "umanitaria" sia espressione anch'essa di un apprezzamento politico in quanto determinata da esigenze non "ordinarie", valutabili dalla magistratura, ma da esigenze "straordinarie", coinvolgenti considerazioni inevitabilmente "politiche".

²⁷ Osserva correttamente G. GEMMA, *Grazia e rieducazione del condannato: una dissenting opinion*, in *Forumcostituzionale.it*, 11.07.2006, p. 3, che per evitare che la valutazione dell'eccezionalità delle situazioni che giustificano un provvedimento di grazia possa apparire arbitraria, «... solo rilevanti interessi costituzionali (e non qualsiasi motivo politico), la cui realizzazione sia compromessa dalla ordinaria applicazione della pena detentiva, possono giustificare la cessazione di quest'ultima».

²⁸ Sulle questioni della giustizia, dell'equità e della ragione v. G. FASSÒ, *La legge della ragione*, Giuffrè, Milano, 1999 (rist.).

²⁹ Per G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 193-194 ss., l'atto di grazia si presta sia come strumento di giustizia «... se le motivazioni che la sorreggono riguardano la necessità di temperare nel caso concreto gli effetti della rigida applicazione della legge penale generale e astratta, per evitare conseguenze contrarie al sentimento di giustizia», sia come strumento politico «... tutte le volte in cui il suo uso sia rivolto ad evitare le conseguenze politicamente inopportune derivanti dalla esecuzione della sentenza penale di condanna».

³⁰ Convince pienamente, in questi termini, quanto sostenuto da M. STRONATI, *Il governo della 'grazia'. Giustizia sovrana e ordine giuridico nell'esperienza italiana (1848-1913)*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 13, secondo cui «Qualunque sia l'angolo d'osservazione della 'grazia', a prescindere dalle finalità del suo esercizio, affiora la sua ingombrante natura politica oggetto dell'imbarazzo della scienza giuridica che innesca un gioco di rimpalli sulla competenza disciplinare». Sul notissimo caso Dreyfus si sofferma A. BRUNIALTI, *Grazia (diritto di)*, *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. VII, parte II, Milano, 1935, p. 534, per osservare come «sopra tutto, non si cerchi un fondamento giuridico ad un istituto che non scaturisce dal diritto ma dall'equità e vuol essere ed è precipuamente politico» e per aggiungere che «... qui non entrano più in conto le considerazioni di giustizia, ma quelle di buon governo, e triste è il popolo che non siasi preparata all'uopo una benefica valvola di sicurezza». Sulla stessa linea anche le considerazioni di G. PENSO, *Grazia*, in *Novissimo digesto italiano*, v. VI, Utet, Torino, 1937, p. 499, secondo cui «tutti gli atti di clemenza trovano la loro base in ragione di politica opportunità» e F. RACIOPPI,

La formulazione aperta dell'art. 87, c. 11, Cost., scelta dal costituente, dunque, in linea con quanto già previsto dall'art. 8 dello Statuto albertino, ha voluto confermare quella che ritengo essere l'irriducibile polifunzionalità della grazia e il suo possibile uso, seppur eccezionale, quale valvola di sicurezza per situazioni "politiche" e/o umanitarie imprevedibili³¹. Si consideri, comunque, che la distinzione tra grazie "umanitarie" e "politiche" ha solamente un valore tutt'al più descrittivo, non certo prescrittivo come ha preteso la Corte costituzionale. È oltretutto arduo, in concreto, distinguere tra «grazie "puramente" umanitarie e grazie "puramente" politiche»³², considerato che in ogni caso un seppur minimo «grumo di politicità»³³ è rilevabile in qualunque provvedimento clemenziale³⁴.

Non convince, di conseguenza, il nesso che la Corte ha rilevato tra l'art. 87, c. 11 Cost. e l'art. 27, c. 3 Cost., per cui la grazia sarebbe concedibile solamente se la pena per il condannato si mostrasse, in concreto, contraria al senso di umanità e quindi non più rieducativa. L'art. 27, c. 3, Cost. sancisce dei valori costituzionali di primaria importanza che possono al più giustificare la concessione di taluni provvedimenti clemenziali, ma non certo circoscrivere l'ampiezza funzionale del potere di grazia precludendo che ragioni differenti – sempre e comunque determinati da «rilevanti interessi costituzionali»³⁵ – stiano alla base dei decreti concessori.

Il tentativo di delimitare il potere di clemenza a ragioni esclusivamente umanitarie si spiega, nel ragionamento della Corte, solamente se si considera la seconda parte dell'apparato argomentativo della sent. n. 200/2006. Difatti, sarebbe stato insostenibile qualificare la grazia come atto formalmente e

I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, v. 1, Unione tipografico-Editrice torine, Torino, 1909, p. 8.

³¹ Sulla continuità tra Statuto albertino e Costituzione repubblicana in merito alla natura e all'interpretazione del potere di grazia v. M. STRONATI, *Il governo della 'grazia'. Giustizia sovrana e ordine giuridico nell'esperienza italiana (1848-1913)*, passim.

³² M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, cit., p. 195.

³³ *Ibidem*.

³⁴ A conferma di quanto sostenuto v. L. ELIA, *La sentenza sul potere di grazia: dal contesto al testo*, cit., 888.

³⁵ G. GEMMA, *Grazia e rieducazione del condannato: una dissenting opinion*, cit., p. 3.

sostanzialmente presidenziale, obiettivo al quale il giudice costituzionale chiaramente puntava, ma nello stesso tempo ribadire il carattere polifunzionale dell’istituto. Detto in altri termini, sarebbe stato arduo trovare argomenti per giustificare l’attribuzione in via esclusiva, ad un organo politicamente irresponsabile, di un potere esercitabile anche per ragioni “politiche” in senso stretto.

Al contrario, così ha ragionato la Corte, una volta «spoliticizzato»³⁶ l’esercizio del potere di grazia non sarebbe apparso né incongruo né pericoloso lasciare al solo Presidente della Repubblica, in quanto rappresentante dell’unità nazionale e organo *super partes*, la decisione in merito alla concessione dei provvedimenti di clemenza. Il giudice delle leggi, riducendo la portata applicativa della grazia, cercava così di evitare la facile obiezione per cui assegnare alla controfirma ministeriale apposta sui decreti clemenziali una funzione meramente formale avrebbe significato attribuire al Capo dello Stato un potere fuori controllo, in grado di prestarsi a tanto facili quanto inaccettabili abusi. È evidente, nell’ottica della Corte, che una grazia adottabile solo per eccezionali e straordinarie ragioni di carattere umanitario, svuotata di ogni possibile connotazione politica, non si sarebbe potuta prestare ad usi impropri da parte del Presidente della Repubblica.

In sostanza la sent. n. 200/2006 ha respinto la tesi, pur autorevolmente sostenuta in dottrina, secondo cui per evitare il rischio di abusi non sarebbe stato necessario negare la polifunzionalità della grazia, ma sarebbe stato sufficiente qualificarla come atto a partecipazione eguale, in quanto ciò avrebbe implicato (e implicherebbe) la necessità di un accordo tra Capo dello Stato e Guardasigilli e quindi una forma di controllo reciproco di un organo rispetto all’altro³⁷.

³⁶ L’espressione è usata da G. SCACCIA, *Presidente della Repubblica e ordine giudiziario durante il mandato di Napolitano*, cit., p. 616.

³⁷ Ha chiarito come la qualificazione del potere di clemenza come atto complesso, grazie al controllo reciproco del Presidente della Repubblica e del Ministro della Giustizia, consentirebbe di evitare possibili abusi nel suo esercizio L. PALADIN, *Presidente della Repubblica*, cit., p. 236, che accoglie l’idea di un concorso effettivo di entrambi gli organi al contenuto deliberativo dell’atto, in quanto unica tesi «che consenta di ridimensionare l’atto stesso: impedendo, da un lato, che il Presidente divenga la fonte esclusiva di privilegi penali, senza poter soddisfare quell’esigenza di pari trattamento, che solo il Ministro della giustizia è in grado di apprezzare globalmente; e, d’altro lato, evitando il paradosso di un Ministro che, diversamente, diverrebbe l’unico ed incontrollato depositario d’una potestà

In conclusione, l'arbitraria riduzione, da parte della Corte, del campo funzionale della grazia alle sole ragioni umanitarie costituiva il contrappeso rispetto al riconoscimento della spettanza esclusiva del potere di clemenza al Capo dello Stato. Nel momento in cui la Corte ha negato al potere di grazia la natura di atto a partecipazione eguale la controfirma ministeriale non poteva più controbilanciare la decisione assunta dal Presidente della Repubblica. In questi termini l'*iter* argomentativo sviluppato dalla Corte presenta un limite strutturale che ne mina le fondamenta: l'indimostrata quanto "artificiosa" compressione dello spazio funzionale della grazia³⁸. Vedremo infatti che proprio la debolezza degli argomenti utilizzati per spiegare l'ammissibilità delle sole grazie "umanitarie" ha consentito al Presidente della Repubblica, già con l'emergere dei primi casi di grazia manifestamente politica, il facile superamento del restringimento funzionale sancito dalla Corte e la conseguente ulteriore distorsione del potere di grazia.

di clemenza già spettante al monarca». In termini analoghi v. L. ELIA, *Sull'esercizio del potere di grazia: un caso di amnesia collettivo?*, cit., p. 789, che sottolinea l'esigenza di garantismo insita nella dualità della grazia; G. ZAGREBELSKY, *Grazia. a) Diritto costituzionale*, cit., p. 767, per cui la controfirma sarebbe in grado di bloccare ogni iniziativa del Capo dello Stato «giudicata non opportuna dal Governo e dalla maggioranza parlamentare sulla quale esso si appoggia»; D. CODUTI, *Il «caso Sofri» ed il potere di grazia*, cit., p. 200, per cui la convergenza nella decisione delle volontà dei due organi coinvolti consentirebbe di evitare che il Presidente della Repubblica sia indotto a concedere la grazia a condannati eccellenti; E. BALBONI, *La clemenza è (prevalentemente) presidenziale ma non è sovrana*, in *La grazia contesa. Titolarità ed esercizio del potere di clemenza individuale*, cit., p. 16; E. DI BENEDETTO, *Grazia (potere di)*, cit., p. 2839; F. LAFFAILLE, *Droit de grâce et pouvoirs propres du Chef de l'Etat en Italie*, cit., p. 798.

³⁸ Più convincente è, a mio avviso, la tesi diametralmente opposta, ovvero che in fondo, tutti gli atti di clemenza hanno un rilievo politico, come ha messo bene in evidenza L. ELIA, *Sull'esercizio del potere di grazia: un caso di amnesia collettivo?*, cit., p. 789, secondo cui anche le grazie umanitarie, in realtà, «costituiscono atti di governo incidenti sulla politica della giustizia e non già esercizio imparziale di poteri incidenti sul funzionamento dell'apparato statale».

3. L’esercizio del potere clemenziale dopo la decisione della Corte e la grazia «simbolica» per i terroristi altoatesini.

Il primo seguito della sent. n. 200/2006 è stato l’immediata costituzione, da parte del neo-eletto Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, dell’*Ufficio per gli Affari dell’Amministrazione della Giustizia* e, al suo interno, di un apposito *Comparto Grazie*, al quale è stato assegnato, tra gli altri, il compito di trattare le pratiche relative alla concessione delle grazie³⁹. In tal modo il Quirinale ha recepito e fatto proprio, anche dal punto di vista organizzativo, il riconoscimento al Capo dello Stato dell’esercizio in via esclusiva del potere clemenziale⁴⁰.

Nel corso del primo mandato Giorgio Napolitano ha adottato ventitré provvedimenti di clemenza individuale, viceversa non ha concesso nessuna grazia nel suo secondo, breve, mandato⁴¹. Si tratta di un numero estremamente esiguo, se si considera che i suoi predecessori emisero una quantità ben più consistente di decreti, dagli oltre quindicimila di Einaudi fino ai centoquattordici di Ciampi⁴². Si consideri, tuttavia, che il *trend* fortemente decrescente, determinato con ogni probabilità dalla legislazione volta a valorizzare il profilo rieducativo del detenuto grazie anche all’introduzione di misure

³⁹ Sull’istituzione di tale ufficio v. L. D’AMBROSIO, *Esercizio del potere di grazia dopo la sentenza n. 200/2006 della Corte costituzionale*, in *Cassazione penale*, n. 2/2011, p. 781 ss.; A. PUGIOTTO, *La concessione della grazia (con particolare riferimento alla Presidenza Napolitano)*, cit., p. 14 ss.

⁴⁰ Sul rapporto di consequenzialità diretta tra esclusione del carattere duale della grazia e istituzione dell’apposito Ufficio sono chiarissime le parole contenute sul sito del Quirinale: “La esclusione del carattere “duale” del potere di grazia ha indotto a individuare nuove procedure idonee ad agevolare l’esercizio dei poteri-doveri che, nella materia, la Corte ha attribuito al Capo dello Stato e al Ministro. Dopo la sentenza della Corte la cooperazione tra le strutture ministeriali e quelle della Presidenza della Repubblica è stata piena e leale. Grazie a essa si è pervenuti alla elaborazione di prassi condivise tese a sviluppare in modo sistematico i principi enucleabili dalla sentenza 200/2006. Per la Presidenza della Repubblica, dunque, il primo effetto “organizzativo” determinato dalla sentenza è stato quello della costituzione di un apposito Ufficio cui è stata affidata sia la trattazione delle pratiche relative alla concessione delle grazie e alla commutazione delle pene sia la trattazione di tutti gli altri affari in materia di giustizia connessi alle competenze del Capo dello Stato” (www.quirinale.it/qnrw/statico/attivita/grazia/notagrazia.htm).

⁴¹ I dati, aggiornati al 14 gennaio 2015, fine della seconda Presidenza Napolitano, sono consultabili sul sito internet del Quirinale.

⁴² V. nota precedente.

alternative alla detenzione carceraria, iniziò già con Cossiga, per giungere infine con Napolitano ad assestarsi nel senso di un uso estremamente accorto dell'art. 87, c. 11, Cost.

La diminuzione dei decreti concessori, ovviamente, da sola non spiega le ragioni del suo utilizzo, che possono essere esplorate solamente caso per caso. Per quanto concerne la presidenza Napolitano, in particolare, è possibile affermare che fino al caso Sallusti cinque provvedimenti appaiono, pur senza poterne avere la certezza, determinati da ragioni estranee a valutazioni di ordine strettamente umanitario. Mi riferisco, in particolare, ai decreti elargiti nel 2007 a favore di cinque cittadini austriaci per vicende legate ad atti di terrorismo compiuti molti anni prima in Alto Adige. Come è stato correttamente osservato, appare arduo giustificare i provvedimenti di grazia per i cittadini sudtirolesi con ragioni di carattere umanitario, posto che la clemenza ha prodotto la sola cancellazione della residua pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici italiani, senza alcun effetto concreto sulla vita sociale condotta in Austria dai condannati⁴³. Si consideri, inoltre, che sul sito del Quirinale è reperibile il testo scritto di una conferenza stampa del Presidente della Repubblica resa in occasione della visita di Stato in Austria, poche settimane prima dell'adozione dei provvedimenti citati. Alla domanda di un giornalista che richiamava alcune affermazioni di Napolitano in merito alla particolare amicizia dell'Austria con l'Italia e alla necessità di superare talune questioni rimaste aperte, il Capo dello Stato, richiamando il caso dei terroristi altoatesini, così rispondeva: «Per persone la cui pena detentiva sia prescritta è senz'altro possibile un provvedimento di grazia per le pene accessorie. Naturalmente, sono misure più che altro simboliche. Significano sensibilità, buona volontà, per il superamento di vecchi contenziosi»⁴⁴. Le

⁴³ Questo aspetto è messo bene in evidenza da M. PISANI, *La grazia nel settennato 2006-2013 del Presidente Napolitano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3/2013, p. 1471 ss. In termini analoghi G. DONATI, *Il potere di grazia dopo la sentenza n. 200/2006 della Corte costituzionale: una verifica empirica*, in *Studium iuris*, n. 7/8-2008, p. 786, osserva che nel caso dei terroristi altoatesini sarebbero carenti le ragioni umanitarie per cui l'atto di clemenza sarebbe più che altro «un contributo simbolico alla chiusura di un capitolo della storia. Una grazia, insomma, di valore latamente politico, per questo straripante dal recinto monofunzionale posto dalla Consulta».

⁴⁴ Il testo della conferenza stampa, del 28 giugno 2007, è pubblicata su www.quirinale.it.

considerazioni svolte rendono fondato il sospetto del possibile valore di “politica internazionale” delle grazie concesse ai cittadini austriaci. Nondimeno, poiché a differenza dei casi che saranno discussi nei prossimi paragrafi, il Quirinale non ha emanato un comunicato volto ad esplicitare le ragioni poste a fondamento delle clemenze *de quibus*, non è possibile averne la certezza. Possiamo tutt’al più considerare questi casi come un primo, significativo, campanello d’allarme di come la grazia solo umanitaria rischi di ingabbiare il potere clemenziale in uno schema artificiale troppo stretto per reggere alla pressione di eventi, anche politici, per la cui composizione l’art. 87, c. 11, Cost., potrebbe porsi quale valvola di sfogo unica o più confacente rispetto ad altre.

Negli altri provvedimenti adottati da Napolitano, viceversa, non emergono lampanti discostamenti rispetto al paradigma della grazia elaborato dalla Corte. In essi è facilmente rinvenibile un preponderante contenuto di carattere umanitario, equitativo, volto ad «eliminare le conseguenze chiaramente contrastanti con il comune senso della giustizia derivanti dalla stretta applicazione della legge»⁴⁵. Si pensi, tra i vari, alla grazia concessa a Salvatore Piscitello, padre che uccise in condizioni drammatiche il figlio autistico, e a quella a favore di Ivan Liggi, poliziotto che cagionò la morte di un uomo nel corso di un concitato inseguimento automobilistico. In entrambi i casi le ragioni di giustizia del caso concreto appaiono dominanti rispetto ad ogni altra considerazione⁴⁶.

Ciò si può spiegare considerando come, fino agli episodi più recenti, non siano state sottoposte al Presidente della Repubblica domande di clemenza tali da indurre, attraverso la dispensa di grazie motivate da ragioni “politiche” esterne rispetto alla condizione del condannato, ad una espressa *rupture* con la sent. n. 200/2006. E difatti, con l’affiorare dei primi autentici *hard cases* comportanti valutazioni di ordine strettamente “politico”, slegate rispetto al profilo rieducativo/umanitario del destinatario, il Capo dello Stato non si è fatto scudo della decisione della Corte per respingerli, ma pur

⁴⁵ Così, in generale, G. ZAGREBELSKY, *Grazia (diritto costituzionale)*, cit., p. 767.

⁴⁶ Ricostruisce diversamente la prima fase della presidenza Napolitano G. DONATI, *Il potere di grazia dopo la sentenza n. 200/2006 della Corte costituzionale: una verifica empirica*, cit., p. 783, che registra un «andamento “ondivago”» del Capo dello Stato.

mantenendo ferma la decisione del giudice delle leggi nella parte in cui ha attribuito al solo Presidente della Repubblica la spettanza del potere di grazia ne ha espanso l'ambito di applicazione rigettando di fatto la tesi della monofunzionalità dell'istituto clemenziale.

4. Una prima (motivata) clemenza politica dopo la sent. n. 200/2006: il caso Sallusti.

I decreti clemenziali a favore di Sallusti e Romano III sono stati accompagnati – forse a causa della valenza mediatica e politica dei casi – da due lunghi e articolati comunicati pubblicati sul sito web del Quirinale⁴⁷.

Il primo caso si riferisce alla condanna a quattordici mesi di reclusione, confermata dalla Corte di Cassazione con sentenza del 23 ottobre 2012⁴⁸, nei confronti dell'allora direttore del quotidiano "Libero" Alessandro Sallusti per concorso in diffamazione aggravata a mezzo stampa⁴⁹. La decisione, ritenuta da molti sproporzionata ed eccessiva, ha generato un aspro dibattito tra le forze politiche e ha ricevuto ampia attenzione da parte dei mezzi di informazione: in breve, la condanna al giornalista ha assunto le sembianze di un vero e proprio caso politico. Alessandro Sallusti, è opportuno precisare, non

⁴⁷ L'analisi critica, dunque, non riguarderà direttamente i decreti presidenziali di clemenza, come è noto non pubblici e non ostensibili, ma i rispettivi comunicati che, plausibilmente, dovrebbero riportare in maniera completa le motivazioni. Si tenga presente, inoltre, che dal tenore letterale dei comunicati («la decisione tiene conto...»; «raccolge altresì gli orientamenti...»; «a fondamento della concessione della grazia il Capo dello Stato ha, in primo luogo, tenuto conto del fatto che...»; «in definitiva, con il provvedimento di grazia, il Presidente della Repubblica ha inteso dare soluzione...») non si evincono argomenti che possano indurre a ritenere riprodotte solo parzialmente le ragioni poste a fondamento dei provvedimenti di grazia in esame.

⁴⁸ Si tratta di Cass. pen., sez. V, 26 settembre 2012 (dep. 23 ottobre 2012), n. 41249. La sentenza è stata oggetto di un vivace dibattito tra gli studiosi del diritto penale e processuale penale in relazione a diversi profili, come quello connesso alla sospensione dell'esecuzione della pena detentiva. Su tali aspetti v. F. VIGANÒ, *Sulle motivazioni della Cassazione nel caso Sallusti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 24 ottobre 2012, p. 1 ss.; C. MERZI D'ERIL, *La condanna per diffamazione nei confronti di Sallusti: un paio di spunti, oltre le polemiche*, *ivi*, 28 novembre 2012, p. 1 ss.

⁴⁹ La diffamazione è stata rinvenuta sia a causa di un articolo firmato con lo pseudonimo *Dreyfus* sia per aver omesso il controllo sulla pubblicazione del titolo di un altro articolo di cronaca pubblicato lo stesso giorno.

ha scontato neppure un giorno di reclusione carceraria in quanto con un provvedimento del magistrato di sorveglianza, tra le perplessità della dottrina penalistica⁵⁰, è stato ammesso fin da subito all’esecuzione della pena detentiva presso il domicilio.

Il 21 dicembre 2012, a poche settimane dalla decisione della Cassazione, in deroga alla consolidata prassi per cui la clemenza non veniva concessa a breve distanza dalla sentenza definitiva di condanna⁵¹, il sito web del Quirinale ha annunciato la firma del decreto di commutazione della pena al direttore del quotidiano “Liberò” ai sensi dell’art. 87, c. 11, Cost. Il comunicato, oltre a riferire l’avvenuta acquisizione dei pareri favorevoli del Ministro della Giustizia e del Magistrato di sorveglianza nonché delle osservazioni contrarie del Procuratore generale di Milano, ha esposto gli elementi di fatto e di diritto considerati decisivi dal Presidente della Repubblica: a) la presa d’atto che «il giornale sul quale era stato pubblicato l’articolo giudicato diffamatorio dopo la condanna del suo *ex* direttore [Sallusti] ha riconosciuto la falsità della notizia formalizzando con la rettifica anche le scuse»; b) il recepimento degli «orientamenti critici avanzati in sede europea, in particolare dal Consiglio d’Europa, rispetto al ricorso a pene detentive nei confronti di giornalisti»; c) la considerazione che «la volontà politica *bipartisan* espressa in disegni di legge e sostenuta dal governo, non si è ancora tradotta in norme legislative per la difficoltà di individuare, fermo restando l’obbligo di rettifica, un punto di equilibrio tra l’attenuazione del rigore sanzionatorio e l’adozione di efficaci misure risarcitorie»; d) l’intenzione di «ovviare a una contingente situazione di evidente

⁵⁰ A. DELLA BELLA, *Il caso Sallusti: la discussa applicazione della legge ‘svuotacarceri’ al condannato che abbia già beneficiato della sospensione dell’ordine di esecuzione della pena detentiva*, 5 dicembre 2012, in *Diritto penale contemporaneo*, p. 1 ss.

⁵¹ La prassi è richiamata dallo stesso Presidente Napolitano in una nota informativa del 12 gennaio 2008 pubblicata sul sito web del Quirinale, che riproduce la *Risposta del Presidente Napolitano al sen. Gustavo Selva sulla questione della grazia a Bruno Contrada*. Napolitano ricorda che la grazia non può essere concessa quando essa costituisce «un improprio rimedio volto a sindacare la correttezza della decisione penale adottata dal giudice. Questa ultima affermazione trova conferma nel messaggio che il Presidente Scalfaro inviò ai Presidenti delle Camere il 24 ottobre 1997 ove sostenne che “qualora applicata a breve distanza dalla sentenza definitiva di condanna”, la grazia “ha il significato di una valutazione di merito opposta a quella del magistrato, configurando un ulteriore grado di giudizio che non esiste nell’ordinamento e determinando un evidente pericolo di conflitto di fatto tra poteri».

delicatezza, anche nell'intento di sollecitare, nelle istituzioni e nella società, una riflessione sull'esigenza di pervenire a una disciplina più equilibrata ed efficace dei reati di diffamazione a mezzo stampa».

Si tratta di motivazioni che non affrontano in nessun passaggio le eccezionali esigenze di giustizia del caso concreto in cui si sarebbe trovato il condannato, ma che al contrario appaiono legate a considerazioni più generali di "politica legislativa", tali da rendere esplicita una prima sintomatica "fuga" dai limiti funzionali posti dalla sent. n. 200/2006.

Invero, secondo una parte della dottrina, orientata a minimizzare l'impatto dei casi in esame al fine di preservare la "tenuta" della sent. n. 200/2006, sarebbe scorretto considerare il caso Sallusti una grazia politica: 1) in quanto il giornalista sarebbe stato beneficiato di una commutazione della pena e non di una grazia in senso stretto, istituti concettualmente autonomi l'uno rispetto all'altro, come desumibile dalla formulazione dell'art. 87, c. 11, Cost., che li indica come se fossero due provvedimenti di natura diversa; 2) perché la condanna di un direttore di giornale per omesso controllo sul contenuto di un articolo «molto assomiglia a una forma di responsabilità oggettiva, rispetto alla quale il profilo rieducativo della sanzione detentiva appare assente in partenza», per cui il provvedimento di clemenza emesso dovrebbe essere ricondotto, ai sensi dell'art. 27, c. 3, Cost., a ragioni umanitarie⁵².

Nessuna delle due ragioni sopra esposte è condivisibile.

Quanto alla prima, credo al contrario che dalla formulazione dell'art. 87, c. 11, Cost. («Il Presidente della Repubblica ... può concedere grazia e commutare le pene») non si evinca affatto che la grazia in senso stretto e la commutazione della pena siano poteri autonomi e distinti. Al contrario i due istituti, non a caso inseriti in una stessa disposizione, sono riconducibili ad una medesima finalità clemenziale e possono considerarsi estrinsecazione di un medesimo potere⁵³. Per questa ragione è d'uso comune – lo stesso ufficio del

⁵² A. PUGIOTTO, *Fuori dalla regola e dalla regolarità: la grazia del Quirinale al colonnello USA*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013, p. 4.

⁵³ Così P. POMANTI, *Grazia*, in *Dig. disc. pen.*, III agg., 2005, p. 655. L'Autore ritiene oggi risolta, in dottrina, la questione «se il potere di commutare la pena rientri nel più generale potere di grazia – intesa quest'ultima in senso stretto – ovvero se debba intendersi come un autonomo potere (c.d. potere di commutazione)» nel senso che «entrambe le

Quirinale si chiama dopotutto *Comparto Grazie* – utilizzare il termine grazia in senso ampio per ricomprendere sia la grazia in senso stretto sia la commutazione della pena. Questo significa che i principi fissati dalla sent. n. 200/2006, pur riguardando un caso di grazia in senso stretto, debbono intendersi rivolti all’esercizio del potere clemenziale in generale. Ragionare diversamente porterebbe alla conseguenza assurda per cui il Presidente della Repubblica potrebbe concedere la grazia in senso stretto per considerazioni esclusivamente umanitarie, viceversa potrebbe accordare la commutazione della pena senza alcun limite di carattere funzionale e quindi anche per ragioni politiche.

Neppure la seconda ragione addotta può essere accolta. L’ex direttore di “Libero” Alessandro Sallusti è stato condannato non solo per omesso controllo sul contenuto di un articolo, ma altresì per aver disposto «con consapevolezza e volontà»⁵⁴ la pubblicazione di un ulteriore articolo manifestamente diffamatorio, firmato dall’autore con uno pseudonimo nel tentativo di sfuggire ad una prevedibile denuncia penale. Rispetto a questo secondo fatto risulta arduo escludere *a priori* che nei confronti di un condannato per un reato commesso in concorso doloso la sanzione detentiva sia in sé priva di una funzione rieducativa.

Ciò che rileva, nel riprendere l’analisi del comunicato quirinalizio, è che nessuna delle motivazioni accampate sia riconducibile, direttamente o indirettamente, a concrete ragioni di carattere

ipotesi sarebbero espressione del medesimo potere di clemenza», seguono cioè il «medesimo istituto e seguono lo stesso procedimento applicativo». In termini analoghi si esprime G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, cit., p. 175, che definisce la grazia in senso stretto come «un provvedimento individuale di clemenza che agisce, non diversamente dall’indulto, sulle pene comminate, condonandole o commutandole in altra specie di pena». In senso conforme v. altresì G. GIANZI, *Grazia (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 772; R. REALI, *Grazia. II) Diritto penale*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, 1989, p. 1, che considera la grazia, come ricavabile dall’art. 87, c. 11, Cost., sia una causa estintiva individuale della pena, sia «un provvedimento determinante il mutamento della pena da eseguire in corso di esecuzione». Ancora più chiaramente M. FIORILLO, *Il Capo dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 73, osserva che la grazia è un «provvedimento di clemenza concesso dal Presidente della Repubblica che permette la remissione, totale o parziale, della pena inflitta o la commutazione in un’altra sanzione», per cui «la nozione di grazia assorbe il condono delle pene, pure elencato tra le attribuzioni presidenziali».

⁵⁴ Così si esprime Cass. pen., sez. V, 26 settembre 2012, n. 41249.

equitativo o a peculiari condizioni del condannato, elementi imprescindibili nell'istruttoria delle pratiche sulle grazie strettamente umanitarie, come evidenziato da un documento ufficiale a firma del Consigliere del Presidente della Repubblica per gli Affari dell'Amministrazione della Giustizia elaborato successivamente alla sent. n. 200/2006⁵⁵. Gli unici riferimenti del comunicato a fatti connessi alla vicenda Sallusti non concernono comunque comportamenti qualificabili come "operosi" da parte del giornalista e quindi apprezzabili ai sensi dell'art. 27, c. 3, Cost. I richiami, nell'ordine, alle dichiarazioni pubbliche di perdono rese dalla vittima della diffamazione, alla presa d'atto della rettifica dell'articolo diffamatorio ed alle scuse del giornale quando però Sallusti non ricopriva più la carica di direttore, sono tutti episodi estranei alla volontà del condannato e quindi irrilevanti al fine di valutarne il possibile ravvedimento.

Le restanti motivazioni palesate nel comunicato non fanno alcun riferimento alla vicenda concreta, ma svolgono più generali apprezzamenti di politica criminale. Si pensi alla considerazione che il Consiglio d'Europa avrebbe espresso degli orientamenti critici sul ricorso a pene detentive nei confronti dei giornalisti e alla rilevata esistenza di una volontà politica *bipartisan* volta ad attenuare il profilo sanzionatorio della diffamazione a mezzo stampa. Come si evince

⁵⁵ L. D'AMBROSIO, *Esercizio del potere di grazia dopo la sentenza n. 200/2006 della Corte costituzionale*, cit., p. 780 ss. (il documento è consultabile altresì sul sito web del Quirinale). Nel punto 2.9 dello scritto si afferma che dopo la sent. n. 200/2006 «A seguito di rigorosi e approfonditi accertamenti, la grazia viene perciò concessa solo quando il senso di umanità cui le pene debbono ispirarsi – sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali della persona e sotto quello della emenda – non può essere garantito ricorrendo agli strumenti ordinari apprestati dal sistema penale e dall'ordinamento penitenziario (artt. 2 e 27 comma 3 della Costituzione)» (p. 783). Si precisa, poi, nel punto 2.10 dello scritto, che ogni decisione sul merito «è stata adottata dopo aver valutato: - la peculiarità umanitaria che il caso presentava (ad esempio, per la risalenza nel tempo del delitto commesso, per la età e incensuratezza del suo autore, per il contesto – "storico", personale, familiare – in cui si è verificato ...); - il periodo di pena espiato; - l'assenza di elementi dai quali dedurre l'attuale pericolosità del condannato; - gli esiti del processo rieducativo e, specie, per le domande di grazia relative a pene accessorie, l'intervenuto reinserimento sociale del condannato; - la condotta inframuraria tenuta; - le osservazioni delle vittime del reato o, in caso di loro morte, dei loro familiari; - la incompatibilità delle condizioni di salute del condannato con lo stato detentivo e la inattitudine a fronteggiarne la precarietà con i benefici ordinari (penali e penitenziari)» (p. 784).

dalla parte finale del comunicato, è alla luce di queste ultime considerazioni che il Capo dello Stato ha inteso ovviare ad una non meglio definita «contingente situazione di evidente delicatezza» per spronare così le forze politiche e sociali ad una maggior attenzione in merito all’opportunità di ridefinire le pene relative ai delitti commessi a mezzo stampa.

In sintesi, per la concessione della clemenza a Sallusti le considerazioni di carattere umanitario, secondo la sent. n. 200/2006 uniche e imprescindibili, sono state irrilevanti nell’*iter* decisionale seguito dal Presidente della Repubblica. Le cause determinanti il decreto concessorio sono state stringenti valutazioni di politica criminale, maturate in un dibattito politico che ha stimolato la presentazione di appositi progetti di legge nella convinzione, diffusasi tra le forze politiche, che nei confronti dei giornalisti condannati per reati a mezzo stampa la legge penale non dovrebbe prevedere la sanzione della reclusione⁵⁶. Solamente la mancanza di una convergenza politica su tali proposte normative ha forse indotto il Presidente della Repubblica, a mo’ di *exemplum*, a commutare la pena per il giornalista. Possiamo perciò concludere nel senso che il provvedimento clemenziale per Sallusti non sia stato determinato da ragioni “umanitarie”, di giustizia equitativa, ma che al contrario esso sia stato mosso da considerazioni ulteriori, di “politica criminale” appunto, in questi termini da motivazioni strettamente politiche⁵⁷.

⁵⁶ Quanto detto è confermato da un comunicato del Quirinale del 27 settembre 2012, quando il dibattito sulla stampa e a livello politico era particolarmente acceso, nel quale si rende noto dell’incontro tra il Presidente della Repubblica e il Ministro della Giustizia, Paola Severino. A seguito di tale colloquio, si legge nel comunicato, le parti «hanno convenuto sulla esigenza di modifiche normative in materia di diffamazione a mezzo stampa, tenendo conto delle indicazioni della Corte europea di Strasburgo, non escludendo possibili ricadute concrete sul caso Sallusti».

⁵⁷ Dello stesso mio avviso M. PISANI, *La grazia nel settennato 2006-2013 del Presidente Napolitano*, cit., p. 1475, secondo cui «l’inciso finale del comunicato fa chiaramente intendere che dal provvedimento di “commutazione” esulavano del tutto intendimenti umanitari del tipo di quelli raccomandati dalla Consulta, e piuttosto si dava esplicito (ed in qualche modo anticipato) riconoscimento ad esigenze di politica legislativa». Analoga lettura del caso Sallusti è offerta da P. POMANTI, *Ancora sul potere di grazia*, in *Archivio penale*, n. 1/2013, p. 14, che ritiene la commutazione della pena per Sallusti dettata più che altro da ragioni politiche, quale stimolo per una riforma dei reati di diffamazione a mezzo stampa: «così, la grazia appare concessa più per ragioni di dissenso del Presidente della Repubblica nei confronti di una norma incriminatrice che avrebbe voluto diversa. Una

5. Una seconda (motivata) clemenza politica dopo la sent. n. 200/2006: il caso Romano III.

A distanza di pochi mesi dalla commutazione della pena per Sallusti il Presidente della Repubblica ha concesso un secondo provvedimento di grazia per molti aspetti analogo. Esso ha riguardato il colonnello statunitense della NATO Joseph L. Romano III, condannato alla pena di sette anni di reclusione con sentenza diventata irrevocabile il 19 settembre 2012, per il rapimento ed il susseguente trasferimento in Egitto dell'Imam di Milano Abu Omar, in concorso con numerosi agenti della CIA e del SISMI. La sentenza nei confronti del colonnello Romano, all'epoca dei fatti addetto alla sicurezza della base di Aviano, ne ha riconosciuto la piena responsabilità avendo egli contribuito materialmente al sequestro di Abu Omar⁵⁸. Per un completo inquadramento del caso Romano III si tenga presente che non è stato possibile dare esecuzione alla sentenza della Corte di Cassazione in quanto il colonnello, già irreperibile nel corso delle indagini nonostante l'adozione nei suoi confronti di una misura cautelare, si è reso poi latitante fino alla concessione della grazia.

Il provvedimento di grazia, come si evince dal comunicato pubblicato sul sito del Quirinale, è stato concesso il 5 aprile 2013, come nel caso Sallusti a pochi mesi di distanza dalla sentenza definitiva di condanna, in contrasto con una prassi nettamente contraria a concedere un atto di clemenza che, per la tempistica ravvicinata, potrebbe apparire come un improprio quarto grado di

sorta di conflitto: un Parlamento che non modifica una norma incriminatrice ed un Presidente della Repubblica che concede la grazia poiché tale norma non viene modificata». V. altresì G. SCACCIA, *Presidente della Repubblica e ordine giudiziario durante il mandato di Napolitano (maggio 2006 – gennaio 2014)*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2013, p. 609, secondo cui «dalle affermazioni contenute nella nota quirinalizia che si sono appena riportate risulta chiaro che l'atto di clemenza in favore del giornalista non si fonda su peculiari e straordinarie esigenze di natura umanitaria o equitativa – che lo stesso beneficiario del provvedimento aveva dichiarato pubblicamente di reputare insistenti – bensì su valutazioni di ordine schiettamente ed esclusivamente politico».

⁵⁸ Il ruolo del condannato è consistito, in particolare, nell'aver consentito l'ingresso nella base del furgone con a bordo il rapito e di averlo, in seguito, fatto imbarcare su un volo diretto alla base di Ramstein in Germania.

giudizio, fortemente delegittimante per l'organo giudicante⁵⁹.

Nella nota del Quirinale si è evidenziato che nel corso dell'attività istruttoria sono stati acquisiti, oltre alla documentazione relativa alla domanda di grazia avanzata dal difensore del condannato e alle osservazioni contrarie del Procuratore generale di Milano, anche il parere non ostativo del Ministro della Giustizia. Inoltre, si è precisato che il Presidente della Repubblica ha tenuto conto, a fondamento della concessione della grazia, dei seguenti elementi: a) che il Presidente degli Stati Uniti Obama, «subito dopo la sua elezione, ha posto fine a un approccio alle sfide della sicurezza nazionale, legato ad un preciso e tragico momento storico e concretatosi in pratiche ritenute dall'Italia e dalla Unione Europea non compatibili con i principi fondamentali di uno Stato di diritto»; b) che la stessa sentenza della Cassazione, pur escludendo il beneficio in capo all'imputato della causa di giustificazione dell'ordine delle autorità statunitensi, avrebbe ricordato i fatti drammatici dell'11 settembre 2001 ed il clima di paura e preoccupazione diffusosi in tutto il mondo con la conseguente adozione da parte degli Stati Uniti di drastici provvedimenti; c) che ai sensi del D.P.R. n. 27/2013, adottato successivamente alla condanna definitiva di Romano III, sarebbe ora possibile esercitare la rinuncia della giurisdizione italiana sui reati commessi da militari NATO in ogni stato e grado del processo, per cui «il sopravvenire di tale nuova disciplina costituisce sicuramente un fatto nuovo e rilevante il quale avrebbe fatto emergere un contesto giuridico diverso, più favorevole – nel presupposto della tempestività della rinuncia – all'imputato». Nella parte finale del comunicato si è sottolineato come, in definitiva, con la grazia a Romano III si sarebbe inteso «dare soluzione a una vicenda considerata dagli Stati Uniti senza precedenti per l'aspetto della condanna di un militare statunitense della NATO per fatti commessi sul territorio italiano, ritenuti legittimi in base ai provvedimenti adottati dopo gli attentati alle Torri Gemelle di New York». Si è così voluto ovviare, conclude la nota, «a una situazione di evidente delicatezza sotto il profilo delle relazioni bilaterali con un Paese amico, con il quale intercorrono rapporti di alleanza e dunque di stretta cooperazione in funzione dei comuni obiettivi di promozione della democrazia e di tutela della sicurezza».

⁵⁹ V. nota n. 39 relativa al caso Sallusti.

Le motivazioni poste a sostegno della grazia per il colonnello americano, esattamente come per il caso Sallusti, eccedono, a mio avviso, i limiti funzionali individuati dalla sent. n. 200/2006: nessuna tra esse, infatti, fa riferimento a specifici elementi di carattere umanitario o equitativo coinvolgenti la persona del condannato⁶⁰. Rispetto al decreto concessorio per Sallusti, in aggiunta, sono presenti alcune motivazioni che non paiono ricollegabili neppure a valutazioni di stretta politica internazionale, apparendo più che altro dei deboli tentativi di mascheramento di una grazia strettamente politica con poco convincenti argomenti in punto di diritto.

Mi riferisco, innanzitutto, alla citazione di un passo della sentenza della Cassazione nel quale si accennerebbe alla drammaticità del clima creatosi successivamente ai fatti dell'11 settembre (v. sopra il punto b). Il richiamo potrebbe indurre a credere che il collegio giudicante pur ritenendo attenuabile, entro certi limiti, la gravità dei fatti compiuti dai condannati nell'ambito del rapimento di Abu Omar, non abbia potuto giungere a tale determinazione a causa della rigidità della legislazione penale allora vigente. In realtà, nella sentenza prevalgono nettamente giudizi di dura e ferma contrarietà rispetto alla gravità dei reati consumati, tali da rendere perfettamente corrispondenti e senza riserve le motivazioni della decisione rispetto alla sanzione inflitta.

Si appalesa, inoltre, inconferente il riferimento alla ritenuta mutata situazione normativa, successiva alla condanna definitiva degli imputati, determinata dal D.P.R. n. 27/2013 che, come più sopra accennato, consente oggi la rinuncia della giurisdizione italiana dei militari della NATO in ogni stato e grado del procedimento. Diversamente da quanto affermato nel comunicato del Quirinale, anche se tale modifica normativa fosse entrata in vigore prima della condanna definitiva di Romano III, non sarebbe affatto emerso un contesto normativo più favorevole per l'imputato. Invero, è ragionevole ritenere che se pure il Ministro della Giustizia avesse potuto presentare al giudice, nel corso del processo, la richiesta di rinuncia alla giurisdizione italiana, questa sarebbe stata respinta. La

⁶⁰ Sottolinea G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, indulto e grazia. Profili costituzionali*, cit., p. 195, come «è proprio attraverso la valorizzazione del giudizio concreto sulla personalità del condannato che può esplicarsi quella funzione della grazia che si è denominata di “personalizzazione” della pena».

spiegazione è semplice: il radicamento della giurisdizione italiana nei confronti degli imputati stranieri è stato determinato, come diffusamente motivato nella sentenza, dalla circostanza che il fatto contestato era configurato come reato solo in Italia, ma non negli Stati Uniti, dove appunto le detenzioni straordinarie erano legali. In assenza del presupposto della giurisdizione concorrente, dunque, il giudice non avrebbe mai potuto concedere l'autorizzazione alla rinuncia della giurisdizione italiana nei confronti degli imputati⁶¹.

Le motivazioni sopra esaminate, dunque, non spiegano le ragioni della grazia al militare della NATO. A svolgere una funzione chiarificatrice sono soltanto alcuni passaggi finali della nota del Quirinale che illustrano, questa volta con maggior persuasività, le ragioni che hanno indotto Napolitano a graziare il militare della NATO. Nella parte conclusiva del comunicato, infatti, il Capo dello Stato ha chiarito, con una espressione analoga a quella adoperata per il caso Sallusti, come la clemenza per Romano III abbia inteso ovviare ad «una situazione di evidente delicatezza» sotto il profilo delle relazioni bilaterali con un Paese amico come gli Stati Uniti, con il quale intercorrono rapporti di alleanza in funzione dei comuni obiettivi di promozione della democrazia e di tutela della sicurezza⁶².

I passaggi da ultimo richiamati mostrano come la grazia a favore di Romano III sia stata determinata da superiori ragioni di politica internazionale e forse, proprio per questo, null'altro vi sarebbe stato da aggiungere nel comunicato del Quirinale⁶³. Di fronte alla “ragion di

⁶¹ Osserva giustamente G. SCACCIA, *Presidente della Repubblica e ordine giudiziario...*, cit., p. 613, che «l'innovazione legislativa che il Quirinale indica tra le ragioni giustificative del provvedimento di clemenza, dunque, non poteva produrre alcun effetto favorevole all'imputato Romano e non è in grado pertanto di fornire una 'copertura' tecnico-giuridica ad una decisione interamente politica». In senso fortemente critico v. pure G. BARTOLINI, *La grazia al Co. Joseph L. Romano coinvolto nella extraordinary rendition di Abu Omar e il D.P.R. 11 marzo 2013, n. 27*, in *Blog della Società italiana di Diritto internazionale*, 7 maggio 2013, p. 1 ss.; D. GALLO, *Salvare il soldato Romano. Una grazia senza giustizia all'ombra di un intrigo internazionale*, in *Questionegiustizia.it*, 3 maggio 2013, p. 1 ss.

⁶² Sulle possibili responsabilità di diritto internazionale in seguito alla concessione della grazia al colonnello Romano III v. le interessanti riflessioni di E. CARPANELLI, *Extraordinary renditions e diritti umani: alcune riflessioni sul caso Abu Omar*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2013, p. 315 ss.

⁶³ V. in senso conforme M. LUCIANI, *La gabbia del Presidente*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, p. 5, secondo cui nella clemenza per Romano III «di umanitario non v'è nulla, e la motivazione della grazia è esplicitamente *politicienne*»; A. PUGIOTTO, *Fuori dalla regola e*

Stato”, che si appalesa nel caso Romano III in maniera manifesta, le ulteriori motivazioni appaiono, più che altro, inutilmente posticce⁶⁴.

6. Prefigurazioni di una terza (mancata) clemenza politica: il caso Berlusconi.

Le clemenze per Sallusti e Romano III non sono due casi isolati. Alcuni comunicati emessi dal Quirinale in relazione alle vicende giudiziarie del *leader* politico Silvio Berlusconi, difatti, hanno dato conferma dell’abbandono, nell’interpretazione presidenziale della grazia, dei limiti funzionali sanciti dalla sent. n. 200/2006.

Nella lunga nota del 13 agosto 2013 il Capo dello Stato ha dato una risposta alle pressanti richieste di alcune forze politiche in merito alla concessione della grazia a Berlusconi, condannato qualche giorno prima con sentenza definitiva alla pena di quattro anni di reclusione per frode fiscale⁶⁵. Ciò che colpisce nel comunicato è lo stretto collegamento rilevato tra gli effetti della condanna a Berlusconi, la stabilità del Governo Letta, allora in carica, e un possibile atto di clemenza per il *leader* del centro-destra. Il Presidente Napolitano, in particolare: a) ha ricordato come l’interesse fondamentale del Paese fosse lo sviluppo di un’azione di governo volta a produrre un deciso rilancio dell’economia e dell’occupazione; b) ha sottolineato come sarebbe stato fatale in quel frangente una crisi di governo in quanto avrebbe comportato instabilità e incertezza e avrebbe allontanato l’Italia dalla ripresa economica; c) ha apprezzato come le forze politiche di maggioranza avessero riaffermato il sostegno al governo Letta; d) non ha nascosto le tensioni politiche che sarebbero potute

dalla regolarità: la grazia del Quirinale al colonnello USA, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, p. 3, che osserva come nella vicenda in esame «il potere di clemenza individuale non risponde ad alcuna esigenza, né umanitaria, né equitativa»; G. SCACCIA, *Presidente della Repubblica e ordine giudiziario...*, cit., p. 613 ss.;

⁶⁴ Richiama la ‘ragion di Stato’ M. PISANI, *La grazia nel settennato 2006-2013 del Presidente Napolitano*, cit., p. 476: «una *ratio* che si può sintetizzare, ben lontano dalle ragioni umanitarie, o di tipo equitativo, e rieducativo dei singoli, col richiamo, nel senso più ampio del termine, della “ragion di Stato”».

⁶⁵ Per una approfondita ricostruzione critica della vicenda v. G. SCACCIA, *Presidente della Repubblica e ordine giudiziario durante il mandato di Napolitano*, cit., p. 617 ss.

nascere in seguito alla sentenza di condanna di Berlusconi e ha deplorato l'agitare, in contrapposizione a tale sentenza, di ipotesi impraticabili di scioglimento delle Camere; e) ha ritenuto comprensibile l'emersione di turbamento e preoccupazione «per la condanna a una pena detentiva di personalità che ha guidato il governo ... e che è per di più rimasto *leader* incontrastato di una formazione politica di innegabile importanza»; f) che è comunque necessario rispettare il principio di divisione dei poteri e l'indipendenza della magistratura.

Il Capo dello Stato si è poi soffermato sui requisiti richiesti per l'adozione di un atto di clemenza a favore di Berlusconi evidenziando tre aspetti: a) la necessaria presentazione di una domanda di grazia *ad hoc* per l'avvio della relativa procedura; b) la verifica della sussistenza di presupposti tali che «senza toccare la sostanza e la legittimità della sentenza passata in giudicato possono motivare un eventuale atto di clemenza individuale che incida sull'esecuzione della pena principale»; c) l'instaurarsi di «un clima di comune consapevolezza degli imperativi della giustizia e delle esigenze complessive del Paese».

Nella parte finale il comunicato ha ribadito, seppur con toni sfumati, la disponibilità a concedere la grazia a Berlusconi se utile per l'avvio di un dialogo tra le forze politiche improntato alla coesione e alla convergenza nell'interesse nazionale del Paese: «ogni gesto di rispetto dei doveri da osservare in uno Stato di diritto, ogni realistica presa d'atto di esigenze più che mature di distensione e di rinnovamento nei rapporti politici, sarà importante per superare l'attuale difficile momento».

Al comunicato sopra descritto, conciliante e possibilista nei contenuti ha fatto seguito, a distanza di pochi mesi, una dura e preclusiva nota quirinalizia. In essa il Capo dello Stato ha rilevato come le dichiarazioni pubbliche di Berlusconi sulla presunta faziosità politica di alcuni magistrati costituissero, in quel particolare frangente politico, un comportamento antitetico rispetto ai comportamenti distensivi richiesti nella precedente nota del 13 agosto al fine della creazione di un *milieu* favorevole «... per un eventuale intervento del Capo dello Stato sulla base della Costituzione, delle leggi e dei precedenti».

Si tratta di affermazioni che confermano, *ad abundantiam*, la mancata adesione del Presidente della Repubblica alla teoria

interpretativa della grazia intesa come atto esclusivamente umanitario. Si consideri, inoltre, che si tratta dell'ultima nota ufficiale del Presidente Napolitano in materia di grazia. Nei due anni successivi fino alle dimissioni del 14 gennaio 2015, difatti, il Capo dello Stato non ha più adottato alcun provvedimento clemenziale.

È perciò possibile trarre ora un bilancio della presidenza Napolitano in merito all'uso dell'art. 87, c. 11. Cost.

7. La configurazione della grazia dopo i casi Sallusti, Romano III e Berlusconi

a) la mancata stabilizzazione della teoria monofunzionale del potere di clemenza.

La valutazione dell'impatto dei casi Sallusti, Romano III e Berlusconi sulla capacità della sent. n. 200/2006 di fungere da paradigma per la corretta interpretazione dell'art. 87, c. 11, Cost., dipende in via pregiudiziale dal riconoscimento o meno del valore di precedente vincolante alle sentenze risolutive di un conflitto interorganico.

Con riferimento al caso Romano III, infatti, una parte della dottrina ha ritenuto che la pur criticabile clemenza concessa al militare della NATO non avrebbe incrinato la portata precettiva della sent. n. 200/2006, la cui forza coattiva sarebbe rimasta intatta: la fuoriuscita di un singolo atto di grazia «dall'orizzonte costituzionale così tracciato ... non intacca né la regola né la sua doverosa implementazione, della cui regolarità è bene che il Presidente della Repubblica si faccia geloso custode, se intende – come deve – trasferire integra, al proprio successore, una prerogativa finalmente restituita al disegno costituzionale della pena»⁶⁶.

Diversamente da quanto sostiene la dottrina in esame ritengo che i principi fissati dalla Corte nella sent. n. 200/2006 non possano essere qualificati come un vero e proprio precedente inderogabile per il Presidente della Repubblica e il Ministro della giustizia

⁶⁶ Così A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, p. 9.

controfirmante. Concordo, difatti, con chi ritiene non sia possibile parlare in generale di un vero e proprio giudicato nell’ambito del conflitto interorganico in quanto «la apicalità degli atti in discussione e la mancanza di un rimedio come il giudizio di ottemperanza rendono necessaria la riduzione del giudicato a precedente di estrema stringenza»⁶⁷. In questi termini il giudicato di una sentenza che risolve un conflitto tra poteri si forma tutt’al più in ordine alla spettanza delle attribuzioni contestate e non sul significato delle norme conferenti alla risoluzione del conflitto, ragion per cui la decisione della Corte sul potere di grazia può essere considerata un precedente autorevole ma non certo un atto giuridicamente vincolante⁶⁸. Certamente, ma si tratta di una questione che meriterebbe una riflessione *ad hoc*, ci si dovrebbe interrogare più in generale sulle implicazioni determinate da una sentenza che risolve un conflitto tra poteri quando una delle parti è, come la Corte, un organo di garanzia al quale poi spetterebbe, come nel caso affrontato, dare attuazione alla decisione del giudice delle leggi.

È sul piano dell’“autorevolezza”, dunque, e non su quello dell’“autorità” che deve essere verificata la capacità di tenuta della decisione della Corte. In questi termini, per capire se la sent. n. 200/2006 possa essere considerata ancora oggi un punto di riferimento per l’interpretazione del potere clemenziale è necessario verificare se, a partire e sulla base di tale decisione, si siano instaurate delle convenzioni costituzionali, in funzione stabilizzatrice, ad essa conformi. Difatti, lo sviluppo da parte degli attori costituzionali coinvolti di una prassi ermeneutica di segno concorde rispetto a

⁶⁷ A. CERRI, *Appunti sul c.d. “giudicato costituzionale”*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 12/2009, p. 2835, ed ivi per ulteriori riferimenti bibliografici in senso conforme. In linea con quanto sostenuto osserva G.M. SALERNO, *Brevi riflessioni su alcuni aspetti problematici della sentenza della Corte costituzionale in tema di concessione della grazia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2006, p. 2019, che «la declaratoria di incompetenza che accompagna la pronuncia di annullamento nei conflitti di attribuzione, non trascende per alcun verso il caso deciso e neppure fornisce una definizione valevole in astratto dei rapporti tra i poteri dello Stato coinvolti nel conflitto, né tanto meno costituisce un precedente giuridicamente vincolante per il futuro». Per l'impostazione classica in merito ad oggetto ed effetti del giudizio nel conflitto interorganico v. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, Cedam, Padova, 1974, p. 200 ss.

⁶⁸ Così M. PISANI, *La grazia nel settennato 2006-2013 del Presidente Napolitano*, cit., p. 1470.

quanto sancito dalla Corte indurrebbe a ritenere consolidata la capacità conformante della decisione; al contrario, prassi interpretative discordanti mostrerebbero la mancata presa della stessa nel tessuto politico-istituzionale⁶⁹.

Per rispondere a tale interrogativo è necessario considerare separatamente le due asserzioni fondamentali attorno alle quali si è dipanato l'apparato motivazionale della decisione del giudice delle leggi, ovvero da un lato la qualificazione della grazia come atto esclusivamente umanitario e dall'altro lato la riconduzione del potere clemenziale tra gli atti formalmente e sostanzialmente presidenziali. Le considerazioni da svolgere rispetto ai due profili richiamati sono, difatti, profondamente diverse.

Quanto alla prima asserzione enunciata dalla sentenza della Corte, abbiamo più sopra mostrato come i casi Sallusti, Romano III e Berlusconi ne abbiano portato alla luce l'estrema fragilità argomentativa. In tutti e tre gli *hard cases* sorti dopo la decisione del 2006 le considerazioni che hanno mosso il Capo dello Stato hanno fatto riferimento solamente a pressanti ragioni di ordine strettamente "politico" (politica criminale, politica internazionale, pacificazione/unità nazionale) considerate nei casi specifici costituzionalmente adeguate per l'adozione di un decreto concessorio. Nelle valutazioni del Presidente della Repubblica, alle prese con casi "scottanti" come quelli esaminati, è maturata la convinzione – in mancanza di decisivi argomenti contrari rinvenibili nel testo costituzionale – che la grazia possa, seppur in casi eccezionali, fungere ancora oggi da valvola di sfogo per risolvere questioni (come quelle sopra richiamate) non diversamente componibili e che, di conseguenza, non possa condividersi la tesi volta a espungere dall'ambito funzionale della clemenza eventuali matrici di tipo politico⁷⁰.

⁶⁹ Sulle regole non scritte nel diritto costituzionale v. tra i tanti G.U. RESCIGNO, *Le convenzioni costituzionali*, Cedam, Padova, 1972; S. BARTOLE, *Le convenzioni della Costituzione tra storia e scienza politica*, in *Il Politico*, 1983, p. 251 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Volume primo. Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1990, p. 259 ss.; G. DEMURO, *Regole costituzionali non scritte tra diritto ed altre scienze*, Giappichelli, Torino, 2003.

⁷⁰ Come ha scritto M. LUCIANI, *La gabbia del Presidente*, cit., p. 5, i casi Sallusti e Romano III confermano «la fragilità della ricostruzione storica e dogmatica prospettata

Dobbiamo registrare, dunque, non solo la mancata emersione di convenzioni stabilizzatrici nel periodo considerato, ma ancor di più l’aspettarsi di un approccio esegetico all’art. 87, c. 11, Cost. di segno opposto. La sent. n. 200/2006 non ha esercitato, dunque, rispetto al primo assunto formulato dalla Corte, quella forza conformante nei confronti dei soggetti costituzionali coinvolti che pure molti auspicavano⁷¹.

È stata viceversa accolta da migliore fortuna nella prassi interpretativa del Quirinale, come vedremo nel prossimo paragrafo, la qualificazione del provvedimento di grazia come atto formalmente e sostanzialmente presidenziale.

b) Il consolidamento del potere di clemenza come atto formalmente e sostanzialmente presidenziale.

Come accennato nella parte iniziale del presente scritto, la delimitazione del perimetro funzionale della grazia soddisfaceva, nella logica della Corte, ad una esigenza di bilanciamento rispetto alla qualificazione del potere clemenziale come atto formalmente e sostanzialmente presidenziale. Detto in altri termini, per giustificare l’attribuzione esclusiva del potere di grazia al Capo dello Stato e la contestuale estromissione del Ministro della Giustizia dalla fase decisoria, lo stesso istituto clemenziale doveva essere espunto da ogni contenuto politico. L’equazione elaborata dalla Corte era semplice: poiché il Presidente della Repubblica è un organo imparziale, estraneo al circuito dell’indirizzo politico di maggioranza, il potere di grazia concepito come atto presidenziale non può mai da questi essere esercitato per ragioni di carattere politico, ma solamente in funzione dei valori costituzionali dei quali è il custode, *in primis* l’art. 27, comma 3 Cost.

Per le stesse ragioni di bilanciamento dei poteri sarebbe stato auspicabile che il ritorno della grazia politica registrato nella fase

dalla sent. n. 200 del 2006. La grazia (così come gli altri provvedimenti clemenziali) non è mai stata (e mai sarà) esercitata *solo* per ragioni umanitarie».

⁷¹ Per tutti v. A. PUGIOTTO, *Fuori dalla regola e dalla regolarità: la grazia del Quirinale al colonnello USA*, cit., p. 6.

finale della presidenza Napolitano fosse stato accompagnato dalla riemersione, in funzione co-decisoria, del ruolo politico del Ministro della Giustizia così da ricondurre il potere clemenziale nell'alveo degli atti a partecipazione eguale⁷². Parte della dottrina, in effetti, ha ritenuto di poter evincere da alcuni passaggi dei più recenti comunicati quirinalizi, un'adeguata «valorizzazione dell'apporto del Ministro guardasigilli (e della conseguente copertura politica della scelta presidenziale)», tanto da poter concludere nel senso dell'avvenuto «ritorno» della grazia tra gli atti duumvirali⁷³.

Invero, dai comunicati sui casi Sallusti e Romano III emerge, a mio avviso, un quadro opposto a quello desunto dalla dottrina richiamata che presta il fianco, come vedremo nel paragrafo successivo, a profili critici di particolare gravità. Difatti, il riferimento al grado di partecipazione assunto dal Guardasigilli nelle procedure di conferimento della grazia è qualificato: nel caso Sallusti come *avviso favorevole* del quale il Capo dello Stato ha tenuto conto, per la decisione finale, assieme alle altre osservazioni e pareri richiesti; nel caso Romano III come *parere non ostativo* che, assieme alla documentazione relativa alla domanda di grazia ed alle osservazioni contrarie del Procuratore generale di Milano, è stato considerato in vista della determinazione finale del Presidente.

L'avviso e il parere esternati nei procedimenti di grazia richiamati, lungi dal palesare una partecipazione sostanziale del Guardasigilli alla decisione finale fanno apparire i contributi del Ministro più come apporti tipici della fase preparatoria del procedimento di grazia che non della fase costitutiva dello stesso. Si tratta cioè di elementi istruttori utili per una piena contezza della questione sottoposta rispetto ad una decisione del Capo dello Stato assunta in piena

⁷² M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, cit., p. 198, chiudeva il commento alla sent. n. 200/2006 con queste parole: «Non si può escludere che in futuro i Presidenti della Repubblica, consapevoli dei rischi sottesi all'impostazione data dalla Corte al problema (consapevoli, potremmo dire, che quello ricevuto è davvero un dono avvelenato), si comportino *etsi sententia non daretur* e sollecitino, invece, secondo il modulo procedimentale implicato dagli atti complessi, la leale collaborazione del Governo, condizionando l'adozione della decisione finale al raggiungimento di un'intesa (in tal modo sfuggendo alla solitudine della decisione e della conseguente responsabilità)». Purtroppo, come ho cercato di dimostrare, questa pur auspicabile previsione non si è avverata.

⁷³ Così M. LUCIANI, *La gabbia del Presidente*, cit., p. 5.

autonomia⁷⁴. Nelle note quirinalizie non vi sono altri passaggi argomentativi dai quali si possa desumere la partecipazione del Ministro della Giustizia alla fase decisoria dell'atto, come all'opposto si sarebbe potuto evincere se nei comunicati si fosse prospettato, ad esempio, il raggiungimento di un'intesa tra i due attori costituzionali o il rispetto del principio di leale collaborazione.

Quanto fin qui sostenuto trova pieno riscontro, senza soluzioni di continuità, in tutti i principali comunicati in materia di grazia diffusi dal Quirinale dopo la sent. n. 200/2006. Nel primo di essi, adottato il 31 maggio 2006 per annunciare la clemenza a Bompresi, il Presidente della Repubblica manifestò piena adesione alla decisione della Corte e, per l'effetto, rivendicò la esclusiva spettanza del potere di grazia: «... poi verrà il momento della decisione che spetta a me»⁷⁵. Una formulazione analoga è rinvenibile altresì nel più recente e significativo comunicato del 13 agosto 2013 sul caso Berlusconi, ove è richiamata la sent. n. 200/2006, ma solamente per ricordare che essa «... ha confermato l'esclusiva titolarità» dell'esercizio del potere di grazia al Capo dello Stato sulla base dell'istruttoria condotta dal Ministro della Giustizia⁷⁶.

In conclusione è possibile affermare che il riconoscimento, nella decisione della Corte, della titolarità sostanziale del potere di grazia al Presidente della Repubblica è stato oggetto di una costante e convinta adesione, priva di eccezioni, tanto da favorire la stabilizzazione sul punto di una significativa prassi interpretativa⁷⁷. Una prassi, oltretutto,

⁷⁴ Sul rapporto tra parere e procedimento v. riassuntivamente G. CORREALE, *Parere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, p. 676 ss.; A. TRAVI, *Parere nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Utet, Torino, 1995, p. 601 ss.

⁷⁵ Il comunicato è reperibile sul sito web del Quirinale.

⁷⁶ Sul ruolo del Ministro della giustizia nel procedimento di concessione della grazia per come individuato dalla Corte costituzionale v. A. PUGIOTTO, *Dopo la sentenza n. 200/2006: un nuovo statuto per gli atti di clemenza*, cit., p. 774. Osserva sul punto L. ELIA, *La sentenza sul potere di grazia; dal contesto al testo*, cit., che la sent. n. 200/2006 «pur non potendo eliminare la controfirma ministeriale del decreto, la degrada a mero atto dovuto, e, di conseguenza, rende in sostanza politicamente e giuridicamente irresponsabile il Ministro controfirmante di fronte alle Camere» (pp. 881-882).

⁷⁷ Quanto da me affermato non può che fondarsi sull'analisi dei comunicati il cui contenuto, fino a prova contraria, deve ritenersi corrispondente al vero. La conferma definitiva di quanto desunto dalle note quirinalizie sarebbe l'adozione di un provvedimento di clemenza con parere sfavorevole del Ministro della Giustizia, ipotesi che però nel corso della Presidenza di Napolitano non si è mai realizzata.

avvalorata *de facto* dal sempre attivo ufficio dedicato ai procedimenti di grazia istituito presso il Quirinale subito dopo la sentenza del 2006⁷⁸.

8. La “slogatura” interpretativa del potere di grazia nella prassi della presidenza Napolitano: riflessioni conclusive e considerazioni critiche.

L’esito dell’indagine svolta nei precedenti paragrafi è riassumibile nel senso che all’uso non solo “umanitario”, ma anche strettamente “politico” della grazia praticato nell’ultimo periodo della presidenza Napolitano non è corrisposta la condivisione di tale potere col Ministro della Giustizia⁷⁹. La fonte di questa prassi “squilibrata” è, come già accennato, rinvenibile nell’incauta sent. n. 200/2006 rispetto alla quale è possibile concludere, in riferimento alle due ipotesi ricostruttive formulate nel paragrafo introduttivo, che non siamo di fronte a dei meri scostamenti, in qualche modo superabili, ma piuttosto al crollo insanabile di uno dei suoi punti più qualificanti. Difatti, della decisione della Corte è stata *de facto* accolta solamente la parte che, qualificando la grazia come atto formalmente e sostanzialmente presidenziale, ha consentito l’arroccamento del potere di clemenza nelle mani del Capo dello Stato. È stata viceversa ignorata la parte della sentenza che prospettava la grazia come atto esclusivamente umanitario. In tal modo si sono creati i presupposti, come è facile intuire, per un significativo *enlargement* del potere presidenziale di grazia⁸⁰, criticabile per tre ragioni fondamentali.

Innanzitutto, è rinvenibile nella prassi contestata una rischiosa

⁷⁸ V. *supra*, § 3.

⁷⁹ Diversamente A. PUGIOTTO, *Fuori dalla regola e dalla regolarità*, cit., p. 6, secondo cui «caricata di una funzione politica» l’esercizio della grazia «è attratto inevitabilmente nell’orbita governativa, uscendo così dal dominio dei presidenti che verranno».

⁸⁰ Rileva la gravità della situazione consumatasi con i casi Sallusti e Romano III, anche se in una prospettiva parzialmente diversa da quella da me prospettata, G. SCACCIA, *Presidente della Repubblica e ordine giudiziario durante il mandato di Napolitano*, cit., p. 616, secondo cui la sent. n. 200/2006 «che aveva l’obiettivo di spolicizzare gli atti di clemenza attribuendoli alla solitaria scelta del Presidente della Repubblica ... finisce in concreto per precludere ogni forma di controllo, parlamentare o giurisdizionale, anche su ipotesi massimamente politiche di concessione del perdono presidenziale».

alterazione dell’equilibrio tra i poteri dello Stato. Non è possibile in questa sede ripercorre l’ampissimo dibattito sul valore della controfirma ministeriale⁸¹. Mi limiterò pertanto a manifestare la convinzione che tra le tante tesi formulate la più persuasiva sia quella secondo cui poiché dal combinato disposto degli artt. 87 e 89 Cost. si evince come tutti gli atti del presidente della Repubblica sono formalmente a partecipazione eguale, essi lo sono pure sostanzialmente, a meno che «robuste e documentate ragioni di sistema poss[a]no far escludere che la sequenza firma presidenziale - controfirma ministeriale esprima una sostanziale collaborazione di volontà dei due organi»⁸². In questa prospettiva non solo è difficile rinvenire giustificazioni che spieghino, dal punto di vista costituzionale, l’attribuzione al Presidente della Repubblica di un potere così ampio in materia di grazia, ma viceversa appaiono preponderanti le considerazioni critiche. Accettare che il Capo dello Stato possa esercitare in via esclusiva il potere di clemenza anche per ragioni strettamente “politiche” nel senso di estranee da considerazioni legate alla condizione personale del condannato, senza il fondamentale contrappeso, in sede decisoria, del Ministro della Giustizia, fa risaltare in tutta la sua stridente incongruenza l’esercizio di un potere senza responsabilità⁸³. Si pensi, per tutti, alla grazia a

⁸¹ Mi limiterò, in questa sede, a rinviare al *Dibattito sulla controfirma ministeriale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2007, p. 455 ss., con contributi di S. BARTOLE, F. BILANCIA, R. BIN, L. CARLASSARE, C. CHIOLA, P. COSTANZO, L. ELIA, G. PITRUZZELLA, G.U. RESCIGNO, G.M. SALERNO e, da ultimo, alla monografia di O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un’interpretazione della forma di governo*, Jovene, Napoli, 2010.

⁸² Così M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, cit., p. 191.

⁸³ Le critiche alla sent. n. 200/2006 che hanno sottolineato la scissione tra potere e responsabilità acquistano, rispetto alla ulteriore distorsione intervenuta nella prassi dell’ultimo Napolitano, una persuasività ancora maggiore. Tra le tante voci critiche cfr. M. LUCIANI, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica*, cit., p. 198; M. GORLANI, *Una nuova dimensione costituzionale per il Capo dello Stato?*, cit., p. 3, secondo cui, con riferimento agli effetti della sent. n. 200/2006, «... rischiamo di trovarci di fronte ad un atto senza responsabilità, tanto più delicato e rilevante perché frutto dell’esercizio di un potere straordinario ed eccezionale, che deroga alla tradizionale separazione dei poteri e al regime ordinario delle responsabilità costituzionali»; M. TIMIANI, *La rappresentanza dell’unità nazionale può costituire fondamento del potere di grazia?*, cit., p. 3 ss.; A. MORRONE, *Potere e responsabilità nella concessione della grazia. Un caso concreto di caos istituzionale*, cit., p. 898, ove osserva che «... qualunque risposta in

Romano III determinata da valutazioni di politica internazionale che avrebbero potuto contrastare con l'indirizzo politico della maggioranza di turno o comunque rispetto alle quali è difficile spiegare il mancato coinvolgimento, nella fase decisoria del provvedimento di grazia, del contributo del Guardasigilli quale portatore del punto di vista politico governativo.

Poiché negli atti sostanzialmente presidenziali la controfirma del Ministro della Giustizia si limita ad attestare la completezza e la regolarità del procedimento seguito, ne segue logicamente, come ha precisato la stessa sent. n. 200/2006, che «l'assunzione della responsabilità politica e giuridica del Ministro controfirmante, a norma dell'art. 89 Cost., trova il suo naturale limite nel livello di partecipazione del medesimo al procedimento di concessione dell'atto di clemenza»⁸⁴. Poiché dunque nei confronti del Guardasigilli e, più in generale del Governo, non può essere attivato, in sede parlamentare, il circuito della responsabilità politica in merito alle decisioni assunte dal Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 87, c. 11, Cost., esse restano prive di quel giusto contrappeso che solo la configurazione di tale potere come atto complesso potrebbe garantire.

La seconda ragione critica concerne la qualità delle motivazioni addotte per spiegare le ragioni dei provvedimenti di grazia dell'ultima fase della presidenza Napolitano. Come è emerso dall'analisi condotta nei paragrafi precedenti, pur essendo evidenti le considerazioni di natura politica che hanno mosso le clemenze adottate per Sallusti e Romano III e quella prefigurata per Berlusconi, le motivazioni avanzate appaiono, sia per quello che dicono, ma altresì per ciò che omettono, deboli e poco convincenti.

Quanto a ciò che dicono, le note del Quirinale hanno talvolta fatto seguire a considerazioni di natura politica argomenti di carattere giuridico non sempre pienamente persuasivi (si pensi, in particolare, al caso Romano III) nel tentativo di ammantare i decreti concessori

ordine alla titolarità di un potere costituzionale non può essere avulsa da una parallela e altrettanto necessaria considerazione del problema della imputazione di responsabilità che deriva dal suo esercizio»; D. CODUTI, *Il «caso Sofri» ed il potere di grazia*, cit., 181 ss.; T.F. GIUPPONI, *Potere di grazia e controfirma ministeriale: là dove (non) c'è la responsabilità, là c'è il potere...*, p. 1 ss.

⁸⁴ Punto 7.2.5 del *Considerato in diritto*.

con valutazioni di carattere oggettivo, forse anche per allontanare il possibile sospetto che i provvedimenti clemenziali apparissero come degli inaccettabili privilegi personali. Non a caso una parte significativa delle critiche mosse dalla dottrina alle motivazioni addotte dal Quirinale per giustificare i provvedimenti per Sallusti e Romano III hanno contestato proprio la sostenibilità giuridica delle argomentazioni utilizzate⁸⁵.

Relativamente a ciò che i comunicati quirinalizi hanno omesso di spiegare è sufficiente rilevare come non sia stata fornita nessuna giustificazione sulle ragioni della deroga ad alcune prassi molto risalenti e radicate che lo stesso Presidente della Repubblica aveva in precedenza annunciato di voler rispettare e seguire convintamente nell'esercizio del potere di clemenza. Si tratta, in particolare, di due condizioni fino ad allora ritenute pregiudiziali: da un lato una distanza temporale sufficientemente lunga tra la condanna definitiva ed il decreto presidenziale al fine di non far apparire quest'ultimo come un improprio quarto grado di giudizio⁸⁶; dall'altro lato che la richiesta di un provvedimento di clemenza abbia ad oggetto reati di non particolare gravità o efferatezza⁸⁷. Invero, la deroga alle prassi indicate sarebbe stata facilmente spiegabile proprio in considerazione delle esigenze "politiche" connesse all'atto di clemenza, spesso imprevedibili e inattese, in forza delle quali potrebbero risultare eccezionalmente inapplicabili prassi o convenzioni costantemente

⁸⁵ Anche Secondo A. PUGIOTTO, *Fuori dalla regola e dalla regolarità*, cit., p. 6, l'uso improprio del potere di grazia potrebbe derivare da una «possibile, ipotetica *exit strategy* per particolari scabrose situazioni individuali, quando l'esecuzione di un giudicato di condanna trovasse resistenza nel peso politico del condannato», ma, si badi, per ragioni opposte a quelle da me sostenute. Secondo l'Autore, infatti, il rischio di provvedimenti clemenziali *ad personam* deriverebbe dall'uso duumvirale della grazia, in quanto la partecipazione del Governo alla decisione finale caricherebbe il potere clemenziale di una inevitabile carica politica. A me, invero, pare esattamente il contrario. Solo una co-decisione della grazia, difatti, potrebbe evitare che, in solitudine, il Capo dello Stato usi impropriamente il potere clemenziale.

⁸⁶ V. *supra*, §§ 4 e 5. G. SCACCIA, *Presidente della Repubblica e ordine giudiziario*, cit., p. 606, ricorda come fino ai casi esaminati Napolitano avesse sempre «atteso il passare di alcuni anni dalla sentenza definitiva prima di adottare l'atto di clemenza, per evitare che questo assumesse le improprie vesti di un ulteriore grado di giudizio».

⁸⁷ A. PUGIOTTO, *Fuori dalla regola e dalla regolarità*, cit., p. 5, ricorda che «il Presidente Napolitano ha sempre espresso un orientamento contrario alla concessione della grazia a condannati per reati di particolare gravità».

seguiti nell'*iter* di concessione della grazia. In sostanza, l'opacità e non linearità delle motivazioni dei comunicati è una conseguenza della difficoltà, per il Presidente della Repubblica, di adottare delle grazie che rispondano ad esigenze e valutazioni di natura prettamente politica, interna o internazionale, senza esporre il Quirinale a obiezioni e insinuazioni in grado di delegittimare la posizione di equilibrio costituzionale che tale organo dovrebbe garantire⁸⁸.

La terza e ultima ragione critica si ricollega ad alcune considerazioni di carattere più generale che in questa sede è possibile solo accennare. Il pericoloso slittamento di un potere di grazia a così largo spettro verso il Presidente della Repubblica è un indice significativo di come siano fondate le intuizioni di coloro che, pur da prospettive differenti, hanno registrato la trasformazione di ruolo che ha investito il Capo dello Stato negli ultimi tempi⁸⁹. Consentire che sul

⁸⁸ È una conferma di come la prassi dell'ultimo Napolitano abbia assunto una piega che si allontana nettamente dagli improbabili moduli procedurali predisposti dalla sentenza n. 200/2006. Cfr. A. PUGIOTTO, *La concessione della grazia (con particolare riferimento alla Presidenza Napolitano)*, cit., p. 8, in merito all'obbligo di motivazione per il Capo dello Stato richiesto dalla decisione della Corte e agli elementi di trasparenza che tale "vincolo strutturale" avrebbe potuto garantire.

⁸⁹ Le riflessioni sul Presidente della Repubblica sono numerose e articolate, oltreché sviluppate a partire da approcci metodologici diversi e differenziate da conclusioni opposte tra loro. Mi limiterò pertanto a rinviare ad alcuni autori per indicare le principali "teorie" sviluppate sul punto: AA.VV., *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, a cura di A. Ruggeri, Giappichelli, Torino, 2011; AA.VV., *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, a cura di A. Baldassarre, G. Scaccia, Aracne, Roma, 2012; AA.VV., *Dibattito sul Presidente della Repubblica. Il Capo dello Stato nell'ordinamento costituzionale italiano*, a cura di M. Cecchetti, S. Pajno, G. Verde, Palermo, :duepunti, 2012; U. ALLEGRETTI, *Il percorso storico recente della forma di governo italiana: ai limiti della Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, p. 1 ss.; R. BIN, *Il Presidente Napolitano e la topologia della forma di governo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2013, p. 7 ss.; O. CHESSA, *Le trasformazioni della funzione presidenziale di garanzia. Il caso della sentenza n. 1 del 2013*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2013, p. 21 ss.; A. D'ANDREA, *Questioni metodologiche e qualche rilievo a caldo sulla «Presidenza Napolitano»*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2013, p. 35 ss.; C. FUSARO, *Il Presidente della Repubblica fra mito del garante e forma di governo parlamentare a tendenza presidenziale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2013, p. 47 ss.; D. GALLIANI, *Metodo di studio e «settennato» Napolitano*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2013, p. 61 ss.; M. GORLANI, *Libertà di esternazione e sovraesposizione funzionale del Capo dello Stato*, Giuffrè, Milano, 2012; V. LIPPOLIS, G.M. SALERNO, *La repubblica del Presidente. Il settennato di Giorgio Napolitano*, il Mulino, Bologna, 2013; M. LUCIANI, *La parabola della Presidenza della Repubblica*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014, p. 1 ss.; A. MORRONE, *Il Presidente della Repubblica in trasformazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2013, p. 287 ss.; S. NICCOLAI, *Il declino delle funzioni*

Quirinale si concentrino decisioni primariamente politiche è funzionale a quella propensione che, di fronte alla crisi di legittimazione delle forze politiche, favorisce l’allocazione di tali decisioni in luoghi istituzionali apparentemente “neutri”, a-politici. Si alimenta così quel processo di «regressione oligarchica della democrazia»⁹⁰ che sottrae sempre più linfa vitale al circuito della rappresentanza politica tratteggiato in Costituzione, rischiando di produrne l’irreversibile deperimento. La stessa sent. n. 200/2006 non è dunque estranea rispetto al fenomeno accennato. Al contrario essa ha strizzato l’occhio all’idea che alle questioni complesse, difficili, si possa trovare una soluzione semplice, senza mediazioni, depurata degli ostacoli “politici”; che alle vie tortuose e spesso lente della politica possa sostituirsi l’immediatezza della decisione monocratica; che l’informe e ingarbugliato rapportarsi dei soggetti politici possa essere rimpiazzato da moduli procedimentali iper-giuridicizzati. In realtà, poiché tale tentativo si rivela spesso impossibile a causa della sua artificialità l’esito finale può generare esiti difforni da quelli voluti determinando, in particolare, il mero “mascheramento” delle negoziazioni tra interessi e rapporti coinvolti, che restano così insidiosamente celate nelle stanze del decisore.

Per le ragioni esposte è fortemente auspicabile sia l’abbandono della prassi avviata con i casi Sallusti, Romano III e Berlusconi, sia la definitiva archiviazione della ricostruzione offerta dalla giurisprudenza costituzionale. Sarebbe quanto mai opportuno il ritorno della grazia come atto complesso, frutto della co-decisione del Capo dello Stato e del Ministro della Giustizia. Solamente il reciproco controllo esercitato dagli attori costituzionali coinvolti potrebbe creare le premesse per un utilizzo più accorto, controllabile e trasparente

maieutiche nella prassi della presidenza Napolitano, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, v. I, Cacucci, Bari, 2012, p. 491 ss.; I. PELLIZONE, *Il peso specifico della prassi nella configurazione delle attribuzioni presidenziali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2013, p. 79 ss.; C. PINELLI, *Napolitano visto dai costituzionalisti*, in *il Mulino*, n. 3/2013, p. 453 ss.; G. SCACCIA, *La storica rielezione di Napolitano e gli equilibri della forma di governo*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, p. 1 ss.; 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 *Costituzionalismo.it*, n. 2/2013, p. 1 ss.

⁹⁰ S. PETRUCCIANI, *Democrazia*, Einaudi, Torino, 2014, p. 215.

della grazia anche quando essa è utilizzata, eccezionalmente e con estrema cautela, per ragioni di tipo strettamente politico.

OGGETTI GIURIDICI

NOTE E PRIMI APPUNTI SULLA LORO ESISTENZA

di *Pierpaolo Forte*

SOMMARIO: 1. *Metodo: alla ricerca di un vero scientifico, non della Verità*; 2. *Oggetti teorici del diritto*; 3. *La rilevanza giuridica dei fatti*; 4. *Conoscenza degli oggetti teorici e decisioni sul loro utilizzo*; 5. *Costanza dell'oggetto: oggetti giuridici e dinamica storica*; 6. *Oggetti giuridici ed interpretazione*; 7. *Ipotesi conclusiva*

1. Metodo: alla ricerca di un vero scientifico, non della Verità

Sono passati più di tre secoli da quando John Locke ebbe a notare che in ordine alla conoscenza (ed al giudizio) l'uomo si trova in un “crepuscolo di probabilità”¹, e poco meno da quando Leibniz attribuiva lo status di conoscenza anche alla “opinione fondata sulla plausibilità”²; ma è nel corso del XX secolo che si è completato un ormai solido cambiamento di paradigma delle conoscenze acquisite con metodo scientifico, compiuto sulla scorta di evidenze empiriche – e dunque rilevate pur sempre con approccio induttivo³ – che ha attenuato il senso della loro certezza e decidibilità, dovendo prendere atto che, per molti aspetti, anche in quell’ambito dobbiamo talora accontentarci di probabilità, indeterminatezze, abduzioni⁴, presunzioni ed ipotesi⁵.

¹ J. LOCKE, *An Essay Concerning Human Understanding*, XIV, 2, in enlightenment.supersaturated.com/johnlocke.

² G. W. von LEIBNIZ, *Nuovi saggi sull'intelletto umano*, in ID., *Scritti Filosofici*, trad. it. Torino, 1967, 502.

³ W. HEISENBERG, *Fisica e filosofia*, trad. it. Milano, 2000.

⁴ C. S. PEIRCE, *Collected papers*, Cambridge, 1966, 2.96, definisce l'abduzione “an argument which presents facts in its Premiss which present a similarity to the fact stated in the Conclusion, but which could perfectly well be true without the latter being so, much more without its being recognized; so that we are not led to assert the Conclusion positively but are only inclined toward admitting it as representing a fact of which the fact of the Premiss constitutes an Icon”

⁵ Secondo J. A. SCHUMPETER, *L'essenza e i principî dell'economia teorica*, trad. it. Bari, 1982, 73 s., “neanche in natura succede alcunché di “esatto” e se anche, nonostante questo, si sostiene che ciò avviene, questo non è altro che una opportuna finzione”;

Questo mutamento di stato ha rimesso in discussione, tra altro, anche la tradizionale, sottile invidia dello studioso giurista, come di ogni altro scienziato sociale, nei confronti delle scienze dure quando queste sembrano poter concordare, per evidenza apparente, sui “fatti” rilevati, come ad esempio su quello che l’acqua abbia due atomi di idrogeno ed uno di ossigeno, i cui comportamenti li inducono, portati a cento gradi in certe condizioni di pressione, ad un mutamento di stato.

Da un po’ di tempo anche gli scienziati naturali cioè sono alle prese (anche) con problemi simili a quelli degli studiosi sociali, perché ormai è chiaro che – per continuare il nostro banale esempio - i tre atomi dell’acqua sono a loro volta dei composti, e l’indagine verso l’infinitamente piccolo fisico assomiglia, per certi versi, al cammino a ritroso che compiamo ogni volta che ci poniamo il problema del fondamento, se si vuole dell’inizio, o della verità⁶.

Senza arrivare ad azzardare l’ipotesi di un rovesciamento delle relazioni tra scienze naturali e sociali, nel senso che le prime sarebbero tenute ad usare (anche) approcci argomentativi e giustificativi propri delle seconde⁷, è però possibile oggi asserire

riassume bene la questione E. H. HUTTER, *La scienza contemporanea*, trad. it. Roma, 1974, 31: “l’errore entra nella conoscenza scientifica non semplicemente attraverso i difetti accidentali dello scienziato o le imperfezioni degli apparecchi che egli usa; esso è una questione di principio, e l’incertezza è la condizione stessa per ottenere dati intorno al fenomeno. Una sperimentazione accurata ci fa avvicinare all’errore minimo h , ma non possiamo migliorare i nostri risultati oltre questo valore. Per quanto questo errore sia piccolo, esso ci permette di predire qualsiasi movimento solo statisticamente, in quanto non abbiamo dati certi, ma solo stime per il calcolo di esso”.

⁶ Difficile liberarsi da quello che C. S. PEIRCE, *Collected papers* cit., 2.303, definisce la “illimitatezza della semiosi”, ovvero il fenomeno per il quale “l’interpretante diventa a sua volta un segno, e così via all’infinito”.

⁷ V. VILLA, *Il diritto come modello per le scienze naturali*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 5/2005, 31 ss.: “si tratta di un fenomeno che può forse destare sorpresa, ma che trova la sua spiegazione, da un punto di vista molto generale, nella condivisione sempre più generalizzata della tesi secondo cui la scienza non ha più un proprio «centro», ha perso la «disciplina-pilota», quella, in particolare, considerata come la più vicina ai fatti del mondo naturale (la «fisica»). In un contesto dominato da una visione accentrata e non gerarchica della scienza, e dall’approccio del pluralismo metodologico, nessuna disciplina, nessuna concezione metodologica legata ad uno specifico contesto disciplinare può arrogarsi il diritto di legiferare, sempre e comunque, anche per le altre. Piuttosto che il dominio di una disciplina su tutte le altre, tende ad affermarsi in primo piano la ricerca di affinità, di analogie rilevanti fra i vari campi disciplinari” (*ibidem*, 37); vorrei ricordare che, tra i giuristi in Italia, ha affrontato l’argomento A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà, legalità, mercato. Profili comparatistici del diritto della scienza*, in A.A. V.V., *Scritti per Nario Nigro*, I, Milano,

realisticamente che ogni scienza ha fisiologicamente bisogno di una sorta di discorso, non solo preliminare ma in fin dei conti strutturale, che ha caratteri molto simili a quelli giuridici⁸.

Ciò non toglie che la ricerca scientifica prosegua, né che sia posto in seria discussione il metodo che essa utilizza per aumentare le conoscenze, che infatti si incrementano a ritmo ormai impressionante; ma pare oggi più possibile di quanto non fosse all'inizio del secolo scorso provare ad esaminare con questo presupposto epistemico, con un metodo, quella sorta di strumentario teorico che, nel corso di secoli di esperienza, il Diritto ha costituito e mette a disposizione del giurista per un continuo adattamento, se possibile, in forza di una altrettanto continua raffinazione conoscitiva⁹.

1991, spec. 465; di recente, anche Antonio Romano Tassone, in una delle ultime riflessioni che il suo tempo gli ha consentito, rivolgendo l'attenzione al tema della modernità, ed in particolare alla giusta collocazione che va data al concetto ed alle conseguenze giuridiche e istituzionali del rischio, ha preso le mosse dalla "strutturale indeterminatezza" della stragrande maggioranza (se non di tutte) le acquisizioni scientifiche, che presentano una validità inevitabilmente limitata (si pensi al cd. «teorema dell'indecidibilità» di Goedel): cfr. A. ROMANO TASSONE, "Società del rischio" e modernità, in AA. VV., *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, Torino, 2012, I, 372..

⁸ Th. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, trad. it. Torino, 1969, spec. 120, usa l'osservazione storica sui "mutamenti di paradigmi" in ambito scientifico, per rilevare come spesso si costituisca "un dibattito sulla scelta di paradigmi", in cui "ciascun gruppo usa il proprio paradigma per argomentare in difesa di quel paradigma", da cui "lo status dell'argomentazione circolare è soltanto quello della *persuasione*". L'argomento è meglio sviluppato in relazione ai fenomeni giuridici in T. GAZZOLO, *Interpretazione e (ri)scrittura*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2014, 451 ss.: "Le scienze «esatte» sono *da-sempre*, costitutivamente, attraversate da una discorsività giuridica" (455).

⁹ Impossibile dar conto di quanto materiale sia utilizzabili in appoggio, tanto è sterminato: ci si limita a rammentare l'argomento di N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, 2007, 48: "coloro che si sono dedicati alla teoria generale del diritto si sono preoccupati molto di più di sapere «come il diritto sia fatto» che «a che cosa serva»". In termini più pragmatici ancora, mi piace invocare ciò che descrive M. A. GLENDON, *A World Made Anew*, New York, 2001, 51 ss., sul percorso di avvio che condusse all'adozione della la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo. Un gruppo di filosofi, coinvolti nel progetto "ha iniziato a lavorare con l'invio di un questionario a statisti e studiosi di tutto il mondo"; se ne è tratto un elenco di quarantotto voci che hanno rappresentato il nucleo comune di una vasta gamma di documenti e proposte, incluse sentenze, provenienti dal mondo culturale "arabo, inglese, canadese, cinese, francese, tedesco pre-nazista, italiano, latino, polacco, russo sovietico, spagnolo". A commento, C. R. SUNSTEIN, *Incompletely Theorized Agreements in constitutional law*, in *Chicago Public Law And Legal Theory Working Paper No. 147*, 2007, 9 (cui debbo la conoscenza di questo fatto), riporta la forse non troppo sorprendente dichiarazione di Jacques Maritain, notoriamente molto coinvolto nell'operazione: "Yes, we agree about the rights, but on condition no one asks us why". E conclude: "il punto è che

Sarebbe ingenuo trascurare che, per quanto si voglia neutralizzarle, le spinte alla valutazione critica degli istituti giuridici per motivi etici o morali sono sempre presenti¹⁰, come al reciproco sempre presente è la tentazione di rifugiarsi, negli studi giuridici, in un tranquillizzante positivismo in cui *auctoritas non veritas facit legem*¹¹; ma, proprio per ciò, proprio perché sembra difficile sfuggire a questa “tenaglia”¹², si proverà qui ad usare il suggerimento di Bobbio, che invitava a rispondere con un “dipende” a chi chieda se un certo argomento (o un certo autore) sia giusnaturalista o meno¹³. Effettivamente, mi sembra di poter dire che lo studio qui proposto non solo non prova a risolvere (dopo Auschwitz, è stato ben notato, è forse impossibile¹⁴), ma nemmeno affronta di petto la questione del fondamento degli strumenti giuridici, e dunque non usa neanche il metodo che sarebbe necessario per provare a farlo¹⁵.

una decisione a favore di una serie di diritti può emergere anche mediante disaccordo o incertezza circa i loro fondamenti” (trad. mia).

¹⁰ M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, trad. it. Torino, 1967, riteneva, è noto, che per il ricercatore sociale “la direzione della sua fede personale, cioè la rifrazione dei valori nello specchio della sua anima, indicherà la direzione anche al suo lavoro” (*ibidem*, 97).

¹¹ Per una recente rivisitazione dell’uso dell’approccio hobbesiano si veda R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, tr. it. Torino, 2002.

¹² Prendo l’espressione da A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, a cura di E. VITALE, Roma-Bari, 2001, 179 ss..

¹³ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1984⁴, spec. 146; sia pure riferendosi ad un tema apparentemente diverso, si veda anche la prudenza intelligente della strategia d’indagine di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino 2006, spec. 17 ss..

¹⁴ G. RADBRUCH, *Ingiustizia legale e diritto sovralegale*, trad. it. in A.G. CONTE, P. DI LUCIA, L. FERRAJOLI, M. JORI (a cura di), *Filosofia del diritto*, Milano, 2002, 152 ss.; A. ROSS, *Il concetto di validità e il conflitto fra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, trad. it. in ID., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna, 1982, 137 ss.; A. SCHIAVELLO, *La crisi del positivismo giuridico. L’ “anti-giuspositivismo” di Lon Fuller e Ronald Dworkin*, in A. SCHIAVELLO – V. VELLUZZI, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino 2005, 120 ss.; M. BARBERIS, *Diritto e morale: la discussione odierna*, in *Revus*, 16/2011, 55 ss.; F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari 1999, 80.

¹⁵ L’approccio che si seguirà potrà essere, probabilmente, definito *positivista*, e tuttavia solo in uno dei – tanti – sensi che questa espressione ha assunto nel tempo, ed in particolare in quello proposto da H. L. A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, Vol. 71, 1958, 601 s.: “the important truth that a purely analytical study of legal concepts, a study of the meaning of the distinctive vocabulary of the law, was as vital to our understanding of the nature of law as historical or sociological studies, though of course it could not supplant them”. Non avrà invece, come subito si

Oltre a provare ad aggiungere qualche argomento in favore della scientificità degli studi giuridici¹⁶, questo lavoro, pur banalmente e semplicemente, vorrà prendere sul serio uno dei temi correnti circa i metodi scientifici, che se - probabilmente - devono rinunciare all'esattezza come condizione imprescindibile non abdicano tuttavia alla modalità per definire qualcosa come vero sul piano scientifico, puntando in particolare sul concordamento tra osservatori attrezzati (chiamati variamente, anche a seconda delle abitudini linguistiche, studiosi, scienziati, ricercatori), che usano metodi di rilevazione e di validazione concordemente affidabili.

Si suppone cioè che lavorando sul piano della teoria, anche in ambito giuridico, sia ancora possibile giungere a risultati sufficientemente soddisfacenti da essere sottoposti al vaglio di altri, ed aspirare al loro consenso¹⁷ come elemento magari non oggettivo, ma quantomeno non individuale, non-soggettivo di conoscenza¹⁸, che supera il “dualismo di soggettività e volontà da un lato, oggetto ed

vedrà, i caratteri del “formalismo” contro cui si scaglia A. BALDASSARRE, *Miseria del positivismo giuridico*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, I, Torino, 2005, spec. 206.

¹⁶ R. VAN GESTEL, H. W. MICKLITZ, M. POIARES MADURO, *Methodology in the New Legal World*, EU Working Paper LAW 2012/13, 11, osservano che il dibattito sulla scientificità degli studi giuridici “seems to revolve in cycles with periods in which formalism is dominant alternating with periods of attention for the societal and economic relevance of law, [and] ultimately depends on one’s definition of science. In other words, this is first of all a matter of axioms”.

¹⁷ J. L. AUSTIN, *A plea for excuses*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1956, 1 ss., leggibile in <http://www.ditext.com/austin/plea.html#3>: “Here at last we should be able to unfreeze, to loosen up and get going on agreeing about discoveries, however small, and on agreeing about how to reach agreement”.

¹⁸ Vi sono in effetti “ragioni che persuadono lo scienziato moderno ad accettare il criterio dell’intersoggettività, fino ad arrivare a chiamare senz’altro oggettivo quello che, a rigore, sarebbe soltanto intersoggettivo”: G. TORALDO DI FRANCA, *L’oggettività della scienza*, in *Scienza e storia. Analisi critica e problemi attuali*, Roma 1980, 406; in ciò si vede tutta la distanza dal *consensus omnium gentium* cui Cicerone attribuiva la fondatezza del *naturae ius*: cfr., ad es. *Tusculanae*, I, 1, 13, 30, e che, paradossalmente, sembra evocato in alcuni argomenti di fondamento dei diritti umani: cfr., ad es., N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, 1990, 18 s., per il quale la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo “rappresenta la manifestazione dell’unica prova con cui un sistema di valori può essere considerato *umanamente fondato* e quindi riconosciuto: e questa prova è il consenso *unanime* circa la sua validità” (corsivi miei); F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione* cit. 80, parlano di “un nucleo indeterminato di principi, che costituiscono l’*ius gentium* del nostro tempo e che fungono da legittimazione internazionale”; su ciò si veda, ad es., E. GREBLO, *Capacità e diritti umani*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, XV, 2013, 1, 564.

Essere in sé dall'altro"¹⁹; non il bene, né la verità, e neppure la giustizia, né alcun'altra "verità difficile"²⁰, sono perciò qui convocate, ma solo la ricerca di un più modesto *vero*, qui inteso come condizione di un assunto - che non è una *verità* - il cui materiale è fatto di osservazioni ripetute, comprensioni, consapevolezze, connessioni, problematiche, su cui è possibile concordare con sguardi plurimi, esperti e, in certa misura, scientifici, cioè con dimostrazioni giustificate ed accettate²¹, che integrano l'unica parte di metodo della ricerca di una conoscenza attendibile rinvenibile in ogni paradigma scientifico²², e dunque usato un po' in tutte le comunità disciplinari²³.

Infatti, nonostante lo scompaginamento che la conoscenza scientifica ha incontrato negli ultimi decenni, molti continuano a ritenere "*vero*" che i tre atomi dell'acqua vi siano, ed osserviamo tutti, e facilmente, che i loro legami, in qualche modo ed in certa pressione, mutino con la temperatura sino all'ebollizione ogni volta che la si porti a cento gradi; tanto ciò è "*vero*", che sulla base di questa

¹⁹ H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it. Milano, 1995, 70.

²⁰ Uso l'espressione nel senso indicato da D. MARCONI, *Per la verità*, Torino, 2007, 40 ss..

²¹ Il diritto è un "fatto accertabile attraverso l'uso di un metodo affidabile di verifica" secondo J. L. COLEMAN, *Positivismo giuridico "negativo" e positivismo giuridico "positivo"* (1982), in A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo* cit., 268.

²² L'uso del termine paradigma fu introdotto da Th. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* cit., spec. 119 ss., e fu poi precisato, con la proposta di utilizzare anche l'espressione *matrice disciplinare*, "composta di elementi ordinati di vario genere", che si riferiscono, tra altri, "alle generalizzazioni simboliche, ai modelli e agli esemplari": cfr. Th. KUHN, I. D. SNEED, W. STEGMÜLLER, *Paradigmi e rivoluzioni della scienza*, trad. it. Roma, 1983, spec. 99 ss..

²³ Th. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* cit., 120 s.: "tanto nelle rivoluzioni politiche come nella scelta dei paradigmi, non v'è nessun criterio superiore al consenso della popolazione interessata"; K.O. APEL, *Comunità e comunicazione*, trad. it. parziale, Torino, 1977, X, parla di "gioco linguistico trascendentale della comunità illimitata dei ricercatori", una sorta aggiornamento del trascendentale kantiano. In ambito giuridico, si veda, ad esempio, G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 4; G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma - Bari, 2002, 84, richiamando le posizioni di Kelsen e Weber, fa notare che "i dibattiti e le controversie sui valori, o sulle diverse concezioni della giustizia, non facessero parte di quel che è «conoscibile» come un ordinamento giuridico". Spero che ciò chiarisca che, effettivamente, si analizza qui un metodo, e non il fondamento del diritto, argomenti che sono di facile confusione, come ben evidenzia S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Some Remarks on Methodology in Legal Studies* cit., spec. 122.

conoscenza si sono potute sviluppare un'infinità di invenzioni ed applicazioni, e su quell'essere "vero" fondiamo anche la ragionevole aspettativa (pur se non la certezza assoluta) di poter mangiare un buon piatto di pasta, persino al dente.

Proprio qui sta la speranza che il metodo qui seguito possa essere accettabile; la conoscenza che sta alla base dell'ebollizione non sarà completa, probabilmente non potrà dirsi *certa*, probabilmente non è risolutiva di tutte le questioni riguardanti la *verità*, e tanto altro ancora si potrà forse scoprire e capire anche sull'essenza strutturale dell'acqua (ivi compreso l'eventuale ruolo dell'osservatore o del gruppo di osservatori che difende le proprie credenze comuni); ma intanto, sino a prova contraria, quella conoscenza è accettata come vera ed utile, ed io stesso vi ho fatto conto con successo per procurarmi l'ottimo caffè che sto gustando mentre scrivo queste righe.

Così, analogamente²⁴, ciò che qui sarà analizzato verrà assunto e proposto in forme quanto più nude possibile, alla ricerca di un *vero giuridico* che non pretende d'esser certo né ultimo²⁵, ma è auspicabilmente accettabile poiché, essendo *vero*, su di esso possono concordare in molti tra coloro che lo studiano, e dunque ci si possa contare come conoscenza, sino a prova contraria, per far funzionare meglio alcuni degli aspetti dell'uomo in relazione²⁶.

²⁴ Molto si è discusso in ordine a quanta distanza vi sia tra una qualsiasi "scienza" del diritto e le scienze "dure"; vorrei invocare qui l'autorevolezza di H. L. A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals* cit., 597: "The most skeptical of these critics - the loosely named "Realists" of the 1930's - perhaps too naively accepted the conceptual framework of the natural sciences as adequate for the characterization of law and for the analysis of rule-guided action of which a living system of law at least partly consists; but they opened men's eyes to what actually goes on when courts decide cases, and the contrast they drew between the actual facts of judicial decision and the traditional terminology for describing it as if it were a wholly logical operation was usually illuminating".

²⁵ In senso, qui, popperiano, ovvero che non c'è ragione di credere che alcuna conoscenza possa essere rivedibile in futuro, com'è già accaduto per tante del passato, cioè dirsi *certa*: cfr. ad es. K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it. Torino, 1998, spec. 30 s.. Lo spiega con la consueta chiarezza M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, 2012, 82: "per sua natura la scienza è progressiva (dunque mai definitiva)".

²⁶ Ancora una volta ricorro agli argomenti di D. MARCONI, *Per la verità* cit., *passim*, che gli consentono di affermare che "sarà lecito sostenere che, *fino a prova contraria*, le nostre credenze giustificate vanno considerate conoscenze a tutti gli effetti" (*ibidem*, 33, corsivi originali). Ma anche a quello di L. WITTGENSTEIN, *Della certezza*, trad. it. Torino, 1999, 48, n. 302: "non serve a nulla il dire «Forse ci sbagliavamo» se, posto che non dobbiamo fidarci di nessuna prova, non c'è da fidarsi nel caso delle prove attuali". E ciò

Questa indagine non pretenderà di asserire (sarebbe assurdo) che il Diritto cominci e finisca entro il suo perimetro, né tanto meno si negherà che altra conoscenza, o altra giustificazione, potranno aggiungersi agli argomenti qui radunati, migliorarli, smentirli di fronte ad altre evidenze; e non costituirà – si ripete – alcun vantaggio immediato per chi tramite il Diritto cerca Verità, Bene o Giustizia, e nemmeno darà ragione a chi esclude che questi siano problemi propri del diritto. E tuttavia si spera potrà fornire agli uni ed agli altri uno schema, una struttura ed una tecnica che potrebbe – si noti il condizionale – costituire una conoscenza capace di agevolare verità, bene o giustizia, oltre che meglio sistemare le questioni della validità, dell'efficacia, del funzionamento pratico, anche solipsistico, degli strumenti giuridici²⁷.

riesce probabilmente a superare gli argomenti humeiani e popperiani circa l'impossibilità della verificabilità empirica di teorie o costrutti universali; è vero che l'osservazione del colore dei cigni sin'ora incontrati non può farci assumere che, perciò, *tutti* i cigni siano inevitabilmente bianchi (K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica* cit., spec. 21 ss.), e tuttavia la dominanza rilevata del colore bianco tra i cigni si potrà considerare una conoscenza, almeno sino a che una maggiore conoscenza di quegli animali non la smentisca.

²⁷ R. VAN GESTEL, H. W. MICKLITZ, M. POIARES MADURO, *Methodology in the New Legal World* cit., 23: “legal research is first and foremost seen a tool to solve societal problems and not as something that has a value in itself”. Anche il descrittivismo fenomenologico su cui si concentra A. REINACH, *Sulla fenomenologia*, in Id., *La visione delle idee*, a cura di S. BESOLI, A. SALICE, trad. it. Macerata 2008, 171, mira a “chiarificare e condurre a”. In questo senso, si spera di non cadere nelle aberrazioni elencate già da R. VON JHERING, *Nel cielo dei concetti giuridici*, tr. it. in Id., *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Firenze, 1954, *passim*: “significato dei problemi per la vita reale? Ma qui regna solo la scienza pura, la logica formale. La condizione prima del suo trionfo e della suprema bellezza che emana da essa sta proprio nel fatto di non aver nulla a che vedere con la vita” (*op. cit.*, 282). E' noto infatti che questo “secondo Jhering” (dopo la “folgorazione” della prima notte del 1861) aprì la strada moderna ad una importante e ancora vitale impostazione, che invita a considerare che “Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe des Leben wegen da” (la vita non è per il concetto, sono i concetti dati per la vita). Una bella frase, ma proprio per essere utili alla vita i “concetti” hanno da essere accurati e concordati quanto più è possibile, il che, mi pare, non significa rifugiarsi in ciò che più recentemente McDowell chiama “rampant platonism”, ovvero attribuire all'universo dei valori una totale autonomia rispetto alla vita dell'esperienza concreta (il che secondo l'A. significa negare che quell'universo sia effettivamente fatto, perciò, di veri valori): cfr. J. MCDOWELL, *Mente e mondo*, tr. it. Torino, 1999, spec. 83 ss.. In senso non troppo dissimile parla di “platonismo costituzionale” E. VITALE, *Teoria generale del diritto o fondazione dell'ottima Repubblica?*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali* cit., spec. 113 ss.

2. Oggetti teorici del diritto

A sgombrare subito il terreno da un possibile equivoco, vorrei ribadire che il *vero* che qui si cerca non riguarda una qualche cognizione etica²⁸, ma nemmeno ha ad oggetto soltanto la comprensione di norme giuridiche, se intese come quelle disposizioni prodotte mediante fonti legali e perciò vigenti²⁹; ipotizziamo infatti che esistano quelli che proporremo di definire *oggetti giuridici*, e possano essere conosciuti quali oggetti teorici del Diritto.

Si potrebbe subito obiettare che non si saprebbe di cosa discutere in un ambito giuridico se non di norme, e che qualunque cosa siano (ammesso che esistano) questi ipotetici oggetti teorici del Diritto non potrebbero che riferirsi a norme, non foss'altro perché solo tramite norme, o comunque un qualche supporto normativo, essi troverebbero vita, forma, corpo o comunque sarebbe possibile *conoscerli*.

Ed effettivamente bisogna intendersi per non rendere questa parte dell'analisi capziosa; sono secoli che si dibatte di argomenti giuridici senza usare solo strutture linguistiche normative, la stessa funzione della dottrina ed il suo lavoro non sempre sono applicati sulla normativa, e spesso si discute di modifiche delle norme o di una loro applicazione innovativa che, in qualche modo, suppone che vi sia qualcosa che, pur essendo giuridico, norma ancora non è; dunque dovrebbe essere considerato normale che si possano esaminare temi giuridici pur senza per forza riferirsi a norme vigenti o usare solo discorsi che le abbiano per oggetto esclusivo³⁰.

²⁸ Sono stato messo in guardia da questa possibile reprimenda da R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *Giur. Cost.*, 2007, 1373 ss..

²⁹ Qui, cioè nel fatto che non si vuole restringere la "realtà giuridica, l'esistenza specifica del diritto [...] in un fenomeno che viene per lo più inteso come la positività del diritto", sta la più evidente differenza metodologica con la "teoria pura del diritto" kelseniana, che per il resto è invece ampiamente condivisa, specie laddove "essa è tenuta libera da tutti gli elementi estranei al metodo di una scienza, il cui unico scopo è la conoscenza del diritto, e non la sua formazione. Una scienza deve descrivere il proprio oggetto quale esso è effettivamente, e non prescrivere come esso dovrebbe o non dovrebbe essere, in base ad alcuni giudizi specifici di valore. Quest'ultimo è un problema politico e, come tale, riguarda l'arte del governo, un'attività che si occupa dei valori, e non è un oggetto della scienza, che si occupa della realtà": così H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. Milano, 1954, IX.

³⁰ L. FERRAJOLI, *La semantica della teoria del diritto*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e pendenze attuali*, Milano, 1983, 110, osserva che i

Per usare un argomento ormai ben sviluppato, uccidere un uomo è azione naturale, l'omicidio sarebbe invece “un fatto istituzionale perché occorre una norma che descriva l'azione di uccidere e vi ricollegli una sanzione”³¹. A guardar bene, tuttavia, c'è qualcosa tra l'uccidere e le disposizioni di un codice penale, le quali sono il prodotto – un *posterius* frutto di una *decisione* – di un lungo e complesso confronto che non solo accumula esperienza sulle tante circostanze che possono riguardare il fatto dell'uccidere (ivi compresi i precedenti storici, non solo domestici, del suo trattamento normativo³²), e le considera, ma discute anche di cosa sia quel fenomeno giuridico complesso che chiamiamo omicidio prima ancora e comunque indipendentemente da una disposizione prescrittiva e vigente. L'uccisione e l'omicidio, presi insieme, possono costituire, insomma, oggetti propri pre-normativi, ed essere trattati come tali, e dunque innanzitutto conosciuti, in termini giuridici.

Probabilmente si potrebbe osservare che alla base di questi oggetti pre-normativi vi è un territorio, ai confini preliminari del Diritto, un po' al di qua ed un po' al di là di ciò che è giuridico, dove sostanzialmente si incontrano elementi essenziali dell'esperienza umana: bisogni vitali (salute, abitazione, alimentazione, riscaldamento), relazioni affettive ed emotive con persone e cose, esperienze culturali, spirituali o metafisiche, meccanismi percettivi ed

concetti teorici sono “introdotti mediante proposizioni che non hanno il carattere di riformulazioni metalinguistiche di norme”.

³¹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio* cit., 155, nt. 49.

³² Negli ambienti gius-costituzionali anglosassoni, e tra i comparatisti, è molto discussa la “States-as-Laboratories metaphor”, dovuta all'intervento (in dissenso) del Giudice Brandeis nel caso del 1932 *New State Ice Co. v. Liebmann*: “It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous State may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country”: cfr. J. A. GARDNER, *The “States-as-Laboratories” Metaphor in State Constitutional Law*, 30 *Val. U. L. Rev.*, 1996, 475 ss.. Ma negli ultimi anni si sono intensificati i casi ed i dibattiti circa i “trapianti” normativi, infarciti di dialogo tra Corti, “diritto costituzionale cosmopolitico”, *Legal Networks*, “arcipelaghi”, *Judicial Re-Use*: cfr. ad es. N. TEBBE, R.L. TSAI, *Constitutional Borrowing*, in *Michigan Law Rev.*, 2010, 459 ss.; S. CHOUDHRY (a cura di), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2006; R. SACCO, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., II, Torino, 1992, 365 ss.; G. de VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, 2007; K.H. LADEUR, *Towards a Legal Theory of Supranationality. The Viability of the Network Concept*, in *ELJ* 1997, 33 ss.; M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, 2010.

elaborativi di tipo biologico³³. Ognuno di tali elementi essenziali è ovviamente arricchito, a sua volta, da condizioni qualitative e quantitative: nascita, condizione fisica, famiglia, cibo ed acqua, amicizie, amori, epoca storica, luogo geografico, condizione politico-culturale, studi ed esperienze personali, vicende lavorative ed economiche, e così via.

E' questo il materiale, i “fatti bruti”³⁴ che il diritto incontra quando interviene con i suoi strumenti che sono, prima di ogni altra cosa, cognitivi e valutativi, nel senso che ci si sforza di renderli quanto più possibile consapevoli della ricchezza e della complessità di questo materiale, e dunque di metterli in grado di conoscerlo al meglio, ed è richiesto che di tutto ciò si faccia una considerazione che consenta la selezione di quel che merita protezione giuridica ma anche di come si debba proteggere³⁵.

Insomma negli oggetti teorici del diritto vi è un sostrato, uno sfondo, una base, che sono reali³⁶, una serie di esperienze che hanno, secondo una solida ed abbastanza evidente osservazione, un carattere di inemendabilità, ovvero che – purtroppo e allo stesso tempo per fortuna – non mutano per mezzo di sforzi concettuali o epistemici, o per discorsi o stili argomentativi, per quanto nobili e sofisticati siano,

³³ “nutrirsi, dormire, coprirsi, riprodursi, comunicare, giocare, usare le tecniche necessarie per procurarsi nutrimento, per la difesa da fattori esterni di disagio, per indicare cose ed azioni, per svolgerle insieme, per cooperare”: così ne parla G. FERRARA, *Diritto soggettivo, diritto oggettivo* cit., § 7.

³⁴ La felice ed icastica espressione è di E. ANSCOMBE, *On Brute Facts*, in *Analysis*, 1958, n. 3, ma è stata rielaborata e ricondotta ad una complessa ricostruzione dei fenomeni sociali da J. SEARLE: cfr. *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio* (1969), tr. it. Torino, 1976; ID., *La costruzione della realtà sociale* (1995), tr. it. Torino, 2005.

³⁵ Sarà infatti pur vero che, come rileva J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1980, 17, che “there is no question of deriving one’s basic judgments about human values and the requirements of practical reasonableness by some inference from the fact of the human condition”; e tuttavia non si potrà disconoscere che delle “inferenze dei fatti dell’umana condizione” il diritto si occupa. E, vale forse osservare, che le tecnologie vengono in aiuto anche del giurista, poiché consentono sempre meglio di conoscere e considerare numeri sempre più grandi di informazioni, e persino a contemplare la complessità delle loro iterazioni: si veda, solo per menzione, L. PHILIPPS, *Tù-Tù 2. Sui concetti giuridici e le reti neurali*, in *i-lex*, 1, 2004.

³⁶ J. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale* cit., spec. 169 ss.; credo si riferisca alla medesima osservazione G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 838, allorché parla dei “modi delle regole di comportamento del linguaggio giuridico (con le quali peraltro vogliamo caratterizzare la realtà giuridica; non è un modo di dire quale che sia, ma un modo di dire che intende catturare qualcosa di reale)”.

come ben sa chi ha freddo, fame o sete, troppo caldo, soffre per amore o dispera nella disoccupazione, nella povertà, nel dolore, nella solitudine, nella malattia, ma che possiamo esperire anche quando osserviamo il colore di una tela, la forma di un triangolo, il fatto che una mela sia o meno più grande di una ciliegia, o l'impossibilità che (= necessità che non) un cammello entri nella cruna di un ago³⁷.

Tutto ciò, lo si ripete, non è ancora integralmente materia giuridica, e tuttavia, per un verso, non si può negare che costituisca delle regolarità, un materiale (non il solo) con cui poi il diritto è costituito, e per altro verso che perciò occorre provare a comprendere la modalità con cui, appunto, concorra a definire il Diritto.

Viene qui in soccorso una recente visione nel dibattito filosofico che solo per brutalità descrittiva è definita realismo³⁸; in breve, è possibile argomentare che esistano, si danno, *oggetti sociali* accanto a quelli *ideali* e a quelli *naturali*, a differenza di questi ultimi maggiormente dipendenti dai soggetti e dalle loro relazioni³⁹. E ciò che chiamiamo istituti giuridici sono a tutto tondo tali, oggetti sociali appunto⁴⁰.

Ma non abbiamo ancora affrontato il nodo, poiché si potrebbe obiettare che, pure a concordare sul fatto che quelli giuridici siano oggetti sociali, avrebbero necessariamente forma di norma positiva, e cioè che a rendere giuridico un qualsiasi oggetto sarebbe solo e soltanto l'intervento di una norma⁴¹.

³⁷ Sono le "categorie" cui si riferisce G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato* cit., 838 s., per le quali egli assume che "noi presupponiamo che le cose del mondo stiano nel modo descritto, e che questo modo d'essere sia indipendente dalla volontà umana (possiamo sbagliare, ma l'errore è nostro, non delle cose)" (corsivi miei).

³⁸ M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciare tracce*, Roma-Bari, 2009, spec. 176 ss., preferisce parlare di "testualismo debole".

³⁹ M. FERRARIS, *Documentalità* cit., spec. 32 ss.; ID., *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, 2012; sia pure in termini diversi, cfr. anche J. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale* cit., *passim*.

⁴⁰ Mi pare usi argomenti non dissimili R. S. SUMMERS, *On Giving Legal Form Its Due. A Study in Legal Theory*, in *Ratio Iuris*, 2005, 2, 129, allorché descrive le "functional legal units".

⁴¹ Parla di "datità della norma" N. IRTI, *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 1167. anche S. PUGLIATTI, *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali* (1935), ora in N. IRTI (a cura di), *La polemica sui concetti giuridici*, Milano, 2004, 17 s.: "i concetti che servono alla scienza giuridica si ricavano per astrazione e generalizzazione dal dato, che è la norma". L'assunto, mi pare, è anche alla base della famosa teoria degli "atti thetici" proposta da C. ZNAMIEROWSKY, *Atti psicofisici vs. atti thetici*, trad. it. parziale in G. LORINI, L. PASSERINI GLAZEL (a cura di), *Filosofie*

Non è così, e più innanzi useremo più accuratamente anche alcuni esempi empirici; la norma vigente può decidere cosa sia, qui e ora, un diritto fondamentale, stabilire che si applichi a tutte le persone, ai soli cittadini, solo a quelli *optimo jure* o ai soli professori universitari; la norma positiva fa naturalmente molto altro, ma non abbiamo necessariamente bisogno di essa per osservare, discutere e concordare cosa siano, anche in termini giuridici, diritto fondamentale o matrimonio, atto amministrativo, posizione giuridica, illecito, e così via.

Ferraris propone di osservare che gli oggetti sociali hanno dei “modelli”, “campioni”⁴², esemplari, che egli definisce *archetipi*, che non sono costituiti, ma scoperti, “incontrati”⁴³, e una volta che siano così venuti al mondo della consapevolezza rivelano “necessità interne”, “leggi strutturali intrinseche”, una forma da svelare⁴⁴, insomma, che fa sì che qualcosa sia ciò che è e non altra⁴⁵. L’incontro che si fa con essi è dunque faticoso, ma è per lo più descrittivo, non costitutivo, ne è innanzitutto una conoscenza, uno svelamento, non del tutto un’invenzione⁴⁶.

della norma, Torino, 2012, spec. 147 ss.: quelli che, forse un po' vagamente, egli definisce atti giuridici “non potrebbero esistere, non vi sarebbe cioè la possibilità di compierli, se non esistesse la norma che li costruisce”; ed in più “senza la norma thetica che regola le obbligazioni non può venire in essere lo stato-di-cose che chiamiamo «ipoteca»”.

⁴² N. MACCORMICK, *Il diritto come fatto istituzionale*, in N. MACCORMICK – O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, tr. it. Milano, 1990 63 ss., parla di “campioni specifici”, che trovano esistenza nel tempo mediante forme giuridiche.

⁴³ M. FERRARIS, *Documentalità* cit., 45 s.. Lo stesso A. richiama gli assunti di A. REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile*, trad. it. Milano, 1990, 7, che parla di “concetti fondamentali del diritto” “trovati e non generati” dal diritto positivo. Qui, mi pare, c'è la principale differenza con l'*Idealtyp* weberiano che, è noto, è un costruito, dipendente dall'osservazione ma anche dalla interpretazione dell'osservatore.

⁴⁴ A. REINACH, *I fondamenti* cit., 31, parla di un “lato interiore ed uno esteriore, quasi un'anima ed un corpo” dell'atto sociale.

⁴⁵ Appare chiaro, qui, il richiamo ad E. HUSSERL, *Ricerche logiche*, trad. it., Milano, 2005, e a - pur in diverso approccio - M HEIDEGGER, *Essere e tempo*, trad. it Milano, 1976, 57 s., alla ricerca della struttura del “qualcosa in quanto qualcosa (etwas als etwas)”. Il concetto di archetipo in senso pre normativo è usato anche ai giorni nostri nella ricerca giuridica; solo da ultimo, ad esempio, si veda l'utilizzo che ne ha fatto L. R. PERFETTI, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli*, in *Riv. giur. dell'ambiente*, 2009, spec. 8 ss..

⁴⁶ A. REINACH, *I fondamenti* cit., 7 ss., a proposito di quelli che egli chiama “concetti fondamentali specificamente giuridici”, afferma che “il diritto positivo può indubbiamente modellarli e modificarli, ma essi stessi sono dal diritto trovati, e non prodotti”; e ciò vale, a suo dire, anche per le connessioni con gli assunti giuridici che ad essi si riferiscono, le

In ambito giuridico, questi campioni sono stati, e sono tuttora, rilevati, osservati e descritti sotto forma di “fisiologia politica”⁴⁷, assiomi⁴⁸, primitivi⁴⁹, *idealtyp*⁵⁰, concetti⁵¹, principi guida⁵², corpi

“relazioni d'essenza immediatamente evidenti; esse non sono «creazioni» o «invenzioni» di un qualche diritto positivo” (*ibidem*, 41); più di recente, G. FERRARA, *Diritto soggettivo, diritto oggettivo. Uno sguardo sugli apici del giuridico*, in *www.costituzionalismo.it*, § 25: “non sono le teorie, né le tecniche argomentative che generano il diritto”, e menziona a supporto G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1895), trad. it. Milano, 2002, 75. B. LEONI, *La libertà e la legge*, trad. it. Macerata, 1994, 13, osserva che “i Romani e gli inglesi condividevano l'idea che il diritto è qualcosa da *scoprire* piuttosto che da *decretare* e che nessuno è così potente nella società da essere in posizione di identificare la sua propria volontà con la legge del paese. Il compito di “scoprire” la legge era affidato nei loro paesi rispettivamente ai giureconsulti e ai giudici, due categorie paragonabili, almeno fino a un certo punto, agli esperti scientifici di oggi”.

⁴⁷ G. ROMAGNOSI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, Parma, 1805, §270 e ss.; ID., *Della vita degli stati*, in ID., *Scritti sul diritto filosofico*, Palermo, 1814, spec. 445 e ss..

⁴⁸ E. HUSSERL, *Adolf Reinach* †, ora in F. DE VECCHI (a cura di), *Eidetica del diritto e ontologia sociale. Il realismo di Adolf Reinach*, Milano-Udine, 2012, 55 “Reinach mette in luce una gran quantità di verità «a priori» che si trovano alla base di ogni diritto esistente è pensabile, ma queste verità sono (come egli mostra) *a priori* esattamente nel senso in cui sono *a priori* gli assiomi primitivi della matematica o della logica; dunque proprio come gli assiomi, queste verità possono essere colte in modo evidente in quanto verità valide senza eccezione, precedenti ad ogni esperienza”. (corsivi originali).

⁴⁹ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma - Bari, 2007, I, spec. 20 ss.; ID., *Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto*, in P. DI LUCIA (a cura di), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano, 2011, spec. 16 s.. L'A. sostiene che ogni teoria possa giungere a teoremi analitici e avalutativi, ma utilizza necessariamente *scelte* nella definizione degli elementi bruti che egli definisce *primitivi, postulati, definizioni*; ma egli stesso è formidabile costruttore di una idea di teoria del diritto con approccio assiomatico, che punta a “a soddisfare un'elementare esigenza scientifica: quella di conferire, grazie alla formalizzazione del linguaggio teorico, il massimo rigore e la massima chiarezza e precisione ai concetti giuridico-teorici”, e ritiene che questo linguaggio è “convenzionale” (*op ult. cit.*, 17); pertanto, deve essere possibile (pur se non è facile) giungere, come in ogni altro ambito scientifico anche in ambito giuridico, a convenzioni cognitive stabilizzate e, dunque, credenze scientificamente giustificate, in ordine ai primitivi, ai postulati, agli assiomi.

⁵⁰ M. WEBER, *L'oggettività conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale*, trad. it. in ID., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino 1958, 53 ss.. Parlano di “tipi ideali” M. ATIENZA, J.R. MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento del potere*, tr. it. Bologna, 2004, 9.

⁵¹ Sarebbe troppo impegnativo, e forse supponente, proporre un catalogo della letteratura e degli usi della categoria “concetto”, che è problematica e discussa non solo in ambito giuridico, per il quale si permetta perciò il rimando ai soli, recenti N. IRTI (a cura di), *La polemica sui concetti giuridici cit., passim*, e G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, cit., *passim*.

⁵² M. G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, Torino, 1968, I, 215.

giuridici⁵³, norme eidetico costitutive⁵⁴, e probabilmente in altri modi a me ignoti, anche quando la rispettiva definizione sembra non essere identica; si tratta di *essenze* di entità maggiori, non costituite ma osservabili e dotate della caratteristica di esserci qualsiasi sia l'istanza minore considerata⁵⁵.

Naturalmente questi modelli archetipi sono conoscibili in termini inter-soggettivi, e cioè sono ri-conoscibili, solo mediante descrizioni accettate e, dunque, convenzioni linguistiche; possono infatti essere percepiti anzitutto con un incontro unipersonale, e rimanere confinati nella coscienza o nella consapevolezza di uno solo, e sino ad allora resterebbero – non per nulla, ma – poco significanti in termini giuridici. Posso avere le mie personali opinioni, persino complete, fondate ed attendibili, su cosa sia *effettivamente*, una promessa, una pretesa, un'obbligazione, (ma anche, mi pare, un matrimonio, un atto amministrativo, una Costituzione, ecc.), ma fino a che terrò per me queste considerazioni esse avranno scarso o nullo rilievo sociale, istituzionale, ed ancor meno senso giuridico. E per quanto abbiamo visto in premessa, non avrebbero alcun rilievo scientifico⁵⁶.

Gli archetipi divengono perciò *sociali* non solo quando sono esterni, sussistenti e perciò comuni e visibili per diversi e non per uno solo, ma soprattutto allorché la loro struttura possa renderli riconoscibili, ed in quanto tali, dunque sul presupposto che necessariamente ci sono, possono essere significanti, osservabili, descrivibili concordemente per più d'uno, e con ciò divenire anche utilizzabili; e non credo serva discutere che questa è caratteristica essenziale di ogni fenomeno che voglia dirsi giuridico.

⁵³ Espressione del “primo” Jhering, che poi mutò completamente approccio: cfr. R. VON JHERING, *Unsere Aufgabe* (1857), trad. it. *Il nostro compito*, in ID., *La lotta per il diritto e altri saggi*, a cura di R. RACINARO, Milano, 1989, 3 ss..

⁵⁴ Se si considera il fenomeno di cui esse sono espressione: cfr., in una letteratura amplissima ed interdisciplinare, A. G. CONTE, *Fenomeni di fenomeni*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1986, 29 ss.; J. SEARLE, *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, trad. it. Torino 1976; G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, Milano, 1974; P. DI LUCIA (a cura di), *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*, Macerata, 2003.

⁵⁵ B. SMITH, W. ZELANIEC, *Laws of Essences or Constitutive Rules?*, in F. DE VECCHI (a cura di), *Eidetica del diritto e ontologia sociale* cit., 85: “such «laws», as Reinach calls them, are «grounded in» (as he puts it) the essences of the entities involved”.

⁵⁶ M. FERRARIS, *Documentalità: ontologia del mondo sociale*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, 2007, 2, 250 ss., propone di chiamare *psichismi* “tutto ciò che sta (apparentemente) nella testa di una persona, senza uscirne”.

L'ipotesi neo realistica è che il fenomeno della loro sussistenza vi sia, e consista in una qualche *iscrizione*, una fissazione su un qualsiasi supporto che renda i modelli inevitabilmente incontrabili da ciascuno e sorprendentemente conoscibili a più d'uno, ne consenta perciò la discussione e l'analisi, ed infine, auspicabilmente, un concordamento sulla definizione di cosa siano⁵⁷. Acquisendo, ancora una volta, una forma, e diventando, così, oggetti sociali, che, trovando concordia tra i loro osservatori che li descrivono, sono assumibili come *scientificamente veri*.

Il fatto interessante è che si possa prendere in considerazione l'ipotesi che questo supporto possa essere anche solo e semplicemente la nostra mente⁵⁸.

Non tocca a me, che non ne sono in grado, dire se ciò significhi o meno qualcosa di biologico, neuronale, o psico-sociale, né tanto meno azzardare cosa sia la mente; mi accontento di osservare che se così non fosse, ad esempio, sarebbe imbarazzante sostenere – come invece facciamo, e giustamente, perché lo *rileviamo* – che le Costituzioni possono essere anche non scritte, e tuttavia funzionare come tali anche in società plurali, avanzate e tecnologiche; che un muro possa divenire un confine, ed essere rispettato come tale con conseguenze in caso di violazione, ben più complesse di quelle di un più banale abbattimento; o che un pezzo di carta filigranata, colorata e segnata, possa essere denominata denaro ed accettata in cambio di fatica e cose, anche molto considerevoli. Tutti esempi noti⁵⁹ e rilevatori della semplice evidenza che prima ancora di essere disciplinati con apposite e talora molto articolate descrizioni e prescrizioni normative, questi fenomeni sono già esistenti e pronti ad agire⁶⁰, sono ed esistono in quanto giuridici prima ancora di esistere ed essere normativi (al punto di poter funzionare anche senza norma scritta, o senza la sua conoscenza, come accade per la stragrande parte di noi che, per usare il denaro con

⁵⁷ Qui sta una delle differenze tra l'impostazione di Searle e di Ferraris, spiegando il fenomeno l'uno in termini di "intenzionalità collettiva", l'altro, appunto, mediante variegate iscrizioni fissate e riconosciute.

⁵⁸ M. FERRARIS, *Documentalità* cit., 232 ss..

⁵⁹ Li ha usati, ad esempio, J. SEARLE *La costruzione della realtà sociale* cit., 16 e *passim*.

⁶⁰ O. SPENGLER, *Il tramonto dell'occidente*, trad. it Milano 1957, 1395, aveva parlato (nel 1919) di "denaro faustiano", scorgendovi una "funzione, come una forza il cui valore non sta nella sua semplice esistenza ma nella sua azione".

operazioni indubbiamente giuridiche, non ha bisogno alcuno di conoscere la complessa normativa che le regola⁶¹).

Insomma, si potrebbe dire che gli oggetti giuridici sono costituiti per strati: al sostrato reale dei fatti bruti, i quali già conferiscono un primo grado di durezza oggettiva⁶², si aggiungono poi i loro meccanismi di percezione e, soprattutto, di fissazione, che siano l'intuizione offerente ultima del contenuto di Reinach⁶³, l'intenzionalità collettiva di Searle o le – forse più solide⁶⁴ - iscrizioni documentali di Ferraris, e forniscono altro mastice, altro indurente oggettivo, rendendo questi oggetti effettivamente tali, e distogliendoli dalla precaria condizione che essi avrebbero ove fossero costrutti completamente dipendenti da ogni soggetto individuo, dalla sua personale ed opinabile capacità di conoscenza, discorso, linguaggio, concetto (o... magia⁶⁵); ma anche ove fossero totalmente derivanti da una qualsiasi norma vigente o comunque positiva.

E, occorre dire, in questa supposizione, e soprattutto in questa fase del lavoro giuridico, non rileva in modo peculiare che l'oggetto

⁶¹ Lo ha ben notato K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, trad. it. Milano, 1967, 37 s.: «l'uomo della strada può non aspirare a nessuna particolare conoscenza del «diritto»; ciò non di meno la sua mente è provvista di una considerevole scorta di nozioni «legali» o «giuridiche» ed egli usa molti termini «giuridici» nella sua vita quotidiana»; a sua volta, H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, tr. it. Torino, 1965, 62 ss., è noto, si pose il problema del «punto di vista interno» distinto da quello «esterno» nel fenomeno giuridico. Anche J. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale* cit., 128, il quale ritiene che, in genere, le regole di un'istituzione non siano codificate, assume tuttavia che, quando lo sono, «la maggior parte di noi non è a conoscenza di queste codificazioni». Sul tema, ed in particolare sul ruolo del «senso comune» nei metodi giuridici, si veda di recente M. JORI, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa, 2010, spec. 138 s..

⁶² Che i «fatti istituzionali» siano fondati sui «fatti bruti» («esistono, per così dire, alla sommità di (*on top of*) fatti fisici bruti») è una delle tesi di J. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale* cit., spec. 34 s..

⁶³ A. REINACH, *Sulla fenomenologia* cit., 183.

⁶⁴ J. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale* cit., 34 prova a descrivere il fenomeno dell'intenzionalità collettiva: «l'idea è che se noi intendiamo fare qualcosa insieme, allora ciò consiste nel fatto che intendo farlo con la credenza che anche tu intenda farlo; e tu intendi farlo con la credenza che anch'io intenda farlo. E ciascuno crede che l'altro abbia queste credenze, e ha queste credenze riguardo a queste credenze, e riguardo a queste credenze, ecc., in una gerarchia potenzialmente infinita di credenze»; e tuttavia, egli stesso non riesce a sfuggire all'idea che in questo meccanismo vi sia «un elemento di magia, il comparire di un trucco, un gioco di prestigio»: *ibidem*, 55.

⁶⁵ K. OLIVECRONA, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, trad. it. Milano, 1972, 254: «che cosa altro, se non magia, è il produrre degli effetti per mezzo di parole recitate solennemente durante un atto rituale in stretta osservanza ad un antico modello?».

osservato abbia a che fare con l'osservatore⁶⁶, o almeno non diversamente da quanto accade per la ricerca in ambito biologico, fisico, naturale in genere; non credo che le conoscenze acquisite scientificamente sui caratteri, che so, delle cellule dipendano o siano seriamente fuorviate dal fatto che il ricercatore che ha concorso alla loro acquisizione sia biologicamente composto – anche – di cellule.

E' vero che gli oggetti sociali non esisterebbero senza esseri umani, ma non tutto della loro struttura dipende dalla nostra volontà, dalla nostra capacità creativa, da ciò che sappiamo o crediamo di sapere: il “mondo sociale” non è, in tutto e per tutto, un nostra creatura voluttuaria, nemmeno ad un livello – a dir così – collettivamente cosciente, figuriamoci quanto potrebbe esserlo ad un livello individuale o inter-soggettivo: nessuno di noi può seriamente presumere di essere un Dr. Frankenstein al cubo, ambizioso ed illuso al punto da supporre di veder dipendere da sé o dalle proprie credenze, relazioni ed esperienze personali come va il mondo in ogni suo aspetto, anche se “il mondo è tutto ciò che accade”, ed anche se “è la totalità dei fatti, non delle cose”⁶⁷.

Non siamo stati “noi” (per fortuna) a creare non voglio dire i vulcani, i dinosauri o i buchi neri, ma il dna, l'rna, i meccanismi a base della vita e della sua continua evoluzione, né la nostra stessa struttura biologica che ci ha fornito di sensi e ci fa aver fame e sete, freddo e caldo, ci spinge a sopravvivere e riprodurci, ci fa morire ad

⁶⁶ In ambito giuridico è ancora molto usata l'idea kantiana dell'impossibilità di conoscere la cosa in sé (“das Ding an sich”), applicata alla particolare condizione del giurista: R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine. Una prospettiva quantistica*, Milano 2013, partendo da alcune delle conseguenze epistemiche della fisica quantistica, ritiene che “l'osservatore agisce all'interno del sistema osservato e l'osservazione determina ciò che deve essere osservato, perché il risultato di un'osservazione dipende da ciò che l'osservatore decide di osservare”, e perciò “ciò che osserviamo non è la natura in sé stessa ma la natura esposta ai nostri metodi di indagine” (19 s.). A sua volta S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Some Remarks on Methodology in Legal Studies in the Light of the Challenges that Globalization Poses to Legal Doctrine*, in *Revista catalana de dret públic*, No. 48, 2014, 122, assume che “la dottrina giuridica [è] parte del suo stesso oggetto, parte della «cosa»” (trad. mia). Non diversamente G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato* cit., 836 s., il quale, pur ammettendo che “il mondo sociale viene prodotto dagli uomini, ma rispetto ai singoli si erge come un dato oggettivo”, ritiene che in tutte le scienze umane “l'osservatore, per il solo fatto di osservare e comunicare ad altri le sue osservazioni, diventa parte dell'osservazione, interagisce con ciò che osserva e su cui riflette”.

⁶⁷ Sono le notissime prime due proposizioni di L. WITTEGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, trad. it. a cura di A. G. Conte, Torino, 1989.

un certo punto, e dunque non dipendono integralmente da “noi” le complesse conseguenze e implicazioni relazionali di tutto ciò; né alcuno di “noi” ha mai potuto scegliere coscientemente di essere *sociale*, di aver bisogno di vivere insieme ad altri, né abbiamo inventato l’amore e tutti gli altri sentimenti, la coscienza e la sua coscienza⁶⁸, le capacità di comparazione, di percepire e ri-conoscere colori, forme, ritmi musicali⁶⁹, probabilità⁷⁰, e le tante altre strutture oggettive sulle quali sorgono i temi del “mondo sociale”⁷¹.

Le nuove conoscenze che vanno accumulandosi non solo in ordine ai comportamenti sociali, ma anche in termini biologici, vanno perciò maggiormente considerate negli studi giuridici, che, senza, rischiano di soffrire una mancanza notevole quantomeno per il modo con cui percepiamo ed elaboriamo ciò che accade⁷²; l’oggetto degli studi sociali (e dunque anche di quelli giuridici), si presenta invece non per tutti ma per molti riguardi come un dato ad ogni osservatore che si

⁶⁸ S. ZEKI, *Splendori e miserie del cervello. L’amore, la creatività e la ricerca della felicità*, trad. it. Torino, 2010, 133: “gli animali sono coscienti, ma solo l’uomo è cosciente di essere cosciente”; cfr. anche G. M. EDELMAN, *Sulla Materia della mente*, trad. it. Milano, 1995.

⁶⁹ Quelli indicati nel testo sono altrettanti esempi di “concetti ereditari”, cioè procedimenti di riconoscimento ed elaborazione cosciente dovuti alle strutture cerebrali, proposti dal neurobiologo Semir Zeki, sulla base di osservazioni empiriche del cervello e del suo funzionamento, che non solo sono “universali”, ma “pur nella loro diversità tutti condividono una caratteristica interessante. Per cominciare non siamo liberi di rifiutarli, di ignorarli, di disobbedirvi”: S. ZEKI, *Splendori e miserie del cervello* cit., 86 s. e *passim*. Non saprei dire quanto queste ipotesi induttive neuro biologiche abbiano a che fare con l’intuizione di C. S. PEIRCE, *Collected papers* cit., 2.228: “un segno è qualcosa che sta a qualcuno, si indirizza a qualcuno, crea nella mente di quella persona un segno equivalente”.

⁷⁰ Si veda il recente studio di L. FONTANARI, M. GONZALEZ, G. VALLORTIGARA, V. GIROTTO, *Probabilistic cognition in two indigenous Mayan groups*, in *PNAS* 2014, 17075 ss..

⁷¹ Secondo M. FERRARIS, *Mobilizzazione totale*, Roma-Bari 2015, 90, “non siamo noi i costruttori dei nostri totem e tabù sono loro che ci costruiscono”. Riecheggia qui anche il bardo: “Thus conscience does make cowards of us all”: W. SHAKESPEARE, *Hamlet*, Atto III, Scena 1.

⁷² Basti rammentare l’argomento con cui H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* cit., 79, replicava alle impostazioni della Scuola storica sui diritti soggettivi: dal presupposto che “il carattere giuridico di un fenomeno non è percepibile dai sensi. Il fatto che un individuo abbia o meno il diritto di possedere una cosa non può venir visto, udito o toccato”, traeva la logica conseguenza che l’unica fonte dei diritti fosse la norma, che “non è né logicamente né psicologicamente il risultato di una astrazione basata su una somma di percezioni simili di diritti, come, ad esempio, il concetto generale di albero è il risultato di una astrazione basata su una somma di percezioni simili; poiché i diritti non sono percepibili dai sensi come le piante”: una visione basata su di una logica intuitiva, sulle conoscenze dell’epoca di cui, come visto, è oggi scientificamente possibile dubitare.

provi a conoscerlo, ed autorizza perciò, almeno su questa parte della loro fenomenologia, quel confronto metodologico e sui risultati il cui esito può essere, mediante il concordamento inter-soggettivo, il riconoscimento dell'esistenza inevitabile ed inemendabile di strutture giuridiche, e dunque anche qui la produzione di un *vero* scientifico, nei termini già proposti⁷³.

Alla famiglia degli oggetti sociali appartengono gli oggetti teorici del diritto, dotati di nuclei strutturali, ontologici inemendabili o assai poco emendabili, composti di fatti bruti, esperienze ripetute, primitivi, intenzioni solidificate o iscrizioni fissate⁷⁴, che non sono inventabili, sono *intrinsecamente* intelligibili, costituiscono il nucleo di precedenti normativi o giurisprudenziali tanto ricorrenti da rimanere assestati⁷⁵, ed è a queste entità che si propone di riservare la qualificazione di *oggetti giuridici del diritto*.

Anche in ambito giuridico, infatti, non tutto di ciò che chiamiamo “norma”, “divieto”, “validità” e simili⁷⁶ è il frutto di scelte, di libere ed infinite “definizioni stipulative o di assunzioni o convenzioni”, e le stesse stipulazioni, quando intervengono, non si basano sul nulla, non

⁷³ J. M. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, trad. it. Torino, 1996, 3 s.: “Una scienza sociale, come la giurisprudenza analitica o sociologica, cerca di descrivere, analizzare e spiegare un certo oggetto o materia di studio. Tale oggetto è costituito dalle azioni, pratiche, abitudini, disposizioni umane, e dal discorso umano. Azioni, pratiche, ecc., sono certamente influenzate dalle cause “naturali” propriamente ricercate con i metodi delle scienze naturali, ivi compresa una parte della psicologia. Ma tali azioni, pratiche, ecc., possono essere pienamente comprese solo afferrando il loro senso, cioè il loro obiettivo, il loro valore, la loro rilevanza o importanza, quali vengono concepiti dagli uomini che le attuano, vi si impegnano, ecc.”

⁷⁴ Vorrei qui richiamare anche la connessione tra “dimensione giuridica e civiltà retrostante [...] e cultura circolante” di cui parla P. GROSSI, *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano 2006, 15 ss., per il quale in diritto è “radicatissimo nella società, [...] specifica la globalità del sociale, l’incandescenza del fatto sociale” (*ibidem*, 36).

⁷⁵ A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 2, 52 ss.; R. VAN GESTEL, H. W. MICKLITZ, M. POIARES MADURO, *Methodology in the New Legal World* cit., 21, riferendosi agli ambiti della ricerca giuridica, parlano di “the interplay between facts and norms, rules and principles, or national and transnational legal sources”; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, 4 s., nota come anche “le istituzioni non sono, dunque, solo il prodotto di una volontà, quella del legislatore. Esse sono anche il frutto di un passato (o, meglio, di più passati, frequentemente reinterpretati) e il risultato di commistioni di ordinamenti diversi, tra i quali sono frequenti importazioni ed esportazioni”.

⁷⁶ Esempi di “concetti teorici” secondo L. FERRAJOLI, *Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto* cit., 16, di cui le espressioni riportate di seguito tra virgolette sono, a suo parere, alcuni dei caratteri.

sono solo un discorso, poiché – effettivamente – sembrano avere successo, cioè trovare il consenso degli osservatori attrezzati, degli studiosi specializzati, dei ricercatori, insomma degli scienziati (anche del diritto), proprio quando hanno “capacità esplicativa”, cioè sono in grado di descrivere bene ed assestare la conoscenza di strutture che ne siano oggetto.

Questi oggetti, lo ripeteremo spesso, non sono tutto il Diritto, non lo determinano né totalmente né invariabilmente, poiché sono composti di strutture troppo essenziali per possedere tutti i caratteri di cui c'è bisogno in ambito giuridico; la loro esistenza, dunque, non nega la necessità di tutte le operazioni positive che integrano il carattere perentorio, vigente ed utilizzabile praticamente del Diritto⁷⁷: anche qui, come in fisica, “more is different”⁷⁸.

Come vedremo, questi oggetti vengono infatti poi usati, e fisiologicamente guarniti con più ampi perimetri della loro dimensione giuridica, quella emendabile, discorsiva, linguistica, epistemica, storica, normativa, positiva, senza però che tutto ciò faccia perdere la loro natura agli oggetti, i quali non sono, nonostante questa dipendenza dai soggetti, totalmente soggettivi⁷⁹.

Vi è cioè un *continuum* temporale tra queste componenti del fenomeno giuridico, tra gli oggetti giuridici ed i loro utilizzi normativi, interpretativi ed applicativi⁸⁰; ma, almeno con riferimento al ri-conoscimento degli oggetti giuridici, non sembra più necessario

⁷⁷ Uso qui l'osservazione di N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* cit., 112, per il quale, in almeno alcune delle sue forme, “il positivismo giuridico è [...] quella dottrina che, negando il carattere di diritto al diritto sino a che è provvisorio, fa della perentorietà il carattere essenziale del diritto”

⁷⁸ P.W. ANDERSON, *More is different: Broken symmetry and the nature of the hierarchical structure of science*, in *Science*, 1972, 393 ss.: “The ability to reduce everything to simple fundamental laws does not imply the ability to start from those laws and reconstruct the universe”. Secondo J A. GOLDSTEIN, *Reduction, construction, and emergence in P. W. Anderson's “More is different”*, in *E. CO*, 2014, 118, questo saggio, l'approccio che esprime, ed in particolare la nozione di “spontaneous-symmetry breaking”, stanno alla base della gran parte delle recenti scoperte fisiche, ivi compresa la famigerata “particella di Higgs”, che infatti si è proposto di chiamare “particella di Anderson - Higgs”.

⁷⁹ M. FERRARIS, *Mobilizzazione totale* cit., 95, lo spiega rilevando che “non si può in alcun modo parlare di una dipendenza epistemologica e positiva”.

⁸⁰ Con altre parole, mi pare usi l'argomento (dal lato del soggetto anziché dell'oggetto) anche G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato* cit., 849, allorché si concentra sui “livelli dei discorsi”, partendo da un “livello zero” fatto di “discorsi che si riferiscono al mondo (a ciò che sussiste prima e indipendentemente dal discorso che viene fatto su di esso)”, e osserva livelli successivi che si riferiscono a quelli precedenti “potenzialmente all'infinito”.

temere che il loro studio possa essere alterato nel considerare le conoscenze che provengono da altri campi disciplinari, delle scienze sociali⁸¹ come di quelle dure⁸²: il giurista può, se vuole, essere uno scienziato specialista⁸³ che concorre, con altri, al fenomeno della conoscenza, e non può prescindere da quella che deriva dal lavoro di altre discipline⁸⁴.

3. La rilevanza giuridica dei fatti

In ambito giuridico, la relazione tra fatti e diritto è stata variamente affrontata; considerando solo alcuni tra gli approcci più correnti e recenti, ve ne sono stati diversi che supponevano, in vario modo, il fondamento del Diritto nei fatti, nei bisogni, in ciò che accade, in ciò che c'è⁸⁵. Questi approcci sembrano pienamente compatibili con la esistenza degli oggetti giuridici e delle loro strutture.

⁸¹ Anche G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato* cit., 861 s., espone argomenti a sostegno del fatto che “quanto più un giurista conosce delle scienze umane, e si mostra capace di vedere e stabilire legami tra le acquisizioni di tali scienze e il suo proprio specifico campo disciplinare, tanto più acuto, ricco, originale, persuasivo diverrà nella sua opera di giurista scienziato”.

⁸² J. BENOIST, *Cosa rende “sociali” gli atti sociali?*, in F. DE VECCHI (a cura di), *Eidetica del diritto e ontologia sociale. Il realismo di Adolf Reinach*, Milano – Udine 2012, 242: “una volta che ci si è posti 'fuori' - come ci invita il realismo reinachiano - si deve accettare e prendere in considerazione tutta la complessità di quel 'fuori'”.

⁸³ Dunque non solo una “persona che riflette sul diritto ed espone i risultati delle sue riflessioni”, come proposto da G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato* cit., 833 (corsivi miei).

⁸⁴ La questione è una delle più dibattute in ambito internazionale: cfr. R. VAN GESTEL, H. W. MICKLITZ, M. POIARES MADURO, *Methodology in the New Legal World* cit., 3, ove notano che il confronto odierno avvenga tra “‘doctrinalists’, who believe that legal research should primarily be seen as a service to legal practice, and ‘multidisciplinarians’ defending that scholarly legal research has a purpose in itself (‘Verstehen’)”; e poi: “We believe there is no longer room for only one dominant role model for scholarly legal research. Doctrinalists, empiricists, comparatists, legal historians, law and economists and others co-exist in the new legal world and the quality of their work should be judged according to the rules of the discipline and not be determined by preferences for a particular type of research that is en vogue at the time. *What all legal scholars should have in common, though, is a scientific attitude*” (*ibidem*, 23, corsivi miei).

⁸⁵ Il riferimento principale è ovviamente, a Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, 13 ss. soprattutto allorché proponeva il fondamento delle organizzazioni sociali nei fatti, nei bisogni che le legittimano, al punto che “ogni forza che sia effettivamente sociale e venga quindi organizzata, si trasforma per ciò stesso in diritto” (*ibidem*, 113), ed infatti l'origine di un ordinamento (id est di un'istituzione) non può essere

Né mi sembra impossibile collocare l'ipotesi dell'esistenza di strutture giuridiche oggettive nelle ricostruzioni che, a dir così, legano inscindibilmente fatti e norme nel processo complesso della loro comprensione, e dunque in quella operazione ermeneutica che definisce la pre-comprensione di testi e norme⁸⁶. Gli oggetti giuridici ri-conosciuti, cioè, potrebbero porsi negli elementi che la integrano (percorsi formativi, canoni o argomenti interpretativi, figure dogmatiche consolidate o dominanti, precedenti giurisprudenziali, previsione delle conseguenze decisionali, principi dell'ordinamento, ecc.⁸⁷), concorrendo con la loro caratteristiche al raggiungimento della corrispondenza di senso tra i fatti e la loro qualificazione giuridica, e dunque a solidificare il contenuto semantico della norma⁸⁸. Come diremo, ciò non esclude né il conflitto tra più interpretazioni della norma (che peraltro non può essere escluso da alcun "circolo ermeneutico", che è una preconditione dell'interpretazione giuridica), né la necessità stessa dell'interpretazione giuridica, ma può fornire qualche elemento attendibile e ri-conosciuto, le "cose stesse" cui Gadamer invita a guardare⁸⁹, che concorra a ridurre i margini interpretativi.

"un procedimento regolato da norme giuridiche: è [...] un fatto" (*ibidem*, 51). Ma si possono ben ricordare gli approcci di C. ESPOSITO, *La validità delle leggi* (1934), rist. Milano, 1964, 205: "la costituzione designa un fatto oltre che una regola, contrassegna l'ordinamento valido ed efficace dell'organizzazione suprema dello stato oltre che la legge di organizzazione; o più sinteticamente, il punto di incidenza tra il diritto e il fatto"; e poi: "nell'ipotesi che l'ordinamento costituzionale sia innovato nelle vie prescritte basta che non prevalga la eventuale opposizione alla attuazione del cambiamento costituzionale perché la regola emessa divenga diritto positivo, nel caso invece che l'ordinamento sia instaurato fuori o contro le vie legali, si richiede positivamente che la forza si sia tramutata in diritto. Nel primo caso poi vi è la presunzione che la regola valga finché non si provi il contrario, mentre invece nel secondo caso è necessaria la prova concreta ed effettiva della instaurazione extra legem. Ma nell'un caso come nell'altro fatto e diritto sono strettamente intrecciati" (*ibidem*, 206 s., corsivi miei; è solo uno degli argomenti tra i vari in cui l'autore sostiene l'assunto finale).

⁸⁶ H. G. GADAMER, *Verità e metodo* cit., spec. 342 ss.

⁸⁷ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, trad. it. Napoli, 1983; G. ZACCARIA *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984, 47 ss.; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 48 ss..

⁸⁸ B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, Torino 1990, 145 ss.

⁸⁹ H. G. GADAMER *Verità e metodo* cit., 313: "ogni interpretazione corretta deve difendersi dall'arbitrarietà e dalle limitazioni che derivano da inconsapevoli abitudini mentali, guardando «alle cose stesse» (*die Sache selbst*)", anche se poi, ovviamente (e lo si dirà presto), "il linguaggio è il medium in cui gli interlocutori si comprendono e in cui si

Più difficile è invece collocare l'ipotesi nell'ambito della visione che usava il concetto di *rilevanza giuridica*, insistendo sul carattere, a dir così, artificiale del processo di giuridicizzazione del fatto e, in sostanza, lo faceva coincidere con gli effetti prodotti dalla norma intervenuta a regolarlo⁹⁰; con raffinati strumenti analitici, tuttavia, quell'approccio è stato posto in discussione osservando che, tra gli altri inconvenienti, trascura che ogni fatto rilevante in termini giuridici ha, a dir così, una sorta di *affordance*⁹¹, un'attitudine giuridica, grazie alla quale esso può fornire la base per il complesso meccanismo che può passare per la norma che lo qualifica – più o meno completamente – e che, solo in conseguenza, dispone alcuni effetti⁹². Mi sembrerebbe piuttosto limitato sostenere che la stretta di mano “in quanto salute” sia davvero la stessa, identica cosa della stretta di mano “in quanto contratto”, e se ne differenzi per sole circostanze e conseguenze in

verifica l'intesa sulla cosa”: *ibidem*, 442; ma anche J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo* cit., 24, assumeva che “le regole giuridiche di cui disponiamo con la loro pretesa di applicazione vincolante, debbono «accordarsi con la realtà di vita che si deve giudicare»”.

⁹⁰ A. FALZEA, *Rilevanza giuridica*, voce in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1965, 457 ss.; ma prima ancora si veda ID., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939; N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Nss.mo Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 1094 ss., sintetizza brillantemente questa impostazione: “vi sono fatti ai quali il diritto ricollega effetti giuridici [...]. Il fatto, storico o naturale, diventa giuridico attraverso una relazione posta dal diritto obbiettivo. La giuridicità si presenta come un *concetto funzionale*: come una nota del fatto, che deriva dal nesso con un'altra entità. Il criterio euristico è dato dal riferimento agli effetti giuridici: irrilevanti sono i fatti, che il diritto lascia sorniti di effetti giuridici. In questo indirizzo si scorge: a) che la giuridicità non è un carattere intrinseco del fatto; b) che la giuridicità procede dal diritto obbiettivo; c) che la giuridicità risiede nel collegamento del fatto con gli effetti”.

⁹¹ Uso l'espressione nel senso indicato da J. J. GIBSON, *The ecological approach to visual perception*. Boston, 1979.

⁹² “Spetta dunque al fatto, in quanto giuridico, spiegare l'esistenza degli effetti, non viceversa”, altrimenti affermare che “un fatto è giuridico, perché esistono effetti giuridici che ne discendono, salvo poi sostenere che gli effetti sono a loro volta giuridici perché discendono da un fatto giuridico, significa ricadere in un circolo vizioso”: così F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 103 s.; a giudizio di F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 40: “o è la norma che rende giuridico il fatto, e allora l'effetto non giuoca alcun ruolo nel relativo processo di qualificazione ovvero si dà un senso ed un valore giuridico alla relazione tra fatto ed effetto, ed allora la qualificazione del fatto non è più condizionata soltanto dalla norma, ma è posta in relazione alla stessa produzione degli effetti”.

rapporto a concetti giuridici, a norme positive o a precedenti giurisprudenziali utilizzabili⁹³.

La spiegazione resterebbe incompleta, allora, anche se ci si accontentasse di rinvenire la giuridicità del fatto, la sua rilevanza giuridica, solo nel suo rapporto con una norma positiva⁹⁴, ovvero dall'essere da questa preso in considerazione, descritto e regolato, diventando *fattispecie*, poiché, a tacer d'altro, non spiegherebbe (almeno non in termini giuridici) donde quella norma sia tratta, perché cioè si sia deciso di occuparsi di quel fatto (o se non esattamente di quello, di qualcosa che possa esservi ricondotto) con un determinato disposto normativo (e non con un altro), se non rimandando a scelte morali (anche quando ammantate sotto l'equivoca definizione di "politica"⁹⁵), o, peggio, a mere relazioni di forza e contingente convenienza⁹⁶.

In tutte le visioni della rilevanza giuridica, intendo dire, vi è una parte dura, non emendabile, che non è di mero fatto, a-giuridica, ma ha invece una sorta di predisposizione al trattamento giuridico che può essere considerata, esaminata, discussa, conosciuta, descritta, e poi utilizzata anche in termini normativi e prescrittivi⁹⁷.

Potremmo dunque stipulativamente accordarci circa il fatto che la espressione "rilevanza giuridica" di qualcosa si riferisca solo ai fatti

⁹³ Cfr. R. B. BRANDOM, *Make It Explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Cambridge-London, 1994, 639 ss..

⁹⁴ Per N. IRTI, *Rilevanza cit.*, 1110, rilevante è il fatto "che si lascia ridurre ad esempio di un tipo" mentre è irrilevante quello "che non riceve un predicato giuridico: cioè che non si palesa omogeneo con il contenuto di una descrizione normativa".

⁹⁵ "Il giurista è in posizione secondaria, di fronte al politico, all'uomo di Stato, ai facitori di storia" secondo A. C. JEMOLO, *I concetti giuridici*, in N. IRTI (a cura di), *La polemica sui concetti giuridici cit.*, 39.

⁹⁶ N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia dei privati*, in *Rivista di diritto civile*, 2007, I, 732; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna 2005, spec. 93 ss.; M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Bari-Roma 2006, spec. 76 ss..

⁹⁷ A. REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile cit.*, 7, parla di un "essere giuridico prenormativo"; J. SEARLE *La costruzione della realtà sociale cit.*, 167, afferma che "noi accettiamo che ci sia qualcosa di sbagliato in quella persona che quando riceve una palla da baseball lanciata se la mangia; qualcosa di sbagliato nella persona che non conosce nessuna ragione di fare una cosa quando ha promesso di farla; qualcosa di sbagliato nella persona che se ne va in giro declamando frasi sgrammaticate. E ognuno di questi casi implica che [...] c'è una componente normativa creata socialmente nella struttura istituzionale, e ciò è spiegato solo dal fatto che [...] le regole effettive che specifichiamo nel descrivere l'istituzione determinerà quegli aspetti in base ai quali il sistema è normativo".

disciplinati da una qualche norma vigente (ma allora forse sarebbe più preciso parlare di “rilevanza normativa”⁹⁸), ma appare difficile sostenere che prima della norma che oggi è vigente o senza di essa i medesimi fatti siano giuridicamente inerti⁹⁹.

Se così non fosse, dovremmo ammettere che il Diritto è infarcito di assunti che, pur venendo ampiamente utilizzati in termini giuridici, non avendo a base una disposizione normativa esplicita non si sa donde vengano, e non mi pare soddisfacente supporre che siano dunque tratti “*ex nihilo*”¹⁰⁰, se non come una sorta di ovidiana *prolem sine matre creatam*¹⁰¹.

Per gli studiosi del diritto amministrativo vi è un argomento arcinoto, tra altri, che, mi pare, ben suffraga l’ipotesi qui proposta, la storia della “illegittimità” dell’atto amministrativo e, al suo interno, in

⁹⁸ Nella complessa e raffinata descrizione teorica proposta da G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1949, 24 ss., viene infatti descritta la quella che l’A. chiama *fattispecie normativa*, riferita ad una *fattispecie reale* ed una *fattispecie concreta*.

⁹⁹ Lo stesso Pugliatti, che pure - s’è visto - fu tra i più autorevoli assertori della specificità del diritto in ambito scientifico, e che considerava la norma il “dato” da cui partire, riconosceva che “ogni fatto giuridico è plasmato su un fatto umano”: cfr. S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 287; d’altro canto, pur giungendo a negare “il valore assoluto dei concetti giuridici”, gli “preme si stabilisca e fermi: A) che il riconoscimento del carattere di relatività dei concetti giuridici non deve condurre alla loro totale svalutazione, fino a ristabilire il caos risultante dalla pluralità asistemica delle norme; B) che non si pervenga ad affermare, quale compito del giurista, l’esegesi puntuale delle singole norme giuridiche isolate; C) che non si rinunci, nell’opera legislativa e in quella interpretativa, agli strumenti che la tecnica delle varie generazioni di giuristi ha nel corso dei secoli foggiate”: S. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, (1941), ora in N. IRTI (a cura di), *La polemica sui concetti giuridici* cit., 54 s.

¹⁰⁰ E ciò dovrebbe servire anche a limitare il fenomeno indicato da R. GUASTINI, *Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 932, costituito dalle “tesi dogmatiche costruite in modo indipendente da, e in un momento logico antecedente a, l’interpretazione di qualsivoglia specifica disposizione normativa”, che a suo dire, perciò, vengono appunto dal nulla (in termini giuridici, ovviamente), e reca importanti e solidi esempi in ordine alla consuetudine in ambito internazionale, alla validità costituzionale delle leggi, alla collocazione sistemica dell’ordinamento europeo.

¹⁰¹ “*de me sine matre creata / carmina sunt*”: PUBLIO OVIDIO NASONE, *Tristia*, trad. testo a fronte Milano, 1992, III, 13 - 14, che com’è noto, probabilmente con intenti non coincidenti con quelli qui esposti, nel 1748 è stata significativamente posta in esergo, nella forma riportata nel testo, al libro I del *De l’esprit des lois* di Ch.-L. de Montesquieu.

particolare quella del vizio di eccesso di potere, paradigmatica e molto significativa¹⁰².

A guardarla in termini storici e, soprattutto, a tratti larghi¹⁰³, quella vicenda può essere descritta come una progressiva comprensione del fenomeno (oggetto giuridico) della invalidità, usato per quei particolari atti umani che sono i provvedimenti amministrativi, allorché presero ad essere trattati come atti giuridici¹⁰⁴.

È unanimemente convenuto che l'eccesso di potere si sia rivelato non solo senza norma¹⁰⁵, “indefinito”¹⁰⁶, ma soprattutto che per una lunga fase storica esso si è andato precisando con un percorso chiaramente induttivo, “empirico”¹⁰⁷.

C'è allora da chiedersi donde si trasse quel “principio generale” che, superata l'iniziale, facile restrizione all'incompetenza¹⁰⁸, costituì

¹⁰² E' stato chiarito già da molto tempo che la storia italiana di questa vicenda debba molto ai precedenti francesi, ed in particolare che “l'apporto originale” del Conseil d'Etat nella prima metà del XIX secolo sia stato proprio quello di “aver compreso nella nozione di eccesso di potere tutti i vizi di illegittimità degli atti amministrativi”: così G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1963, 76 ss., ora anche in *Id.*, *Scritti giuridici*, Napoli, 2014, 21 ss..

¹⁰³ Altrimenti “il tema è di una vastità tale da risultare nella sua pienezza intrattabile”: E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)* in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1990, V, 342

¹⁰⁴ Non è irrilevante, tuttavia, per confermare l'ipotesi che si tratti di svelare strutture giuridiche di tipo oggettivo, il fatto che, con gli adattamenti del caso, il tema dell'eccesso di potere è rilevante ed usato anche in confronto al sindacato giurisdizionale ed alla funzione legislativa: per tutti, si vedano rispettivamente F. BASSI, *lo straripamento di potere*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 245; G. AZZARITI, *Sui limiti del sindacato di costituzionalità sul contenuto delle leggi: l'eccesso di potere legislativo come vizio logico intrinseco alla legge*, in *Giur. cost.*, 1989, 655.

¹⁰⁵ Tra molti, si vedano S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, ora in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1972, 1392 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 326 ss.

¹⁰⁶ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, 3.

¹⁰⁷ L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1898, 81; N. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere “amministrativo” secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Studi per il centenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1932, 494. Parla di conquista che meritò “l'ambita qualifica di pretoria” G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza cit.*, 78. Credo vada inteso in senso limitato la definizione di “storia di un sindacato di tipo creativo” proposta da C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 148 s.

¹⁰⁸ G.D. ROMAGNOLI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo*, Padova. 1835, 11; V.E. ORLANDO, *Giustizia amministrativa*, in *Id.* (a cura di), *Primo trattato completo di*

la “remota origine” dello sviamento di potere, il primo nucleo storico del vizio di validità odierno, che consentì al Conseil d'État francese, già nel 1811, senza norma alcuna in appoggio, l'annullamento di un divieto di vagliatura¹⁰⁹, se non l'utilizzo della struttura essenziale, oggettiva di disposizioni normative che tende a comprendere anche il loro “spirito generale”¹¹⁰, e le finalità di pubblico interesse cui tendono, la funzione¹¹¹, e usando tutto ciò per inferirlo, reciprocamente¹¹², alle strutture della decisione discrezionale.

Ed anche ci si può chiedere come sia nato quell'indirizzo che, sempre senza poter partire da una disposizione normativa formale ha preso ad utilizzare strutture quali la “manifesta ingiustizia”, il “travisamento dei fatti”, l’“illogicità”, la “razionalità”¹¹³, per dedurne uno sviamento, un eccesso, un abuso di potere, una “illegittimità sostanziale”, insomma una invalidità giuridica ma non *normativa* degli atti amministrativi¹¹⁴.

Ed infine, ci si chiede cos'altro può essere la “sintomatologia”, quel metodo che - basandovi non solo una solida e funzionante dogmatica, ma consentendo persino una riflessione teorica che ha debordato dal mero ambito gius-amministrativo¹¹⁵ -, è stato usato per decenni nel corso del XX secolo non solo per rilevare l'eccesso di potere, ma anche per definirlo, se non l'osservazione di qualcosa che

Diritto amministrativo italiano, III, Milano, 1901, 801 ss.; R. ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1934, 85 ss.; per l'evoluzione giurisprudenziale italiana in argomento si veda G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza cit.*, 92 ss..

¹⁰⁹ G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza cit.*, 79

¹¹⁰ O RANELLETTI, *Le gaurentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, 104; non diversamente V. E. ORLANDO, *Giustizia amministrativa cit.*, 700, 806 s.; E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1911, 137 ss..

¹¹¹ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, spec. 45 ss..

¹¹² C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 4.

¹¹³ Cons. Stato, IV, 1 febbraio 1895, in *Giur. it.*, 1895, III, 72; Id., 15 giugno 1900, in *Giust. amm.*, 1900, I, 292; Id., 4 ottobre 1919, in *Giur. it.*, 1920, III, 39.

¹¹⁴ A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei Governi liberi*, Torino, 1904, 791; V.E. ORLANDO, *Giustizia amministrativa cit.*, 700;

¹¹⁵ Si vedano, ad esempio, in diritto societario, A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, spec. 732 ss.; R. TETI, *L'eccesso di potere come causa di invalidità delle deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Riv. not.*, 1977, I, 840 ss..

evidentemente c'era nella realtà, aveva un rilievo giuridico non ancora preciso (e non qualificato con norma, dunque senza *rilevanza normativa*¹¹⁶), e lo sforzo di ricondurla entro una classificazione più comprensibile, concordabile, affidabile, utilizzabile in termini accettabili, l'idea fondamentale" di cui andò alla ricerca, con grandi conseguenze, Feliciano Benvenuti¹¹⁷, e che oggi va assestandosi intorno al perno della ragionevolezza e delle sue implicazioni¹¹⁸.

Posto dunque che, anche quando la legge prese a "nominare" i vizi di validità degli atti amministrativi, "rinunciò a definire legislativamente la nozione di legittimità e si rifece invece costantemente alla nozione rielaborata dalla giurisprudenza e dalla dottrina contemporanea"¹¹⁹, ed a tutt'oggi, si ripete, vi rinuncia e si rimette alla definizione dottrinarie e giurisprudenziale, si potrebbe supporre che si sia di fronte al maneggio di un "concetto" giuridico, e non di un oggetto; ma anche a dirla così, resterebbe oscura la differenza, poiché mentre si può comprendere cosa sia, come si forma,

¹¹⁶ E' noto che, pur essendo menzionato da norme di legge italiane sin dalla seconda metà dell'800 (G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza cit.*, 21 s., richiama le leggi 14 agosto 1862 n. 800, 31 marzo 1877 n. 3761, 31 marzo 1889 n. 5992), ancora oggi l'eccesso di potere non ha una definizione normativa.

¹¹⁷ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione cit.*, 3 ss., che, è noto, propose la concezione dell'eccesso di potere come vizio della funzione; più recentemente, mi pare parta da un medesimo approccio M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 116, allorché invoca una qualche rilevanza delle "«relazioni nel loro insieme» che si instaurano tra amministrazione e privato, tra amministrazioni e tra privati".

¹¹⁸ Riassume bene la vicenda C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela cit.*, 23: "sembra, da questo punto di vista, che l'eccesso di potere abbia trovato un suo *aleph*; si estrinseca in un controllo sostanziale avente ad oggetto la scelta discrezionale al fine di accertarne la ragionevolezza", specie se questa viene intesa come la struttura che impone la ponderazione degli interessi (E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere cit.*, 347), e dunque da cui si diparte l'obbligo di imparzialità (U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 123), che ben può essere visto come l'estrinsecazione specializzata per la amministrazione pubblica della ragionevolezza desumibile dal dovere di uguaglianza: G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993; P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; P. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005, spec. 91 ss..

¹¹⁹ G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza cit.*, 98.

come abbia successo (cioè venga usato costantemente) un “concetto” se viene tratto da una o più norme o viene in esso ricondotto, quando – come nel caso in esame – una norma non è stata esplicitata, non si capisce quale sia il “dato” del concetto, se non, appunto, rilevandolo in quella stratificazione di livelli empirici, reali e conoscitivi che abbiamo supposto costituire parte degli oggetti giuridici¹²⁰.

Ma, più in generale, possiamo anche empiricamente rilevare che siamo in grado di discutere ed eventualmente concordare su cosa sia un atto giuridico, la proprietà, una transazione, o qualsiasi altro oggetto giuridico prescindendo del tutto sia da una norma e dal relativo meccanismo linguistico, sia dal mettere al centro dell’analisi le preferenze fondative, morali, assiologiche di ciascuno, diventare “vittime della morale”¹²¹.

Non si può negare che sono più correnti negli studi giuridici le descrizioni e le ipotesi ricostruttive del diritto vigente¹²², e la discussione sulle loro implicazioni etiche, le quali sono anzi approcci molto più diffusi sia per ragioni pratiche – la gran parte degli operatori giuridici¹²³ impegna se stesso più sulla comprensione e sull’utilizzo delle norme che disciplinano la proprietà che sulla discussione di cosa

¹²⁰ Si perdonerà il mutamento di piani, ma vorrei ricordare quanto scrisse Einstein in una lettera a Solovin: “anche se gli assiomi della teoria sono imposti dall’uomo, il successo di una tale costruzione presuppone un alto grado d’ordine del mondo oggettivo, e cioè un qualcosa che, a priori, non si è per nulla autorizzati ad attendersi. È questo il “miracolo” che vieppiù si rafforza con lo sviluppo delle nostre conoscenze”: A. EINSTEIN, *Opere scelte*, a cura di E. Bellone, Torino, 1988, 740.

¹²¹ “Tutti ammetteranno facilmente che la cosa più importante è sapere se non si è vittime della morale”: così E. LÉVINAS, *Totalità e Infinito. Saggio sull’esteriorità*, tr. it. Milano, 1980, 19. D’altro canto, già N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica* [1958], ora in ID., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 23 ss., aveva scorto, tra i tre principali problemi del diritto, quello “ontologico” come proprio della teoria generale del diritto.

¹²² G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato* cit., 840 ss., dedica gran parte del suo esame alla “riflessione del giurista come descrizione del diritto vigente”.

¹²³ I “tecnici” di G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo* cit., 3 s.; con altre parole, G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato* cit., 833, parla di “figure per la cui attività lavorativa il diritto costituisce la componente prevalente se non esclusiva: il notaio, l’avvocato, l’ufficiale giudiziario, il funzionario amministrativo dell’amministrazione pubblica e così via”. Sovviene, al riguardo, la nota polemica tra M.S. Giannini e N. Bobbio proprio a proposito della differenza tra tecnica e scienza giuridiche: cfr. le ormai lontane - ma ancora attuali - riflessioni recate con le *Polemiche sull’interpretazione*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1941; l’intervento di Bobbio è alle pagine 96-101, quello di Giannini è alle pagine 101-108.

sia la proprietà come oggetto giuridico¹²⁴ – sia per l'importanza (ed il fascino) delle ragioni pure, dei valori¹²⁵. E forse anche per il vivere da ormai molti decenni in un ambiente costituzionale dotato di una Carta fondamentale¹²⁶ che, è difficile dubitarne, contiene ed esplicita molti “principi”, facilmente utilizzabili come valori, e dunque offre la tentazione di far pervadere di valori appunto il trattamento delle relazioni giuridiche, richiamandosi all'autorità (ed al carattere pur sempre normativo¹²⁷) della Costituzione¹²⁸.

¹²⁴ Secondo M. MCCONVILLE, W. HONG CHUI, *Research Methods for Law*, Edinburgh 2007, 2, “academic lawyers want to understand the way that law works and how it affects people and organizations, but practitioners are not interested in *why* the law says what it says”; e si spiega anche la drastica posizione di R. GUASTINI, *Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica* cit., 928, allorché assume che “non è sostenibile che i giuristi, nel descrivere il diritto vigente, contribuiscano a farlo”; è infatti opinione che circoscrive le possibilità cognitive del diritto solo con riguardo a quello vigente, dunque alla norma come dato, e coerentemente non può che desumere che vi sia una “osmosi tra il meta-linguaggio della scienza ed il suo linguaggio-oggetto, tra il discorso dei giuristi ed il discorso del legislatore” (*ibidem*, 937).

¹²⁵ A sintesi di un assunto che viene discusso da secoli, basti riportare l'icastica affermazione di J. HABERMAS, *Fatti e norme*, trad. it. Milano, 1996, 130, “il diritto positivo porta sempre dentro di sé un incancellabile riferimento alla morale”.

¹²⁶ L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, 109, spiega con la consueta chiarezza la “struttura di quei sistemi giuridici complessi che sono le odierne democrazie costituzionali, per la cui esplicazione la nozione di «validità» delle norme dovrà includere anche la coerenza dei loro contenuti o significati ai principi di carattere sostanziale enunciati nella costituzione, come l'uguaglianza e i diritti fondamentali”.

¹²⁷ “con il costituzionalismo [...] i diritti non derivano più dalla legge, ma dalla Costituzione”: così G. CORSO, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro it.*, 1989, V, 431; per F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione* cit. 217 s., si tratta di una elementi con una “doppia appartenenza, all'ambito della morale e a quello del diritto. Essi continuano ad avere una vigenza etica, ma assumono nello stesso tempo anche una validità formale come principi giuridici”; per G. PINO, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1998*, Torino, 1998, 225, “lo statuto della validità giuridica cambia notevolmente nello Stato costituzionale, che incorpora limiti giuridici materiali e sostanziali per la produzione giuridica di ogni livello, anche legislativo. La validità giuridica non è più riducibile alla mera positività, la potestà normativa è vincolata non solo alla conformità a certe procedure ma anche all'attuazione (o alla non violazione) dei limiti sostanziali prescritti dalla costituzione, e che in gran parte riguardano il rispetto dei diritti fondamentali”.

¹²⁸ Il dibattito su di un così importante argomento è ovviamente infinitamente più cospicuo e complesso di quanto abbia potuto rappresentarlo in riassunto qui; solo per indicazioni di spunto, si vedano A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. Dir.* 1991, 639 e ss.; ID, *Miseria del positivismo giuridico* cit., 201 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992; G. AZZARITI, *La Costituzione e i suoi critici. Riflessioni sul diritto mite*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 173 e ss.; A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria*

E non si può negare che il lavoro sulle norme, sulla loro produzione quello sul loro riconoscimento, sulla loro comprensione, sulla loro applicazione, sia una parte importante e impegnativa, tutt'altro che banale e automatica, insomma inevitabile del giurista, ed anzi occorre dire che senza di esso gli oggetti giuridici non troverebbero alcun effetto pratico, e dunque non avrebbero particolare interesse perché sarebbero a dir così poco attivi.

Ciò che si vuole sostenere è che sia tuttavia possibile questa terza via, l'impegno a svelare – in confronto ad altri che approfondano il medesimo impegno e cercandone il consenso onesto – la struttura non di una norma vigente in un dato momento, di un insieme di norme¹²⁹, di un ordinamento o di una pluralità di ordinamenti positivi¹³⁰, ma di qualcosa che non deve essere fattispecie per rivelarne forme sussistenti e perciò descrivibili, discutibili e conoscibili con strumenti giuridici, un oggetto sociale di tipo giuridico senza badare solamente, almeno *pro tempore*, alle norme che storicamente, ora e qui, lo disciplinano ed alle implicazioni morali¹³¹. E far notare che concorrere a conoscere questa rilevanza giuridica pre-normativa potrebbe essere impegno specificamente proprio del giurista¹³², anche se di questo

dogmatica. Problemi e ipotesi, Napoli, 2007; l'ispiratore di questa impostazione, tuttavia, sembra essere sempre Ronald DWORKIN, con il suo *Il diritto preso sul serio*, trad. it. Bologna, 1982: cfr. R. ALEXYS, *Concetto e validità del diritto*, Torino 1997, spec. 17 ss..

¹²⁹ H. L. A. HART, *Poscritto*, in ID, *Il concetto di diritto*, trad. it. Torino, 2002, 309; vorrei anche ricordare l'avversione di C. SCHMITT, *Ex captivitate salus*, trad. it. Milano, 1987, 67, nei confronti dei “positivisti dello *status quo* del momento, delle facciate di legalità di volta in volta vigenti”.

¹³⁰ Secondo H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* cit., VIII, “oggetto di una teoria generale del diritto sono le norme giuridiche, i loro elementi, il rapporto fra esse, l'ordinamento giuridico nel suo insieme, il rapporto fra i diversi ordinamenti giuridici e, infine, l'unità del diritto nella pluralità degli ordinamenti giuridici positivi”.

¹³¹ Non so dire se questo approccio coincida con l'opinione di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio* cit., 97 e s., che ritiene “il ragionamento giuridico si differenzi da altri ragionamenti pratici per il fatto di incontrare limitazioni legali rispetto alle ragioni che possono essere addotte a giustificazione di una determinata scelta [...] Le suddette limitazioni legali sono rappresentate dalla cornice, di spessore variabile, costituita dal linguaggio con cui sono espresse le norme e dalle altre limitazioni relative ad esempio alle decisioni sulla validità ed applicabilità delle norme e sui mezzi di prova di fatti rilevanti, nonché agli argomenti e metodi interpretativi prefissati in un determinato ambiente decisionale ed a determinate convenzioni linguistiche che consentono spesso di intendere in modo univoco certi termini tecnici o tecnicizzati”.

¹³² E questo senza, perciò, voler rinunciare alla “lotta per il diritto” di cui parla G. FERRARA, *Diritto soggettivo, diritto oggettivo* cit., § 23, e dunque dandosi a “quella fuga dalla responsabilità umana denominata *trahison des clercs*”, ma più semplicemente lavorando, a

lavoro egli non è, e non può pretendere di rimanere, assoluto e solipsista padrone¹³³.

Come diremo più chiaramente fra breve, se ciò fosse possibile costituirebbe poi la base per la *successiva*, irrinunciabile opera di concorso alla produzione normativa ed al riconoscimento, alla comprensione delle norme vigenti, ed infine alla loro applicazione operativa, tutte fasi che integrano irrimediabilmente le parti emendabili, disponibili e discussive del discorso giuridico, le quali sono necessarie ad esso non meno di quanto lo siano quelle presupposte di carattere strutturale, teorico e conoscitivo proprie degli oggetti giuridici.

dir così, in furberia, per concorrere a mettere meglio a punto le armi, per poterle usare al meglio come forza critica, nel senso indicato da G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, trad. it. Roma - Bari, 1995, 350 s., molto connessa alla libertà. Per altro, anche per capire quale guerra si combatta, sarà bene tener presente che si tratta di un lotta culturale, necessaria, “molto più dura di quella che ha luogo in un'assemblea di condominio” in quanto affrontano “strutture molto più solide e meno trasparenti di quanto non appaia se si segue la via troppo semplice della costruzione sociale”: così M. FERRARIS, *Mobilizzazione totale* cit., 98. Non mi sembra, perciò, che così ci si ponga da “punto di vista esterno”, nel quale si farebbe “filosofia politica normativa”, come assume L. FERRAJOLI, *Principia Iuris* cit., 1, 39 ss., sia pure con riferimento alle operazioni di critica normativa non dogmatica. Mi sembra molto interessante al riguardo anche l'orientamento metodologico del Rapporto del Wissenschaftsrat tedesco sulla ricerca e l'insegnamento in ambito giuridico, commentato sul numero 1 del 2014 della *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, da B. SORDI, *La ricerca giuridica in Germania: Un rinnovato invito al colloquio*, M. BRUTTI, *La ricerca giuridica in Germania: Allargare il campo degli studi giuridici*, M. LIBERTINI, *La ricerca giuridica in Germania: Uno sguardo dall'Italia*. In argomento, si vedano anche A. von BOGDANDY, *National legal scholarship in the European legal area—A manifesto*, in *International Journal of Constitutional Law (I•CON)*, 2012, 614 ss.; S. CASSESE, *New paths for administrative law: A manifesto*, *ibidem*, 603 ss.. R. VAN GESTEL, H. W. MICKLITZ, M. POIARES MADURO, *Methodology in the New Legal World* cit., 21, propongono il seguente esempio: “If one, for example, wants to know the state of affairs with respect to liability of hospitals or doctors for wrongful birth cases, it is necessary to know how to find relevant case law, legislation and literature. This does not help us very much, though, if we want to answer questions like: why are there worldwide between five to ten different approaches towards civil liability for wrongful birth, what are the legal consequences of these different approaches, and which approach fits best with our national legal system? These questions imply that there can be fundamentally different perspectives on basically the same legal problem. It allows for an approach that matches best with a particular legal system's norms, concepts, and principles. Starting from this premise presupposes that the researcher is able to reflect on the system as such”.

¹³³ Sono numerosi gli studiosi del diritto che, nel dibattito più recente, invocano la comprensione di conoscenze “esterne” negli studi giuridici; per tutti, cfr. A. VON BOGDANDY, *Prospettive della scienza giuridica nell'area giuridica europea. Una riflessione sulla base del caso tedesco*, ne *Il Foro italiano*, 2012, 54 ss..

4. Conoscenza degli oggetti teorici e decisioni sul loro utilizzo

Seguendo dunque questo metodo, si può ipotizzare che sia possibile esaminare, discutere e concordare la definizione descrittiva della parte stabile e pre-normativa di un oggetto giuridico, la quale non ci dice – né deve dirci – come quell’oggetto sia disciplinato in un certo ordinamento¹³⁴, e neppure come dovrebbe esserlo in un ordinamento ideale¹³⁵; la prima di queste informazioni può essere fornita dall’analisi empirica del diritto vigente in un determinato momento storico¹³⁶, e la seconda da una discussione dogmatica¹³⁷ o anche da una critica di ordine differente, di tipo filosofico, morale, politico, o di altro genere, ma non di – sola - teoria del diritto¹³⁸.

E il raggiungimento di questo concordamento in sede teorica, se gli argomenti dispiegati fossero veri, integra un fenomeno di *conoscenza giuridica*¹³⁹.

¹³⁴ N. BOBBIO *Giusnaturalimo e positivismo giuridico* cit., 114, “il positivismo giuridico è un modo di intendere lo studio scientifico del diritto” che conduce a considerare “il diritto qual’è e non quale dovrebbe essere”.

¹³⁵ Così come avere di fronte un coltello non dà alcuna indicazione sul come usarlo, secondo l’icastica immagine usata da J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, 1979, 225 s..

¹³⁶ Definita, con dichiarata e voluta semplicità, “tecnica” da G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo* cit., 3 s..

¹³⁷ Per L. FERRAJOLI, *Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto* cit., 18, dogmatica è termine “inclusivo di tutte le tesi sulle norme dell’ordinamento indagato”.

¹³⁸ Le espressioni usate sono parafrasi quasi pedessequae di quelle proposte da L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, in ID., *Diritti fondamentali* cit., 123 s.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio* cit., 64 s., sostiene che “i concetti teorici impiegati a questo livello del discorso giustificativo sono, pertanto, definizioni stipulative che vanno tenuti distinti dalle definizioni stipulative o lessicali della cosiddetta dogmatica o scienza giuridica, e la cui funzione non è direttamente costruttiva di queste ultime”.

¹³⁹ Chiedendosi se sia “più opportuno dedicarsi a una teoria del diritto (solo conoscitiva), oppure a una filosofia del diritto (anche normativa)”, M. BARBERIS, *Diritto e morale: la discussione odierna*, cit., 92 s., si risponde così: “l’analisi del giuspositivismo normativo ha mostrato che è davvero difficile evitare le questioni normative; ma se si ammette che bisogna prima sapere cosa *sia* il diritto, per potersi poi chiedere cosa *debba* essere, allora si può forse concludere che ci si deve dedicare prima alla conoscenza del diritto, poi alla sua valutazione. Di fatto, occorre prima una definizione del diritto com’è” (corsivi originali, in evidente dialogo con il linguaggio e gli approcci di Norberto Bobbio). Ancora H. L. A. HART, *Positivism and the Separation* cit.: “this is not because there is no distinction to be made between law as it is and ought to be. Far from it. It is because the distinction should be between what is and what from many different points of view ought to be”.

Osserviamo ora degli esempi, supponendo che concorrano a spiegare questa speranza.

Prendiamo in esame le capacità, quegli strumenti che riconoscono ad individui appartenenti ad una determinata classe un'abilitazione giuridica; nel concordarne la definizione in una sede teorica, il diritto come scienza scruta, esamina, concorda, fissa, sistema, e mette a disposizione uno strumentario, che in questo senso può dirsi "ideologicamente neutrale"¹⁴⁰, o anche "formale"¹⁴¹, o anche "strutturale"¹⁴².

La definizione degli elementi strutturali della capacità giuridica, distinta dalle variegate modalità storiche del suo acquisto e della sua tutela, descrive cioè cosa essa sia, ne individua i possibili effetti (disponendone si potrà essere titolare di altre situazioni giuridiche, diritti ed obblighi compresi), ma, ad esempio, può lasciare – temporaneamente - impregiudicata la questione della classe di soggetti che possono utilizzarla: nati, non ancora nati, mai nascituri, morti, esseri umani, esseri viventi.

Questa è infatti una *decisione* di utilizzo, una funzione che connota ogni oggetto¹⁴³, che deve usare argomenti che hanno bisogno di una discussione "altra", più mutevole e a disposizione dei cambiamenti storici, la quale tuttavia presuppone si giova di quella struttura tecnica data, cioè di quella *conoscenza*¹⁴⁴.

¹⁴⁰ E' comprensibile la perplessità di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio* cit., 67, in ordine alla possibile neutralità anche di un approccio teorico; egli stesso, tuttavia, riconosce che è "cosa diversa [...] la ricerca di obbiettività dei discorsi giuridici".

¹⁴¹ Non completamente nel senso, come si vedrà, indicato da N. BOBBIO, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955, VI, poiché l'oggetto qui cercato non è solo la "struttura normativa" del diritto, pur trattata come "forma indipendentemente dai valori a cui questa struttura serve e dal contenuto che racchiude".

¹⁴² L'approccio segue, anche in ciò, quello di L. FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali* (2000), ora in ID., *Diritti fondamentali*, a cura di E. Vitale cit., specie 279 ss..

¹⁴³ L'utilizzabilità (Zuhandenheit) è una delle portanti ontologiche proposte da M. HEIDEGGER, *Essere e tempo* cit., 94, che in particolare insiste sulle relazioni funzionali tra la "cosa" e i suoi antecedenti (Woraus) e conseguenti (Wozu), come ad esempio il chiodo che si definisce in relazione al martello che lo infigge e al muro in cui è infisso. Resta il fatto che ognuna di queste relazioni ha però bisogno di qualche presupposto oggettivo, dato che è pur vero che non posso martellare con una spugna (né assorbire con un martello).

¹⁴⁴ A. REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile* cit., 7, parlando dei menzionati "concetti fondamentali del diritto", assume che "il diritto positivo può elaborarli e trasformarli come vuole" (corsivo mio).

Questa discussione “altra” potrà rifarsi a fondamenti morali, etici, assiologici, divini, biologici, politici; potrà indagare l’assetto degli interessi che ne sono implicati, scrutando le intenzionalità ed i comportamenti da punti di vista opportunistici; o potrà rifiutarsi di fare tutto ciò rimettendo la decisione ad una procedura, ad una maggioranza, ad un’autorità, ad una forma di governo o di atto giuridico o ad altro alambiccato iper-positivista, e riconoscendo solo in ciò il fenomeno propriamente giuridico, e tuttavia in tutti i casi potrà farlo *in quanto* quella posizione giuridica è *prioritariamente* strutturata e sistemata, cioè ri-conosciuta, in termini teorici, e dunque la si può utilizzare¹⁴⁵. E non diversamente si può ragionare in ordine a quella peculiare capacità che è la cittadinanza, o per la capacità di agire o per ogni altra posizione che afferisce a ciò che un tempo si definiva più pacificamente, con una terminologia antica e non vecchia, come *status*.

Si potrebbe essere tentati di obiettare che – kelsenianamente – tuttavia la questione della capacità trova senso solo con la costituzione delle garanzie per possederla, le quali però presuppongono di aver dato soluzione proprio alle questioni che qui abbiamo date per esterne in termini teorici. Insomma, si potrebbe obiettare che la discussione sulla cittadinanza è diversamente connotata se, ad esempio, si adotta o meno lo *jus soli*, così come non è irrilevante che la maggiore età – e con essa la capacità d’agire - si consegua a sedici o a diciotto anni, o a qualsiasi altra età.

¹⁴⁵ E’ facile scorgere che è qui implicata la questione della fallacia naturalistica, quel supposto vizio logico che, sulla scia dell’assunto humeiano, fa derivare prescrizioni direttamente da descrizioni: Cfr. G. E. MOORE, *Principia Ethica* (1903), in <http://fair-use.org/g-e-moore/principia-ethica/>, almeno nella sua dimensione “minima”, come ben descritta da L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981, 376 che “consiste nella confutazione della possibilità di derivare il valore di un fatto dal suo semplice prodursi, di derivare cioè il giudizio di valore concernente un accadimento dal nudo giudizio di esistenza concernente quell’accadimento”, su cui tanto ha lavorato anche N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* cit., 172. J. SEARLE, *How to derive «Ought» from «Is»*, in *The Philosophical Review*, 1964, 43 ss. provò invece a dimostrare proprio “a counterexample to this thesis”, e più recenti studi, lavorando sulle condizioni essenziali che distinguono ogni “cosa”, riescono ad affermare che solo soddisfacendo le proprie “strutture essenziali”, le “leggi essenziali che definiscono il suo essere” essa può esistere in quanto tale, traendo così l’assunto che “ogni entità è intrinsecamente normativa... una *normatività eidetica*”: cfr. F. DE VECCHI, *Strutture a priori e leggi essenziali nell’ontologia sociale e giuridica di Adolf Reinach*, in ID., *Eidetica del diritto* cit., 134 s..

Tutto vero, come è vero che, anche in termini teorici, stiamo effettivamente parlando di oggetti che avranno bisogno di garanzie giuridiche; e tuttavia, a ben guardare, quegli argomenti – nell'esempio, la definizione della classe di persone per la cittadinanza o per il riconoscimento della maggiore età – sono questione di *assetti normativi* di quelle garanzie, la cui importanza è enorme, ed alla cui discussione il giurista ha pieno titolo per partecipare, ma in termini non strettamente afferenti alla teoria (*id est* alla scienza) del diritto¹⁴⁶.

Per verificare l'assunto, si potrà osservare ciò che è accaduto quando in Italia la maggiore età è stata abbassata da ventuno a diciotto anni; pur se vi sono stati indiscutibili ed importanti mutamenti di vario tipo, nulla è cambiato in termini giuridici sulla definizione strutturale, teorica della capacità d'agire, come sul piano del funzionamento dello strumento. Tanto ciò è vero che, sul piano formale, tecnico, *normativo*, il cambiamento è avvenuto con una norma (l'art. 1 della L. 8 marzo 1975 n. 39) recante una sola, essenziale disposizione, accompagnata da alcuni provvedimenti del tutto "amministrativi"; il legislatore che arrecava la novità, cioè, non ha dovuto affaticarsi a riscrivere, a ridefinire *cosa* sia la capacità di agire, cosa implichi, e nemmeno quali siano le deroghe che concorrono a definirla: "con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita una età diversa" (art. 2 c.c.), qualunque sia il numero di questa maggiore età, la cui statuizione dipende da una serie complessa di elementi storici, antropologici, forse biologici, politologici o sociali, i quali però potranno essere ben discussi e ridiscussi in seguito, ma la decisione potrà ragionevolmente – ed utilmente – esser presa e mutata solo considerando la struttura della capacità di agire fornita dal giurista, utilizzandola cioè come una conoscenza.

Niente, insomma, nell'oggetto teorico di capacità d'agire, e nella sua conoscenza giuridica, implica (o è implicato da) quel numero, che dipende da elementi diversi e non solo giuridici che completano la norma, non l'oggetto. Potremmo discutere continuamente se abbassarla ancora, per esempio a sedici anni, sulla base di buone

¹⁴⁶ Per G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato* cit., 856, "è da dubitare che il giurista il quale propone nuove regole svolga opera di scienziato: si avvale delle sue conoscenze per formulare proposte le migliori possibili, ma il momento scientifico si è per così dire già consumato con l'acquisizione delle sue conoscenze, e la sua proposta fa parte della politica e non più della ricerca scientifica" (corsivi miei).

ragioni, ma la variabile in una siffatta discussione, si spera di averlo chiarito, non è la capacità d'agire come oggetto giuridico, ed anzi è semmai il senso strutturale di questa a influire sulla decisione circa l'età per essere capaci d'agire in termini giuridici.

Vorrei infatti far notare che questa ipotetica discussione riferita all'utilizzo dell'oggetto giuridico "capacità di agire", pur ampia, non sarebbe tuttavia infinita; nessuno di noi, credo, proporrebbe seriamente di riconoscerla, che so, ai neonati, poiché vi sono dei *limiti presupposti*, dati, strutturali, dell'oggetto che incidono sul suo uso, limitandolo.

Usando perciò questo metodo di teoria giuridica, è possibile non solo rinunciare – temporaneamente – a posizioni normative, prescrittive, fornendo tuttavia strumenti alle decisioni che normative e prescrittive han da essere¹⁴⁷, ma, lo si è già ripetuto spesso, in fin dei conti ci si muove su un piano che possiamo definire di *conoscenza*, nella forma con cui si acquisisce in ambiti scientifici, un *ri-conoscimento*, un'osservazione ripetuta da più ricercatori attrezzati e attendibili (perché usano metodi, giustificazioni, asserzioni affidabili, ma anche perché onesti¹⁴⁸) e pertanto *ri-conosciuta*¹⁴⁹; così come è

¹⁴⁷ E qui dunque si può scorgere una connessione – tra altre possibili – tra premesse di conoscenza e deduzioni normative; è poco discutibile che l'osservazione "A. va a casa", da sola, non crea alcuna possibilità per dedurre che "A. *deve* andare a casa" (così H. ROTTLEUTHNER, *Teoria del diritto e sociologia del diritto*, Bologna, 1983, 154), e tuttavia una buona conoscenza di cosa sia l'andare a casa, con tutte le sue implicazioni complesse, è un buon presupposto per il (pur diverso) discorso sul come o sul perché si debba andare a casa, e dunque, ad esempio, per i procedimenti di convalida chiamati giustificazioni: Cfr. I. TAMMELO, I. TEBALDESCHI, *Studi di logica giuridica*, Milano, 1976, spec. 155 s.; ed infatti affermare che "un guerriero è valoroso" significa, al contempo, giustificare perché debba essere valoroso chi pretenda d'essere guerriero, e al reciproco perché il fatto d'essere guerriero richieda il fatto di essere valoroso: E. HUSSERL, *Ricerche logiche*, trad. it. Milano, 1968, 57; *contra*, esplicitamente, H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, a cura di Mario G. Losano, trad. it. Torino, 1985, 6 ss., che però si rifà più ad una teoria della validità, discutibile tuttavia, visto che un argomento giustificato è un candidato più serio per le circostanze in cui si debba prescrivere qualcosa.

¹⁴⁸ Il premio Nobel per la fisica R. P. FEYNMAN, *Sto scherzando, Mr. Feynman! Vita e avventure di uno scienziato curioso*, trad. it. Milano, 2007, 13 ss., propone la leggiadra definizione delle "scienze da cargo cult" che "seguono i precetti e le forme apparenti dell'indagine scientifica ma alle quali, però, manca un elemento essenziale *l'integrità scientifica, un principio del pensiero scientifico che corrisponde essenzialmente ad una totale onestà, ad una disponibilità totale*" (corsivi miei).

¹⁴⁹ R. VAN GESTEL, H. W. MICKLITZ, M. POIARES MADURO, *Methodology in the New Legal World* cit., 23, sottolinea, quasi *en passant*, "the importance of serendipity in

possibile *sapere* che l'acqua bolle a cento gradi in certe condizioni di pressione, conoscenza che è concordabile anche perché è fenomeno ripetibile, mentre è più complesso sapere perché lo fa ed è impossibile giurare che lo farà per sempre, così si può procedere a tentare di *sapere* cosa sia un oggetto giuridico, come sia strutturalmente composto, a quali ripetuti comportamenti umani si riferisce, cosa di esso sia invariabilmente sussistente, e su ciò provare a concordare indipendentemente dalle sue implicazioni. E così come la conoscenza dell'ebollizione porta all'invenzione di un motore o del bollito di carne o di una grappa o di un'arma letale, ma non la suppone, non ne ha bisogno per essere definita concordemente "vera", così quella di qualsiasi oggetto teorico del diritto può aspirare alla medesima condizione senza essere implicata dalle conseguenze e dagli usi che essa apre, i quali tuttavia senza una sua accurata definizione in termini di conoscenza giustificata non potranno essere aperti con successo, né valutati adeguatamente in termini assiologici.

Questo passaggio rischia di essere rilevante; anche la conoscenza degli oggetti giuridici, come quella dell'ebollizione, è ovviamente ampia al punto da consentire una pluralità (ma non un'infinità¹⁵⁰) di utilizzazioni tutte compatibili con la loro struttura essenziale, che si costituiscono mediante decisioni normative, giurisprudenziali, operative, argomentate e giustificate; e, proprio come con la conoscenza dell'ebollizione, è possibile usare anche quella degli oggetti giuridici per utilizzazioni variegata ed eticamente discutibili, che possono far sorgere la tentazione di sfuggirvi mediante il ricorso a meccanismi decisionali moralmente neutri.

Insomma è principalmente qui, nel momento dell'utilizzo e non in quello della *conoscenza*, che gli oggetti giuridici vengono esposti ai problemi etici e alla rilevanza dei valori (oltre che a quelli linguistici, discorsivi, deontici e anankastici), così come è qui, nel momento della

science (one starts off looking for an answer to a certain problem but accidently finds an answer to another problem)" anche negli studi giuridici come ogni altra ricerca scientifica.

¹⁵⁰ L'assunto va segnalato, poiché la finitezza delle possibili utilizzazioni rafforza l'idea che vi sia un perimetro *a priori*; devo l'osservazione a G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato* cit., 846: "vale la pena di notare che nella pratica la tesi spesso enunciata dai filosofi del diritto secondo cui in principio il numero di enunciati che interpretano il medesimo enunciato di partenza sono infiniti si rivela falsa: sono molto frequenti i casi in cui gli enunciati interpretativi sono due, sono presenti casi in cui sono tre, molto rari i casi in cui sono quattro, non ricordo nessun caso in cui sono cinque".

decisione di utilizzare in un qualche modo quella conoscenza, che si apre la possibilità dei positivismi¹⁵¹, anche dei più estremi¹⁵². Ed infine è sempre qui, nell'atto di usare la conoscenza giuridica, che, come vedremo, può sorgere con maggiore acutezza il complesso fenomeno dell'interpretazione, la quale può assumere anche, ma solo in questa fase, quel ruolo determinante per il diritto che alcune teorie le assegnano, sino ad attribuirle la capacità di definirlo come integrità, capace cioè di comprendere, nella trama degli atti interpretativi, anche la moralità politica della comunità in un determinato momento storico¹⁵³.

Dal che potrebbe sorgere la tentazione di affermare che, perciò, proprio come in ogni altro fenomeno di conoscenza, anche in quello degli oggetti giuridici non hanno rilievo né le spinte morali, né quelle delle variegate tecniche di costituzione, percezione, applicazione delle norme positive, non perché tutto ciò non abbia a che fare con il diritto¹⁵⁴, ma più banalmente perché si è in una fase di conoscenza, appunto, che ha i suoi propri problemi ma non quelli che rilevano in fasi successive.

¹⁵¹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio* cit., 34 ss., analizza e prova a classificare le diverse impostazioni del "formalismo".

¹⁵² Mi pare si possa trarre la medesima conclusione dall'osservazione di P. CALAMANDREI, *Il nuovo processo civile e la scienza giuridica*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1941, 55: "quando il giurista partendo dalla conoscenza del diritto vigente è tratto a prevedere e a suggerire l'*ius condendum*, fa opera non di puro scienziato, ma, anche senza volerlo, opera di politico, in quanto i suoi suggerimenti, sebbene appoggiati su premesse scientifiche [...] agiscono come forze che dirigono la condotta degli uomini e contribuiscono a preparare le leggi dell'avvenire". Anche N. IRTI (a cura di), *La polemica sui concetti giuridici* cit., XII s., pur lontano da questa idea, sostiene, a proposito dei concetti giuridici, di dover "immergerli, scevri di condizionamenti e vincoli, nel flusso del volere umano", e da ciò deriva quella percezione di una "intrinseca temporalità", in uno "stare, del legislatore e del giurista, in assoluta e infinita contingenza".

¹⁵³ Il riferimento, naturalmente, è a R. M. DWORKIN, *L'impero del diritto*, trad. it. Milano, 1989, 52 ss..

¹⁵⁴ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* cit., 121 s.: "nessun giurista sarà tanto angusto da ritenere che di fronte al diritto non via sia altro atteggiamento da tenere che quello della neutralità che conviene allo scienziato"

5. Costanza dell'oggetto: oggetti giuridici e dinamica storica

Insomma, è probabilmente vero che “la procedura del discorso è una procedura di argomentazione e non una procedura di decisione”¹⁵⁵, ma ciò non esclude la loro convivenza, la prima rivolta alla definizione della conoscenza degli oggetti teorici del diritto, l'altra ad usarli.

Ciò comporta, se accettato, una conseguente asserzione. Non tutto il materiale giuridico merita lo statuto di oggetto teorico, ed anzi è rischioso supporre che lo abbia¹⁵⁶; Jhering (tra gli scopritori della dogmatica giuridica) ebbe la sua crisi quando rilevò che una sua opinione (che egli supposeva) teorica in ordine alla compravendita comportava conseguenze aberranti applicata alla vita di relazione¹⁵⁷, e ciò gli indusse un profondo sospetto per ogni teoria “pura” (oltre che farlo volgere verso gli interessi, gli scopi pratici come fondamenti giuridici¹⁵⁸).

E' una opinione che possiamo usare per il suo valore paradigmatico, poiché *summum jus summa injuria* è effettivamente un pericolo che si accompagna, da sempre, a concezioni troppo autosufficienti del Diritto; e tuttavia qualche acqua è passata da allora sotto i ponti, anche quelli del Diritto, del quale, anche del quale, conosciamo sempre di più¹⁵⁹.

¹⁵⁵ R. ALEXY, *Giustizia come correttezza*, in *Ragion pratica*, 1997, n. 9, 107.

¹⁵⁶ Non diversamente, d'altronde, si può dire di ogni oggetto sociale, essendocene molti che vengono effettivamente costituiti mediante stipulazioni convenzionali che usano anche più di un elemento primitivo, ma anche molte regole costitutive, arricchendosi, a dire così, sino a divenire qualche cosa di molto lontano dallo essenza originaria: B. SMITH, W. ZELANIEC, *Laws of Essences* cit., 101, commentando gli argomenti di Searle, usano l'esempio del football team manager, del quale è facile convenire che sarebbe assurdo pretendere di trovare una “eterna essenza”. Ma al contempo fanno notare che persino questo oggetto così storicamente e socialmente determinato ha bisogno di un “basic institutional concept”.

¹⁵⁷ Si trattava della distruzione prima della *traditio* di una cosa venduta più volte, che avrebbe comportato, secondo la prima opinione di Jhering, l'obbligo al pagamento di tutte le transazioni, cosa evidentemente inaccettabile: cfr. F. PROCCHI, *Rudolf Von Jhering: gli obblighi precontrattuali di (auto) informazione e la presunzione assoluta di 'culpa' in capo al 'venditor'*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2010, 1 ss..

¹⁵⁸ R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto* (1877), trad. it. Torino, 1972, I., 8 ss.

¹⁵⁹ Dubito che “la scienza giuridica non è cumulativa”, come afferma G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato* cit., 864.

Oggi per esempio distinguiamo più accuratamente dalla teoria giuridica la dogmatica¹⁶⁰, e possiamo usare questa migliore conoscenza come una preziosa raffinazione epistemica che permette di collocare fuori dalla teoria (o a valle di essa) tutta la conoscenza, l'interpretazione e la discussione dell'ordinamento giuridico positivo¹⁶¹; ed, oggi, con questo approccio, il problema che assillò Jhering probabilmente non sarebbe vissuto come argomento teorico, ma, appunto, come un più semplice errore (o quantomeno discutibile) dogmatico, specie se viene confrontato con un oggetto teorico che, invece, quelle aberrazioni può concorrere a scongiurare¹⁶².

Se gli oggetti teorici esistessero e fossero conoscibili con il metodo indicato, peraltro, potrebbero probabilmente fornire un argomento che potrebbe rendere meglio la spiegazione di ciò che accade quando osserviamo quel fenomeno che vorrei definire *il funzionamento precario del diritto positivo*, ovvero quelle circostanze storiche nelle quali alcune norme vengono prodotte e producono effetti per un certo

¹⁶⁰ L. FERRAJOLI, *La semantica della teoria del diritto* cit., 110 s.; ID., *Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto* cit., 18, dogmatica è termine che “non include i termini e le tesi teoriche: come sinonimo, insomma, dell’espressione «discipline giuridiche positive» o «particolari»”; per T. RAVÀ, *Introduzione al dritto della civiltà europea*, Padova, 1982, 155 s., la dogmatica è “attività interpretativa sistematica, diretta a collocare ed armonizzare ogni statuizione in un edificio complessivo, oggetto di continuo approfondimento e completamento”.

¹⁶¹ V. GUELI, *Elementi di una dottrina dello Stato e del diritto come introduzione al diritto pubblico*, Roma 1959, 417, distingue per esempio la “teoretica” dalla “dogmatica” degli istituti giuridici, che serve per dare “forma logica ai concetti costituiti dalle stesse norme giuridiche”; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo* cit., 138, ragionando sullo spunto di E. SCHMITD- ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlino – Heidelberg – New York, 2004, osserva che “ragionare dogmaticamente, ossia utilizzare il sistema per i casi concreti, significa utilizzare il sistema, ma allo stesso tempo creare il sistema”.

¹⁶² B. LEONI, *Il concetto di stato nella teoria kelseniana*, in M. STOPPINO (a cura di), *Le pretese e i poteri: le radici individuali del diritto e della politica*, Novara, 1997, 27, denuncia “uno dei motivi di fondo della sostanziale sterilità di parte della contemporanea filosofia a del diritto del nostro paese: assumendo acriticamente – con il Kelsen – concetti e problemi della dogmatica nella sfera della «teoria generale» del diritto, si è finito per trasformare troppo spesso i problemi della metodologia della dogmatica in falsi problemi di «teoria generale», senza che il preliminare problema del rapporto fra teoria generale e dogmatica venisse realmente affrontato”. Lo stesso Jhering, d'altronde, aveva sostenuto che “l'esattezza è il criterio di valutazione del pratico, cioè dell'agire, la verità è il criterio di valutazione del teoretico, cioè del conoscere” (R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto* cit., 309), osservazione pienamente valida se depurata dalle esagerazioni linguistiche proprie dell'epoca.

periodo¹⁶³, per poi essere sconfessate ed anzi, talvolta, aborrite¹⁶⁴. Prescindendo dalle normali evoluzioni che, con quelle sociali e tecnologiche, investono fisiologicamente anche il Diritto nelle utilizzazioni degli oggetti teorici, e dunque concentrandoci sulle circostanze più estreme, secondo la nota formula di Radbruch, ciò accadrebbe allorché la norma vigente supera la soglia della giustizia, creando un “conflitto fra giustizia apparente e giustizia reale”¹⁶⁵; poiché, così, la formula è troppo vaga, soggettiva, meta-giuridica, lo stesso Radbruch provò a precisarla, rinvenendo la causa del fenomeno “quando nel porre il diritto positivo viene di proposito negata quell’uguaglianza che costituisce il nucleo della giustizia, allora la legge non è soltanto «diritto ingiusto», piuttosto non è affatto diritto”¹⁶⁶.

Se si prova ad astrarre questa formula, traendone una sorta di estratto depurato dalle implicazioni morali e dalla opinione dell’osservatore¹⁶⁷, si potrebbe supporre che, prima ancora di subire i problemi che la norma positiva abbia con la giustizia, una “verità difficile” che, come si è supposto, pone i suoi temi in un momento successivo alla conoscenza degli oggetti giuridici, si può ipotizzare che, senza porsi minimamente il tema della sua validità, la norma precariamente vigente può scontrarsi con l’oggetto giuridico di cui tratta, ovvero utilizzare soluzioni non comprese tra il pur ampio

¹⁶³ Dando perciò precariamente ragione alla nota opinione di H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano, 1989, 127: “il positivismo considera valida anche la norma giuridica contraria alla ragione, alla natura o alla morale”.

¹⁶⁴ Non mi riferisco, pertanto, solo ad ipotetici “diritti futili”, argomento usato per paradosso da L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., 6, per assumere che “se fosse stabilito come universale un diritto assolutamente futile, come per esempio il diritto ad essere salutati per strada dai propri conoscenti o il diritto di fumare, esso sarebbe un diritto fondamentale”. In un ambito non giuridico, descrive bene l’argomento M. Ferraris, *Spettri di Nietzsche*, Parma, 2014, 196: “ci si rivelano elementi della società (per esempio, la schiavitù, lo sfruttamento, la subordinazione femminile e poi, con crescente sensibilità, il mobbing o il politicamente scorretto) che, di colpo, risultano insopportabili, e che dunque prima rimanevano seppelliti, cioè assunti come ovvi, in un impensato politico o sociologico”.

¹⁶⁵ G. Radbruch, *Ingiustizia legale e diritto sovralegale* cit., 157.

¹⁶⁶ G. Radbruch, *Ingiustizia legale e diritto sovralegale* cit., 158.

¹⁶⁷ L. Ferrajoli, *Principia Iuris* cit., I, 38, se prende atto che “l’orizzonte del giurista non è quello del semplice spettatore”, invita tuttavia a non ignorare “insieme al ruolo civile e politico della scienza giuridica, la sua stessa portata empirica, e la sua capacità esplicativa”.

perimetro della sua fenomenologia essenziale, come ri-conosciuta in sede teorica, dando vita non solamente ad un errore anankastico¹⁶⁸, ma ad un artificio che, semplicemente, non funziona a lungo¹⁶⁹, come accade per qualsivoglia applicazione di una qualsiasi conoscenza teorica che non regge sino alla fine alle prove sperimentali, e dopo anche notevoli, ma inutili sforzi per riuscire a farla funzionare viene perciò, semplicemente, accantonata¹⁷⁰.

Qui trova una buona collocazione una riflessione in ordine alla consapevolezza della necessità di considerare la *dinamica storica* anche nel Diritto, che ovviamente non può rimanere indifferente ai mutamenti sociali, istituzionali, linguistici, tecnologici, nei costumi e persino – forse – biologici e antropologici. Gli argomenti che stiamo trattando non possono comportarsi come la hegeliana nottola di

¹⁶⁸ Traendolo dal mito di Ananke (la dea olimpica antesignana della *Necessitas* del Pantheon latino) già usato da Platone nella *Repubblica* (616b- 617d) e nel *Timeo* (33b-37a), il termine fu coniato da G. H. VON WRIGHT, *Norm and action*, London, 1963: “A statement to the effect that something is (or is not) a necessary condition of something else I shall call an anankastic statement. A (type of) sentence the normal use of which is for making an anankastic statement, I shall call an anankastic sentence. A sentence which is used for making an anankastic statement can also be said to express an anankastic proposition” (*ibidem*, 10); cfr. G. A. CONTE, *Un saggio filosofico sopra la logica deontica*, in *Riv. Internaz. di filosofia del diritto*, 1965, 564 ss.. Vale riportare qui l’opinione di M. FERRARIS, *Spettri di Nietzsche* cit., 196, in ordine ai miti “che (esattamente come le barzellette) non hanno inventori, e sono residui di senso in cui ci imbattiamo proprio come alla Mecca ci si imbatte in un meteorite”; risuona qui l’osservazione di G. VICO, *Principj di una scienza nuova dintorno alla natura delle nazioni*, in *ID.*, *Opere*, a cura di A. Battistini, Milano, 1990, 512: “idee uniformi nate appo intieri popoli tra esso loro non conosciuti debbon avere un motivo comune di vero”, e “le prime favole dovettero contenere verità civili, e perciò essere state le storie de’ primi popoli”.

¹⁶⁹ Sarebbe un caso di *performativo infelice* secondo la “dottrina delle infelicità” proposta da J. L. AUSTIN, *Come fare cose con le parole*, trad. it. Genova, 1987, 16 ss.. F. DE VECCHI, *Strutture a priori e leggi essenziali dell’ontologia*, in *ID.*, *Eidetica del diritto* cit., 125, assume che “non possiamo inventare entità sociali e giuridiche ‘a piacere’. Vi sono infatti leggi fondanti la realtà sociale e giuridica che impongono limiti e condizioni inaggirabili al nostro agire: si tratta di *leggi a priori*, ovvero di leggi che non sono state create da noi, in base alla nostra libera volontà, ma che esistono indipendentemente dalla nostra volontà”.

¹⁷⁰ A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano 2013, 256: “il contratto significa comunque un regola, perché così l’ha sempre inteso il linguaggio ordinario. Alla stessa stregua, «proprietà» è appartenenza, «obbligazione» è debito, «impresa» è organizzazione economica, perché questi sono i nuclei semantici radicati nella lingua. Quel nucleo è insensibile all’arbitrio legislativo. Non c’è dubbio che il legislatore può fare quel che gli pare, *ma ci sono cose che non può fare*” (corsivo mio). A. REINACH, *I fondamenti* cit., 168 ss., ricorre allo strumento delle “connessioni essenziali”, distinguendone diversi tipi anche in termini giuridici, alcune delle quali sono “impossibili” “(per esempio un’appartenenza da una promessa)”.

Minerva, che vola solo sul far della sera, e dunque funzionare per questioni ormai sistemate, né vogliono porsi in termini conservatori, fornendo appigli alle inerzie che ogni movimento storico incontra.

La dinamica storica può naturalmente investire anche gli oggetti teorici del Diritto, ma la discussione al riguardo dovrebbe usare argomenti propri, non quelli che, invece, si riservano alle modifiche delle utilizzazioni degli oggetti medesimi¹⁷¹.

Per spiegarmi, vorrei proporre un esempio impegnativo.

In tutto il mondo occidentale è acuto il dibattito sulla possibilità di matrimonio tra omosessuali¹⁷²; lungi dal prendere posizione al riguardo, vorrei far notare che, però, ciò che è in discussione non è l'oggetto teorico che chiamiamo matrimonio. Anzi, al contrario, l'invocazione omosessuale è proprio quella di poter *usare* il matrimonio, in quanto *oggetto dato*, anche per quelle relazioni affettive, ed è proprio su ciò che si appuntano le opposizioni di chi non è d'accordo.

Come per la capacità d'agire, anche qui si potrebbe cadere nella trappola di supporre che estendendolo agli omosessuali il matrimonio cambierebbe essenza. Ma esattamente come per la capacità d'agire, ciò è probabilmente vero sotto diversi aspetti, ma non in senso giuridico, almeno in termini teorici. Nulla cambia in termini giuridici per una coppia eterosessuale di nubendi quando il matrimonio venga consentito anche agli omosessuali, proprio perché non è in discussione quell'oggetto teorico, ma il suo utilizzo positivo in relazione ad una serie molto complessa di mutamenti sociali che lo rendono discutibile e, in alcuni paesi, già possibile tra persone del medesimo sesso.

Se si prende ad esempio la soluzione spagnola al riguardo, sia detto per inciso, anche lì la riforma recata dalla ley n. 13/2005 (proprio come nel caso italiano dell'abbassamento della maggiore età) ha

¹⁷¹ I concetti di statica e dinamica sono trattati oggi in termini più integrati di come li aveva descritti H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* cit., 95 s.. Si veda ad esempio la riflessione di G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti* cit., 24.

¹⁷² A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa, 2013; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in AA.VV., *Studi in onore di F. Modugno*, III, Napoli 2011, 2719 ss.; R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Giur. cost.*, 2/2010, 1629 ss.; si segnala anche il recente convegno del "Gruppo di Pisa" *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Catania 7-8 giugno 2013, in www.gruppodipisa.it

dovuto fare davvero pochi sforzi normativi per estendere il matrimonio anche agli omosessuali, limitandosi ad aggiungere un secondo comma all'articolo 44 del codice civile, mantenendo intatto il primo¹⁷³, e completando l'intervento con una serie di aggiustamenti linguistici conseguenti (sostituire i termini “marito e moglie” con “coniuge”, e “padre e madre” con “genitori”).

Come per il numero della maggiore età, anche il sesso dei nubendi non è una questione che afferisce alla sistemazione teorica del matrimonio, non investe l'oggetto giuridico che chiamiamo matrimonio sul piano teorico, ma anzi usa quella sistemazione per l'evoluzione applicativa che l'età che viviamo sembra richiedere o quantomeno accetta di discutere. Non ha a che fare con l'ebollizione, ma con il caffè, non con la conoscenza ma con le decisioni circa la sua utilizzazione.

Ciò non toglie che il risultato dopo la riforma è che l'ordinamento spagnolo riguardo al matrimonio è notevolmente diverso da com'era, e dunque la modifica è significativa in termini dogmatici (oltre che sociali, politici, antropologici, religiosi ecc.) Da allora in poi il matrimonio tra persone dello stesso sesso in Spagna ha un suo regime di validità, quando prima era un atto nullo; avvocati, giudici, notai, funzionari dell'anagrafe e dello stato civile ne prenderanno atto e vi adatteranno le proprie professioni, e tanti omosessuali si potranno sposare, e vi saranno conseguenze in tema pensionistico, ereditario, di regime della famiglia, e su altro ancora. Ma tutto ciò senza che un grammo dell'oggetto teorico matrimonio, in sé, si sia dovuto alterare in termini teorici.

Naturalmente perché quest'assetto funzioni ha bisogno di una buona conoscenza – e dunque di una credenza condivisa, in qualche modo *fissata* – in ordine al matrimonio come oggetto giuridico, e trovare il suo profilo di vero attendibile, o se si preferisce *scientifico*, profilandone dunque anche i contorni.

Non è irrilevante, sul piano teorico, se esso sia connesso o meno con la filiazione, se cioè la struttura teorica del matrimonio comprenda anche questa fra i caratteri essenziali; cosa peraltro discutibile, visto

¹⁷³ L'art. 44 del codice civile spagnolo, per effetto della riforma, oggi recita così: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”

che è possibile e frequente la filiazione a prescindere dal matrimonio e, al reciproco, è esperienza diffusissima il matrimonio senza figli. Sul piano dell'osservazione empirica, cioè, è possibile tenere distinti i due oggetti, ed il connetterli – stabilendo per esempio che la sola filiazione *legittima* sia quella avvenuta in costanza di matrimonio, o sottoponendo a qualche divieto o sanzione la coppia sterile – sarebbe una *decisione*, dunque estranea alla conoscenza teorica dei due oggetti in questione.

Sicché sarebbe nuovamente erroneo ritenere che la questione della filiazione incida come fenomeno di conoscenza sulla discussione circa il matrimonio tra omosessuali; è argomento rilevante, non può negarsi, ma appartiene all'area della decisione, non della conoscenza giuridica dei due oggetti, matrimonio e filiazione.

Osserviamo ora la seguente affermazione: “esistevano diritti fondamentali, per esempio, anche nell'antica Roma o nell'antica Grecia, ove i diritti civili e i diritti politici erano riservati, da norme pur sempre generali, gli uni a classi privilegiate di cittadini *optimo jure* e gli altri ai soli soggetti dotati, oltre che dello *status aetatis*, anche allo *status libertatis*”¹⁷⁴.

Ne desumiamo che l'oggetto teorico “diritto fondamentale”, qualunque conoscenza se ne avesse nell'antica Roma o nell'antica Grecia, era cioè usato, più o meno consapevolmente, per essere applicato ad alcuno e non ad altri, in termini molto diversi da come è stabilito oggi, ad esempio, in ambiente costituzionale italiano; l'affermazione è tuttavia possibile solo accettando che la classe di soggetti cui un diritto fondamentale si applica non è parte della sua struttura teorica, ma della sua dimensione storica, precaria. E che dunque struttura teorica e dimensione normativa storica siano fenomeni distinti, pur connessi.

Eppure l'argomento è straordinariamente simile a quello usato per fondare l'attendibilità di alcune conoscenze più dure, come quella che oggi ci fa affermare, con una certa dose di confidenza, che il sale sia cloruro di sodio, e che lo fosse anche nell'antica Roma o nell'antica Grecia, nonostante che a quell'epoca non lo si sapesse (pur se il sale era elemento fondamentale, molto più di oggi, dell'economia e della vita). Il fatto che non si avesse accesso a questa informazione, la quale è indubbiamente dipendente dall'ampliamento delle conoscenze

¹⁷⁴ L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto* cit., 136.

dovute, oltre all'accumulo, – anche – ad un'evoluzione dei metodi con cui ormai si acquisiscono, non significa che a quell'epoca il sale fosse solfato di potassio¹⁷⁵.

Allo stesso modo, verrebbe da dire, l'esempio dimostra che in antica Grecia esistesse un "qualcosa" che oggi, alla luce delle evoluzioni delle conoscenze giuridiche, chiamiamo "diritto fondamentale", e che questa esistenza prescinde dal modo con il quale lo si conoscesse presso i veterogreci o i veteroromani, dunque fosse allora come ancora oggi è, effettivamente, un oggetto non dipendente, o non troppo, dal discorso su di esso¹⁷⁶. Conoscerlo sempre meglio e proporre i modi d'uso è dunque un impegno doveroso del giurista, ma la sua esistenza non sembra dipendere da questa conoscenza e dalla discussione circa il suo utilizzo.

Insomma, tanto l'argomento sembra vero che, come visto, la spiegazione funziona in ogni verso storico, sia andando avanti nel tempo (il matrimonio gay), sia andando a ritroso (i diritti fondamentali in Grecia antica). Si comincia ad intravedere, insomma, qualcosa che, resistendo al tempo, fornisce di una consistenza alcuni "immutabili"¹⁷⁷, che forse sarebbe più appropriato definire, in linea con alcune terminologie biologiche, *costanza dell'oggetto*, non dovuta solo alla ripetizione oggettiva (che non è poco), ma per di più alla invariabilità con cui tutti noi percepiamo i tratti essenziali dell'oggetto medesimo¹⁷⁸.

¹⁷⁵ D. MARCONI, *Per la verità* cit., 82 e *passim*.

¹⁷⁶ Secondo M. FERRARIS, *Documentalità* cit. 62 ss., la confusione tra l'ontologia (ciò che c'è) e l'epistemologia (ciò che sappiamo) è una "fallacia trascendentale".

¹⁷⁷ Ma non proprio nei termini in cui, ad esempio, li propone E. SEVERINO, *Legge e caso*, Milano, 1979, *passim*; il quale sostiene che essi non pretendono l'inibizione di ogni divenire, ma prende anche atto che "alla radice di tutti gli immutabili sta quell'immutabile che è l'epistème, ossia, il luogo, lo spazio non oscillante in cui possono essere innalzati con verità tutti gli immutabili (e al quale si riconnette direttamente la concezione assolutistica delle scienze logico-matematiche e delle stesse scienze empiriche)".

¹⁷⁸ S. ZEKI, *Splendori e miserie del cervello* cit., 67, usa l'espressione *costanza dell'oggetto* per descrivere la "proprietà fondamentale dei sistemi percettivi" cerebrali senza la quale "il riconoscimento di un oggetto, di una superficie o di una situazione dipenderebbe da una serie di condizioni estremamente specifiche, e renderebbe il cervello ostaggio di ogni cambiamento di queste condizioni, e dunque un compito che rasenta l'impossibile". Molto tempo prima, G. VICO, *Principi di una scienza nuova* cit., 541 s. aveva già intuito che "in tal densa notte di tenebre ond'è coverta la prima da noi lontanissima antichità, apparisce questo lume eterno, che non tramonta, di questa verità, la quale non si può a patto alcuno chiamar in dubbio; che questo mondo civile egli certamente è stato fatto dagli uomini, onde se ne possono, perchè se ne debbono, *ritruovare i principi dentro le modificazioni della*

Ciò non toglie, si ripete, che poi il ri-conoscimento concordato delle strutture essenziali che costituiscono gli oggetti giuridici possa essere trattato, discusso, adattato per l'utilizzo aggiornato, e dunque collocato in relazione al tempo dell'uso¹⁷⁹.

Bisogna allora affrontare l'obiezione, molto diffusa e discussa, per la quale ogni definizione che vuol appartenere all'area della conoscenza, non solo quella di un oggetto giuridico, anche in sede teorica dipende da "stili di ragionamento"¹⁸⁰, come potrebbe dirsi affermando, nell'esempio del sale, che la conoscenza del "fatto" che esso sia cloruro di sodio dipenda dall'altro "fatto" che esiste la chimica, e che quando questa non esisteva – almeno così come ne disponiamo oggi – non lo si sapesse, e dunque non potesse dirsi vero¹⁸¹.

A questo dilemma alcuni obietrano facendo notare che ciò che non era vero era semplicemente il "fatto" che si sapesse, a causa del "fatto" che la chimica non era ancora sviluppata, non il diverso "fatto" che il sale fosse cloruro di sodio allora come lo è ora.

Il dilemma può sorgere, a maggior ragione, in ambito giuridico, dove la rappresentazione ed il linguaggio hanno ruolo enorme nella definizione delle conoscenze teoriche.

Per esempio, è stato affermato che "per pensare l'oggetto giuridico «diritto fondamentale» occorre almeno concepire l'individuo o la persona. E non tutte le filosofie, e di conseguenza le filosofie politiche, riconoscono l'individuo come ontologicamente, metodologicamente e assiologicamente fondante. □...□ Non a caso

nostra medesima mente umana" (corsivi miei). In ambito giuridico (e più in generale delle scienze umane), l'argomento è ampiamente presente: si veda, solo ad esempio, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio* cit., 86 s., allorché argomenta sulla perplessità di "cadere in un regresso all'infinito (che non consentirebbe mai di comunicare, ciò che invece è incontestabile che tutti facciamo)"; e G. U. RESCIGNO, *Il giurista come scienziato* cit., 847: "la comunicazione sarebbe impossibile se dovessimo sempre, di fronte a qualcosa che ci viene detto o che stiamo leggendo, fermarci e riesporre con parole nostre gli enunciati di partenza".

¹⁷⁹ Si tratta del meccanismo che per H. G. GADAMER, *Verità e metodo* cit., 552 ss, rende la comprensione come evento, caratterizzato perciò dall'immediatezza e dall'evidenza attuale del senso compreso.

¹⁸⁰ I. HACKING, *Historical Ontology*, Cambridge (Mass.), 2002, 188 s..

¹⁸¹ M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo* cit., 109, riporta il paradosso in cui è incorso (poi tuttavia rivedendolo) B. LATOUR, *Ramses II est-il mort de la tuberculose?*, in *La Recherche*, 1988, 307, sostenendo che non fosse possibile che Ramses II sia morto di tubercolosi poiché i bacilli di quella malattia sono stati scoperti solo nel 1882....

proviene dall'ambito comunitarista la richiesta di considerare fondamentali i diritti collettivi delle minoranze o delle «forme di vita» siano esse identificate con il popolo, la nazione o il gruppo etnico-culturale”¹⁸².

Ora, si spera di non sbagliare se si fa notare che così, ancora una volta, non sembra che si stia discutendo di cosa sia un oggetto teorico del diritto (nel caso l'oggetto “diritto fondamentale”), né la sua conoscenza, ma il suo utilizzo nel senso della sua applicazione a soggetti (o presunti tali) diversi (individui, cittadini o non, gruppi, forme di vita); ancora una volta questa discussione utilizza argomenti che non sono necessariamente giuridici, e sin qui nulla di strano, ma soprattutto suppone per dato in termini giuridici l'oggetto “diritto fondamentale”, così da poterne invocare, con giustificazioni svariate, l'applicazione a questo oltre che a quello¹⁸³. Insomma, ancora una volta sembra una discussione sul caffè, non sull'ebollizione, e gli schemi concettuali invocati lavorano su una possibile *decisione* applicativa, dogmatica, positiva di una *conoscenza* teorica, non sulla condizione veritiera di questa conoscenza, né tanto meno sulla esistenza vera di ciò di cui si parla.

Tanto è vero che, poiché *more is different*, in una Repubblica delle banane potrebbe stabilirsi che i diritti fondamentali si applicano ai soli generali dei Carabinieri o ai professori universitari¹⁸⁴; la contestazione di una tale decisione – normativa, prescrittiva, positiva, giuridicamente efficace, ancorché *futile* e, probabilmente, precaria – userebbe argomenti sulla sua inappropriatezza a vario titolo, tra i quali, presumibilmente, ci sarebbe anche quello della serietà dell'oggetto teorico “diritto fondamentale” in confronto alla insensatezza, alla futilità della soluzione applicativa. Purché dell'oggetto teorico e della sua serietà sia abbia buona conoscenza.

¹⁸² E. VITALE, *Teoria generale del diritto o fondazione dell'ottima Repubblica?* cit., 113.

¹⁸³ Non diversamente L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto* cit., 127 s..

¹⁸⁴ Paradossi usati rispettivamente da D. ZOLO, *Libertà, proprietà ed eguaglianza nella teoria dei “diritti fondamentali”*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali* cit., 51, e R. GUASTINI, *Tre problemi di definizione*, *ibidem*, 46.

6. Oggetti giuridici ed interpretazione

Ed è così che possiamo esaminare un ulteriore effetto degli oggetti teorici del Diritto, che riguarda la loro utilità nel momento applicativo.

Partiamo dall'osservazione che, lo si è visto, gli oggetti teorici del diritto sono di origine archetipa, e consistono di generi, *types* di un primo tipo, fissati in termini tali da essere percepiti da ciascuno e da poterne concordare in via inter-soggettiva, ma il loro utilizzo genera più o meno consciamente altri *types* che potremmo definire *positivi*, ed inoltre oggetti *ectipi*, *tokens* che a quelli si rifanno: esiste il matrimonio, lo possiamo descrivere e ne possiamo parlare, poi c'è l'istituto giuridico del matrimonio come regolato dal codice civile e dalle altre norme positive e vigenti, oggi e qui (o anche, se si vuole, dalla disciplina vigente in un qualsiasi momento preso in esame), ed anche di questo possiamo acquisire conoscenza e discutere, e infine c'è il *mio* matrimonio, così come c'è la cittadinanza, la sua disciplina positiva in un determinato tempo storico e poi il mio *status* di cittadino italiano, e così via.

L'ipotesi che qui si propone è che il *type* che abbiamo definito di primo tipo sia un oggetto, ovvero esista e si dia mediante quei caratteri archetipi fissati irrimediabilmente, inemendabilmente, o per dirla con Zeki, necessariamente nella nostra mente, e dunque non sia solo conoscibile ma anche ri-conoscibile, mentre il secondo *type* che abbiamo definito positivo, irrinunciabile anch'esso, è invece limitato dal primo solo in parte, e per il resto è disponibile, ed è attraverso di esso che si può generare il *token*.

Ed in questi passaggi dagli uni agli altri hanno grande ruolo la norma positiva e la prassi, anche giurisprudenziale, che intervengono irrinunciabilmente, a dir così, nella traduzione operativa dell'oggetto teorico in situazione pratica¹⁸⁵. Ma è proprio nell'ultimo passaggio che si annida ed aumenta la complicazione fornita dalla questione dell'interpretazione.

Sono secoli che si discute sul ruolo dell'interpretazione in Diritto, e sulla sua relazione con la comprensione e l'applicazione delle norme; lungi dunque dal presumere di aggiungere alcunché ad un materiale che è stato esaminato, probabilmente, per intero, vorrei solo far notare

¹⁸⁵ L'assunto, per quanto utilizzi il lessico di C. S. PEIRCE, *Collected papers* cit., 4.537, non corrisponde esattamente alla definizione che egli propone.

che, se funzionante, l'approccio che spinge a concordare sulla struttura degli oggetti teorici può fornire un ulteriore perimetro – il cui confine è tuttavia giuridico¹⁸⁶ – in ogni momento in cui c'è difficoltà a far coincidere norma e comportamento, specie dove ci sia la sensazione di un “abisso” interpretativo tra regola e attuazione¹⁸⁷.

Senza dunque entrare nel dibattito su cosa sia l'interpretazione, quale ne sia il ruolo, che relazione abbia con l'applicazione delle norme, qualora riuscisse lo sforzo di concordare in termini ragionevolmente ampli su qualsiasi oggetto teorico¹⁸⁸ ciò guarnirebbe ogni suo utilizzo, specie negli *hard cases* (le circostanze di *frangia del segno* di Luzzati¹⁸⁹), di argomenti e strumenti giuridici utili alla sua applicazione, anteposti a tutte sia le metodologie basate sulla previetà della norma, “letteraliste” o “intenzionaliste” che siano¹⁹⁰, ma anche rispetto ad argomenti morali o altrimenti extragiuridici¹⁹¹, ed agli usi opportunistici delle fisiologiche imprecisioni del linguaggio

¹⁸⁶ Parla di “limitazioni legali” del ragionamento giuridico in un senso che, mi sembra, assomigli – anche se non è identico - a quello qui usato S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio* cit., 97 ss..

¹⁸⁷ V. A. MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, 1992, 193. L'ipotesi, sia pure riferita alla dogmatica, è stata avanzata anche da F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2013, spec. 163 ss.

¹⁸⁸ Vorrei rammentare che E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955, 245, assumeva che “l'interprete deve riflettere su di un'alterità, su di una *oggettività da noi indipendente*, nell'intento di *riconoscere* il senso che vi è oggettivamente insito”, e che “deve far intendere l'oggetto secondo la legge di autonomia e coerenza *che si vede in esso operare*, e a questa legge deve adeguarsi, senza sovrapporgliene un'altra diversa con violazione della sua autonomia” (*ibidem*, 763, corsivi miei).

¹⁸⁹ C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990, 4.

¹⁹⁰ Rimando alla rassegna di questi approcci dell'interpretazione ancora a S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio* cit., 92 ss..

¹⁹¹ S. POZZOLO, *Congetture sulla giurisprudenza come fonte*, in L. TRIOLO (a cura di), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Torino, 2001, 141, parla di “background giuridico”, cioè “un livello di convenzione minima (che nulla esclude possa essere anche complesso)”; l'ipotesi mi sembra compatibile con il concetto di “norma estesa” elaborato da C. LUZZATI, *L'interprete ed il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, 55 ss.; se infatti “il problema della certezza non è mai completamente riducibile ad una discussione, propria della statica dell'interpretazione, sui canoni esegetici che i singoli interpreti dovrebbero seguire”, e “si deve essere capaci di vedere dinamicamente l'interpretazione come un processo collettivo che si rinnova di continuo”, si arriva considerare anche la “stabilità o meno degli indirizzi giurisprudenziali”, il “grado di antinomicità fra i diversi contributi che i vari organi dell'ordinamento danno alla produzione di una medesima norma estesa” (*ibidem*, 163).

normativo, le strategie che, ai più scettici, appaiono coincidere con l'interpretazione¹⁹².

Il ri-conoscimento degli oggetti giuridici, insomma, non è in grado di inibire o ingessare l'interpretazione e le sue capacità costitutive di *type* di tipo positivo e di *token*, ma le può limitare, e forse non sarebbe poco, specie se, come si è assunto, gli oggetti giuridici, i *type* di primo tipo, siano veri, reali, e dunque esistenti anche se non li si conosca ancora appieno.

Ulteriori esempi possono chiarire meglio la questione; da qualche tempo si discute di una impostazione riguardante il risarcimento del danno in funzione "punitiva", tendente cioè a sanzionare la riprovevolezza del comportamento lesivo, anche in considerazione della gravità della colpa e delle caratteristiche del soggetto danneggiante.

Orbene, tale impostazione è stata discussa, in Italia, e sin'ora prevalentemente respinta, utilizzando le strutture della definizione teorica dell'oggetto "risarcimento del danno" le quali suppongono che in quanto tale esso non ha funzione sanzionatoria¹⁹³.

Per tutto ciò che abbiamo detto, l'eventuale obiezione che la utilizzazione dei "*punitive damages*" negli Stati Uniti dimostrerebbe, al contrario, l'immanenza dello schema concettuale nel dibattito teorico sarebbe mal posta. Infatti, analogamente agli altri esempi sinora adottati, lo "stile di ragionamento" può essere incidente sulla discussione – dogmatica, cioè riferita agli ordinamenti positivi - in ordine all'applicazione dei risarcimenti punitivi (negli Stati Uniti sì, in Europa no¹⁹⁴), ma non su quella che prova a conoscere l'oggetto teorico "risarcimento del danno", distinguendolo, se del caso,

¹⁹² R. GUASTINI, *Ross sul diritto giurisprudenziale*, in P. COMANDUCCI, E. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2004, 132, per il quale non vi è alcun significato come "oggetto preconstituito, suscettibile di accertamento".

¹⁹³ Cass. sent. 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Foro it.* 2007, 1460 ss. con nota di G. PONZANELLI, ha dovuto affrontare la richiesta di delibazione di una sentenza di condanna ai *punitive damages* della Corte distrettuale dell'Alabama, rigettandola.

¹⁹⁴ Cfr. ad es., Cfr. G. SPOTO, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 1130; G. BROGGINI, *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Europa e dir. priv.* 1999, 489 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il problema della pena privata nell'ordinamento italiano: un approccio comparatistico ai "punitive damages" di "common law"*, in *Giur. it.*, 1985, 12 ss..

dall'oggetto teorico "sanzione" se è diverso, tanto ciò è vero che, conducendo l'analisi sul piano teorico, è possibile scorgere notevoli incertezze anche in relazione all'ambiente costituzionale statunitense¹⁹⁵. Ed è proprio la natura decisionale, il meccanismo di utilizzazione dell'oggetto teorico "risarcimento del danno"¹⁹⁶, a consentire variabilità e labilità applicative, e a lasciare aperti fronti interpretativi che, se non chiusi in senso teorico, possono condurre il decisore del caso concreto non solo ad utilizzare anche materiale extragiuridico, ma soprattutto a giungere a soluzioni troppo disparate¹⁹⁷.

I gius-amministrativisti italiani conoscono poi molto bene il caso della risarcibilità delle lesioni da violazione della discussa posizione soggettiva definita di "interesse legittimo"; la diffusa ed a lungo dominante credenza che la tutela aquiliana supponesse la lesione di un diritto soggettivo o comunque di una situazione giuridica protetta direttamente da un particolare tipo di norma giuridica preesistente, altro non era che la scelta di utilizzo dell'oggetto chiamato "danno ingiusto", cui conseguiva una certa lettura dell'art. 2043 del codice civile italiano; la esclusione dal novero di questa forma di tutela di altre situazioni giuridiche, insomma, altro non era che una *decisione* dogmatica, volta all'utilizzo di una delle forme che può assumere,

¹⁹⁵ Si vedano, infatti, i limiti posti dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, sent. 20 maggio 1996, *BMW of North America inc. v. Gore*, in *Foro it.* 1996, 235 ss., con nota di G. PONZANELLI. E si vedano anche le riflessioni di M.S. ROMANO, *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (incerti) argini costituzionali*, in *Foro it.* 1990, 175 ss., e di G. SPOTO, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana* cit., spec. 1134 ss..

¹⁹⁶ Cfr. G. SPOTO, *I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana* cit.; G. PONZANELLI, *Danni punitivi: no, grazie*, in *Foro it.* 2007, 1462; D. MESSINETTI, *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia "tradito"*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2007, 555 ss., sostiene che "non è dato prospettare una sola elaborazione teorica, una e immodificabile, della nozione di danno, ma tante elaborazioni quanti sono i contesti funzionali i cui problemi la nozione stessa è demandata a risolvere. La nozione di danno giuridico, dunque, può essere multipla, in relazione con il carattere di relatività che la contraddistingue".

¹⁹⁷ A proposito, ad esempio, di danni non patrimoniali: C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.* 2007, 96 s., il quale, con riguardo alle sentenze del 2003 in tema di danno morale (Corte Cost., sent. n. 233/2003; Cass., sent. nn. 8827/2003 e 8828/2003), solleva le obiezioni teoriche per le quali "l'affermazione di una [...] funzione punitivo-satisfattoria [...] della condanna risarcitoria a fronte di un danno morale appare bisognosa di un'approfondita rimediazione". Ma si vedano anche le questioni portate dalla disciplina in tema di proprietà industriale (ad es., l'art. 125 del d. lgs. 10 febbraio 2005 n. 30), e da quella, molto nota, recata dalla legge sulla stampa per il caso di diffamazione (art. 12, L. n. 471948).

appunto, il danno considerato ingiusto, ed infatti – sia pure in un ambiente culturale che da anni stava dibattendo l’argomento, ed in sostanza ne stava preparando il terreno anche sulla pressione degli organi europei¹⁹⁸ - una sentenza della Corte di Cassazione¹⁹⁹ ha potuto completamente mutare paradigma tutto sommato agevolmente: a disposizione normativa invariata (l’art. 2043 c.c.), le è bastato utilizzare la versione attestata dell’oggetto giuridico teorico rilevante “danno ingiusto”, rinvenendolo anche nelle attività *non jure*, per dare la stura ad una nuova era nei rapporti tra amministrazione pubblica e soggetti interessati²⁰⁰ (e ad una conseguente, apposita normativa positiva²⁰¹).

Anche in questo caso, insomma, ritroviamo la macro-meccanica già osservata per la legge spagnola sui matrimoni omosessuali e per quella italiana che ha mutato la maggiore età, ma utilizzata da un “motore” giurisprudenziale: non è necessario cambiare (o non è necessario farlo significativamente) la norma vigente per giungere ad un nuovo assetto positivo di un certo argomento giuridico, poiché è sufficiente assumere una *decisione* di diverso utilizzo dell’oggetto teorico implicato, tra quelli ri-conosciuti grazie al dibattito ed al concordamento tra chi, utilizzando metodi attendibili, aveva già disvelato i caratteri, le strutture di quell’oggetto, mettendoli a

¹⁹⁸ L’evoluzione è ottimamente sintetizzata da F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, 1 s., con la seguente sequenza: (a) danno ingiusto uguale lesione di un diritto assoluto, quale violazione dei diritti reali o della persona; (b) danno ingiusto uguale lesione di un diritto soggettivo, anche relativo, con tutte le vicende della cd. lesione aquiliana del credito; (c) danno ingiusto uguale lesione di un interesse, anche se non protetto come diritto soggettivo, che incide sia, ad esempio, sulla tutela del possesso, che soprattutto sul risarcimento per lesione di interessi legittimi.

¹⁹⁹ Mi riferisco, ovviamente, al filone giurisprudenziale aperto dalla celeberrima sent. Cass., S.U., 22 luglio 1999, n. 500., commentata e discussa talmente tanto da non poter che menzionare alcuni degli interventi; si vedano dunque, solo ad esempio, i commenti di R. CARANTA, F. FRACCHIA, A. ROMANO, E. SCODITTI, in *Foro it.*, 1999, I, 3201 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell’interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 487 ss.; L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999, 9, 843 ss.; V. CARBONE, *La Cassazione apre una breccia nella irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Corr. giur.*, 1999, 1061 ss..

²⁰⁰ Secondo L. FERRAJOLI, *Intorno a «Principia iuris». Questioni epistemologiche e questioni teoriche*, in P. DI LUCIA (a cura di), *Assiomatica del normativo cit.*, 245, nt. 13, “la Corte di cassazione, cioè la giurisdizione di legittimità, censura il diritto vivente lasciando intatto il diritto vigente”

²⁰¹ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2008, 49 ss.

disposizione di un uso dogmatico e, dunque, positivo. E proprio come negli altri casi menzionati, questa decisione comporta poi una serie importante di conseguenti modifiche “di assestamento”, come quella, che tanto ha affaticato dottrina e giurisprudenza in Italia, in tema di cd. “pregiudizialità amministrativa”²⁰².

Gli elementi variegati che compongono la struttura dell’oggetto teorico “danno ingiusto” sono stati ancora una volta trattati cioè presupposto – di conoscenza, secondo l’approccio adottato – per il suo mutamento di utilizzo.

Per usare una metafora meno fisica dell’acqua o meno chimica del cloruro di sodio, ma ben conosciuta, possiamo ricorrere a quella della tastiera di un pianoforte e del suo uso creativo ed esecutivo, che può essere determinante sia nella creazione di una melodia, come nella sua esecuzione; le quali, tuttavia, presuppongono, entrambe, la conoscenza che le consentono (“*saper suonare*”, “*conoscere la musica*”, si usa dire)²⁰³.

Concordare in sede teorica in ordine a cosa sia il “danno ingiusto”, e dunque *sapere, ri-conoscere* che esso può sussistere anche in forma di *non jure* (e non solo nelle ipotesi di comportamento *contra jus*), è un presupposto determinante per *decidere* come vada utilizzato nelle mutevoli circostanze storiche. Una buona conoscenza dell’oggetto teorico non esclude del tutto il rischio che esso venga usato male, così come una buona preparazione musicale non assicura, in se’, una buona creazione musicale o una buona esecuzione; e dunque quelle

²⁰² Su cui si possono vedere, anche qui tra molti altri interventi, A. TRAVI, *Pregiudiziale e confronto fra le giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2008, III, 3 ss.; E. FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 18 ss.; G. GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell’atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, 3, 513 ss.; L. TORCHIA, *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 385 ss.. La questione non sembra del tutto risolta dall’art. 30 del d.lgs. n. 104/10 (cd. codice del processo amministrativo), almeno a giudicare dalle recenti sentenze Cons. Stato, IV, 11 novembre 2014, n.ri 5533, 5534 e 5535.

²⁰³ Gli studi sull’accostamento tra diritto e musica sono numerosi; ben noti quelli di S. PUGLIATTI, *L’interpretazione musicale*, Messina, 1940; G. IUDICA, *Interpretazione giuridica e interpretazione musicale*, in *Riv. Dir. civ.*, 2004, 467 ss.; G. RESTA, *Il giudice e il direttore d’orchestra. Variazioni sul tema: «diritto e musica»*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, 435 ss..

conoscenze non ci assicurano granché sul piano del Bene, del Giusto, della Verità, del Bello o del Buono, e ci costringono a continuare a dibattervi. Ma è inevitabile che una cattiva o incerta conoscenza produrrà un cattivo o incerto utilizzo, dell'oggetto giuridico come della tastiera del pianoforte.

7. Ipotesi conclusiva

Il tentativo di percorso qui intrapreso è solo d'avvio, e se sarà ritenuto meritevole potrà trovare ulteriori passi, tutti ancora da esplorare.

Se questi argomenti fossero condivisi, tuttavia potrebbero fornire un obbiettivo alla teoria del Diritto, e dunque una specifica professionale, uno standard di lavoro, di ricerca e di insegnamento. Il compito del lavoro gius-teorico potrebbe cioè essere orientato a produrre metodi di rilevazione ed osservazione attendibili di oggetti sociali di senso giuridico, raggiungere un consenso sufficiente in ordine alla loro fenomenologia strutturale, con capacità descrittive che provino a superare la polisemia e l'imprecisione dei "termini" usati, che concorrono alla sensazione di una "indeterminatezza concettuale quale non è rinvenibile in nessun'altra disciplina scientifica"²⁰⁴.

E nel far ciò potrebbe anche rinunciare, s'è visto, a porsi i pur essenziali problemi del fondamento, della teleologia, della realtà storica del suo mutamento; è un accordo senza dubbio incompleto²⁰⁵ quello che prova a riconoscere accettabilmente veri quegli oggetti, ma

²⁰⁴ L. FERRAJOLI, *Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto* cit., 17, che infatti auspica, tra l'altro, la "formalizzazione del linguaggio teorico" come "unica strada che consente di superare queste aporie".

²⁰⁵ Nel senso che suggerisce C. R. SUNSTEIN, *Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law* cit., 10 s., ovvero "[to] attempt a *conceptual descent*", e "nel senso che le persone che accettano il principio [oggetto di accordo teoricamente incompleto] non devono essere d'accordo su ciò che esso comporta in casi particolari" (trad. mia. Il concetto di accordo teorico incompleto e la sua funzione è stato poi ampliato ed utilizzato per il successivo lavoro *A cosa servono le costituzioni?*, tr. it., Bologna, 2001). E' evidente che, perciò, un accordo di tipo teorico possa consentire anche accordi gradatamente più prescrittivi, tecnica che, ad esempio, analizza e suggerisce con particolare saggezza M. C. NUSSBAUM, *In defense of aristotelian essentialism*, in *Political Theory*, 1992: adottare un "vague think", cioè provare a concordare su alcune funzioni umane essenziali; ella stessa riconosce il debito con le *capabilities* di A. SEN, *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, tr. it., Milano, 2000.

non troppo diversamente da quanto possa essere inesatto, incerto o precario ogni altro assunto ritenuto, *pro tempore*, scientificamente vero.

LA FLESSIBILITÀ DELLA PRESTAZIONE LAVORATIVA E L'INCERTA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL DEMANSIONAMENTO NEL *JOBS ACT* E NELLA NORMATIVA DELEGATA*

di *Elena Paparella*

SOMMARIO: *1. Premessa: il tertium genus della flessibilità. - 2. Il disegno costituente sulla formazione e l'elevazione professionale nella concezione "organica" del lavoro. - 3. La valorizzazione della dignità del lavoratore nella giurisprudenza sul danno da demansionamento. - 4. Il Jobs Act e la riscrittura della disciplina sul mutamento delle mansioni. - 5. Conclusioni: il demansionamento, la flessibilità come nozione non neutra, l'uomo flessibile e i tradimenti.*

1. Premessa: il *tertium genus* della flessibilità

Il dibattito sulle riforme del mercato del lavoro - quella in corso e quelle più o meno recenti - ci ha ormai reso avvezzi ad un concetto di flessibilità che viene normalmente associato ai due momenti cruciali dell'instaurazione del rapporto di lavoro e del suo termine, in riferimento alla varietà delle tipologie contrattuali e alla disciplina dei licenziamenti. In realtà, esiste anche un altro passaggio fondamentale - un *tertium genus* - nel quale la flessibilità si manifesta ed è richiesta, nella forma della c.d. "mobilità endoaziendale"¹, che si produce per

* Questo lavoro costituisce una versione approfondita e ampliata di alcuni temi trattati nell'articolo scritto con Francesca Fontanarosa, "La revisione delle mansioni nel *Jobs Act* e nelle norme attuative: sotto-inquadramento e diritti inviolabili", pubblicato su *La Rivista delle Politiche Sociali/Italian Journal of Social Policy*, 4/2014, 59-76, per un estratto cfr. anche F. FONTANAROSA - E. PAPARELLA, *Il demansionamento nel Jobs Act: rischi di rioggettivizzazione del lavoro e diritti inviolabili*, in *Menabò di Etica e Economia*, n. 18/2015, 16.03.2015.

¹ Si veda E. GHERA, *Il contratto di lavoro oggi: flessibilità e crisi economica*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 140/2013, 687-713, in particolare 689, sul punto specifico della "flessibilità interna, o organizzativa" che l'A. definisce "non meno importante, perché funzionale alla produttività del lavoro e quindi essenziale alla competitività delle imprese"; cfr. anche ID., *Flessibilità variazioni sul tema*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1996, I, 123 ss., in particolare 126, sulla necessità di un rafforzamento dell'autonomia individuale e collettiva, oltre che "dell'attenuazione della rigidità del modello normativo tipo legale", come risposta alla crescente domanda di flessibilità; nella

effetto del mutamento di mansioni funzionale alle mutevoli esigenze dell'impresa, sino ad oggi praticabile soltanto in senso orizzontale verso mansioni equivalenti, o verticale verso mansioni superiori, in conformità al dettato dell'art. 13, l. n. 300/1970².

In rapporto alla dicotomia ormai acquisita alla riflessione su questi temi, che vede contrapposte la flessibilità c.d. "buona" a quella c.d.

dottrina giuslavoristica più risalente si vedano le riflessioni di F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, Franco Angeli, 1982, in particolare 72 ss. e 85, condotte nella delicata fase di risistemazione del modello del contratto di lavoro, dovuta più specificamente alla nuova disciplina dei licenziamenti di cui alla l. n. 300/1970, che produce un generalizzato diverso bilanciamento tra esigenze organizzative dell'azienda e interessi del lavoratore "ormai non più riducibili alla sola percezione della retribuzione né monetizzabili", inoltre sul punto della "elasticità incondizionata della forza lavoro" di cui all'art. 2103 c.c. precedente alla modifica di cui all'art. 13, l. n. 300/1970, particolarmente significativa nella prospettiva della vigente disciplina sul demansionamento unilaterale, si veda anche 185-186. Tra gli altri interventi autorevoli della dottrina giuslavoristica sul tema delle mansioni si ricorda G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1963, 5; A. FRENI - G. GIUGNI, *Lo Statuto dei lavoratori. Commento alla legge 20 maggio 1970, n. 300*, Milano, Giuffrè, 1971, 48 ss.; G. GIUGNI, *Qualifica, mansioni e tutela della professionalità*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, I, 1973, 3-15; ID., voce *Mansioni e qualifica*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. XXV, 1975, 545; G. SUPPIEJ, *Art. 13*, in U. PROSPERETTI, *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Milano, Giuffrè, 1975, 334 ss.; U. ROMAGNOLI, *Art. 13 (Mansioni del lavoratore)*, in A. SCIALOJA - G. BRANCA, *Commentario del codice civile, Libro Quinto - Del Lavoro, Titoli I e II - Supplemento - Legge 20 maggio 1970 n. 300, Statuto dei diritti dei lavoratori*, Roma-Bologna, Zanichelli, 1979, 217-260; C. ASSANTI - G. PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1979, 139 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Mansioni e qualifiche dei lavoratori*, in *Novissimo digesto italiano*, App. IV, Torino, Utet, 1983, 1101-1122; inoltre nell'ambito dei commenti al diritto/dovere al lavoro cfr. G. F. MANCINI, *Art. 4*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, 241; C. MORTATI, *Art. 1*, in *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, 1 ss.

² Com'è noto, l'art. 13, l. n. 300/1970 (*Statuto dei diritti dei lavoratori*) ha introdotto alcune fondamentali modifiche all'art. 2103 c.c. in materia di mansioni: ha abolito il potere dell'imprenditore di adibire il lavoratore, sia pure temporaneamente, a mansioni inferiori, ha sancito il diritto all'inquadramento di livello superiore dopo lo svolgimento per tre mesi della corrispondente mansione, ha posto il divieto del trasferimento da un'unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche e, infine, ha suggellato la rigidità della disciplina con la nullità di ogni "patto contrario"; in dottrina è stato significativamente evidenziato come il contesto dell'art. 13, l. n. 300/1970, fosse quello di un diritto del lavoro rivolto essenzialmente alla limitazione dei poteri del datore di lavoro in azienda, in conformità ad una concezione del lavoratore quale soggetto sottoposto a poteri di direzione, che giustificerebbe gli elementi di c.d. rigidità della norma, anche se negli anni immediatamente successivi l'attenzione del legislatore "della crisi" sarà per lo più rivolta alla protezione del lavoratore dalle conseguenze della difficile congiuntura e, quindi, alla mobilità extraaziendale, cfr. sul punto F. LISO, *La mobilità del lavoratore*, cit. 10.

“cattiva”³, il mutamento delle mansioni potrebbe connotarsi positivamente come flessibilità corrispondente ad una tutela dinamica della professionalità, rivolta a cambiamenti dell'inquadramento professionale coerenti con esigenze di adattamento all'innovazione e conformi ad una prospettiva virtuosa di formazione permanente del lavoratore⁴; mentre non sembra si possa fare altrettanto in riferimento alla flessibilità introdotta con la recente revisione della disciplina delle mansioni⁵, almeno per quanto concerne l'assegnazione “a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale”, qualora si verifichi una “modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore”⁶. Nello scenario delineato dalle nuove norme, potrebbe infatti profilarsi per il lavoratore l'ipotesi di una sostanziale svalutazione della qualità della sua prestazione lavorativa, anche per effetto della sola decisione unilaterale del datore di lavoro e non solo come risultato di accordi⁷.

Peraltro, tale diminuzione non sembra possa considerarsi compensata, come si vorrebbe, dal “diritto alla conservazione del

³ Per alcune prime illuminanti riflessioni sulla “malvagità” della nuova disoccupazione perché rivelatrice della “incapacità delle moderne società di assicurare il godimento dei diritti fondamentali, a tutti gli uomini entro i propri confini”, cfr. R. DAHRENDORF, *La società del lavoro in crisi*, in ID., *Per un nuovo liberalismo*, Roma-Bari, Laterza, 1993, 152.

⁴ All'inizio del decennio scorso le riflessioni in prospettiva sociologica sono state frequentemente rivolte al tentativo di metabolizzare, anche in senso positivo, le trasformazioni del mercato del lavoro, ovvero il *trade-off* tra flessibilità e occupazione, tra gli altri si veda E. REYNERI, *Verso una nuova società del lavoro*, in *Il Mulino-Rivista*, 6/2004, 1087-1098; tuttavia in anni più recenti, soprattutto a fronte della crisi, tali impostazioni sono rimaste disattese, dello stesso autore di recente, E. REYNERI - F. PINTALDI, *Dieci domande su un mercato del lavoro in crisi*, Bologna, Il Mulino, 2013, cap. 6, versione e-book, nel quale vengono evidenziati i temi dell'intrappolamento nella precarietà e della permanente insicurezza della garanzia del posto di lavoro.

⁵ D.lgs n. 81/2015, *Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'art. 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183*.

⁶ Art. 3, 1 c., 2 cpv., d.lgs n. 81/2015.

⁷ Art. 3, 1 c., 2 cpv., d.lgs n. 81/2015; se ci si pone nella prospettiva del c.d. “furto della professionalità”, sembra di assistere al ripetersi della storia, sul punto cfr. U. Romagnoli, *Art. 13*, cit., 231, che ricorda che “nel codice della *coutume ouvrière* coevo della prima rivoluzione industriale, il furto della professionalità era rubricato tra i reati più gravi”, a parere dell'A. il legislatore del 1970 avrebbe “riannodato i fili di un discorso interrotto” che, tuttavia, nella congiuntura economica degli anni '70 deve cedere di fronte ai problemi connessi con la sicurezza del posto di lavoro, in modo non dissimile da quanto avviene oggi, salvo che per la possibilità di demansionare unilateralmente.

livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento”⁸, in una logica di salvaguardia dei diritti quesiti tutta incentrata sugli elementi monetizzabili, che in realtà non si ritiene che esaurisca l’effettiva natura della prestazione di lavoro, di fatto connotata anche da una rilevante componente non strettamente materiale/patrimoniale e più direttamente connessa al valore della formazione e del patrimonio di esperienze e conoscenze acquisite dal lavoratore nel corso del tempo, che vanno perse, o sprecate, nel caso di scelte aziendali orientate alla dequalificazione professionale.

Le disposizioni entrate di recente in vigore con i decreti attuativi del *Jobs Act*⁹, di per sé presentano una serie non irrilevante di elementi critici, ampiamente analizzati già nel corso dell’approvazione del decreto, soprattutto per quello che concerne gli aspetti più problematici della riforma delle tipologie contrattuali, dei licenziamenti e degli ammortizzatori sociali¹⁰. Altrettanto delicata,

⁸ Art. 3, l.c., 5 cpv., d.lgs n. 81/2015.

⁹ *Jobs Act*, Legge 10 dicembre 2014, n. 183, *Deleghe al Governo in materia di 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*”; d.lgs n. 22/2015, *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 l. n. 183/2014*; d.lgs 23/2015, *Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della l. n. 183/2014*.

¹⁰ Tra i commenti sistematici al *Jobs Act* più recenti, nell’ambito della riflessione giuslavoristica, cfr. L. FIORILLO - A. PERULLI, *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015*, n. 22 e 23, Torino, Giappichelli, 2015, 3 ss.; P. STERN, *Jobs Act: licenziamenti e contratto a tutele crescenti*, Roma, Maggioli Editore, 2015, 11 ss.; per un’analisi che, ancora una volta, interseca efficacemente la prospettiva giuslavoristica con quella giuscostituzionalistica, cfr. S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, *Costituzionalismo.it*, 1/2015; e Id., *Il contratto a tutele crescenti e la Costituzione*, in *Menabò di Etica e Economia*, n. 16/2015, www.eticaeconomia.it, 16.02.2015; sul tema si veda anche F. FONTANAROSA, *Il contratto a tempo determinato nell’ordinamento giuridico italiano, Menabò di Etica e Economia*, n. 5/2014, www.eticaeconomia.it, 16.07.2014; sul punto cruciale della tutela in via giurisdizionale dei lavoratori in tema di licenziamenti, con una visione critica di un certo diritto antidiscriminatorio, cfr. 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 e Economia*, n. 10/2014, www.eticaeconomia.it, 03.11.2014; ancora sul ruolo della giurisdizione in un momento di passaggio significativo in questa stagione di riforme, cfr. E. OLIVITO, *Il collegato lavoro alla finanziaria. Alcune osservazioni sulle controversie di lavoro e sull’ambito del sindacato giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, /2011, 1 ss; inoltre, in prospettiva giuscostituzionalistica, in questa rivista cfr. C. TRIPODINA, *Reddito di cittadinanza come “risarcimento per mancato procurato lavoro”. Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare*

anche se meno esplorata, appare tuttavia la questione relativa al sotto-inquadramento professionale, considerato che la “mobilità funzionale” delinea una tipologia di flessibilità/adattabilità tutta interna al perimetro della prestazione lavorativa e, in quanto tale, attinente direttamente alla sfera della personalità del lavoratore. L'introduzione di uno *jus variandi* “*in pejus*” concernente le mansioni, che ora la norma attribuisce direttamente al datore di lavoro, solleva, infatti, non irrilevanti dubbi di legittimità costituzionale in rapporto al principio della elevazione professionale di cui all'art.35, 2c., Cost.¹¹. Appare peraltro significativo, proprio nella prospettiva del dettato costituzionale, che le nuove norme sul demansionamento rappresentino un'assoluta novità nel quadro del diritto del lavoro italiano, se si tiene conto che sinora si è trattato di una via percorribile solo attraverso la contrattazione collettiva e in un contesto di ampia consonanza tra le disposizioni di cui all'art. 13, l. n. 300/1970 - che contemplavano solo l'ipotesi di uno *jus variandi* delle mansioni esercitato solo in senso equivalente o migliorativo - e l'art. 35, 2c., Cost. - che individua nella “formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori” un compito della Repubblica¹², che si ricollega all'affermazione del diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost.¹³.

altrimenti il diritto all'esistenza, in *Costituzionalismo.it*, 1/2015, per un'analisi rivolta all'osservazione delle attuali politiche del lavoro nell'ottica del mancato adempimento dei “compiti” fondamentali che i pubblici poteri dovrebbero svolgere a garanzia dei diritti cittadini, per il quale l. A. propone l'introduzione del reddito di cittadinanza; inoltre, cfr. F. ANGELINI, *Il governo, il lavoro e la Costituzione nel c.d. Jobs Act*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2015, che si sofferma sulle anomalie della riforma concernenti l'uso delle fonti e sull'impatto che la nuova legislazione produce sul diritto costituzionale del lavoro, già da tempo “costretto” dagli indirizzi europei nelle politiche del lavoro e attualmente estenuato dalle condizioni, più o meno trasparenti, imposte dalla gestione della crisi dell'Eurozona.

¹¹ Art. 35, 2 c., Cost., “(La Repubblica) Cura la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori”.

¹² Sul punto della elevazione professionale come compito della Repubblica cfr. M. NAPOLI, *Art. 35, 2.*, in *Commentario alla Costituzione a cura di G. Branca. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1979, 20; D. BIFULCO, *Art. 35*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, UTET, 2006, 728-729; per un'idea del collocamento e della formazione professionale quali strumenti per una “politica di sviluppo delle attitudini professionali” coerente con il dettato dell'art. 35, 2 c., Cost., si veda G. GIUGNI, *Qualifica, mansioni*, cit., 6.

¹³ Si veda G. GIUGNI, *Qualifica, mansioni*, cit., 3-4, che individua nella tutela della professionalità il “sottofondo” delle disposizioni di cui all'art. 13 della l. n. 300/1970, modificative dell'art. 2103 c.c., e che sul collegamento con l'art. 4 Cost., sostiene che “il diritto al lavoro, in tanto è soddisfatto, in quanto il lavoro sia adeguato alle capacità del

La nuova disciplina delle mansioni non può quindi ricadere in una “zona di indifferenza costituzionale”¹⁴ - anche se questo non sembra rientrare tra le preoccupazioni del legislatore all’opera con il Jobs Act e i decreti attuativi¹⁵ - in quanto sembra far emergere non infondati dubbi di legittimità costituzionale non solo in ragione dell’evidenza del principio della elevazione professionale di cui all’art.35, 2 c. Cost. - al quale possono legittimamente essere ricondotti obiettivi di riorganizzazione dell’azienda che, sia pure necessari, non siano lesivi della professionalità del lavoratore¹⁶ - ma anche in considerazione di

soggetto e idoneo, se possibile, a promuoverle, e a sviluppare, in tal modo, la personalità di questi”.

¹⁴ C. SALAZAR, *Alcune riflessioni su un tema démodé: il diritto al lavoro*, in *Politica del Diritto*, XXVI, 1/1995, 38, che riferisce l’espressione al tema dei licenziamenti.

¹⁵ E’ fuori di dubbio che le recenti riforme del mercato del lavoro siano tenute a districare, ancora una volta, il nodo complicato dato dall’intreccio tra valori imprescindibili, quali la dignità e la libertà del lavoratore - tradizionalmente oggetto di contemperamento con le esigenze organizzative dell’impresa che tuttavia contemplasse una “linea di evoluzione del rapporto” nel senso dell’elevazione professionale del lavoratore, cfr. GIUGNI, voce *Mansioni e qualifica*, cit. 548 - e la necessità di adeguare strumenti e procedure alle attuali esigenze della produzione e del mercato, quindi a forme dinamiche di tutela della professionalità fondate sulla formazione aggiornata e la mobilità, anche se appare poco chiara l’introduzione della dequalificazione professionale unilaterale in questo quadro, cfr. E. BELLEZZA - M.T. CORTESE, *A colloquio con il Prof. Maurizio Del Conte*, in www.bollettinoadapt.it, *Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del Lavoro e sulle Relazioni Industriali*, in collaborazione con il *Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi*, 20 maggio 2010; e specificamente sul demansionamento, M. DEL CONTE, *I poteri del datore di lavoro*, in M. PERSIANI - S. LIEBMAN - M. MARAZZA - M. MARTONE (a cura di), *Fondamenti di diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 2013, 81; inoltre per un orientamento che associa la nuova disciplina sulle mansioni ad esigenze di modernizzazione, cfr. M. TIRABOSCHI, *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, ADAPT Labour Studies, e-Book series n. 45, 26 June 2015, ADAPT University Press, www.adapt.it, 22, “Tutto da valutare, invero è ora l’impatto della nuova disciplina delle mansioni con riferimento agli attuali sistemi di classificazione e inquadramento del personale, oggi incentrati su logiche regolatorie affatto differenti da quelle in cui si pone il legislatore, e che, come bene sanno i cultori delle relazioni industriali, sono a ben vedere il vero snodo per la modernizzazione del mercato del lavoro e per il rilancio della produttività delle imprese”.

¹⁶ Ancora sul tema dell’ “indifferenza” nei confronti della crescente mobilità/flessibilità richiesta ai lavoratori con esclusiva attenzione alle esigenze dell’impresa, appare alquanto indicativo un recente orientamento dell’OCSE, cfr. OCSE, *Studi economici dell’OCSE - Italia*, febbraio 2015, 22, in cui un paragrafo è intitolato “*Proteggere le persone piuttosto che specifiche categorie di lavoratori*”, nel quale si plaude alle recenti misure adottate con il *Jobs Act*, evidenziando il punto della “adattabilità” delle competenze del lavoratore ai cambiamenti del settore, vi si legge infatti: “(...) Un ricorso meno frequente ai tribunali e decisioni di giustizia più rapide ridurranno le difficoltà che incontrano i datori di lavoro favorendo allo stesso tempo la creazione di un numero elevato di posti di lavoro. Nel

alcuni orientamenti dei giudici ordinari che si ricollegano a principi costituzionali fondamentali, sganciando il danno da demansionamento dalla esclusiva connotazione di danno patrimoniale¹⁷.

2. Il disegno costituente sulla formazione e l'elevazione professionale nella concezione "organica" del lavoro

Il lavoro di elaborazione e definizione svolto in Assemblea costituente, intorno alla nozione di formazione professionale quale "compito della Repubblica", si arricchisce ulteriormente sul piano dei valori, oltre che dei contenuti del diritto, se analizzato nel quadro di una specifica concezione progressivamente affermata tra i costituenti in fase di elaborazione del "problema politico e giuridico fondamentale" relativo al lavoro¹⁸. Si tratta di una concezione c.d. "organica" del lavoro, promossa soprattutto da La Pira, in contrapposizione con quegli orientamenti liberali volti essenzialmente a considerare i lavoratori "atomisticamente"¹⁹, dove dell'atomo sembra in questo caso si debba cogliere il carattere dell'isolamento, ovvero il significato di uno *status* privo di connessioni con altre posizioni di vantaggio che l'ordinamento individua e protegge.

Diversamente, "la qualifica di <lavoratore> si delinea come uno stato giuridico al quale si ricollegano diritti privati, diritti pubblici, conseguenze politiche"²⁰. In tale ottica, il lavoro e il lavoratore non si collocano staticamente e a distanza da altri ambiti di garanzia, ma al contrario si ricollegano ad altri "diritti che derivano dal lavoro", in consonanza con l'auspicata affermazione di una vera e propria "personalità giuridica dei lavoratori", risultante da un'espansione del

complesso, ciò migliorerà la mobilità del mercato del lavoro, determinando una migliore corrispondenza tra competenze e posti di lavoro e, di conseguenza, una maggiore capacità delle imprese a adattare il profilo delle competenze della loro forza lavoro ai cambiamenti del loro settore".

¹⁷ Cfr. *infra* par. 3.

¹⁸ Cfr. LA PIRA, I Sottocommissione, seduta 11 ottobre 1946, 225.

¹⁹ "Poiché si sta facendo una Costituzione alla quale non si vuole dare il vecchio volto liberale o liberista, ma un volto nuovo, è bene che un principio che esprima questo altro volto venga espresso in questa Costituzione", LA PIRA, I Sottocommissione, seduta 11 ottobre 1946, 225.

²⁰ LA PIRA, *ibidem*.

perimetro della personalità giuridica *tout court*²¹.

Il cammino dei costituenti, o almeno di alcuni tra loro, sembra quindi andare nella direzione dell'individuazione di principi generali volti a definire una sfera giuridica del lavoratore ampia, non confinata esclusivamente, e "atomisticamente", al rapporto dialettico con il datore di lavoro, bensì idonea ad un'estensione verso gli ambiti della cittadinanza, considerato che in questa fase dei lavori nella I Sottocommissione si dibatte anche del fondamento dello Stato italiano come "Stato di lavoratori", e che secondo tale accezione della posizione "apicale" del lavoro nella Costituzione, lo status di "lavoratore" avrebbe coinciso con quella di "cittadino"²². Indipendentemente, quindi, dall'esito finale della scelta del fondamento della Repubblica "sul lavoro", entrambe le formulazioni denotano l'esigenza di individuare la "posizione del lavoro nell'ordine costituzionale"²³, che sembrerebbe in una certa misura soddisfatta anche dai risultati di quella concezione "organica" del lavoro, ovvero

²¹ Tale posizione di La Pira si rivela importante anche perché inciderà sul tenore della scelta concernente il metodo in questa specifica fase della discussione sulle questioni riguardanti il lavoro, che vede contrapposti soprattutto Basso e Moro, il primo favorevole alla proposta del Presidente Tupini di proseguire la discussione "sulla parte nella quale è intervenuto un accordo di massima", considerato che "finché si fanno discussioni generali su principi astratti" su queste "si finisce sempre col trovare un accordo, ma quando poi si scende a concretare questi principi in una formulazione, si manifestano dissensi che è molto difficile appianare", il secondo convinto che "si debbano discutere in blocco tutti i problemi, anche in vista della loro collocazione", I Sottocommissione, seduta 11 ottobre 1946, 224 – 226,

²² La complessità della questione relativa all'avvicinamento, o coincidenza, tra la nozione di cittadino e quella di "lavoratore" emerge, tra l'altro, dalle parole di Lucifero, "(...) Si è stabilito che il cittadino ha diritto al lavoro ed il dovere di svolgere un'attività socialmente utile. Quindi si è già stabilito che lo Stato italiano domani sarà uno Stato di lavoratori. L'equivoco sorge sull'uso che si deve fare della parola "lavoratore". In uno Stato dove il cittadino ha l'obbligo di lavorare, la parola <lavoratore> ad un certo punto coincide con quella di <cittadino valido>"; I Sottocommissione, seduta 11 ottobre 1946, 226.

²³ Come emerge già dai lavori delle Commissioni istituite presso il Ministero per la Costituente. In questa sede, infatti, è connotato come "problema costituzionale", l'obiettivo elaborare una Carta costituzionale che "contenga almeno quei primi principi che, riconosciuto il lavoro come elemento della organizzazione sociale del popolo italiano, traccino le direttive della legislazione futura in materia di lavoro, in guisa tale che la dignità della sua funzione, la sua più ampia tutela ed ogni possibilità futura di sviluppo della sua posizione nell'ordinamento sociale siano assicurate", *Atti della Commissione per lo studio dei problemi del lavoro del Ministero per la Costituente, Relazioni - Questionari - Interrogatori - Inchieste*, Roma, 1944, *Il lavoro nell'ordine costituzionale*, 25

della individuazione di “diritti che derivano dal lavoro”, tra i quali anche il diritto alla formazione e alla elevazione professionale come “cura” della Repubblica²⁴.

In altri termini, nonostante la scelta del fondamento della Repubblica sul “lavoro” e non sui “lavoratori”, la traccia che il dibattito costituente lascia dell’aderenza tra lo status di “lavoratore” e quello di “cittadino”, anche se meno evidente, appare in ogni caso indelebile. Il “cittadino” è “cittadino lavoratore”, ne deriva che il patrimonio di diritti inerenti la cittadinanza si arricchisce anche dei “diritti che derivano dal lavoro”, malgrado quest’ultima concezione non sia il risultato di un’emersione agevole, bensì rappresenti il punto di arrivo di un processo laborioso²⁵, che sfocerà sia nella collocazione costituzionale del lavoro in posizione apicale, che nel lavoro come diritto-dovere.

Più specificamente, si ricorda che il tema della formazione e della elevazione professionale è approvato direttamente in Assemblea plenaria senza una previa discussione in una delle tre Sottocommissioni. In effetti, l’unico riferimento, peraltro significativo, della connessione con il diritto all’istruzione, è rinvenibile nelle “Dichiarazioni di principio” inerenti i diritti e i doveri dei cittadini, enunciate in sede di I Sottocommissione tra le “Libertà culturali” collocate nelle “Libertà civili”, tra le quali sono ricompresi in un medesimo capitolo il “*diritto alla istruzione ed al*

²⁴ Cfr. M. NAPOLI, *Art. 35, 2., cit.*, 19.

²⁵ Se solo si considerano le posizioni originariamente adottate nei lavori preparatori del Ministero per la Costituente ove, nell’ambito dell’analisi del tema del “lavoro in rapporto alle libertà civili”, la posizione espressa sull’eventualità di costituzionalizzare lo “status professionale” si allontana non poco da un’idea di coincidenza tra status di cittadino e status di lavoratore. La Commissione incaricata, infatti, si ritrae rispetto al concetto - in seguito accolto in Assemblea Costituente - di lavoro come diritto-dovere. Benché si ritenga innegabile l’esistenza in capo a ciascun lavoratore di uno status professionale, ovvero di “una situazione di fatto, cui si accompagna una qualifica che lo caratterizza”, l’intento che emerge è quello di “mettere in luce lo <status> professionale (...) come una categoria concettuale alla quale si possono facilmente collegare tutti gli attributi di una specifica situazione di fatto giuridica (...) Non, perciò, un mezzo di differenziazione, se non tecnico, in confronto di altre categorie di cittadini, o una qualificazione da cui desumere posizioni di privilegio o particolari vantaggi o, comunque separata. In questo senso ed in questi limiti inteso, il riconoscimento e l’utilizzazione di uno “status” professionale resta, come si voleva, nell’ambito degli strumenti di tecnica legislativa”, *Atti della Commissione per lo studio dei problemi del lavoro del Ministero per la Costituente, Il lavoro nell’ordine costituzionale*, 30-31.

riaddestramento professionale”²⁶. I lavori che seguono nella I Sottocommissione tuttavia non alimentano l’intuizione che aveva condotto all’accostamento dei due temi e ne tralasciano l’approfondimento e la trattazione specifica. Il dibattito che segue alla presentazione delle “Dichiarazioni di principio” rivela una serie di posizioni contrastanti, essenzialmente derivanti dalle diverse concezioni sulla natura della Costituzione - storica e/o politica²⁷ - o sulla maggiore o minore astrattezza delle formulazioni, o ancora, sul bilanciamento tra libertà e diritti²⁸. Solo molti mesi più tardi - nel maggio del 1947 - il tema della formazione professionale è ripreso, per l’appunto in seduta plenaria, da Moro, che insieme a Laconi, Taviani e Dominedò, presenta un emendamento con il quale si richiede che la formazione e l’elevazione professionale formino oggetto di un articolo autonomo dal seguente tenore: “la Repubblica promuove la formazione e l’elevazione professionale dei lavoratori”²⁹.

Peraltro, un’idea di “elevazione” dei lavoratori aveva cominciato a prendere forma in un altro contesto, ovvero nel quadro della definizione dei principi riguardanti la proprietà terriera. All’art. 12 della proposta formulata dalla III Sottocommissione si fa menzione, infatti, della “elevazione materiale e morale dei lavoratori” come scopo della Repubblica collegato al perseguimento della “valorizzazione del territorio nazionale nell’interesse di tutto il popolo”³⁰. Moro, quindi, propone una formulazione autonoma poiché ritiene che, diversamente, l’accento all’elevazione professionale rimarrebbe “troppo limitato”. Moro poi ricorda che in sede di rapporti etico-sociali, nella trattazione del tema della scuola, erano state presentate varie proposte “tendenti ad ottenere il riconoscimento del compito che lo Stato assume per favorire l’istruzione professionale”, rinviate in quella sede alla trattazione della materia del lavoro e chiede, quindi, che venga sciolta la riserva affinché si affermi che la

²⁶ I Sottocommissione, seduta 30 luglio 1946, 6.

²⁷ TOGLIATTI, I Sottocommissione, seduta 30 luglio 1946, 8-9.

²⁸ BASSO, I Sottocommissione, seduta 30 luglio 1946, 10.

²⁹ MORO, Assemblea plenaria, seduta pomeridiana 13 maggio 1947, 3975.

³⁰ Art. 12, Proprietà terriera: “La Repubblica persegue la razionale valorizzazione del territorio nazionale nell’interesse di tutto il popolo ed allo scopo di promuovere l’elevazione morale e materiale dei lavoratori. In vista di tali finalità e per stabilire più equi rapporti sociali, essa, con precise disposizioni di legge, potrà imporre obblighi e vincoli alla proprietà terriera e impedirà la esistenza e la formazione delle grandi proprietà terriere private”, III Sottocommissione, seduta del 26 ottobre 1946, 259

Repubblica promuove la formazione professionale e l'elevazione dei lavoratori. In questo contesto Moro sottolinea anche l'importante aspetto della scelta del termine "formazione", piuttosto che quello di "istruzione", poiché quest'ultima avrebbe carattere ristretto, "mentre qui si vuol mettere in rilievo che la Repubblica assume il compito, non solo di istruire in senso tecnico, ma anche di formare la mentalità e la tecnica per il lavoro professionale. Ciò soprattutto per i giovani, ma anche per gli anziani. Si aggiunge <l'elevazione professionale> come indicazione sintetica di un complesso di provvedimenti, tendenti ad ottenere un livello più alto di vita professionale, culturale e tecnica dei lavoratori italiani"³¹.

Di tale discussione si possono quindi porre in rilievo tre passaggi significativi. *In primis* il collegamento tra la formazione professionale e l'istruzione, comprovata anche dall'attinenza con le "libertà culturali" e in seguito definitivamente confermata anche dalla collocazione della disposizione dell'art. 35, 2c. come cerniera tra mondo dell'istruzione e mondo del lavoro³². Il secondo elemento d'interesse è dato, quindi, dalla separazione del compito della formazione ed elevazione professionale dall'ambito della proprietà terriera, anche rispondente ad un effettivo processo di evoluzione e di sviluppo di settori produttivi diversi da quello agricolo, per cui i "lavoratori" non sono più soltanto i lavoratori della terra. Infine viene in evidenza un significato pregnante del termine "formazione", che non riguarderebbe soltanto la tecnica richiesta per lo svolgimento della specifica prestazione, ma si completerebbe con la nozione di elevazione attinente ad una sfera della personalità del lavoratore più ampia, nella quale può ricomprendersi anche il miglioramento della vita professionale, che a sua volta può assumere le forme dell'evoluzione culturale del lavoratore.

Il tenore del dibattito costituente, anche per le modalità di trattazione dei temi - si pensi per l'appunto al tentativo di collegamento con l'istruzione, nonché allo sganciamento della

³¹ MORO: "Sembra opportuno che in un Titolo, che tratta dei rapporti economici e fa riferimento al lavoro agricolo ed anche a quello industriale, vi sia riferimento all'impegno che lo Stato naturalmente assume di preparare dal punto di vista professionale i lavoratori, tanto che il rendimento del loro lavoro sia il massimo possibile", Assemblea plenaria, seduta pomeridiana 13 maggio 1947, 3975.

³² Cfr. C. TRIPODINA, 35, in S. BARTOLE - R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, sul punto 348-349.

formazione professionale dall'esclusivo ambito dei lavoratori agricoli per farne una questione più generale - contribuisce a consolidare il convincimento che questa nozione ampia di diritto alla formazione, posta anche in funzione della elevazione del lavoratore, trovi il suo fondamento nei principi di cui all'artt. 2 e 3,2 c. Cost., analogamente a quanto avviene, per l'appunto, per il diritto all'istruzione³³.

Tuttavia, mentre il collegamento con il principio dell'eguaglianza sostanziale segue, sia per l'istruzione che per la formazione professionale, un percorso comune verso l'accoglimento del principio della "rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale, che, (...) impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese", per quanto concerne la formazione professionale, la connessione con l'art. 2 Cost. viene in evidenza non tanto sul piano dell'emersione dell'elemento doveristico/solidaristico³⁴, quanto su quello del riconoscimento dell'inviolabilità dei diritti di uno specifico soggetto, che in questo caso è il lavoratore, "sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità". In altri termini, la formazione professionale funzionalizzata all'elevazione del lavoratore sembra trovare la sua naturale collocazione in un circuito che ricomprende sia il diritto del cittadino-lavoratore a che vengano rimossi gli ostacoli al suo "pieno sviluppo" in quanto "persona umana"³⁵, che la garanzia dei diritti inviolabili diretti allo svolgimento della sua "personalità"³⁶. Per contro, ogni intervento che vada nel senso della mancata formazione oppure della dequalificazione professionale "(soprattutto qualora non concordata), ha molte probabilità di tradursi in una concreta lesione della dignità personale del lavoratore, ovvero nella negazione dello

³³ Sul collegamento tra art. 34 e art. 2. Cost., sul tema specifico dell'obbligo scolastico, cfr. V. ATRIPALDI, *Diritto allo studio*, Napoli, 1974, 61-62.

³⁴ V. ATRIPALDI, *Diritto allo studio*, cit., 62, che individua nell'istruzione dell'obbligo il diritto/dovere del soggetto interessato in conformità al principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost.; per un altro versante solidaristico, ovvero quello del diritto al lavoro ex art 4 Cost. si veda M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2010, 637; ancora sul riconoscimento del fondamento della Repubblica sul lavoro che realizzerebbe la "saldatura" tra economia e politica, Id. *Unità nazionale e struttura economica*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2011, 41.

³⁵ Ex art. 3, 2 c., Cost.

³⁶ Ex art. 2 Cost.

spirito della Costituzione, basti pensare alla visione di Moro, per il quale la finalità principale non è data dall'esclusivo accrescimento di quello che oggi gli economisti chiamerebbero il "capitale umano"³⁷, bensì dalla soddisfazione di un pubblico interesse al raggiungimento, grazie anche al capitale umano, di un livello complessivamente più alto di vita professionale e culturale.

3. La valorizzazione della dignità del lavoratore nella giurisprudenza sul danno da demansionamento

Che il diritto del lavoro sperimenti, da tempo, una trasformazione che ne fa registrare la sostanziale *giurisprudenzializzazione*, è una prospettiva ormai imprescindibile, anche in considerazione della controversa dimensione europea delle tutele del lavoro³⁸. Per la materia delle mansioni, la "giurisprudenzializzazione" in ambito nazionale non ha mancato di svolgere un compito interpretativo e definitorio essenziale, che ha assicurato alle norme certezza ed effettività, rispondendo ad una domanda di dinamicità proveniente dalla sfera della gestione aziendale, anche per il tramite della contrattazione. E' fuori di dubbio, che il giudice si trovi frequentemente al crocevia tra la contrattazione collettiva - che spesso preme per derogare alla legge sotto le pressioni delle "trasformazioni

³⁷ Per gli economisti il "capitale umano" è "l'insieme di capacità, competenze, conoscenze, abilità professionali e relazioni possedute in genere dall'individuo, acquisite non solo mediante l'istruzione scolastica, ma anche attraverso un lungo apprendimento o esperienza sul posto di lavoro e quindi non facilmente sostituibili in quanto intrinsecamente elaborate dal soggetto che le acquisite", cfr. *Capitale umano*, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/capitale-umano_\(Dizionario-di-Economia-e-Finanza\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/capitale-umano_(Dizionario-di-Economia-e-Finanza)). Si tratta tuttavia di un concetto complesso e di non facile misurazione, tra gli altri cfr. L. TRONTI, *Capitale umano. Definizioni e misurazioni*, Padova, Cedam, 2011.

³⁸ "(...) sembrano forti le spinte verso la trasformazione del lavoro da un diritto garantito da norme (costituzionali, ordinarie, dello Stato e della Comunità) e governato dalla politica in base a sue consapevoli scelte a diritto di natura essenzialmente giurisprudenziale, garantito dai giudici e dai Tribunali (nazionali, costituzionali, europei o Cedu). A questi si tende ad affidare non solo la tutela in concreto (come da tradizione), ma anche la sua evoluzione e trasformazione, in una *prospettiva di progressiva giurisprudenzializzazione multilivello del diritto del lavoro*" (sebbene - potrebbe aggiungersi - non solo del lavoro)", così G. AZZARITI, *Brevi notazioni sulle trasformazioni del diritto costituzionale e sulle sorti del diritto del lavoro in Europa*, in E. GHERA - A. PACE, *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Napoli, Jovene, 2009, 147-154.

del lavoro”, quando non piuttosto delle situazioni di crisi - la necessità di contenere la deroga e, infine, gli interessi dei lavoratori.

Le direttrici lungo le quali si è sviluppata la giurisprudenza concernente il sotto-inquadramento professionale, sono numerose³⁹. Una di queste concerne essenzialmente la contrattazione collettiva con la quale si è derogato al dettato legislativo - art. 2103 c.c. come modificato dall’art. 13, Statuto dei lavoratori - che prevedeva soltanto l’assegnazione a mansioni equivalenti o superiori; in questi casi il giudice ha dichiarato legittimi gli accordi che prevedessero il demansionamento, purché fosse conservato il medesimo livello retributivo e di inquadramento, motivando sulla base di una nozione articolata di equivalenza tra le mansioni di provenienza e quelle di destinazione del lavoratore, che tenesse conto anche delle esperienze acquisite e delle aspettative di carriera⁴⁰. Come *sub specie* di tale

³⁹ Per una rassegna di alcuni orientamenti giurisprudenziali, in una prospettiva giuspubblicistica dei problemi connessi con la nuova disciplina sul demansionamento, cfr. F. FONTANAROSA - E. PAPARELLA, “*La revisione delle mansioni nel Jobs Act e nelle norme attuative: sotto-inquadramento e diritti inviolabili*”, in *La Rivista delle Politiche Sociali/Italian Journal of Social Policy*, 4/2014, 59-76; sui molteplici risvolti giurisprudenziali sul tema delle mansioni, si veda di recente nella riflessione giuslavoristica, M. N. BETTINI, *Mansioni del lavoratore e flessibilizzazione delle tutele*, Torino, Giappichelli, 2014, 129 ss., che pone in evidenza i passaggi giurisprudenziali più significativi concernenti l’accertamento del demansionamento, tra questi, la necessità che venga individuata l’attività esercitata in concreto dal lavoratore, la considerazione di indici qualitativi della prestazione, il coinvolgimento nella realizzazione degli obiettivi dell’impresa, la sottrazione di mansioni, *ex plurimis* si veda Cass. 11 luglio 2005, n. 14496, in *Foro It. Rep.*, 2005, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 923; Cass. 5 maggio 2004, n. 8589, in *Orient. giur. lav.*, 2004; Trib. Milano 5 dicembre 2012, in *Lav. giur.*, 2013, 422; Trib. Udine 27 luglio 2013, in *Guida Lav.*, 2013, n. 40, 29; oltre a quelli indicati, un filone giurisprudenziale evidentemente non trascurabile è quella che ha per oggetto i c.d. “demansionamenti leciti”, ovvero quelli che riguardano la donna lavoratrice madre, i lavoratori divenuti inabili, i lavoratori dichiarati inidonei, il dipendente ritenuto eccedente; per un’elaborazione dottrinale del concetto di dequalificazione professionale nell’ambito della dottrina giuslavoristica, cfr. anche M. BROLLO - M. VENDRAMIN, *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e jus variandi. Mansioni, qualifiche, ius variandi*, in M. MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, in *Trattato di Diritto del Lavoro* diretto da M. PERSIANI - F. CARINCI, IV, tomo I, Cedam, Padova, 2012, 556; sulla donna lavoratrice cfr. la recente voce di F. Covino, *Donna lavoratrice (dir. cost.)*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI, *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, Agg., 2015, in particolare sulla posizione della donna lavoratrice nell’ordinamento costituzionale, 142 ss.

⁴⁰ Si tratta di accordi volti ad ammettere il demansionamento che non sia frutto di una decisione unilaterale; sul ruolo della contrattazione tra i diversi livelli in materia di organizzazione del lavoro, anche in riferimento all’accordo del 21 novembre 2012, “*Linee programmatiche per la crescita della produttività e della competitività in Italia*”, si veda nella

orientamento si è inoltre sviluppata una vasta linea giurisprudenziale che ha dichiarato la legittimità della dequalificazione professionale nel caso in cui si presenti come *extrema ratio* ai fini della conservazione del posto di lavoro e, tranne che in rare eccezioni⁴¹, mentre la dequalificazione professionale contro la volontà e in danno del lavoratore interessato non è stata mai ammessa, in conformità ad orientamenti volti generalmente a salvaguardare la professionalità del lavoratore anche in contesto di crisi dell'azienda, che ora si trovano in evidente stridore con la nuova disciplina che prevede che il demansionamento possa conseguire anche ad una decisione unilaterale del datore di lavoro.

Un ulteriore decisivo corso che la giurisprudenza ha segnato, è quello che ha definito il danno da demansionamento anche attraverso l'individuazione di una componente non esclusivamente economica e monetizzabile, che fa riemergere il collegamento tra prestazione lavorativa e principi fondamentali collegati alla personalità del lavoratore, ovverossia una nozione di professionalità intesa in senso più ampio, in linea con il disegno dei costituenti per i quali il contenuto del diritto alla formazione professionale, anche funzionalizzata alla elevazione della "persona" del lavoratore, si connota per il collegamento con il principio di tutela della dignità personale. In tal senso, l'incessante lavoro interpretativo dei giudici di merito e di legittimità, non solo ha permesso di definire e di delimitare i casi di demansionamento, ma ha anche favorito l'emersione di una componente non meramente materiale della qualifica professionale, segnando un passaggio fondamentale per la definizione di professionalità ricollegata al principio personalista.

Più specificamente, il momento di snodo è stato quello in cui la Corte di Cassazione ha valorizzato il versante non patrimoniale del danno derivante al lavoratore dal demansionamento, in conformità all'elaborazione di una nozione di illecito ampia, ricollegata ad

riflessione giuslavoristica, M. C. CATAUDELLA, *La retribuzione nel tempo della crisi, tra principi costituzionali ed esigenze del mercato*, Giappichelli, Torino, 2013, 57.

⁴¹ Si pensi al caso in cui venga siglato un patto di dequalificazione esclusivamente per rispondere ad esigenze temporanee dell'impresa, che richiedano l'adibizione solo transitoria del lavoratore a mansioni inferiori, cfr. Cass. 10 giugno 1993, n. 6464, in *Giust. civ.*, 1993, I, 2333; Cass. 26 gennaio 1993, n. 931, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 149; Cass. 18 febbraio 2008, n. 4000, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 952, con nota di C. Pisani, *Sulla dequalificazione nel lavoro privato e pubblico*, *Mass. giur. lav.*, 2008, 955.

un'idea di professionalità come valore superiore e come bene a carattere immateriale⁴². Si ricorda che l'articolato percorso della giurisprudenza della Corte di Cassazione è stato segnato *in primis* dalle oscillazioni relative al problema dell'attribuzione dell'onere della prova del danno al lavoratore o al datore di lavoro⁴³; quindi, altri elementi controversi hanno riguardato l'eventualità di una configurazione di un danno *in re ipsa* indipendentemente dalla prova di un pregiudizio subito⁴⁴, oltre che la possibilità di fornire la prova anche per presunzioni, quest'ultima particolarmente favorevole per il lavoratore; infine, il passo maggiormente significativo è stato compiuto nel momento in cui i giudizi sono stati rivolti alla possibilità di sganciare la risarcibilità del danno da demansionamento dall'onere della prova di un danno patrimoniale⁴⁵.

E' peraltro evidente quanto la stessa evoluzione della giurisprudenza sulla risarcibilità del danno non patrimoniale generalmente inteso⁴⁶, abbia ampiamente promosso ed incrementato la definizione di un danno non patrimoniale risarcibile anche in relazione al demansionamento⁴⁷, segnando un passaggio decisivo verso una connotazione sempre più marcata del diritto a salvaguardare la qualifica professionale come diritto inviolabile. La giurisprudenza del lavoro, o almeno una parte di essa, a partire dagli anni '90 ha infatti utilizzato gli strumenti del diritto civile - quali la disciplina sulla

⁴² Cass. 18 ottobre 2002, n. 10, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2003, II, 58.

⁴³ Cass. sez. lav., 24 ottobre 2005, n. 20523; Cass. sez. lav., 27 maggio 2008, n. 13821, in *Guida lav.*, 200, 36, 51, inoltre per una rassegna commentata cfr. S. MUGGIA, *Evoluzione giurisprudenziale nella qualificazione del danno da demansionamento*, in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 5/2009, 443-449.

⁴⁴ Cass. sez. lav., 6 novembre 2000, n. 14443; Cass. sez. lav. 2 novembre 2001, n. 13580; Cass. sez. lav., 12 novembre 2002, n. 15868; Cass. sez. lav. 29 aprile 2004, n. 8271; *contra* Cass. sez. lav. 4 giugno 2003, n. 8904; Cass. 8 novembre 2003, n. 16792.

⁴⁵ Sul tema della risarcibilità del danno da demansionamento, sia come danno patrimoniale, che come danno non patrimoniale, cfr. M. BROLLO, *Le modifiche oggettive: il mutamento di mansioni*, in *Commentario di diritto del lavoro*, diretto da F. CARINCI, Torino, Utet, 2007, 1517, A. CORVINO, *La qualificazione del danno da demansionamento*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, 199; E. GHERA - A. GARILLI - D. GAROFALO, *Diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2013, 132-133; P. TULLINI, *I nuovi danni risarcibili nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, 571; per la giurisprudenza di merito più recente, Trib. Milano, 8 febbraio 2013, in *Lav. giur.*, 2013, 528; Trib. Milano 25 settembre 2012, *ivi*, 2012, 1224; Trib. Forlì 6 aprile 2012, in *Guida lav.*, 212, n. 32/3, 40; Trib. Bari 18 gennaio 2012, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 24; Trib. Trento 18 gennaio 2011, in *Dir. prat. lav.*, 2013, 1070.

⁴⁶ *Ex plurimis*, cfr. Cass. 7-31 maggio 2003, nn. 8827-8828.

⁴⁷ *Ex plurimis*, cfr. Cass. 31 maggio 2003, n. 12124, in *Foro It.*, 2004, I, 434.

risarcibilità del danno estesa anche all'ambito non patrimoniale, ex art. 2059 c.c. e l'ulteriore esportazione di quest'ultima all'area della responsabilità contrattuale nel rapporto datore/prestatore di lavoro - per identificare e valorizzare posizioni soggettive collocabili ben oltre l'area del danno patrimoniale, assumendo, di volta in volta, i connotati del danno morale, del danno biologico e/o del danno esistenziale, ai quali viene talvolta riconosciuta anche rilevanza sociale⁴⁸.

Tra l'inizio degli anni '90 e l'inizio degli anni 2000 per un verso emerge, quindi, l'urgenza di una definizione di danno di natura civilistica, per cui non si reputa sufficiente la sola attività eventualmente illecita della dequalificazione professionale, bensì si ritiene necessario che questa abbia apportato un effettivo e comprovato pregiudizio al lavoratore⁴⁹. Per altro verso, e contestualmente, la Corte di Cassazione, una volta assunto che il danno da demansionamento è qualificabile come danno civile, dichiara che questo è risarcibile indipendentemente dalla prova dell'effettiva esistenza di un danno patrimoniale, affermando in tal modo il valore superiore della professionalità, dal quale deriverebbe che il demansionamento produce una *“lesione del diritto fondamentale alla libera esplicazione della libertà del lavoratore nel luogo di lavoro, determinando un pregiudizio che incide sulla vita professionale e di relazione dell'interessato”*, tale lesione produrrebbe *“automaticamente un danno rilevante sul piano patrimoniale, anche se determinabile necessariamente solo in via equitativa. L'affermazione di un valore superiore della professionalità, direttamente collegato a un diritto fondamentale del lavoratore e costituente sostanzialmente un bene a carattere immateriale, supera l'affermazione per cui la mortificazione della professionalità del lavoratore possa dar luogo a risarcimento solo ove venga fornita la prova dell'effettiva esistenza di un danno patrimoniale”*⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. C. M. BIANCA, *Diritto civile, Vol. V, La responsabilità*, Milano, Giuffrè, (1994), 168, per il quale la nozione di danno non patrimoniale corrisponderebbe al pregiudizio arrecato ad interessi non economici, aventi un'ulteriore rilevanza di natura sociale.

⁴⁹ Cass. sez. lav. 14 luglio 1993, n. 7789, Cass. sez. lav. 14 maggio 2002, n. 6992.

⁵⁰ Cass. 18 ottobre 2002, n. 10, cit.; anche Cass. sez. un., 11 novembre 2008, 26972; Cass. 28 giugno 2013, n. 16413; il danno non patrimoniale coprirebbe quindi una vasta gamma di lesioni di interessi riconducibili alla persona, non connotati da un'immediata rilevanza economica, in dottrina cfr. C. Carbonaro, *I danni non patrimoniali nel rapporto di lavoro*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *I danni non patrimoniali*, Milano, Giuffrè, 2004, 429; R. Del Punta, *Il nuovo regime del danno non patrimoniale: indicazioni di sistema e riflessi*

In seguito, la Corte di Cassazione non solo ha ulteriormente definito la questione sulla base delle norme del codice civile⁵¹, ma ha anche rinforzato la tutela del lavoratore demansionato rinsaldando il collegamento tra la natura non patrimoniale del danno da risarcire e “*il presidio di tali interessi ad opera della Costituzione, che li ha elevati a diritti inviolabili*”⁵².

La Corte di Cassazione riconduce quindi la natura della professionalità a quella di diritti originari e imprescrittibili della persona umana di cui all’art. 2 Cost., favorendo per questa via l’emersione del principio personalista nello specifico ambito della prestazione lavorativa, che viene quindi a caratterizzarsi anche per una componente irrinunciabile di inviolabilità, in conformità ad un c.d. “visione organicistica”, che aveva caratterizzato parte del dibattito costituente, secondo cui il riconoscimento dei diritti inviolabili deve avvenire, oltre che individualmente, anche all’interno di quelle “comunità naturali” che all’art. 2 Cost. verranno definitivamente formulate come “formazioni sociali”, tra queste rientrerebbe per l’appunto la “comunità professionale”⁵³. Peraltro, in ordine al

lavoristici, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, 510; R. Scognamiglio, *Il danno non patrimoniale innanzi alle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, 486, nota a Cass. sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973, *ivi*, 465.

⁵¹ Artt. 2103, 2059 e 2087 c.c.

⁵² Cass. sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972/26973/26974/26975.

⁵³ E. ROSSI, *Art. 2*, in A. CELOTTO - R. BIFULCO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, 40; inoltre, per i lavori in Assemblea Costituente, cfr. LA PIRA, I Sottocommissione, che nella “Discussione sui principi dei rapporti civili”, espone la sua posizione in ordine alla sua idea di imprescrittibilità dei diritti. “Quali sono questi diritti? Certamente quelli indicati nella Dichiarazione del 1789, di tipo cosiddetto individualistico, ma non soltanto questi: occorre integrarli con i cosiddetti diritti sociali; e fondamentalmente con il diritto al lavoro, il diritto al riposo, il diritto all’assistenza etc. (...) Ma qui sorge un altro problema: può con questo ritenersi completato il quadro dei diritti dell’uomo? Evidentemente no; per completarlo è necessario tener conto delle comunità fondamentali, nelle quali l’uomo si integra e si espande, cioè dei diritti delle comunità. (...) L’ideale da proporsi in una società pluralista è appunto questo ideale organico, per cui ogni uomo abbia una funzione ed un posto nel corpo sociale, funzione e posto che dovrebbero essere definiti dal cosiddetto Stato professionale, che fissa le posizioni di tutti nel corpo sociale”, seduta 9 settembre 1946, 14-15 ss.; Basso si contrappone a La Pira per questa concezione della priorità della persona “non soltanto per considerazioni di ordine ideologico, ma per convinzione profonda, in quanto tutta la filosofia moderna ha superato nel concetto di personalità il concetto della individualità. La persona umana considerata soggetto di diritto non può essere concepita che in funzione di una società più o meno organizzata. (...). La persona non può essere giuridicamente considerata se non in funzione delle molteplici relazioni, non soltanto materiali, ma anche

“riconoscimento” costituzionale dei diritti inviolabili considerato nel complesso delle disposizioni precedenti e successive all’art. 2 Cost. - di cui all’art. 1 e 3 Cost. - è facile cogliere “il senso del compromesso” raggiunto dai costituenti sul nesso essenziale tra la garanzia diritti della persona e “un’assetto politico-istituzionale capace di tradurre il riconoscimento astratto in concrete azioni politiche, primariamente rivolte alla realizzazione del <pieno sviluppo> della persona umana mediante un complessivo di segno di <liberazione> (...) è proprio infatti nell’incontro tra precedenza dei diritti e predisposizione di un apparato istituzionale capace di garantirli” che si realizza la “felice sintesi” del riconoscimento costituzionale dei diritti inviolabili di cui all’art. 2 Cost.⁵⁴. Quindi, non è difficile dedurre che di quell’assetto politico-costituzionale, il nucleo essenziale è dato dal fondamento della Repubblica sul lavoro, cui si ricollega la posizione soggettiva, il diritto/dovere di cui all’art. 4 Cost. e gli altri “diritti del lavoro” che compongono l’articolato status del lavoratore, sia pure in quella che è stata talvolta analizzata e inquadrata nei termini di una contrapposizione tra la funzione inclusiva di cui all’art. 1-4 Cost. e la disciplina di cui agli art. 35 Cost. e ss., ove “il lavoratore si contrappone al datore di lavoro”⁵⁵.

La più recente giurisprudenza sul demansionamento è prevalentemente incentrata sulla relazione tra questo e il giustificato motivo oggettivo nei licenziamenti, oppure sull’intreccio tra demansionamento e mobbing⁵⁶, essa non manca tuttavia di ricomprendere anche un retaggio dell’evoluzione della configurazione giurisprudenziale del danno da demansionamento nel senso di un

spirituali e, volendo anche extramondane, che essa ha con il mondo in cui vive, sia in riferimento al presente, che all’avvenire ed anche al passato”, I Sottocommissione, seduta 10 settembre 1946, 24-25.

⁵⁴ E. Rossi, *Art. 2*, cit. 43-44; sull’art. 2 Cost.

⁵⁵ L’elaborazione nella dottrina costituzionalistica di tale “contrapposizione” è da riferire a C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana - saggi*, Padova, Cedam, 1954, 14-15, ne dà conto M. BENVENUTI, *Lavoro (principio costituzionale del)*, in *Enciclopedia Giuridica Aggiornamento*, 2009, 5; inoltre si veda la voce di M. MAZZIOTTI, *Lavoro (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. XXIII, 1973, 338-339, sul significato non univoco del “lavoro” e dei “lavoratori” nella Costituzione.

⁵⁶ Si veda di recente, Tar Lazio, Sez. II, sent. 03421/2015, su “atti e fatti vessatori del dipendente”, con la quale si è deciso a favore del risarcimento del dipendente per danno da demansionamento e mobbing, avendo anche accertato la riconduzione della causa alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

danno concernente una componente anche non esclusivamente materiale della prestazione⁵⁷.

4. Il Jobs Act e la riscrittura della disciplina sul mutamento delle mansioni

L'art. 3 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 ha riformato un istituto rimasto sostanzialmente immutato per quasi cinquant'anni. Le modifiche riguardano essenzialmente il concetto di equivalenza non più parametrato sulle mansioni "effettivamente svolte" ma su quelle "riconducibili allo stesso livello"⁵⁸, quindi il mutamento *in pejus* delle mansioni sinora praticabile solo tramite accordi o in specifici casi previsti dalla legge⁵⁹, nonché l'allungamento da tre a sei mesi del periodo di svolgimento di mansioni superiori che attribuisce il diritto alla stabilizzazione nel livello⁶⁰.

⁵⁷ Tra le altre, cfr. Cass. 17 gennaio 2014, n. 902, ha ribadito come inesistente il giustificato motivo oggettivo per il licenziamento del dipendente che subisce un progressivo demansionamento, Corte di Cass. civ. Sez. Lav. n. 23530/2013, con la quale è stata dichiarata la legittimità del risarcimento del danno non patrimoniale; Corte di Cass. civ. Sez. lav. n. 21356/2013, i cui si è stabilito che il demansionamento non può essere legittimato dalla volontà di impedire il licenziamento.; Corte di Cass. n. 19413/2011, è riconosciuto il danno non patrimoniale per prolungato demansionamento.

⁵⁸ Art. 3, c.1, 1° cpv., d.lgs n.81/2015, "*Il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte*".

⁵⁹ Art. 3, 1c., 2°-3°-4°-5° cpv., d.lgs n. 81/2015, "*In caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale (...) Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni (...) Ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale, possono essere previste dai contratti collettivi (...) il mutamento di mansioni è comunicato per iscritto, a pena di nullità, e il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa*".

⁶⁰ Art. Art. 3, 1c., 7°cpv., d.lgs n. 81/2015, "*Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta e l'assegnazione diviene definitiva, salvo diversa volontà del lavoratore, ove la medesima non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi*".

L'intento del legislatore delegante, esplicitato nei criteri di delega, appare volto a contemperare “in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi (...) l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita economiche (...)”⁶¹. Il dlgs n. 81/2015, ha quindi declinato tali criteri disciplinando la possibilità di mutamento delle mansioni anche nel senso dell'assegnazione a mansioni corrispondenti a livelli di inquadramento inferiore, producendo l'effetto dell'ulteriore espansione di una flessibilità la cui natura non sembra essere delle più benevole - per l'appunto c.d. flessibilità “cattiva” - nei confronti del lavoratore e della sua professionalità. Si tratta, infatti, dell'inedita possibilità di imporre al lavoratore, ai sensi della legge e in via unilaterale, di conformarsi ad esigenze di mobilità funzionale agli interessi dell'azienda, che in questo caso vanno nel senso del peggioramento del contenuto della prestazione lavorativa. In altri termini, si vengono a creare le condizioni per una sorta di *flessibilità statica*, che non richiede al lavoratore alcun movimento diretto a oltrepassare i termini del suo contratto di lavoro - soprattutto per quello che riguarda il “livello di inquadramento” e il “trattamento retributivo in godimento” - o i confini dell'azienda, ma che di fatto si traduce in una forma di mobilità endoaziendale, che offrirebbe l'opportunità di conservare il posto di lavoro, a condizione che il lavoratore accetti di svolgere mansioni per le quali il suo livello di formazione, oltre che le esperienze acquisite, eccedono la prestazione richiesta, rimanendo in gran parte inutilizzate.

Naturalmente non è escluso che in alcuni casi l'interesse dell'azienda s'incontri con quello del lavoratore disposto a conservare il posto di lavoro ad ogni costo, ciononostante non si possono del tutto negare i rischi derivanti dall'intervento del legislatore delegato, che ha elevato a norma ciò che la giurisprudenza aveva ammesso solo come “*extrema ratio*”, proprio perché contrastante con il principio di tutela della professionalità che la stessa Corte di Cassazione ha prevalentemente mirato a tutelare⁶². Inoltre, sul punto del intento dichiarato nella delega, del contemperamento degli interessi del datore

⁶¹ Art. 1, 7 c., lett. e) legge 10 dicembre 2014, n. 183.

⁶² Cfr. *supra* par. 3.

con quelli del prestatore di lavoro, una nozione di “personalità giuridica del lavoratore” intesa in senso ampio⁶³, per la quale dal diritto al lavoro discenderebbe un insieme di diritti ad esso collegati, dovrebbe indurre a considerare la possibilità che vi siano interessi del lavoratore non meno rilevanti, anche se complementari a quello del mantenimento *tout court* della propria occupazione. In riferimento a questi, non si ritiene che sia pienamente soddisfacente la garanzia dei diritti acquisiti risolta con la “conservazione del trattamento retributivo in godimento”, essendo la professionalità attinente ad una sfera della personalità del lavoratore non solo e non immediatamente monetizzabile e/o traducibile in un valore economico⁶⁴.

Peraltro, la nuova disciplina presenta ulteriori fattori che rivelano una sostanziale asimmetria a favore dell’azienda, ed anche una componente di criticità che si può far discendere dai criteri - troppo aperti - della delega⁶⁵. Si pensi al criterio di cui all’art. 1, 7c., lett. e) della legge delega - l. n. 183/2104 - relativo all’attribuzione alla contrattazione collettiva, “anche aziendale di secondo livello” oltre che “stipulata con le organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria”, della possibilità di “individuare ulteriori ipotesi” di modifica delle mansioni. Tale criterio è stato tradotto nella disposizione del decreto attuativo nel senso che “ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale, possono essere previste dai contratti collettivi”⁶⁶. Si vede come il legislatore delegato non si riferisce direttamente alla contrattazione di secondo livello come previsto dalla delega, ma individua una formula ampia che, proprio in quanto tale, non esclude la possibilità di accordi decentrati soprattutto in contesti di crisi aziendale o di ristrutturazione, per loro natura tendenti ad introdurre differenziazioni sostanzialmente contrastanti con criteri di equo ed eguale trattamento dei lavoratori appartenenti a medesime categorie.

Tradizionalmente la funzione di completamento delle previsioni legislative relative al mutamento delle mansioni è stata svolta dai

⁶³ Cfr. *supra* par. 2.

⁶⁴ Cfr. *supra* par. 3.

⁶⁵ Cfr. F. ANGELINI, *Il Governo, il lavoro*, cit., par. 2.

⁶⁶ Art. 3, 1c., 4 cpv., d.lgs n.81/2015.

contratti collettivi nazionali, attraverso un lavoro incessante di definizione del concetto di “equivalenza delle mansioni”. Quest’ultimo, è stato nel tempo progressivamente adattato alle crescenti esigenze di flessibilità nella gestione della forza lavoro, anche in virtù di un allentamento dei criteri di classificazione delle mansioni mirante ad un ampliamento del concetto di “equivalenza” anche verso tipologie di mansioni definite “promiscue, polyvalenti, variabili”, tuttavia, fino alle riforme degli anni recenti, la contrattazione assicurava un discreto livello di omogeneità nelle definizioni e nei trattamenti all’interno delle medesime categorie, anche giungendo in alcuni casi a legittimare le modifiche *in pejus* delle mansioni. L’equilibrio, sia pure difficile, venutosi a creare tra i tre poli - legge, contratti collettivi nazionali e giurisdizione - è stato in seguito irrimediabilmente turbato dall’introduzione della contrattazione di prossimità, già generalmente controversa⁶⁷, ma particolarmente controproducente nella materia del demansionamento. Com’è noto, l’art. 8, d.l. n. 138/2011 - convertito nella l. n. 148/2011⁶⁸

⁶⁷ Il dibattito tra i giuslavoristi italiani sulla contrattazione di prossimità è molto ampio e tendenzialmente non favorevole al progressivo spostamento del nucleo del diritto del lavoro verso il livello dell’impresa, cui si ritiene che corrisponda un indebolimento della regolazione di livello nazionale sia nella forma del contratto collettivo, che della legge, si ricorda infatti che a fronte di tale fenomeno è stata coniata la definizione di “aziendalizzazione del diritto del lavoro”, cfr. E. ALES, *Dal <caso Fiat> al <caso Italia>. Il diritto del lavoro “di prossimità”, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2011, 1061-1091; esistono tuttavia anche voci meno critiche, cfr. R. ROMEI, *Il contratto collettivo nel nuovo scenario di relazioni industriali*, in L. CORAZZA - R. ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, Il Mulino, 2014, 81-95, che sul punto, riconosce l’indubitabile processo di flessibilizzazione delle fonti nel diritto del lavoro italiano, “che non appaiono più imperniate sul primato della norma inderogabile e del contratto collettivo nazionale e su un rigido rapporto di gerarchia tra la prima e la seconda”, e si discosta in parte dalle critiche avanzando l’ipotesi di un superamento dell’identificazione della norma di legge con l’interesse generale, anche in considerazione della globalizzazione e della delocalizzazione che richiedono che gli standard protettivi del lavoro subordinato vadano valutati “non solo nella prospettiva ristretta della relazione datore-prestatore di lavoro, ma con lenti multifocali, che consentano di apprezzare la coesistenza di altri interessi, come ad es. gli interessi di chi è estraneo al mercato del lavoro, l’interesse generale a preconstituire delle condizioni che incoraggino gli investitori stranieri e scoraggino le delocalizzazioni, o ad una maggiore efficienza del sistema produttivo”, si tratta di un punto di vista solo in parte condivisibile, ma decisamente significativo delle attuali dinamiche trasformative del diritto lavoro sottostanti a determinati indirizzi perseguiti con le riforme degli ultimi anni.

⁶⁸ D.l. n. 138/2011, convertito nella l.n. 148/2011, “Sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità”.

- ha demandato alla contrattazione collettiva a livello aziendale la realizzazione di “specifiche intese” con efficacia *erga omnes*, sottoscritte da “associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ovvero dalle rappresentanze sindacali operanti in azienda”, anche per la materia delle “mansioni del lavoratore (...), classificazione e inquadramento del personale”⁶⁹ e “anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate (...) ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro (...)”⁷⁰.

Appare evidente che la possibilità di raggiungere “specifiche intese” sulle mansioni per mezzo della contrattazione collettiva di prossimità genera il rischio concreto di una diversificazione di regimi in materia di sotto-inquadramento professionale, sia tra le aziende, che all’interno di medesime categorie di lavoratori. A tale riguardo è doveroso prendere atto di una tendenziale e in parte fisiologica flessibilizzazione delle fonti del diritto del lavoro, che ha definitivamente infranto lo schema del primato della norma di legge inderogabile e del contratto collettivo nazionale, nonché ridotto la rigidità del rapporto gerarchico tra la prima e il secondo. Tuttavia non si può non rilevare come la recente normativa delegata, producendo un’ulteriore attrazione del demansionamento all’ambito delle intese di prossimità, oltre che generare un rischio di contraddizione con le finalità di tutela del lavoratore enunciate dallo stesso art. 8, 1 c., d.l. n.138/2011⁷¹, abbia di fatto preparato il terreno - nello specifico il terreno che corrisponde al perimetro dell’azienda - a quella nozione di “contemperamento” tra interesse dell’impresa e interesse del lavoratore nel contesto di ristrutturazioni, ampiamente enunciato nel *Jobs Act*⁷², che ha molte probabilità di rivelarsi sbilanciato a favore dell’impresa. A ben vedere, infatti, il combinato disposto di cui ai commi 1 e 2, lett. b, dell’art. 8, d.l. 138/2011, mettendo in connessione la gestione delle crisi aziendali e occupazionali come possibili finalità delle intese, e il mutamento delle mansioni come ulteriore possibile

⁶⁹ Art. 8, 2 c., lett b), d.l. 138/2011.

⁷⁰ Art. 8, 2-bis c., d.l. 138/2011.

⁷¹ Art. 8, 1 c., d.l. n. 138/2011, “(...) *I contratti collettivi di lavoro a livello aziendale o territoriale (...) possono realizzare specifiche intese (...) finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all’adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare (...).*”

⁷² Art. 1, 7 c., lett. e), l. n. 183/2014.

contenuto delle stesse, rafforza non poco l'associazione "ristrutturazione-demansionamento"⁷³.

Per quanto concerne un altro degli aspetti più discussi della contrattazione di prossimità, ovvero quello della possibilità che gli accordi aziendali possano derogare alle disposizioni di legge, si può riscontrare che l'entrata in vigore della delega del *Jobs Act* e dei decreti attuativi paradossalmente risolve - anche se con effetti finali molto rischiosi per il singolo lavoratore - tale problema di rapporto tra le fonti, poiché gli accordi di prossimità eventualmente riguardanti il demansionamento non saranno più in deroga alle disposizioni di legge, ma a queste conformi, dato che la norma di legge ora vigente prevede anche l'assegnazione del lavoratore "al livello di inquadramento inferiore".

Tale corrispondenza, tuttavia, se elimina un problema, ne crea molti altri, perché rinsalda il fondamento giuridico di politiche aziendali che potranno andare nella direzione di indirizzare la gestione delle crisi e/o delle ristrutturazioni, anche nel senso della utilizzazione dello strumento della dequalificazione professionale, strutturando le intese e le scelte su di una rinnovata relazione tra la legge e il contratto. Quest'ultima è probabilmente il risultato del fenomeno di un legislatore che sempre più frequentemente trae ispirazione dalla contrattazione, in un clima di influenza reciproca tra le esigenze di flessibilizzazione nella gestione dell'azienda ed una sempre crescente flessibilizzazione delle fonti del diritto del lavoro⁷⁴.

⁷³ Art. 8, 1 c., l.n. 148/2011, "*I contratti collettivi di lavoro a livello aziendale o territoriale (...) possono realizzare specifiche intese (...) finalizzate (...) alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali*", "*Le specifiche intese possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento (...) alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale*" art. 8, 2 c., l.n. 148/2011. Sul tema delicato dell'attenuazione della inderogabilità di cui all'art. 2103, 2 c., c.c. da parte dell'art. 8, d.l. n. 138/2011, ovvero della possibilità nell'ambito di "specifiche intese" di introdurre "dosi ulteriori di flessibilità nella fase della gestione del rapporto di lavoro subordinato", cfr. M. BROLLO, *Le deroghe ex art. 8 e i loro limiti in materia di mansioni del lavoratore*, in *Seminari di Bertinoro, VII Seminario: 26.27 ottobre 2011*, in www.assind.lu.it, 3 e 15-16; precedentemente si veda anche ID., *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento. Art. 2103*, in *Il Codice Civile - Commentario diretto da Pietro Schlesinger*, Milano, Giuffrè, sul punto cfr. 189 ss.

⁷⁴ Per una trattazione sistematica delle "traiettorie e intersezioni" delle fonti del diritto del lavoro, cfr. O. MAZZOTTA, *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, vol. I, parte I, *Diritto e processo del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, 989 ss., in particolare 1001 ss.

5. Conclusioni: il demansionamento, la flessibilità come nozione non neutra, l'uomo flessibile e i tradimenti

Il lavoro dei costituenti confluito nella disposizione di cui all'art. 35. 2c. Cost. delinea, quindi, i contorni del “compito” della Repubblica lungo le due direttrici della “formazione” e della “elevazione” professionale⁷⁵. Il dettato costituzionale appare chiaro sul piano teleologico, mentre lascia al legislatore la scelta di mezzi e strumenti per l'attuazione degli obiettivi della formazione e della elevazione professionale, che necessariamente devono integrarsi con quelli relativi alle politiche volte all'attuazione dei principi fondanti relativi al diritto al lavoro, tendenzialmente rivolte alla massimizzazione dei livelli di occupazione. Il carattere “aperto” della norma - nel linguaggio giuridico anglosassone tali norme si direbbero, significativamente, *policy clauses*⁷⁶ - si allinea con l' “apertura” dello stesso diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost., benché non ne segua necessariamente le sorti⁷⁷. Infatti, come evidenziato, il bilanciamento

⁷⁵ In rapporto all'idea di mansione adeguata alla formazione del lavoratore si ritiene di poter richiamare la nozione di “*travail convenable*” cui fa ricorso G.F. MANCINI, *Art. 4*, in *Commentario alla Costituzione a cura di G. Branca. Principi fondamentali*, Bologna, Zanichelli editore, 1975, 231 e 239, che nel delineare in concreto l'obiettivo della massima occupazione che il costituente pone ai pubblici poteri, ne precisa i contorni definendo il diritto al lavoro come diritto al “conseguimento e (...) (al)la conservazione di un posto idoneo (un *travail convenable*, affermano le fonti internazionali) da parte di qualsiasi lavoratore”.

⁷⁶ Per le c.d. *policy clauses* nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, cfr. A. J. Menéndez, *The right's foundation of solidarity: Social and economic rights in the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Arena Working paper WP 03/1, www.sv.uio.no.

⁷⁷ Sul tema dell' “apertura” della clausola di cui all'art. 4, 1 c. Cost., nei termini della tradizionale - controversa - questione della “valenza assoluta” del principio lavorista di cui all'art. 4, 1c., Cost., si ricorda C. SALAZAR, *Alcune riflessioni*, cit., 3-44, in particolare pag. 4, dove oltre a ricordare la nota disputa dottrina sul punto tra C. MORTATI E M. MAZZIOTTI, l'A. pone in rilievo l'orientamento della giurisprudenza costituzionale - in una stagione che precede quella della irruzione della flessibilità, ma che già deve fronteggiare i nuovi assetti dettati dal Trattato di Maastricht - contraria a detta “assolutezza” in considerazione della pluralità dei valori “ben presenti alla Costituzione” anche “diversi dal lavoro”, che renderebbero non praticabili indirizzi volti alla realizzazione di condizioni ottimali per l'obiettivo della piena occupazione, che includano “(anche) l'attuazione di disposizioni costituzionali che, per così dire, gravitano nell'orbita dell'art. 4 Cost.” tra cui quelle “riguardanti l'istruzione e la formazione professionale”; inoltre la stessa A. sostiene che il riconoscimento del principio e l'affiancamento a questo di un programma, corrisponderebbero a “due dimensioni tipiche delle norme costituzionali”, per cui “il

di cui sono oggetto le politiche occupazionali ad opera del legislatore, non necessariamente include anche misure concernenti la formazione professionale e la salvaguardia della professionalità, nonostante che la visione “organica” dei costituenti presupponesse una trattazione comprensiva e sistematica del diritto al lavoro e dei diritti ad esso collegati, come parti di un unico *status* giuridico del lavoratore⁷⁸. Ciò che, infatti, si è frequentemente verificato nelle politiche legislative, rappresenta prevalentemente il risultato di un fenomeno di disconnessione tra le politiche occupazionali in senso stretto e le scelte concernenti le mansioni. Al contrario, la più recente riforma sul mutamento delle mansioni sembra - paradossalmente - generare una coincidenza di intenti, se non una funzionalizzazione, tra politiche relative alle mansioni e obiettivi occupazionali. E' evidente che un mercato del lavoro qualificato da una flessibilità per la quale il mutamento delle mansioni può andare anche nella direzione del sottoinquadramento - diversamente da una “mobilità endoaziendale” funzionale ad una crescita professionale derivante da esigenze di innovazione e di organizzazione dell'azienda - risponde ad esigenze di permanenti ristrutturazioni e a logiche volte esclusivamente al mantenimento - se non al contenimento - dei livelli occupazionali. Il costo di tutto questo sembrerebbe, quindi, ricadere del tutto nella sfera giuridica del lavoratore, con modalità che lascerebbero supporre un ritorno ad una concezione del contratto di lavoro quale era quella emergente dal codice civile - in seguito modificata dallo Statuto dei lavoratori - ovvero “esclusivamente ispirato al soddisfacimento delle esigenze aziendali”⁷⁹.

programma appare strumentale alla piena realizzazione del principio, come se l'art. 4, c.1, Cost. intenda escludere la legittimità di politiche di pieno impiego che trascurino o accantonino del tutto la realizzazione della stabilità dell'attività lavorativa. Il *continuum* tra principio e programma, insomma, determina un fenomeno di <impoverimento> della discrezionalità legislativa (...); il concetto di “stabilità lavorativa” appare tuttavia come un reperto di fronte al “diritto del lavoro della crisi (...) che considera finalità primaria non tanto la garanzia della stabilità dell'occupazione quanto il perseguimento, in situazione di emergenza, della crescita dei livelli di occupazione, il che non necessariamente coincide con la difesa dei singoli posti di lavoro”, 14-16.

⁷⁸ Cfr. *supra* par. 2.

⁷⁹ Sul punto di una rinnovata concezione del contratto di lavoro introdotta dallo Statuto dei lavoratori rinnovata rispetto al codice civile e “aggiornata ai valori costituzionali”, cfr. F. LISO, *La mobilità del lavoratore*, cit. 65; ed anche L. MENGONI, *Introduzione al Titolo I*, in L. PROSPERETTI, *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, vol. I,

Tutto ciò in uno scenario generale che disattende quello che la dottrina di un ventennio fa aveva definito “l’andamento <circolare>” della formulazione di cui l’art. 4, c.1, Cost., articolato tra il riconoscimento del diritto al lavoro e il programma della promozione delle condizioni che rendano effettivo tale diritto⁸⁰, secondo un preciso senso che si voleva attribuire all’art. 4, 1c., Cost, di diritto al lavoro come “diritto alla stabilità”⁸¹, ed in coerenza con una visione ben lontana dal successivo concretizzarsi del permanente conflitto stabilità/precarietà⁸². Per di più, viene del tutto eluso il più profondo significato della disposizione di cui all’art. 35, 2c., Cost., conforme a quella visione di Moro per la quale l’azione dei pubblici poteri non dovrebbe essere rivolta esclusivamente a trasmettere conoscenze e

Milano, 1975, 25, che già aveva evidenziato il carattere del contratto di lavoro discendente dal codice civile come non coerente con la struttura e la logica egualitaria del contratto.

⁸⁰ Sulla circolarità tra norme costituzionali programmatiche e “attività giuridica di tutti i loro destinatari, pubblici e privati”, si veda ancora G. F. MANCINI, *Art. 4 cit.*, 231.

⁸¹ Cfr. M. BENVENUTI, voce *Lavoro*, cit., 12-13, che rimanda a quegli orientamenti della Corte costituzionale - dalla sent. n. 81/1969, alla sent. n. 55/1974, fino alla sent. n. 2/1986, - promotori della “forza espansiva” dello Statuto dei lavoratori nel senso del contenimento dei poteri datoriali e favorevoli alla “conservazione del posto di lavoro”; sul punto cfr. anche F. ANGELINI, *Il governo, il lavoro*, cit., par. 5. Com’è noto, di lì a poco, in tema di stabilità del lavoro la giurisprudenza costituzionale inizia la sua parabola discendente, cfr. Corte cost., sent. n. 65/1990, sul punto C. PINELLI, “Lavoro” e “progresso” nella Costituzione, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2009, 415; anche se non è questa la sede per approfondire tale tematica, non si può non notare una corrispondenza di tempi tra questa fase calante del *favor* della giurisprudenza costituzionale nei confronti della stabilità del lavoro, e quella stessa giurisprudenza che investe il tema del mercato, per l’appunto la sent. n. 439/1991, con la quale la Corte delinea chiaramente i contorni del fine di utilità sociale per un’attività imprenditoriale volta all’efficienza e alla permanenza in un mercato libero e competitivo, cfr. S. NICCOLAI, *Mercato come valore o mercato come regola? Osservazioni minime su un tema importante*, in *Giur. cost.*, 1991, 3671; indipendentemente dalla condivisione di tale orientamento della Corte costituzionale, è innegabile che si tratti di una presa di posizione chiara, nella prospettiva del diritto costituzionale, adottata in un momento di snodo importante nella relazione tra Stato e mercato, che induce a chiedersi se il diritto costituzionale sia, allo stato attuale, in grado di produrre una concezione del mercato altrettanto chiara e, soprattutto, volta a garantire valori “ulteriori”, che possa reggere, tra gli altri, anche gli urti della flessibilità/flessibilizzazione nei rapporti di lavoro senza rinunciare a preservare non solo il principio fondamentale della dignità personale, ma anche l’altrettanto fondamentale principio di solidarietà; sul binomio libertà/dignità in rapporto al lavoro come segno distintivo della personalità, nella dottrina più risalente cfr. P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 103.

⁸² Sul punto, di recente, tra i giuristori cfr. L. GAETA, *La dialettica stabilità-precarietà*, in L. CORAZZA - R. ROMELI, *Il diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, Il Mulino, 2014, 139.

competenze, né soltanto a favorire l'evoluzione culturale dei lavoratori, bensì anche ad "ottenere" quel livello più "elevato" attraverso un complesso di provvedimenti che nel loro insieme vengono considerati, per l'appunto, di "elevazione professionale". Al contrario, il demansionamento di cui all'art. 3 d.lgs n. 81/2015 va in direzione diametralmente opposta alla prospettiva costituente e costituzionale, poiché prevede la possibilità di un sottoutilizzo di conoscenze e competenze del lavoratore, legalizzando una rischiosa decomposizione della concezione di elevazione professionale, sinora praticabile solo come risultato di contrattazione e accordi.

Per tutte queste ragioni, si rafforza l'esigenza di individuare strumenti che consentano di ritrovare l'orientamento in tale frammentato - e perennemente movimentato - scenario. In tale prospettiva, potrebbe rivelarsi risolutivo aderire all'idea che effettivamente non esiste un concetto neutro di flessibilità, e adoperare proprio questa rappresentazione come strumento per interpretare ed applicare la nozione di flessibilità in modo diverso, a cominciare dalla considerazione dei differenti ordinamenti giuridici e contesti economici in cui questa ricade e opera⁸³.

E' fuori di dubbio che nel contesto di crisi che ha investito l'Unione europea da qualche anno, gestita all'insegna della unilateralità delle misure, dell'esclusività decisionale, della limitatezza della gamma degli obiettivi da raggiungere e degli strumenti per raggiungerli⁸⁴, dare sfogo ad una "varietà" di nozioni di flessibilità del

⁸³ Sulla flessibilità come "concetto-contenitore", cfr. F. VANDENBROUCKE, *L'Unione sociale europea: idealismo ingiustificato o esito inevitabile?*, in *Menabò di Etica e Economia*, www.eticaeconomia.it, 02.07.2015; riguardo la varietà concettuale che connota la nozione di flessibilità, si ricorda inoltre che la dottrina giuslavoristica non ha mancato di porre chiaramente in evidenza la distinzione tra la nozione di flessibilità nel diritto positivo e la questione assiologica concernente la flessibilità come "valore o disvalore etico e sociale", cfr. E. GHERA, *Il contratto di lavoro oggi*, cit., 689.

⁸⁴ La letteratura sulla crisi nella zona euro nelle diverse discipline . giuridica, economica, sociologica, politologica - è ormai sterminata, considerato l'ampissimo spettro di problemi sollevati; in questa sede basti ricordare tra i lavori pubblicati sul tema in questa rivista, G. GUARINO, *L'Europa imperfetta. Ue: problemi, analisi prospettive*, in *Costituzionalismo.it*, 21 novembre 2011; M. PIVETTI, *La lotteria del capitalismo e il disastro dell'Europa*, in *Costituzionalismo.it*, 19 dicembre 2011; A. BAGNAI, *Crisi finanziaria e governo dell'economia*, in *Costituzionalismo.it*, 11 gennaio 2012; L. FANTACCI - A. PAPETTI, *Il debito dell'Europa con se stessa. Analisi e riforma della governance europea di fronte alla crisi*, in *Costituzionalismo.it*, 18 luglio 2013; inoltre, come filo conduttore nella varietà delle riflessioni, appare drammaticamente importante il tema del danno profondo e di sicuro

mercato del lavoro può apparire arduo, o addirittura incongruo. Tuttavia, non sembra così incongruo almeno riflettere sull'eventualità che questa combinazione delle diverse flessibilità potrebbe consentire di dare ascolto a diverse preferenze sociali, senza peraltro dimenticare che il riconoscimento, se non anche la contrapposizione di modelli, è stata tradizionalmente⁸⁵, la chiave di volta per il raggiungimento di un "bene" condiviso. Nello scenario dell'Europa attuale - nel quale devono necessariamente confluire le politiche sociali nazionali - questo potrebbe prendere la forma di un "consenso di base", che permetta di stare dentro i limiti di una "diversità accettabile"⁸⁶, per tentare la realizzazione di un'Europa sociale aderente ad un suo specifico modello, forse idoneo a scongiurare i timori dell' "uomo flessibile"⁸⁷.

non facilmente riparabile all' "anima dell'Europa", così come è definito da J. HABERMAS, *L'egemonia di Berlino contro l'anima dell'Europa*, in *La Repubblica*, 18.07.2015, 15, traduzione da *The Guardian*, 16.07.2015.

⁸⁵ Il rinvio è alle teorie classiche del pluralismo, nell'ambito di queste, si ricorda E. FRAENKEL, *Il pluralismo come elemento strutturale dello Stato di diritto liberal-democratico*, in V. ATRIPALDI (a cura di), *Il pluralismo come innovazione. Società, Stato e Costituzione in Ernst Fraenkel*, Torino, Giappichelli, 1996, 5.

⁸⁶ Cfr. F. VANDENBROUCKE, *L'Unione sociale europea*, cit., sul nodo dell'individuazione di un modello sociale europeo propone l'introduzione di un c.d. "balancing act", diretto a conciliare le diverse tipologie di solidarietà in Europa e a sostenere i sistemi di *welfare* nazionali in alcune delle loro funzioni essenziali, si creerebbero quindi due concezioni della solidarietà in Europa, quella pan-europea e quella interna ai *welfare state* nazionali, ma sulla base di obiettivi comuni, che potrebbero contribuire a potenziare gli obiettivi sulla occupabilità in Europa, già perseguiti da tempo attraverso la procedura della "strategia europea per l'occupazione"; su questi temi l'A. rinvia a Friends of Europe, *Unequal Europe. Recommendations for a more caring Eu. Final Report of the High-Level Group on "Social Union"*, Spring 2015, in www.friendsofeurope.org.

⁸⁷ Per un'analisi in prospettiva sociologica dell'impatto della flessibilità sulle biografie individuali nell'esperienza statunitense, è noto il saggio di R. SENNET, *The Corrosion of Character. The Personal Consequences of Work in the New Capitalism*, New York, Norton & C., 1998, trad. it., MYRKO TAVOSANIS/SHAKE, *L'uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Milano, Feltrinelli, 1999, in particolare 20-23, l'A. illustra quelle dinamiche dei mercati propensi a confidare su rapidi ritorni economici generati soprattutto da rapide trasformazioni aziendali, il quadro che ne emerge è abbastanza agghiacciante: "(...) le promozioni e i licenziamenti tendono a non essere più basati su regole chiare e costanti, e (...) nemmeno le mansioni lavorative sono ben definite; la rete ridefinisce costantemente la propria struttura", una delle conseguenze sulle relazioni nell'ambiente di lavoro è data dal fatto che il "Il distacco e la cooperazione superficiale sono più adatti a muoversi nella realtà corrente, rispetto al comportamento basato sui valori della lealtà e del servizio"; per un parziale confutazione delle tesi di Sennet, cfr. S. NATARAJAN, *The Corrosion of Character. The Personal Consequences of Work in the New*

A tale riguardo occorre tuttavia chiedersi: il processo che conduce all' "uomo flessibile" è realmente irreversibile? O non lo si può rendere in qualche modo accettabile? E davvero può costituire un'efficace giustificazione per il "controriformismo" del Jobs Act?⁸⁸.

A fronte del corso che sembrano aver preso le recenti politiche in materia di mercato del lavoro - e non solo - sembra che non ci siano molte risposte oltre a quella di guidare l'analisi, nonché l'elaborazione delle conseguenti proposte, "ricominciando dai fondamentali", ma non nell'ottica di un "neocostituzionalismo *mainstream*, che spiega il diritto costituzionale in base alla convenienza del momento"⁸⁹, bensì

Capitalism - A Critical reading by Serge Natarajan, March 2003, www.academia.edu, che a fronte della critica di Sennet alla "new economy", sostiene che la "old economy" non era certamente "a place of joy and fulfilment"; inoltre, per un'interessante analisi dell'ILO che mette in relazione "flexibility" and "decent work", con particolare attenzione alla complessità delle diverse tipologie di flessibilità - "employment protection", "wage flexibility", "internal or functional flexibility" concernente "job content, skill needs" "supply side flexibility" - cfr. G. RODGERS, *Labour Market Flexibility and Decent Work*, DESA Working Paper No. 47, July 2007, 2-7-8; e per un'analisi comparata tra diversi paesi e diverse attività produttive, cfr. anche ILO, I. U. ZEYINOGLU (ed.), *Flexibility in Workplaces. Effects on Workers, Work Environment and the Unions*, 2005, 7 ss. ; infine per un'analisi degli effetti delle conseguenze sociali della flessibilizzazione dei mercati del lavoro, con particolare attenzione alle donne e ai rischi di intrappolamento nel precariato, cfr. P. BARBIERI, *Impiego atipico e assetti macro-istituzionali. Le conseguenze sociali della deregolamentazione dei mercati del lavoro in Europa*, in *Menabò di Etica e Economia*, n. 27/2015, www.eticaeconomia.it, 30.07.2015.

⁸⁸ Cfr. S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro*, cit. par.3, che a proposito dello "spettacolare arretramento delle tutele in caso di licenziamento ingiustificato", richiama la posizione del legislatore delegato che rivendica tali misure come un "passaggio inevitabile ad 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"; sulla "tirannia" di determinati obiettivi economici all'origine della crisi e dello stravolgimento della funzione del diritto del lavoro, cfr. V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, WP CSDLE "Massimo D'Antona", IT -190/2013, in www.csdle.lex.unict.it, in particolare pag. 2; sul punto del crescente indebolimento del diritto del lavoro come sistema di tutele all'esercizio del potere unilaterale del datore di lavoro, si veda anche Id., *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, WP CSDLE "Massimo D'Antona", IT -259/2015, in www.csdle.lex.unict.it.

⁸⁹ G. AZZARITI, *Ricominciare dai fondamentali*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2015, 23.03.2015; per l'aspetto evidenziato dall'A., dell'impossibilità di "ridurre" il positivismo giuridico alla "semplice accettazione di ogni norma", cfr. anche F. BILANCIA, *Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 20.10.2010, in particolare sul tema del rapporto tra positivismo e costituzionalismo.

seguendo un percorso fondato sul convincimento che nonostante la complessità degli attuali scenari, le “parole della Costituzione” non debbano assumere un “significato di comodo” e che il diritto al lavoro debba continuare a formare oggetto di quella “protezione costituzionale”⁹⁰, cui già la dottrina costituzionalistica più risalente aveva conferito enorme rilievo.

Seguendo queste indicazioni si può forse tentare di riparare ai due tradimenti⁹¹ che la nuova disciplina sul demansionamento pone in essere. Il primo è dato da un’idea di qualificazione professionale che prescinde dall’elevazione e che riduce il contenuto e il valore della prestazione al solo aspetto monetizzabile. Il secondo, su scala più vasta, è il tradimento che attiene ad un senso di “perdita del futuro” che la flessibilità, nella specifica forma della “duttilità” del lavoratore riguardo alle mansioni, contribuisce ad accentuare⁹², con il rischio probabile che si venga a produrre un processo cumulativo: se i datori

⁹⁰ “Il <diritto al lavoro> che l’art. 4 <assicura a tutti i cittadini> non è dunque affatto una vuota espressione retorica. Anche se (...) l’interesse individuale al lavoro non assurge fin d’ora, sulla base del solo art. 4, alla piena consistenza di un vero e proprio diritto subiettivo, sembra debba riconoscersi tuttavia che esso non è più neanche un mero interesse di fatto, giuridicamente irrilevante, come nel precedente ordinamento e in genere negli ordinamenti statali di tipo liberale puro. L’interesse al lavoro - nella sua duplice configurazione, di interesse a ottenere un lavoro e di interesse alla conservazione del posto - diventa, nel sistema vigente, un *interesse costituzionalmente* protetto, concretandosi in una situazione soggettiva di vantaggio giuridicamente garantita a ogni cittadino nei confronti dello stesso legislatore ordinario”, tali le parole di V. CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, in ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, 145-161, in particolare, 160-161.

⁹¹ Cfr. ancora G. AZZARITI, *Ricominciare dai fondamenti*, cit., sul punto della responsabilità di “denunciare” i tradimenti; inoltre sul tema “tradimento” della Costituzione nella difficile stagione della prima fase della sua attuazione, specificamente sul problema della “istituzione del referendum”, cfr. L. BASSO, *Scritti scelti; frammenti di un percorso politico e intellettuale*, a cura di M. SALVATI E C. GIORGI, Roma, Carocci, 2013, pag. 188; ancora su L. BASSO, cfr. di recente C. GIORGI, *Un socialista del Novecento. Uguaglianza, libertà e diritti nel percorso di Lelio Basso*, Studi Storici Carocci, Roma, 2015, in particolare, 220-221, sul “valore della Costituzione” e sull’armonia e l’interdipendenza di tutte le sue parti in risposta alle critiche espresse sulle nascenti disposizioni costituzionali sul lavoro.

⁹² Per un interessante percorso filosofico avente ad oggetto la flessibilità e l’insicurezza della condizione lavorativa, cfr. I. POSSENTI, *Flessibilità. Retoriche e politiche di una condizione contemporanea*, Verona, Ombre Corte editore, 2012, in particolare su “flessibilità e formazione”, 155 ss., qui l’A. esamina le trasformazioni della formazione che passerebbe per una “stretta connessione istituita tra <apprendimento per tutto l’arco della vita> (*lifelong learning*) e libera competizione degli individui sul mercato del lavoro, in vista non di un’occupazione ma di una <continua occupabilità> (*employability*)”.

di lavoro non sono incentivati a creare posti di lavoro conformi a lavoratori professionalmente elevati, il risultato potrebbe essere quello della frustrazione professionale e della stessa caduta delle ragioni dei lavoratori per aspirare a quella elevazione.

Si tratta di tradimenti che si producono come conseguenza di politiche sempre più lontane dal necessario e continuo esercizio della effettiva promozione dello statuto dei diritti⁹³, soprattutto nella loro specificazione di istituti di solidarietà⁹⁴.

Una possibile soluzione, idonea forse a scongiurare i peggiori esiti per i lavoratori - nonché la molto probabile proposizione di questioni inerenti la dubbia legittimità delle nuove norme sul demansionamento alla luce de parametri degli artt. 2, 3 e 35, 2 c. Cost. - potrebbe essere quella di ritornare ad un assetto nel quale alla dequalificazione professionale si giunga essenzialmente attraverso modalità negoziali idonee a bilanciare i diversi interessi, e non in virtù di un diritto del lavoro che, diversamente da altre fasi di crisi, non è volto a tutelare i diritti lavoratori nella congiuntura negativa, ma al contrario si sta rapidamente trasmutando in uno strumento di politica economica rivolto al mercato e, più specificamente, agli interessi dell'azienda nel mercato, supportando l'affermazione di indirizzi che depotenziano progressivamente i principi fondamentali, e si rendono complici dei diversi fattori e concause che determinano il crescente indebolimento della "capacità ordinante" della Costituzione⁹⁵.

⁹³ Sul tema della "attuazione" della Costituzione, cfr. C. DE FIORES, *Dalla Costituzione inattuata alla Costituzione "inattualizzata"*, in G. BRUNELLI - G. CAZZETTA (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, Materiali dell'incontro di studio, Ferrara, 24-25 gennaio 2013, Milano, Giuffrè, 141 ss.

⁹⁴ S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014, sul punto specifico della solidarietà in connessione con diritti e doveri, 48 ss.; sul tema si veda anche il bel saggio di S. GIUBBONI, *Solidarietà*, in *Politica del diritto*, 4/2012, 525 ss.

⁹⁵ Sul rapporto tra costituzione e politica e sulla "forza normativa" o "descrittiva" delle Costituzioni, cfr. G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?* Laterza, Roma-Bari, 2013, 26.

DIRITTI DI PRESTAZIONE E VINCOLI DI BILANCIO*

di *Lorenza Carlassare*

SOMMARIO: 1. *Principi e interessi*; 2. *L'art. 81 e i "valori potenzialmente contrapposti"*; 3. *Segue: l'art. 38 e le 'Madri Costituenti'*; 4. *I Diritti, l'Europa, il Mercato*; 5. *Problematicità del Mercato e contraddizioni dell'Europa*; 6. *Diritti sociali, bilanciamento, interpretazione costituzionalmente orientata*; 7. *Art. 81, bilanciamento 'ragionevole', 'priorità costituzionali', limiti alla discrezionalità del legislatore.*

1. Principi e interessi

A proposito dei due principi "solitamente ritenuti i cardini dell'art. 41" – l'affermazione della libertà d'iniziativa economica e la predisposizione di limiti nei suoi confronti – Paolo Cavaleri rileva che non di una contrapposizione si tratta "bensì di affermazioni costituzionali riguardanti interessi diversi", nel senso che "mentre la c.d. libertà tutela certi interessi, i c.d. limiti tutelano altri interessi". Sarebbe questa la matrice profonda delle contrapposizioni dottrinali che, dando diverso peso a quella libertà o ai suoi limiti, finiscono per operare un'opzione politica privilegiando "da una parte, l'iniziativa economica privata e, dall'altra, viceversa, tutti i valori ad essa potenzialmente contrapposti dalla Costituzione"¹.

Queste considerazioni, che inducono a guardare *dentro* una contrapposizione normativa e dottrinale per individuarne l'essenza, propongono una prospettiva che va ben oltre le problematiche dell'art. 41

* Destinato agli *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*.

¹ P. CAVALERI, *Iniziativa economica privata e costituzione 'vivente'*. *Contributo allo studio della giurisprudenza sull'art. 41 Cost.*, Padova, 1978, 17. In un volume di lezioni di diritto costituzionale, già espressivo nel titolo, G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, Bari, Laterza, 2010, 366, sottolinea l'importanza del pensiero di Rousseau per la scrittura dell'atto fondativo del costituzionalismo moderno (l'art. 16 della *Déclaration*) con la conseguente affermazione della sovranità delle costituzioni "intese come norme giuridiche supreme, di natura sociale, che fondano e limitano il potere assicurando i diritti e per ciò stesso *legittimando il conflitto* e la divisione sociale e politica".

e può servire a individuare l'essenza di altre contrapposizioni, sia tra principi contenuti in una medesima disposizione costituzionale (come nell'art. 41), sia tra principi contenuti in disposizioni costituzionali diverse. E può utilmente entrare come elemento di riflessione anche nella difficile ricerca di una equilibrata composizione fra il dovere di soddisfare i diritti di prestazione e la limitatezza delle risorse disponibili, questione complessa e da sempre controversa, resa ora più drammatica dalla modifica dell'art. 81 che ha introdotto in Costituzione il principio dell'equilibrio di bilancio.

2. L'art. 81 e i "valori potenzialmente contrapposti"

Se tentiamo di mettere a confronto il limite posto dall'art. 81 e l'interesse da esso tutelato con gli interessi da esso limitati, ci troviamo dinnanzi ad un incommensurabile divario: a fronte di quella disposizione² sta infatti la Costituzione intera, nel suo disegno complessivo, nei suoi fondamenti.

Un divario evidente, a misurare la profondità del quale è sufficiente ricordare che fra "tutti i valori ad essa potenzialmente contrapposti dalla Costituzione"³ sta in primo luogo il valore centrale intorno al quale è costruito il sistema costituzionale: la persona umana e la sua dignità⁴. Un valore che già fornisce indicazioni certe sulle politiche da seguire, ulteriormente delineate dalla Costituzione già nei 'Principi fondamentali' (art. 3, comma 2), poi in vari altri luoghi⁵. Il progetto è chiaro: affidando alla Repubblica⁶ il compito di "rimuovere gli ostaco-

² Dietro la quale stanno sia *discutibili* interessi, sia discutibili concezioni (*infra*, e note 26, 27, 31, 35).

³ Per usare le parole di Paolo Cavaleri citate all'inizio.

⁴ Rinvio a L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione*, Milano, Feltrinelli, 2012, 27 ss.

⁵ In particolare nel Titolo II (Rapporti etico-sociali) e nel Titolo III (Rapporti economici).

⁶ L'art. 3 assegna il compito di "rimuovere gli ostacoli" alla 'Repubblica', vale a dire allo Stato, alle Regioni e agli altri enti che la compongono. La questione della sede cui attribuire la competenza e l'onere di realizzare le priorità costituzionali ha notevole rilievo per diverse considerazioni sulle quali, in particolare A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 17 ss. Sugli orientamenti giurisprudenziali in tema di rapporti Stato/Regioni, si veda (anche per la vastissima letteratura) G. GUIGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza della Corte costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, in P. CAVALERI (a cura di), *Temi di diritto regionale nella giurisprudenza costituzionale dopo le riforme*, Torino, Giappichelli, 2008, 107 ss.

li di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese", la Costituzione indica *l'obiettivo primario, impone una direzione*. È un progetto vincolante che segna i compiti delle istituzioni repubblicane, dominato dalla consapevolezza della necessità di considerare le reali condizioni di vita della persona: "affermare l'esistenza di un diritto senza che il suo titolare abbia la possibilità di esercitarlo per motivi di carattere economico e sociale, equivale ad attribuire valore soltanto formale a quel riconoscimento"⁷, equivale a privarlo di ogni sostanza.

Non è compatibile con il disegno costituzionale "che alle fasce più deboli siano riconosciuti (ma verrebbe da dire graziosamente concessi) dei diritti, che sono diritti fondamentali, solo se e quando le risorse disponibili, o la situazione economica lo consente"⁸. Lo stesso sistema democratico non può funzionare senza un minimo di omogeneità, fratture sociali intense lo mettono a rischio; già Mortati lo sottolineava⁹.

La giustizia sociale è principio costituzionale supremo; dalle parole chiave con cui il Costituente si esprime emerge chiara l'esigenza di realizzare la *libertà dal bisogno*; "non si può dimenticare chi 'rimane indietro'"¹⁰. Siamo ai fondamenti della società nuova che si voleva

⁷ M. RUOTOLO, *Eguaglianza e pari dignità sociale*, Conferenza tenuta il 15 febbraio 2013 all'Università di Padova, su www.unipd.it/scuolacostituzionale; la consapevolezza di dover rendere *effettivi* i diritti e non lasciarli sulla carta era sempre presente ai Costituenti e ricorre costantemente nei diversi interventi (*infra*, §2).

⁸ "La statuizione costituzionale felicemente sintetizzata nell'articolo 3, II comma, ma di cui è pervasivamente intriso l'intero ordito normativo della Costituzione, esige, infatti, la rimozione... della situazione esistente e, in sostanza, una redistribuzione delle risorse": F. GABRIELE – A. M. NICO, *Osservazioni "a prima lettura" sulla sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015: dalla illegittimità del "togliere ai ricchi per dare ai poveri" alla legittimità del "chi ha avuto, ha avuto, ha avuto...scordiamoci il passato"*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015.

⁹ È un discorso ripetuto e condiviso; di recente Q. CAMERLENGO, *La dimensione costituzionale della coesione sociale*, in *Rivista AIC*, n° 2/2015, individuate le coordinate della coesione sociale nei principi di democrazia, pluralismo, partecipazione, solidarietà, eguaglianza sostanziale, ricorda che "quando le distanze assumono dimensioni tali da sbriciolare le comuni fondamenta sulle quali è eretta la struttura sociale il pluralismo può degenerare " e le differenze, anziché "operare quali risorse del sistema", possono "divenire invece fattori di disgregazione e di collasso del sistema stesso".

¹⁰ Le parole chiave di cui parla M. RUOTOLO, *Eguaglianza e pari dignità sociale*, cit. – "di fatto", "pieno sviluppo della persona umana", "effettiva partecipazione" – non lasciano davvero alcuno spazio a dubbi.

costruire dalle macerie del secondo conflitto mondiale: la “libertà dal bisogno”, una delle quattro libertà proclamate dal Presidente Roosevelt mentre il conflitto era ancora in corso¹¹, è un cardine della nostra Carta, basata sugli stessi valori.

I Costituenti hanno integrato i tradizionali diritti in nome dei principi di *eguaglianza sostanziale* (art. 3) e *solidarietà* (art. 2); i dibattiti in Assemblea Costituente, appassionatamente rivolti alla costruzione di una società ‘umana’, sono davvero illuminanti.

3. *Segue: l’art. 38 e le ‘Madri Costituenti’*

Significativi, in particolare sono gli interventi delle donne presenti in Assemblea Costituente; erano soltanto ventuno, ma il loro contributo riguardo al ‘sociale’ merita di essere ricordato. Anche discutendo di famiglia e di figli – legittimi o illegittimi, tutti da tutelare contro le discriminazioni chieste da alcuni – il loro sguardo va oltre, guidato dalla consapevolezza profonda dei bisogni quotidiani e delle difficili condizioni della vita di troppi.

“Lo Stato ha il compito di assicurare *a tutti* i cittadini il minimo necessario all’esistenza ... in particolare dovrà provvedere all’esistenza di chi sia *disoccupato senza sua colpa* o incapace di lavorare per età o invalidità” propone Lina Merlin, riformulando il testo del Relatore on. Togni. Un testo già significativo per il riferimento: ad *ogni cittadino* italiano, ai *diritti conseguenti al lavoro* (in caso di malattia, disoccupazione involontaria ecc.) e, infine, al “diritto di *“ogni essere umano”* che “si trovi nell’impossibilità di lavorare” ad “ottenere dalla collettività mezzi adeguati di *assistenza*”¹².

Dalla concisa concretezza delle donne Costituenti venne un indispensabile chiarimento: Teresa Noce, sottolineando la distinzione fra i concetti di *previdenza* e di *assistenza*, tenne a precisare che tale distinzione “implica la precisazione che l’assistenza vada data anche a *tutte le persone* che non godono della previdenza”, considerando perciò necessario “che si usi una dizione da cui appaia evidente che hanno dirit-

¹¹ Nella Dichiarazione di principio, del 14 agosto del 1941.

¹² On. MERLIN, *III Sottocommissione*, 11 sett. 1946.

to all'assistenza coloro che non hanno diritto alla previdenza"¹³. Contro le obiezioni dell'on. Molè "che così si entrerebbe nel campo della beneficenza, mentre qui si tratta di diritti che scaturiscono dal diritto al lavoro"¹⁴ la risposta di Teresa Noce è ferma: "non si tratta di assistenza sotto forma di *carità pubblica*, sia pure sociale, ma di qualche cosa che *sorge da un diritto*".

È un discorso chiaro, di cui l'art. 38 riprende integralmente la sostanza. È perciò inspiegabile che si discuta oggi sul 'reddito di cittadinanza' senza voler ammettere che l'art. 38 già lo prevede, con altro nome. Ovviamente non è questione di nomi: negando che quel diritto sia già attribuito dalla norma costituzionale si mira infatti ad escluderlo come diritto esistente che è *doveroso soddisfare*¹⁵. La Corte costituzionale non solo ha utilizzato l'art. 38 a proposito della disoccupazione involontaria, ma, va sottolineato, lo ha fatto richiamando anche i "diritti fondamentali della persona"¹⁶.

In questo quadro s'inserisce anche l'emendamento voluto dalle donne – e firmato da Teresa Mattei – rivolto a inserire nell'art. 3, co.2 l'espressione "*di fatto*", che rende ancora più forte ed esplicito il significato di quella fondamentale disposizione che costituisce la prima base dei diritti sociali¹⁷.

¹³ *III Sottocommissione*, 11 settembre 1946. Preoccupandosi "soprattutto delle casalinghe, e delle vecchie madri di famiglia che, non hanno diritto a pensione, non avendo fatto un lavoro salariato". Il chiarimento fu colto e seguito da altri, in particolare dall'on Fanfani che propose di trattarne in due articoli separati.

¹⁴ *III Sottocommissione*, 11 settembre 1946.

¹⁵ A fugare ogni dubbio sull'intento dei Costituenti basterebbe il richiamo del Presidente della III Sottocommissione all'art.3 3 del progetto di Costituzione francese "ogni essere umano, che, a motivo dell'età, dello stato fisico o mentale, della situazione economica si trovi nell'impossibilità di lavorare, ha diritto di ottenere dalla collettività mezzi adeguati di assistenza". Richiamo destinato a rassicurare Teresa Noce e toglierle ogni incertezza sul fatto che coloro che non avessero la pensione non avessero l'assistenza.

¹⁶ Si veda, ad esempio, la sentenza n. 497/1988, nella quale, applicando l'art. 38, co. 2, dichiara l'incostituzionalità della mancata previsione di un meccanismo di adeguamento del valore monetario contro l'erosione da svalutazione, ritenendo "indubbia", nel caso, l'inadeguatezza del trattamento economico; o la sent. n. 88/1992 (sul divieto di cumulo tra pensione di vecchiaia e di invalidità sopravvenuta) dove la Corte afferma che l'art. 38 Cost. «richiede che la solidarietà collettiva non si limiti ad intervenire soltanto allorché i redditi cumulati dei coniugi siano talmente contenuti da consentire loro una condizione di vita assolutamente modesta». Da ultimo, la sent. n.70/2015, riassume i punti essenziali della giurisprudenza precedente. E si veda anche *infra*, § 6 e note.

¹⁷ *III Sottocommissione*, 11 settembre 1946.

4. I diritti, l'Europa, il Mercato

Sulle persone gravano fardelli pesanti, la miseria aumenta, le fratture sociali sempre più profonde mostrano lo stridente contrasto fra le norme e la vita. La “Repubblica” non sembra curarsi troppo del compito assegnatole dall’art. 3: i diritti sociali ‘costano’ ed è necessario sacrificarli in nome della limitatezza delle risorse; almeno secondo l’idea dominante, ossessivamente ripetuta.

Non è un discorso nuovo, nuovi sono piuttosto i toni duri e spietati che è venuto assumendo da quando la scarsità di risorse aggrava la difficoltà di soddisfare le numerose domande che salgono da una società impoverita; la questione delle risorse viene opposta ad ogni legittima richiesta come argomento assolutamente definitivo. Può essere questo l’*unico* riferimento di ogni decisione, l’unica base di un programma politico che non si proponga come eccezionale e provvisorio, ma destinato a durare? E del resto nemmeno nei momenti più duri l’art. 3 può essere sospeso; il compito che la Costituzione impone alla Repubblica va adempiuto “a maggior ragione nelle situazioni di crisi, se la situazione da rimuovere non solo permane ma può consolidarsi e rendere più pesanti e più acuti quegli ostacoli”¹⁸. La giurisprudenza costituzionale conferma il rilievo preminente dei diritti sociali anche (anzi particolarmente) *nei momenti di crisi*: le “imperiose necessità sociali indotte anche dalla grave crisi economica” sono considerate dalla Corte “giustificazioni sufficienti per leggi statali di *tutela di diritti sociali*” anche se limitano la competenza regionale¹⁹.

Il governo, viceversa, subordina tutto a imperiosi comandi: persino il lavoro, su cui la Repubblica è fondata, è privato di tutele. Nel *Jobs Act*, che non basta il nome straniero a nobilitare, già la legge delega – privando il lavoro subordinato di ogni garanzia e di ogni tutela interna al rapporto di lavoro, privatizzando il rapporto stesso, e allontanandosi dalla concezione del Lavoro come strumento di realizzazione della

¹⁸ F. GABRIELE – A. M. NICO, *Osservazioni “a prima lettura”, cit.*

¹⁹ Qui non è il rapporto Stato/ regioni che interessa, ma appunto la preminenza dei diritti sociali: si vedano, ad esempio, le sentenze n.10 del 2010 e n. 62 del 2013, sulla quale M. BENVENUTI, *Brevi considerazioni intorno al ricorso all’argomento della crisi economica nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.* 2013, 969 ss.

persona e della sua dignità – mette in causa “la stessa idea costituzionale di ‘dignità’ sociale e di ‘libertà’”²⁰.

Ai contenuti si aggiungono le forme: persino una così pesante trasformazione è assunta “attraverso le manifestazioni di forza del ‘decisionismo governativo’ che passano per il voto di fiducia”, mortificando il Parlamento²¹. Neppure questo è nuovo, ma il processo in corso da anni si accentua: trasferendo competenze dal piano interno all’Europa – uno spazio politico “che non è ancora uno spazio costituzionale democratico” – gli Stati membri hanno potuto realizzare l’obiettivo desiderato da ogni governante: esercitare il potere “senza responsabilità, senza i controlli costituzionali” presenti invece all’interno dell’ordinamento costituzionale dello Stato²². Per difendere i diritti sociali e *tutti* gli altri diritti è necessario dunque riaffermare forme di assoggettamento dell’economia alla Costituzione, stabilire nuovamente la capacità di mediazione di quest’ultima²³ in modo che le richieste dell’Europa debbano essere applicate all’interno del quadro costituzionale²⁴.

5. Problematicità del Mercato e contraddizioni dell’Europa

²⁰ F. ANGELINI, *Il Governo, il lavoro e la Costituzione nel c.d. “Jobs Act”*, in Costituzionalismo.it, fasc.1/2015.

²¹ F. ANGELINI, *ult. cit.*

²² F. BALAGUER CALLEJÓN, *Costituzione europea e democrazia pluralista nella globalizzazione, in Quo vadis Europa? Stabilità e crescita nell’ordinamento europeo*, Seminario svoltosi a Urbino il 9-10 ottobre 2014.

²³ I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in Costituzionalismo.it, n. 3 del 2012. Abbiamo una costruzione sbagliata del modello europeo – dice F. BALAGUER CALLEJON, *ult. cit.* – perché è “una costruzione fatta alle spalle del diritto costituzionale”; la crisi sembra aver determinato una sospensione della democrazia e del diritto costituzionale interno”. Abbiamo sospeso i diritti sociali, la concezione economica non permette la realizzazione delle funzioni del diritto costituzionale perché *non ci sono i diritti come prima, non c’è la democrazia pluralistica come prima, non c’è la normatività della costituzione come prima*. Sui costi delle diseguaglianze generate dall’attuale capitalismo di mercato, costi economici, costi sociali, costi politici, M. GIAMPIERETTI, *Dis-eguaglianza e mercato*, Relazione al Convegno *Dis-eguaglianza e stato costituzionale*, Gruppo di Pisa, Campobasso, 19 e 20 giugno 2015.

²⁴ Per BALAGUER CALLEJON, *ult. cit.*, la soluzione “resta quella di uno stato federale per l’Europa, una vera federazione europea, una vera democrazia europea, una costruzione pluralistica dell’Europa”.

Gli argomenti addotti per la politica di sacrificio dei diritti sociali sono principalmente due: l'Europa e il Mercato, spesso invocati congiuntamente.

La situazione è certamente difficile, complessa e non sempre di agevole decifrazione²⁵. Ma prima di appiattirsi sulle tendenze dominanti, il costituzionalista non può dimenticare che anche gli economisti discutono, i precetti della scienza economica “sono controvertibili”²⁶, e l'idea stessa di *mercato efficiente* è posta radicalmente in discussione: i prezzi sul mercato non riflettono alcun valore fondamentale ma solo l'aspettativa (fallibile) dei partecipanti rispetto ai prezzi futuri; i mercati non sono mai perfettamente efficienti se l'informazione è imperfetta; persino alcune istituzioni internazionali hanno iniziato una revisione critica delle diverse misure che vanno sotto il nome di “austerità”, misure che, soprattutto in Europa, hanno finito per operare in funzione *prociclica*, anziché *anticiclica*; e torna

²⁵ Ne dà bene l'idea, fuori da false semplificazioni, F. BILANCIA, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014.

²⁶ M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid*, marzo 2013, § 2.4, § 2.5 (e note 106 e 107); e, tra i molti, non si possono trascurare in particolare gli articolati rilievi di G. GUARINO, *Euro. Venti anni di depressione 1992-2012*, in *Nomos*, 2012, n. 2. Forse non a torto si è parlato di *Depoliticizzazione della Democrazia* (il *Foglio* del 14 luglio 2015).

ad affacciarsi l'esigenza di un maggiore ruolo dello Stato²⁷. E ormai i governi chiedono "flessibilità"²⁸.

Sembra davvero contraddittorio che l'Europa rappresenti un rischio per il valore centrale della nostra Costituzione – la persona e la sua dignità – dal momento che a presidio di quel medesimo valore dovrebbe esserci l'Europa stessa. La sua Carta fondamentale, proclamata la dignità umana "inviolabile", afferma che: l'Unione "pone la persona al centro della sua azione", "si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'eguaglianza e della solidarietà", si impegna a "garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti" (art. 34). Data la rilevanza assunta nel Trattato di Lisbona dai principi di eguaglianza e solidarietà (che non comparivano nelle precedenti versioni dei trattati) e la diminuita posizione del profilo economico (della concorrenza si parla soltanto in uno dei protocolli aggiuntivi), "politiche che abbiano come unico o prevalente riferimento la dimensione economica" sono inammissibili, dice Stefano Rodotà; la Corte di Giustizia ha considerato illegittimo lo svolgimento di attività economiche per il loro contrasto con il princi-

²⁷ L. TORCHIA, *Stati e mercati alle soglie del terzo millennio*, Relazione svolta durante le Giornate di studi in onore di Guido Corso su "Il cittadino e la pubblica amministrazione", Palermo 12-13 dicembre 2014, in *Astrid Rassegna* n. 16/2015, la quale conclude che tutto diviene più complesso e difficile quando le dimensioni del mercato e le dimensioni dello Stato non sono simmetriche, perché ad un mercato globale non corrisponde uno Stato globale. Si vedano inoltre le documentate considerazioni di L. ANTONINI, *Corte costituzionale e vincoli di bilancio*, Relazione al Convegno *Legge Giudice Economia*, Padova, 30 ottobre 2015, di prossima pubblicazione: al § 2 riporta la lettera inviata nel luglio 2011 da otto tra i maggiori economisti americani al Presidente e al Congresso degli Stati Uniti in dissenso sull'introduzione in costituzione del principio del pareggio di bilancio: "1. Rispettare il principio del pareggio di bilancio in fasi di recessione economica comporterebbe l'adozione di misure controproducenti e neutralizzerebbe il funzionamento degli stabilizzatori automatici. 2. Il pareggio di bilancio impedirebbe al settore pubblico – diversamente da ciò che normalmente avviene nel settore privato – il ricorso al debito per finanziare spese per infrastrutture, istruzione, ricerca e sviluppo, protezione ambientale e altri investimenti vitali per il benessere futuro della nazione. 7. Nella congiuntura odierna è pericoloso cercare di raggiungere il pareggio di bilancio troppo rapidamente. Ciò danneggerebbe pesantemente una ripresa di per sé già debole".

²⁸ È del 10 novembre 2015 la lettera del Primo Ministro britannico alle autorità europee in cui la prima cosa che si chiede (insieme ad altre riforme) è la "flessibilità": "*Our concerns really boil down to one word: flexibility*". Sulle riforme proposte dal Regno Unito: *EU reform heat-map: Where do EU countries stand on the UK's EU reform demands?* in *OPEN EUROP*, 11/15.

pio di dignità²⁹. Eppure – è la sua conclusione – anche “l’Europa ha ceduto alla logica che ha ‘naturalizzato’ il mercato, che vede nelle leggi dell’economia una regola che si impone a ogni altra” ed è evidente il contrasto fra l’impegno a “garantire un’esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti” che l’Europa richiede agli Stati (art. 34) e l’imposizione del ‘rigore’. Ed è un contrasto che si manifesta anche rispetto ad affermazioni della Corte EDU³⁰.

Che al fondo della crisi costituzionale dell’Unione europea stia la convinzione che l’idea di società europea fondata sul welfare, “sia incompatibile con le esigenze di efficienza economica richieste dal potere produttivo dominante”³¹?

²⁹ In particolare con le sentenze sul caso Omega del 2004 e sul caso Brüstle del 2011 come ci ricorda S. RODOTÀ, *The Right to Have Rights in Europe*, Seminario della *Foundation for European Progressive Studies*, Torino, 8 febbraio 2013: “La colpevole disattenzione dei tempi recenti nasce anche dal fatto che l’Europa ha ceduto alla logica che ha ‘naturalizzato’ il mercato, che vede nelle leggi dell’economia una regola che si impone a ogni altra. Proprio questa ideologia, l’unica rimasta veramente in campo dopo la proclamata fine d’ogni ideologia e d’ogni grande narrazione, ha provocato i disastri che conosciamo. Le strategie globali per il controllo dell’attività dei grandi soggetti economici sono state finora sostanzialmente deboli, mentre a livello europeo e globale emerge con nettezza sempre maggiore la possibilità di esercitare controlli sulle attività economiche proprio sulla base dei principi e dei diritti fondamentali delle persone”.

³⁰ Una Corte che, almeno in astratto, in materia di pensioni sociali afferma i diritti. Dinanzi ad essa è stato sostenuto che l’assenza di una pensione sociale e/o di qualsiasi altra forma di sostegno economico pubblico che possa sottrarre l’individuo alla fame e all’indigenza si tradurrebbe inevitabilmente nell’abbandono dell’individuo a una condizione “inumana e degradante” per opera dello Stato inerte, e, dunque, nella violazione dell’art. 3 CEDU, interpretazione fatta, almeno a parole, dalla Corte EDU: «*a wholly insufficient amount of pension and social benefits may raise an issue under Article 3 of the Convention*»: A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, Convegno del Gruppo di Pisa “*I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*”, Trapani, 8-9 giugno 2012. E secondo D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, ivi, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, che ha segnato una rottura con il passato, “potrebbe giocare un ruolo significativo nel bilanciamento tra diritti sociali e le libertà economiche”.

³¹ C. GNESUTTA, *Teoria economica e mutamento costituzionale*, in *Quo vadis Europa*, cit., sottolinea l’ulteriore pericolo derivante dal *Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP): nel presentare l’integrazione dei mercati statunitense ed europeo come strumento per uscire dalla crisi, stimolare la crescita economica e il reddito medio, non si precisa “che i miglioramenti per le imprese transnazionali USA sarebbero accompagnati da ricadute negative per l’Unione europea in termini di occupazione (con la scomparsa di oltre 600 mila posti di lavoro) e di distribuzione, personale e territoriale, del reddito (con perdite pro-capite dei redditi da lavoro oscillanti tra 165 e 5.500 euro a seconda del paese)”.

6. I diritti sociali tra bilanciamento e interpretazione costituzionalmente orientata

Ma è proprio scontato che la crisi economico-finanziaria sia destinata “ad incidere così a fondo sulla tutela dei diritti sociali da imporre... di ripensare su nuove basi tutto il sistema”, che le sue conseguenze siano “ineluttabili” e destinate a durare e lo stato sociale debba essere “drasticamente ridotto”³²?

Che si tratti di “un esito assolutamente obbligato” appare dubbio: “non è affatto obbligatorio scaricare tutte le conseguenze restrittive determinate dalla crisi esclusivamente o prevalentemente sul sistema dei diritti sociali”, uno dei fondamentali tratti distintivi della Costituzione. Ogni decisione al riguardo andrebbe quanto meno *bilanciata* con altri interessi costituzionalmente tutelati, essendo indiscusso che i diritti sociali “nella configurazione che dà la Costituzione non differiscono affatto dai tradizionali diritti di libertà, intesi come diritti soggettivi”³³. I diritti sociali sono *diritti* costituzionali e ad essi, ha detto la Corte “si deve conferire il massimo di effettività”³⁴.

In questo quadro non meraviglia che in difesa dei diritti sociali, i giudici – sempre più intensamente coinvolti attraverso il richiamo all’interpretazione conforme – di fronte a norme in contrasto con i principi che li garantiscono e s’impongono a tutti, ricorrano

³² Come osserva P. CARETTI, *Considerazioni conclusive*, Convegno annuale dell’associazione “Gruppo di Pisa” *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. il ruolo della giurisprudenza*, Trapani, 8-9 giugno, 2012, in www.gruppodipisa.it, cit., dubitando della premessa diversa da cui muovono varie relazioni, a partire da quella introduttiva di Giovanni Pitruzzella. Anche chi ritiene che in una simile situazione di crisi “potrebbe non essere possibile escludere riduzioni o arretramenti di tutele” – come ad esempio A. D’ALOIA, *I diritti sociali nell’attuale momento costituzionale*, ivi – la “quadratura del cerchio” resta la Costituzione e “il suo progetto di trasformazione sociale e di liberazione delle persone, che è ancora lì” e chiede di essere attuato.

³³ “Il fatto che molti di essi ... richiedano l’intervento del legislatore e l’impiego di risorse pubbliche non incide sulla loro natura di ‘diritti’, ma semmai sulla misura della loro tutela, posto che il legislatore incontra un doppio limite, la doverosità della tutela e il rispetto del nucleo essenziale dei diritti: P. CARETTI, *ult. cit.*, il quale opportunamente ricorda come tale conclusione, *ricavabile direttamente da un’interpretazione sistematica del dettato costituzionale*, abbia trovato conferma nella giurisprudenza costituzionale, di legittimità e di merito.

³⁴ Ad esempio nella sent. n. 90/1992 in riferimento “al diritto sociale alla pensione, da riconoscere a tutti i lavoratori in base all’art. 38 secondo comma della Costituzione” e in numerose altre (v. anche *infra* e note 44-46).

all'interpretazione costituzionalmente orientata, privilegiando i valori di fondo rispetto a un limite nuovo che li annulla, anche se è rivestito di rango costituzionale³⁵. Meraviglia, semmai, che qualcuno se ne sia meravigliato. Esempio è il dibattito sollevato da un provvedimento di archiviazione (adottato dalla Procura contabile della Regione Campania il 24 maggio 2013) di un'azione di responsabilità contro il Comune di Napoli per il reclutamento a tempo determinato “nella *misura strettamente necessaria* a soddisfare le esigenze di continuità dei servizi educativi della scuola dell'infanzia e degli asili comunali nel rispetto delle risorse finanziarie disponibili”, nonostante il significativo disavanzo del conto di bilancio 2011³⁶. Sempre “nella misura strettamente necessaria”, perché la ‘misura’ conta all'interno di un *bilanciamento* ragionevole. Potremmo concepire che sia consentito sacrificare *completamente* la scuola, l'istruzione, un diritto *cardine* per uno Stato democratico, una delle ‘priorità’ costituzionali³⁷?

La necessità di una visione di sistema³⁸ trova decisa conferma nella giurisprudenza costituzionale. “La Costituzione è fatta soprattutto di

³⁵ In molti hanno mosso rilievi alla decisione dell'Italia di modificare l'art.8 l – una revisione “fortemente suggerita ma non imposta giuridicamente dal *Fiscal Compact*” G. GRASSO, *Crisi economico-finanziaria, globalizzazione, teoria dei cicli funzionali (in margine a «la separazione dei poteri» di Gaetano Silvestri)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015. Ma, pur ritenendo che l'obbligo di adeguamento del nostro diritto interno alla normativa europea in tema di bilancio, “avrebbe potuto essere assolto con modalità anche diverse dalla revisione costituzionale”, F. GALLO, *Il principio costituzionale di equilibrio di bilancio e il tramonto dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali*, Audizione presso la commissione per l'attuazione del federalismo fiscale della Camera dei Deputati sul tema “*Federalismo fiscale e vincolo del pareggio di bilancio*”, 30 ottobre 2014, sottolinea che l'obbligo era già sorto con il *Six pack* e il *Fiscal compact* e il principio era già indirettamente costituzionalizzato in quanto parte delle norme dell'Unione. Sicché in definitiva “la riforma costituzionale ribadisce e rende esplicito un sistema di garanzie delle norme dell'Unione già operante ai sensi degli artt. 11 e 117, 1° comma, Cost.”.

³⁶ Sulla vicenda, e sulle perplessità che l'archiviazione ha suscitato, si veda M. MORVILLO, *Un caso di scuola: la vicenda del comune di Napoli fra diritti e vincoli di bilancio*, in *Rivista AIC* n. 4/2013.

³⁷ *Infra*, §7.

³⁸ “L'interpretazione costituzionale è, puramente e semplicemente, *sistematica*, si risolve per intero in questo suo modo di essere. Sicché non di un canone, congiunto ad altri, deve puramente parlarsi bensì del *modo naturale ... di essere dell'intera interpretazione*”: A. RUGGERI, *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, in ID., “*Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*”, VI, 1, *Studi dell'anno 2002*, Giappichelli, Torino 2003, 286 s., nt. 28.; si vedano, fra i molti, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 30ss., 52 ss.;

principi e questi ultimi sono in stretto collegamento tra loro, bilanciandosi vicendevolmente, di modo che la valutazione di conformità alla Costituzione stessa deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme, isolatamente considerate. Un'interpretazione frammentaria delle disposizioni normative, sia *costituzionali che ordinarie*, rischia di condurre, in molti casi, ad esiti paradossali, che finirebbero per contraddire le stesse loro finalità di tutela” si legge nella sent. n.1/2013 che non è di certo isolata.

AmMESSO che quello enunciato dall'art. 81 novellato sia un 'principio', sicuramente non può imporsi come fosse l'*unico* esistente: “Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione e *non* è possibile individuare *uno* di essi che abbia la *prevalenza assoluta* sugli altri”, afferma la Corte. Se così non fosse, uno dei diritti “diverrebbe ‘tiranno’ nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona”³⁹. E qui – va sottolineato – non siamo neppure di fronte a una concorrenza nel “contenuto” dei diritti, ma ad una concorrenza fra il contenuto dei diritti e “la regolazione dei mezzi”⁴⁰.

È dunque possibile, anzi doveroso, fare ricorso ai criteri proposti per eliminare o superare attraverso *bilanciamenti* l'incompatibilità fra principi concorrenti⁴¹, sacrificando ciascuno nella misura minore possibile⁴².

161s. F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014; P. CARETTI, *supra*, nota 32.

³⁹ Sent. n. 85 del 2013, che richiama la sent. 264 del 2012 per ribadire che la tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro”. Ed è anche necessario tener conto che non mancano a livello comunitario elementi di *flessibilità* che temperano le rigidità delle regole del pareggio di bilancio e, soprattutto, che “esiste una soglia minima di prestazioni sociali che non ammette compressioni ad opera di altre norme costituzionali o sovranazionali”: F. GALLO, *Il principio costituzionale di equilibrio di bilancio*, cit., § 2.1 e § 2.2.

⁴⁰ Seguendo il rilievo di R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 110, che contrapporre il principio costituzionale in cui trova riconoscimento un diritto al principio di copertura finanziaria delle leggi di spesa è un equivoco “perché qui non si ha a che far con una concorrenza nel ‘contenuto’ dei diritti, ma con la regolazione dei mezzi” (rilievo che nel pensiero dell'autore ha una portata diversa collocandosi in un più generale discorso).

⁴¹ Anche di recente la Corte – sent. n. 10 del 2015 – teorizza la necessità di un bilanciamento tra esigenze di protezione dei diritti o interessi oggetto della singola *questio* e il principio costituzionale ricavabile dall'art. 81 Cost. (ultima formulazione): A. ANZON DEMMIG, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, in *Giur. cost.*

E proprio questo aveva fatto, nel caso di specie, il Comune di Napoli.

7. Art. 81, bilanciamento ‘ragionevole’, ‘priorità costituzionali’, limiti alla discrezionalità del legislatore

A fronte di una Costituzione che indica con tanta chiarezza gli obiettivi⁴³ il legislatore non può discostarsene in modo *arbitrario*: in materia di diritti sociali la discrezionalità del legislatore “non ha carattere assoluto e trova un limite nel rispetto di un *nucleo indefettibile* di garanzie per gli interessati”, un “*limite invalicabile*”⁴⁴. Lo dice la Cor-

2015. La Corte dichiara la illegittimità costituzionale della disposizione che aveva introdotto un regime fiscale differenziato – una «addizionale» all'imposta sul reddito per le imprese operanti nella commercializzazione di benzine, petroli, gas e olii lubrificanti che avessero ottenuto una certa soglia di ricavi – con riferimento agli artt. 3 e 53 Cost., «nei limiti di seguito precisati». Limiti consistenti nel fatto che la Corte dichiara l'illegittimità della disposizione «a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione di questa sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica». All'autrice interessa mettere in rilievo “l'irragionevolezza della disposizione per l'*eccessivo sacrificio di un principio costituzionale*” ad un lato e 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”. V. anche i rilievi di I. MASSA PINTO, *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 iper-giurisdizionalismo costituzionale* in Costituzionalismo.it, fasc. 1/ 2015.

⁴² In proposito, L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXII, I°, 103. Il richiamo al ‘minor sacrificio’ ricorre nella giurisprudenza costituzionale: anche nella sent. 1/2014, a proposito della legge elettorale, si legge che occorre “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, presciva quella *meno restrittiva dei diritti a confronto* e stabilisca *oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi*”.

⁴³ *Supra*, §2 e §3.

⁴⁴ Di “limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore” ha parlato la Corte, dichiarando illegittime le norme che hanno eliminato “uno degli strumenti attraverso i quali è reso *effettivo* il diritto fondamentale all'istruzione del disabile grave”: sent. n. 80/2010 dove richiama altre precedenti: nn. 251/2008 e 226/2000. Della giurisprudenza meno vicina basta ricordare la sent. n. 160/ 1974, che – punto 2 –, ribadito che all'art. 38, secondo comma, Cost. “il costituente ha voluto, a maggiore garanzia e tutela, costituzionalizzare la previdenza e le assicurazioni sociali, attraverso un esplicito e netto riconoscimento del *dovere dello Stato* a provvedervi e del *diritto del lavoratore ad esigere* che si provveda con mezzi adeguati alle sue esigenze di vita”, richiama la sent. n. 80 del 1971 che definisce l'art.38 ” norma *giuridicamente imperante* atta a creare *veri e propri diritti di*

te dopo aver definito l'art. 38 "norma *giuridicamente imperante* atta a creare *veri e propri diritti di prestazione*", norma di carattere *precettivo* la quale "comporta che l'assistenza sia *concretamente garantita*"⁴⁵; e dopo aver sottolineato l'"interesse della collettività alla liberazione di ogni cittadino dal bisogno ed alla garanzia di quelle *minime condizioni economiche e sociali* che consentono *l'effettivo godimento dei diritti civili e politici*"⁴⁶.

La linea di politica economica è indicata dalla Costituzione, indicati gli obiettivi e non è nella libera scelta del legislatore sacrificarne alcuni⁴⁷, tanto più in tempo di crisi, quando si fa anzi più rigoroso e stringente l'obbligo di impiegare le risorse disponibili secondo le *priorità* indicate dalla Costituzione e distinguere le destinazioni di fondi costituzionalmente *doverose* da quelle *consentite* o addirittura *vietate*⁴⁸.

Le *priorità costituzionali* emergono subito. La Corte stessa, in vario modo, mette in rilievo il carattere preminente di un diritto: affermando che la realizzazione dell'obiettivo di dare effettività a un diritto sociale "rientra in *finalità costituzionalmente protette*"⁴⁹, che le norme impugnate "rispondono a finalità sociali di *particolare pregio costituzionale*, in quanto tendenti a dare il massimo di effettività alla garan-

prestazione, il cui carattere *precettivo* non viene meno per il fatto che destinatario della norma sia lo Stato, il quale è vincolato ad operare, con organi ed istituti predisposti o da esso integrati, nel settore della disciplina dei rapporti sociali assicurativi nel senso voluto dalla Costituzione." Il che "necessariamente comporta, anche, la eventuale rielaborazione delle norme relative all'attuale disciplina dell'assistenza sociale ... in modo che l'assistenza sia *concretamente garantita* a tutte le categorie di lavoratori e sia tale da assicurare a tutti i lavoratori mezzi adeguati alle esigenze di vita".

⁴⁵ Sent. n. 80/1971.

⁴⁶ Sent. n. 286/1987. È importante sottolineare il legame tra diritti civili, politici e sociali, un legame sul la dottrina insiste da tempo, basta ricordare M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, 1964.

⁴⁷ Gli obiettivi "non sono indifferenti", sottolinea I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, cit., "se si privilegia la produzione sono le scelte e gli interessi delle imprese a decidere l'evoluzione sociale; se si privilegia l'occupazione sono le esigenze ... del mondo del lavoro a qualificarne lo sviluppo [...]. Porre l'accento sulla produzione (sul Pil) quale obiettivo della società significa subordinare le condizioni del lavoro al funzionamento "oggettivo" del sistema produttivo, di cui non possono che essere l'inevitabile ricaduta".

⁴⁸ Rinvio a L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2013, ora in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, tomo I°, Milano, Giuffrè, 2014, 375 ss.

⁴⁹ Sent. n. 440/1991, e n. 90/1992.

zia del diritto sociale alla pensione, riconosciuto a tutti i lavoratori dall'art. 38⁵⁰; definendo il diritto alla pensione “bene giuridico costituzionalmente protetto” (sent. n. 33/2013) e l'ambiente e la salute “*valori primari*”⁵¹.

Innegabile, in particolare, è la forza che deriva a un diritto dall'essere l'*unico* qualificato ‘fondamentale’ come la *salute*. La giurisprudenza, pur escludendo che uno dei diritti possa avere “la prevalenza assoluta sugli altri”, lo conferma: “in considerazione del valore assoluto della persona umana sancito nell'art. 2 e tenuto conto della primaria rilevanza che l'art. 32 Cost. assegna alla salute”, il legislatore può imporre limitazioni all'iniziativa economica privata (sent. 479/1987); la salute è un *valore* “costantemente riconosciuto come primario da questa Corte, sia per la sua inerenza alla persona umana sia per la sua valenza di diritto sociale, caratterizzante la forma di Stato sociale disegnata dalla Costituzione” (sent. 37/1991); il diritto alla salute è “un diritto primario e fondamentale che...impone piena ed esaustiva tutela”, diritto “*erga omnes*, immediatamente garantito dalla Costituzione e, come tale, direttamente tutelabile ed azionabile dai soggetti legittimati nei confronti degli autori dei comportamenti illeciti” (sent. 455/1990); i fini di garanzia della dignità dell'uomo (art. 2 Cost.) sotto il profilo della *salute fisica* (art. 32 Cost.) “sono “*imprescindibili*” (sent. 167/1991).; vi è “un nucleo irriducibile del diritto alla salute” in quanto “*ambito inviolabile della dignità umana*” (sent. 252/2001).

Eppure anche questo diritto fondamentale è messo sempre più a rischio anche attraverso tagli e limiti imposti dallo Stato agli enti territoriali – i “luoghi” dove i servizi vengono erogati⁵² – “in una misura

⁵⁰ Sent. n. 238/1988.

⁵¹ Sent. n. 365 del 1993.

⁵² Lo sottolinea L. ANTONINI, *I vincoli all'equilibrio di bilancio*, cit., §6, mettendo in luce “quale sia l'effettivo luogo dove si concretizzano rischi per lo Stato sociale” e “il diverso trattamento – una vera e propria asimmetria – che, rispetto al bilancio statale, risulta imposto al bilancio degli enti territoriali”. Ricordando che i tagli a diverso titolo subiti dal comparto degli enti territoriali negli ultimi anni ammontano a circa 80 miliardi, su una spesa complessiva che ammontava a 265 miliardi; e che la Corte dei Conti (delibera del 29 dicembre 2014, *Relazione sulla gestione finanziaria degli enti territoriali*), ha evidenziato come al comparto degli enti territoriali sia stato richiesto, nelle manovre degli ultimi anni, “uno sforzo di risanamento non proporzionato all'entità delle loro risorse”. Sull'importante aspetto della questione F. GALLO, *L'incerta sorte del federalismo fiscale*, in *Rassegna Tributaria* n. 6/2014, che vi dedica l'intero § 4 “L'impatto del principio di pareggio del bilancio sull'autonomia finanziaria regionale e locale.

che *eccede i limiti di un ragionevole criterio di proporzionalità* tra i rapporti di composizione della spesa della Pubblica amministrazione” come dice la Corte dei Conti⁵³.

Le *priorità costituzionali* possono essere impunemente disattese?

A fornire la risposta è ancora la sent. 85/2013 la quale, se esclude che fra i diritti fondamentali uno “abbia la prevalenza *assoluta* sugli altri” diventando un principio ‘tiranno’⁵⁴, *non* ne esclude però la *prevalenza* (non assoluta). Negata “una ‘rigida’ gerarchia tra i diritti fondamentali”, la sentenza precisa: ” La qualificazione come ‘primari’ dei valori dell’ambiente e della salute significa...che gli stessi *non possono essere sacrificati ad altri interessi ancorché costituzionalmente tutelati*”. E il punto di equilibrio deve essere valutato dal legislatore “nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo” secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza.

Chiarita in qualche modo la posizione dell’art. 81 – che non può porsi come principio “tiranno” e prevalere in modo *assoluto* sulle esigenze di protezione dei diritti (sent. n.10/2015⁵⁵) – ritorna una questione *diversa*: se, entro i limiti di quel vincolo, il legislatore sia libero di ignorare le priorità costituzionali, destinando le risorse ‘disponibili’ *altrove*, ad obiettivi che la Costituzione non impone o addirittura vieta⁵⁶; libero di sacrificare diritti fondamentali – sanità, scuola, previdenza, ambiente, beni culturali a interessi diversi⁵⁷. E soprattutto se, e come, la Corte possa esercitare il controllo di costituzionalità su simili scelte del legislatore, sicuramente *arbitrarie*.

⁵³ Così la Corte dei Conti nel *Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica 2015*: L. ANTONINI, *loc. ult. cit.*

⁵⁴ *Supra*, §6.

⁵⁵ *Supra*, note 38, 39.

⁵⁶ Il finanziamento della scuola pubblica “è un *obbligo per lo Stato* mentre il finanziamento della scuola privata, a voler tutto concedere, è solo una facoltà, la logica vuole che si faccia luogo prima agli obblighi, e solo dopo aver rispettato questi, agli impegni meramente facoltativi” – dice A. PACE, *Il diritto all’istruzione nel tempo di crisi*, in *Astrid rassegna*, n. 4/2013 ricordando le parole dell’on. Preti alla Costituente “sarebbe un paradosso che lo Stato, che non ha nemmeno abbastanza denaro per le proprie scuole, dovesse in qualche modo finanziare delle scuole non statali”.

⁵⁷ L’irrazionalità della scelta risulta tanto più evidente quando, si negano risorse a beni di rilievo fondamentale, anche a fini di sviluppo economico, come quelli dell’art. 9: alla ricerca archeologica, ad esempio, per poterla trasformare “da costo pubblico a fattore misurabile di sviluppo socio-economico e culturale per la comunità” G. M. FLICK, *L’archeologia “pubblica”: ovvero come attuare concretamente l’articolo 9 della costituzione*, in *Rivista AIC* n° 4/2015.

Se i valori ‘*primari*’, come si legge nella sent. 15/2013, “*non possono essere sacrificati ad altri interessi ancorché costituzionalmente tutelati*”, di certo non si può ammettere che i valori primari possano essere sacrificati ad altri interessi *non* costituzionalmente tutelati.

La discrezionalità del legislatore, ha ricordato la Corte, non è assoluta; e la ragionevolezza non ha da intendersi soltanto come ‘coerenza’ a livello legislativo, ma in primo luogo come *coerenza ai principi costituzionali*⁵⁸. In questa luce lo schema trilatero – costruito da Livio Paladin per non lasciare al giudizio della Corte margini troppo indefiniti⁵⁹ – potrebbe essere utilmente applicato mettendo in relazione i principi costituzionali, la norma che *toglie* risorse indispensabili a un obiettivo prioritario, la norma che *destina* risorse a un obiettivo ignorato o vietato dalla Costituzione.

Agganciando il *controllo* sulle scelte a un riferimento sicuro – le *priorità* costituzionali – i limiti giuridici alla discrezionalità del legislatore (o al suo *arbitrio*) si precisano meglio e possono, attraverso la Corte, divenire effettivi.

⁵⁸ Su questo punto, assolutamente incontrovertibile, oltre a S. BARTOLE, *L’elaborazione del parametro e del protocollo delle argomentazioni*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin, Cedam, 2002, 35 ss. e F. SORRENTINO, *Eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, ivi, 123ss., si vedano i numerosi esempi in V. ONIDA, *Eguaglianza e diritti sociali*, ivi, in particolare 116ss.

⁵⁹ Il riferimento ad un *tertium comparationis*, che è già nella monografia del 1965 – L. PALADIN, *Il principio costituzionale d’uguaglianza*, Padova 1965 – viene approfondito in diversi scritti, in particolare, *Corte costituzionale e principio generale d’uguaglianza. Aprile 1979-Dicembre 1984*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Padova 1985, 605 ss.

**L'ORIZZONTE DI TUTELA DEL REO INFERMO DI MENTE
SECONDO LA COSTITUZIONE
UMANIZZAZIONE DEL SISTEMA DELLE MISURE DI SICUREZZA
RILEGGENDO LA LEZIONE DI FRANCO BRICOLA**

di *Daniele Piccione*

SOMMARIO: *1. Contesto sociale e istituzioni totali nella diagnosi di Franco Bricola; 2. Promozione della salute mentale ed applicazione della riforma delle misure di sicurezza detentive; 3. I rischi di un'effettività rinnegante della soppressione degli Ospedali psichiatrici giudiziari; 4. Le chiare direttive costituzionali sul trattamento del reo infermo di mente; 5. Crisi irreversibile del concetto di pericolosità sociale come fonte delle ambiguità e delle doppiezze alla base del "doppio binario"; 6. Gli Stati generali dell'Esecuzione della Pena come occasione di evoluzione culturale.*

1. Contesto sociale e istituzioni totali nella diagnosi di Franco Bricola

Nella prima metà degli anni ottanta del secolo scorso, descrivendo una situazione "pure ancora in movimento e non irreparabilmente compromessa", Franco Bricola¹, delineava il quadro seguente:

«In Italia al superamento delle istituzioni totali si è accompagnata una tendenza a rivalutare il ruolo degli enti locali nella politica sociale nei confronti dei soggetti espulsi nel sociale[...]. Ma, da un lato, la crisi fiscale e gli attacchi allo stato sociale e ai conseguenti meccanismi di Welfare in settori diversi da quelli in discussione frenano una politica di servizi facenti capo agli enti locali e specificamente funzionali ai tipi di destinatari [...]. Dall'altro, la lacerazione del tessuto sociale e comunitario in cui simile processo viene rinviato, nonché la corrosione progressiva dei valori di solidarietà e di partecipazione non facilita neppure una via di privatizzazione dell'assistenza o di Welfare Society, salvo sporadici e caritatevoli interventi di alcuni gruppi sociali».

¹ F. BRICOLA, *Crisi del Welfare State e sistema punitivo*, in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, 185.

Ma la diagnosi di Bricola, scavando in profondità, si dimostrava ancor più presaga con particolare riferimento alla condizione dell'infermo di mente:

«È proprio la carenza di aggregazioni collettive, di una rete riconoscibile e non magmatica di rapporti e luoghi di convivenza utile che produce il bisogno di una struttura istituzionale specifica e, perché no, totale»².

Di qui la conclusione struggente che Bricola, con l'esattezza del clinico delle istituzioni oltre che del grande penalista, così tratteggiava:

«E il rischio di un ritorno alle istituzioni segreganti è rafforzato, di fronte a questo incanalamento delle istanze, dalle riduzioni di spesa per i servizi sociali, dalle difficoltà crescenti in cui vengono a trovarsi Comuni e Regioni, nonché dalla filosofia della crisi dello stato assistenziale. La regressione verso la repressione può diventare allora inevitabile».

Sono trascorsi quasi trentacinque anni dai tempi di quell'analisi. In seguito all'ormai noto monito dell'allora Capo dello Stato, Giorgio Napolitano sull'esigenza di procedere alla chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari, *«autentico orrore indegno di un paese appena civile»*³, nonché dopo l'entrata in vigore della l. 30 maggio 2014, n. 81, con l'espunzione dall'ordinamento dell'ultimo internamento manicomiale sopravvissuto alla riforma psichiatrica del 1978, è stata definitivamente sancita l'inadeguatezza dell'impianto delle misure di sicurezza detentive previste dagli articoli 219 e 222 del codice penale.

Tuttavia, sin dal varo della nuova disciplina e poi oltre, dopo il 31 marzo 2015, con lo spirare del termine ultimo di dismissione degli Ospedali psichiatrici giudiziari, si assiste alla lotta per far fronte *«ad un obbligo costituzionale, la cui urgenza è amplificata dalla forbice*

² *Ibidem*, 187.

³ Il testo integrale del Discorso di fine anno del Presidente Giorgio Napolitano, pronunciato il 31 dicembre 2012, può leggersi sul sito istituzionale della Presidenza della Repubblica.

*sempre più larga tra forma e sostanza normativa»*⁴. Il complesso delle disposizioni entrate in vigore nel triennio che va dal 2012 alla primavera 2015 si sostanzia in un apparato di garanzie che si sforza di arrestare gli accessi, da sempre eccessivi per numeri e presupposti, non solo negli Opg, ma anche nelle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza. In questa prospettiva, la l. n. 81/2014 ha portato con sé tre norme di autentica deistituzionalizzazione. L'inserimento di un termine di durata massima della misura detentiva⁵; la previsione per cui l'accesso ai luoghi di detenzione del reo non imputabile, a qualunque titolo, deve costituire la soluzione estrema e residuale⁶; la facoltà da parte delle Regioni di devolvere le risorse volte a istituire le nuove Residenze per l'esecuzione delle misure detentive, al potenziamento dei servizi di salute mentale sul territorio⁷.

⁴ Sono parole tratte dal recente ed esaustivo studio di A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in www.costituzionalismo.it, 6.

⁵ V., al riguardo, l'art. 1, comma 1 - *ter* del testo del decreto – legge 31 marzo 2014, n. 52, come modificato dalla citata l. di conversione n. 81 del 2014, a mente del quale: “*Le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione editale massima. Per la determinazione della pena a tali effetti si applica l'articolo 278 del codice di procedura penale. Per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo non si applica la disposizione di cui al primo periodo*”.

⁶ La compiuta introduzione del principio dell'*extrema ratio* nella comminazione della misura di sicurezza detentiva si delinea nell'articolo 1, comma 1, lettera b) del decreto legge, come convertito dalla l. n. 81/2014: “*Il giudice dispone nei confronti dell'infermo di mente e del seminfermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e custodia, salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale, il cui accertamento è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale. Allo stesso modo provvede il magistrato di sorveglianza quando interviene ai sensi dell'articolo 679 del codice di procedura penale. Non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali*”.

⁷ Cfr., infatti, l'art. 1, comma 1. *bis* del testo del decreto – legge n. 52/2014, come modificato dalla citata l. di conversione n. 81 del 2014, il quale dispone: “*A tal fine le regioni, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, nell'ambito delle risorse destinate alla formazione, organizzano corsi di formazione per gli operatori del settore finalizzati alla progettazione e alla organizzazione di percorsi terapeutico-riabilitativi e alle esigenze di mediazione culturale. Entro il 15 giugno 2014, le regioni possono modificare i programmi presentati in precedenza al fine di provvedere alla riquilificazione dei dipartimenti di salute mentale, di contenere il numero complessivo di posti letto da realizzare nelle strutture*”.

Nei primi mesi di vigenza della disciplina di legge vi era innanzitutto da verificare se la dismissione delle istituzioni manicomiali giudiziarie potesse sortire effetti derivati anche sull'assegnazione dell'etichetta di pericolosità sociale e, in definitiva, sulla diagnosi di non imputabilità.

Infatti, la lentezza nell'istituire le Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza (Rems) da parte delle amministrazioni territoriali avrebbe potuto costituire persino un elemento virtuoso per il sistema di trattamento dell'infermo reo. Il divieto di disporre nuovi ricoveri in ospedale psichiatrico giudiziario, l'onere di provvedere alla progressiva dimissione degli attuali ricoverati mediante piani di riabilitazione individuali, avrebbero potuto indurre la magistratura di cognizione e, in parte, anche quella di sorveglianza, a non trovare più nel sistema della misura di sicurezza detentiva una risposta congiunta ad esigenze terapeutiche e istanze di controllo sociale. Si sarebbe quindi potuto assistere al ricorso all'alternativa *tranchant* tra la comminazione della libertà vigilata, corredata di regimi variegati di prescrizioni, e l'eventuale irrogazione della reclusione in carcere in seguito ad un decremento dei giudizi di non imputabilità e della misura di sicurezza detentiva di carattere provvisorio, di cui all'articolo 206 c.p.

In fondo, la storia dei manicomi giudiziari in Europa attesta le misere fortune della linea di politica criminale che vede in un'istituzione a funzione mista, in cui si restringe la libertà personale del malato che ha commesso un reato, la soluzione specifica e mirata a una condizione che, in realtà, non sarebbe di per sé meritoria di trattamento differenziato. In molti, per lungo tempo e da diverse prospettive epistemologiche, hanno lamentato che l'impianto del doppio binario non ha alcun fondamento scientifico e sopravvive soltanto sulla claudicante base giuridica dell'ambiguo giudizio prognostico di pericolosità sociale. Eppure, già nel 1958, avvertiva Leopoldo Elia che persino la modifica radicale di un istituto, come pure un'iniziativa di riforma normativa strutturale, «non riescono mai a modificare i presupposti che presiedono alla propria applicazione»⁸.

sanitarie di cui al comma 2 e di destinare le risorse alla realizzazione o riqualificazione delle sole strutture pubbliche".

⁸ L. ELIA, *La continuità degli organi costituzionali*, Roma, 1958.

E le pur decisive riforme del sistema delle misure di sicurezza psichiatriche varate nel triennio 2012 – 2014 sembrano non rappresentare un'eccezione a questa regola.

Così, mentre si rivedono queste note nell'autunno del 2015, le aspettative riposte dagli interpreti più progressisti delle disposizioni di legge contenute nella l. n. 9 del 2012 e, ancor di più, nella citata l. n. 81 del 2014, si sono rivelate in parte illusorie. Il tentativo di minare alla radice (tramite una sorta di abrogazione implicita) il sistema del doppio binario pene/misure di sicurezza detentive non è andato a segno e la condizione del reo infermo può brevemente riassumersi come segue.

2. Promozione della salute mentale ed applicazione della riforma delle misure di sicurezza detentive

Una volta accertato che il paradigma dei servizi psichiatrici in Italia si è irrevocabilmente trasformato sin dal 1978 e muove – pur non senza contraddizioni a volte anche tragiche - dalla psichiatria riparativa alla promozione della salute mentale⁹, il trattamento del reo infermo, senza più l'incombente ombra degli ospedali psichiatrici giudiziari, dovrebbe tendere ad iscriversi con coerenza in questo quadro.

Tuttavia, alla difficile opera di deistituzionalizzazione avviata con la l. 9 del 2012, è seguita una perdurante fase scandita da tappe incerte e lunghe stasi.

In primo luogo, gli ospedali psichiatrici giudiziari non sono ancora definitivamente estinti dal panorama delle istituzioni totali italiane. In realtà persistono, sotto diverse e subdole forme, nuove vie di accesso che dovrebbero dirsi, alla luce della piana interpretazione delle disposizioni della l. n. 81 del 2014, del tutto illegittime.

L'attuale panorama normativo, dunque, vede da un lato la disciplina codicistica tradizionale ancora in vigore; dall'altro la legislazione speciale che, a partire dalla l. 9 del 2012, è andata perfezionandosi sino all'entrata in vigore della citata l. n. 81 del 2014 e tende a svuotare di senso le misure di sicurezza psichiatriche

⁹ R. PICCIONE - A. GRISPINI (cur), *Prevenzione e salute mentale*, Roma, 1998, in specie 25 e *passim*.

detentive previste dal Codice Rocco. Si tratta di una sorta di sottosistema alternativo che tende a sgretolare l'impianto codicistico, devitalizzandolo nel tempo.

La composizione e la convivenza tra i due comparti normativi si è rivelata non poco ardua e di questa difficoltà vi sono evidenti effetti stranianti che finiscono per incidere sulla specifica condizione dei rei non imputabili. Su coloro i quali già hanno vissuto l'esperienza dell'internamento psichiatrico giudiziario, pesano le difficoltà nel far valere la presunzione di dimissione e di sostituzione della pena manicomiale con una misura di sicurezza non detentiva. Il che si determina per le interpretazioni neutralizzanti del termine di durata massima della sicurezza detentiva nonché per la strisciante disapplicazione del principio della *extrema ratio* nel mantenimento della restrizione della libertà personale.

I soggetti che invece commettono oggi delitti in condizione di non imputabilità o per i quali la magistratura ritenga di disporre l'applicazione dell'articolo 206 c.p., cioè della misura di sicurezza provvisoria, scontano le conseguenze che discendono dalla precaria e disomogenea genesi delle Rems, intorno alle quali ormai – ed era facile prevederlo - ruotano molte delle aporie che costellano questo prolungato rito di passaggio.

Lo stato dei fatti sarebbe tale da indurre il riformista ad un qualche moto di sconforto. Non solo la speranza di ridurre il bacino di applicazione dello schema triadico non imputabilità - pericolosità sociale - misura di sicurezza detentiva, sembra ancora frustrato, ma, in verità, l'ordinamento è percorso, al momento, da due faglie contrapposte e appare impantanato a metà di un guado. Non stupisce dunque che le novità legislative dell'ultimo biennio abbiano condotto al proliferare di dualismi sconcertanti. In altre parole, si è andato persino arricchendo l'elenco di quel ventaglio di doppiezze¹⁰ che da sempre affligge il sistema delle misure di sicurezza nell'ordinamento italiano.

¹⁰ Sia concesso il riferimento a D. PICCIONE, *Politica delle libertà costituzionali e soppressione degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Giur. Cost.*, 2013, 5167 – 5169 in cui se ne prospetta il lungo elenco. Sul punto, da ultimo, cfr. anche A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, cit., in specie nt n. 156.

3. I rischi di un'effettività rinnegante della soppressione degli Ospedali psichiatrici giudiziari

La prima tendenza che consegue a queste nuove ambivalenze di fondo, è quella che sempre Franco Bricola chiamava «*effettività rinnegante*»¹¹. Intorno ai momenti applicativi delle recenti riforme si sono prospettati dubbi; poi, da questi, sono sorte prassi disapplicative e striscianti tendenze regressive. In particolare, è sino ad ora mancata la capacità di rispondere integrando i centri di responsabilità nel compito unitario di offrire nuove risposte alla disastrosa condizione in cui tuttora versano gli infermi rei nell'ordinamento italiano. Ancora una volta, come accadde nel decennio del riflusso dai tratti mirabilmente descritti da Bricola, si sente il bisogno “di una fase effettiva di risocializzazione per la quale gli enti territoriali, da strumenti passivi di esecuzione, devono operare quali centri promotori (titolari, cioè, di una politica criminale nel senso delineato)⁽¹²⁾”.

Al riguardo, le parole di Bricola andrebbero tenute a mente quando, quali conseguenze indirette dello sgretolarsi della protezione sociale e dei tessuti di solidarietà collettiva, si scorgono i rischi connessi alle giurisprudenze difensive; all'erompere dei temi di responsabilità medico – psichiatrica; agli effetti connessi al *rebound* e all'osmosi tra istituzioni del contenimento; per non dire di quanto è ormai percepito il problema, proprio nel settore delle misure di sicurezza, del crescente divario tra finalità e modi dell'esecuzione e sistema di comminazione.

4. Le chiare direttive costituzionali sul trattamento del reo infermo di mente

Le difficoltà illustrate sarebbero forse superabili a condizione che le direttive imposte dalla tutela costituzionale del reo infermo di mente divengano finalmente nitide e pervasive nelle tre fasi della dinamica delle misure di sicurezza: quella legislativa, quella giudiziale e quella esecutiva.

¹¹ F. BRICOLA, *Introduzione*, in AA.VV., *Il carcere “riformato”*, Bologna, 1977, ora reperibile sul sito www.costituzionalismo.it, 2.

¹² F. BRICOLA, *Crisi del Welfare State e sistema punitivo*, cit., 187.

E qui viene in rilievo anche la responsabilità, in un tanto delicato snodo, della dottrina penalistica e costituzionalistica¹³. Soccorre ancora, pure in questa dimensione più generale, la lezione di Bricola secondo cui il rapporto tra teoria del reato e Costituzione si riassume in una formula efficacissima: la legislazione penale è condizionata da un dato normativo sovraordinato, appunto la Costituzione «*che la vincola sotto il piano ermeneutico, la elimina sotto il profilo degli effetti quando sono in contrasto e la plasma necessariamente nei suoi contenuti*»¹⁴.

In proposito, gli itinerari della giurisprudenza costituzionale dal 1966 al 2015 segnano la storia della progressiva crisi di un ordinamento sezionale, appunto quello delle misure di sicurezza, fondato su due pilastri teorici, tutti oggetto di ampie riserve: non imputabilità; pericolosità sociale; trattamento a funzione mista in un'istituzione dedicata e specifica quale l'Opg.

Tuttavia, i principi dettati dall'articolo 27 della Costituzione faticano ad affermarsi nella materia che qui interessa, poiché il nitore dell'imperativo per cui la pena deve tendere alla rieducazione del condannato - una delle migliori qualità redazionali dello stesso articolo 27 - tende a flettere al cospetto dell'ambiguo statuto delle misure di sicurezza, coperte dalla scarna citazione dell'ultimo comma dell'articolo 25 Cost.: *Nessuno può essere sottoposto a misura di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge*.

Ma ciò non dovrebbe oscurare la direttrice di modifica del sistema del sistema securitario, mediante una «riforma reale, in attuazione del precetto costituzionale (artt. 27 e 3 Cost.), così da sviluppare la coincidenza di senso della rieducazione con un'effettiva risocializzazione»¹⁵; alla luce di tale interpretazione si potranno finalmente rileggere i rinnovati rapporti tra istituzioni e infermo di mente reo in termini di *Welfare*.

¹³ Sulle ragioni dell'impegno ormai indifferibile dello studioso di diritto costituzionale al fianco del penalista, peraltro nel solco della dottrina dello stesso Bricola, v. le intense pagine di M. RUOTOLO, *La detenzione e diritti dei detenuti come tema costituzionalistico*, in www.constituzionalismo.it, fasc. 2/2015, in specie, 1.

¹⁴ Così, nitidamente, nell'evidenziare l'influenza del pensiero di Bricola sulla successiva generazione di studiosi, T. PADOVANI, *Lezione introduttiva sul metodo nella scienza del diritto penale*, in *Criminalia*, 2010, 236.

¹⁵ Cfr. ancora F. BRICOLA, *Crisi del Welfare State e sistema punitivo*, 179.

In questa linea, del resto, non mancano le direttive chiare che provengono dalla giurisprudenza costituzionale. La guida contro ogni tendenza all'applicazione automatica delle misure di sicurezza detentive per il reo infermo di mente si trae già dalla giurisprudenza della Corte costituzionale del biennio 2003/2004¹⁶. Occorre ricordarlo per scartare le letture riduttive secondo le quali il criterio di sussidiarietà della misura detentiva dovrebbe trovare piena applicazione solo con riferimento agli Opg e alla Case di cura e custodia. Il che non è, giacché il principio di residualità trova invece declinazione universale.

In definitiva, la lettura sistematica degli articoli 13, 27 e 32 Cost. impone che la magistratura di cognizione e di sorveglianza disponga di un ampio spettro di soluzioni. È l'altro volto del principio di individualizzazione del trattamento di sicurezza. Lo snodo cruciale della varietà degli strumenti conduce al tema della gestione del reo non imputabile con l'integrazione dei servizi di salute mentale anche in ambito penitenziario. Ne discende l'esigenza di proiettare i sistemi di tutela e prestazione sanitaria in un'ottica coerente che può essere garantita solo da un livello minimo garantito di assistenza e protezione su tutto il territorio nazionale.

Anche il tema del principio di differenziazione, di cui vi è un riferimento - solo in apparenza lontano - nell'articolo 118 Cost., abita la questione costituzionale delle nuove strutture per l'esecuzione delle misure di sicurezza. Da questo punto di vista, occorre non guardare ai soli riflessi negativi delle radicali differenze nell'attuare i programmi di istituzione delle Rems da parte di ciascun ente territoriale.

E infatti se la predisposizione dei servizi per la risocializzazione dell'infermo di mente che ha commesso un reato, devono essere garantiti unitariamente, la differenza dei modelli può risolversi anche in ricchezza, proprio secondo il modello dell'articolo 118, primo comma, Cost. Il tracciato costituzionale, qui, si sposa con uno spunto perseguito dalla legge n. 81 del 2014.

La cura per l'aderenza territoriale e il ripristino del tessuto sociale di appartenenza del singolo, non implica unicità di un modello di assistenza. Soccorre, al riguardo, proprio la differenziazione nel processo di istituzione delle Rems. Lo scorrere del tempo mostrerà

¹⁶ V. le ormai celebri Corte costituzionale, sentt. 18 luglio 2003, n. 253 e 29 novembre 2004, n. 367.

quanto preziosi siano il mantenimento e la difesa degli spazi di discrezionalità ed apprezzamento nella definizione dei modelli di prestazioni e assistenza offerti dalle amministrazioni regionali e, quindi, dalle conseguenti decisioni della magistratura ordinaria (di cognizione e di sorveglianza).

Tutto ciò a patto che non si smarrisca una delle più preziose intuizioni del Maestro di Novi Ligure, quella per cui: «*risocializzare significa venire incontro ai bisogni di questi soggetti, non con lo stesso approccio con cui si fronteggiano altri bisogni, ma consapevoli della peculiarità del loro bisogno e senza che questa peculiarità recuperi necessariamente i connotati della pericolosità (presupposto della segregazione)*»¹⁷.

Non a caso, la Corte costituzionale ha sentito il bisogno, nella recentissima sentenza 23 luglio 2015, n. 186, di fare chiarezza sullo stato dell'arte, statuendo che la riforma del 2014 non ha modificato, neppure indirettamente, per le persone inferme di mente o seminferme di mente, la nozione di pericolosità sociale, ma si è limitata ad incidere sui criteri di scelta tra le diverse misure di sicurezza e sulle condizioni per l'applicazione di quelle detentive.

È il tentativo di comporre l'antinomia, di cui si diceva in apertura, tra il sistema codicistico e gli interventi di umanizzazione di recente compiuti dal legislatore. Ma tra le righe di quella affermazione, risuona anche il richiamo a che il giudizio della magistratura inveri e renda effettivo il principio di residuale ed eccezionale applicazione della detenzione del pericoloso socialmente. Come pure sembra trasparente il monito della Corte a non giustificare la sussistenza della pericolosità sociale con l'esigenza del controllo della sicurezza pubblica e la mancanza di soluzioni terapeutiche individuali, per poi muoversi *a rebours*, sì da giustificare gli internamenti con la stessa prognosi di pericolosità. È questo il più subdolo dei dualismi insiti nel sistema del doppio binario, di tal che la pericolosità sociale si trasforma in etichetta giuridica diagnostica e prognostica allo stesso tempo¹⁸.

¹⁷ V. ancora F. BRICOLA, *Crisi del Welfare State e sistema punitivo*, cit., 187.

¹⁸ Sul punto, cfr., tra gli altri, F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra 'sottigliezze empiriche' e 'spessori normativi': la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in questa *Rivista* 2014. Un tentativo di ricomporre il senso della pericolosità sociale in senso "situazionale" alla luce delle (criticate) disposizioni recate dalla l. n. 81 del 2014, si trova in M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della*

5. Crisi irreversibile del concetto di pericolosità sociale come fonte delle ambiguità e delle doppiezze alla base del “doppio binario”

Occorre allora affrontare i problemi di effettività delle norme che impongono la drastica riduzione del numero e della durata delle misure di sicurezza detentive, battendo in breccia le tendenze al rinnovo delle misure custodiali e il riflesso condizionato ad opinare per la misura più invasiva¹⁹ al malinteso fine di scongiurare pericoli prognosticamente inverificabili. E si badi che questo problema non ammette distinzioni di sorta a seconda che i teatri di reclusione del pericoloso socialmente siano i moribondi Opg o le nuove chimere taumaturgiche denominate Rems. A ciò va aggiunto che la tutela sovranazionale dei diritti offre ormai un valido soccorso ed illumina sulla direzione da intraprendere; gli approdi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in punto di rapporto tra luogo, modalità e durata dell'esecuzione della misura di sicurezza detentiva e sue finalità intrinseche, lasciano intravedere spiragli fertili anche per il sistema securitario italiano in trasformazione²⁰.

disciplina delle misure di sicurezza, in Diritto penale e processo, 2014, 917 ss., in specie 923.

¹⁹ Sulle ragioni di questi eccessi prudenziali, v. anche M. PELLISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, 113-114.

²⁰ Basti citare la nota Corte Europea dei diritti dell'Uomo, sent. 17 dicembre 2009, *M. c. Germania* (ric. n. 19359/04), il cui valore va ben oltre il solo tema dell'estensione del principio di irretroattività delle pene anche ai sistemi nazionali di applicazione delle misure di sicurezza (in Germania, si tratta dell'istituto di *Sicherungsverwahrung*).

Forse troppo trascurato è poi il significato della Convenzione della Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, di cui le Camere hanno autorizzato la ratifica con la l. 3 marzo 2009, n. 18.

L'impostazione di tale Convenzione, infatti, si fonda sul principio per cui la persona portatrice di disabilità psichica - vi rientra, quindi, il disturbo mentale - non debba subire discriminazioni ovvero trattamenti speciali che lo differenzino dagli altri consociati, a meno che tale trattamento o istituto non costituisca una delle "misure specifiche che sono necessarie ad accelerare o conseguire *de facto* l'uguaglianza delle persone con disabilità" (art. 5, ultimo comma del testo della Convenzione).

Si tratta di un principio, dunque, il quale evidenzia seri dubbi che uno statuto di trattamento penale specifico per il malato di mente reo possa trovare ancora giustificazione nel nostro ordinamento, almeno secondo l'impianto delineato dal Codice Rocco. Anche il più ottimista degli studiosi e degli operatori non sosterebbe ormai che nel testo degli articoli 219 e 222 c.p. (ricovero in O.p.g. e in Casa di cura e custodia), possa

Del resto, la giuspubblicistica di trenta anni fa, in una linea conforme con la radiografia svolta da Franco Bricola con la quale si sono aperte queste note, aveva compreso come la l. 13 maggio 1978, n. 180, avesse negato l'efficacia della risposta custodiale all'infermità mentale, investendo direttamente l'istituzione manicomiale giudiziaria²¹. Oggi, affinando gli esiti di quell'analisi, si può muovere oltre e riconoscere che, una volta slegati i trattamenti sanitari obbligatori per l'infermo di mente da ogni esigenza di tutela dell'ordine pubblico, a perdere efficacia scientifica, culturale e giuridica è proprio il liso filo che congiunge l'etichetta di pericolosità sociale al reo non imputabile.

6. Gli Stati generali dell'Esecuzione della Pena come occasione di evoluzione culturale

Se invece in materia di misure di sicurezza psichiatriche intravedessimo – e, come detto, qualche prodromo si scorge – nuovi elementi di regressione, si riaprirebbero le porte al grande internamento, al ritorno alla centralità della misura detentiva, alla strisciante deriva del sorvegliare e punire che genera marginalità sociale e autoalimenta le forme di esclusione. Una tendenza che vale tanto più se il declino del sistema di *Welfare* induce a leggere, nel reo non imputabile, uno svantaggiato non meritevole.

Qui occorre innanzitutto tenere a mente che la limitazione della libertà personale come risposta al concetto di pericolosità sociale non può non essere considerata quale rimedio estremo. E va appena ribadito che Bricola giungeva a questo approdo in tempi non sospetti - già nel 1961, quando concludeva un suo determinante studio monografico - evidenziando l'esigenza di correre ai ripari «*di fronte alle lacune individuabili nel sistema attuale di regolamentazione della pericolosità di tipo bio-patologico*»²². E comunque, in epoca antecedente all'approvazione della legge 13 maggio 1978, n. 180, il

riconoscersi la valenza di istituti volti a conseguire l'eguaglianza nell'esercizio dei diritti del non imputabile rispetto al reo cui si commina la pena detentiva ordinaria.

²¹ M. LUCIANI, *Le infermità mentali nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. Dir.*, 1986, 451.

²² F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961, 302, ora in ID, *Scritti di diritto penale (Opere monografiche)*, Milano, 2000.

Nostro già completava la propria argomentazione, in un'avanzatissima prospettiva garantista, rilevando la necessità di stabilire «*i confini tra l'alienazione mentale innocua per gli altri e l'alienazione mentale pericolosa dal punto di vista criminale (risolubile tramite l'aiuto dello psichiatra)*»²³.

Già si intravedevano i prodromi della sua celebre teoria del reato costituzionalmente orientata che sorgeva dalla lettura piana dell'articolo 13 della Costituzione⁽²⁴⁾e che tanto sostegno fornirà, nei decenni successivi, alla necessità di un diritto penale minimo e alla lotta per l'umanizzazione del trattamento del reo non imputabile.

Mentre ci si richiama agli antidoti contro i rischi che nuove istituzioni del contenimento vanifichino quanto di coerente e valido è stato compiuto nell'ultimo triennio, occorre ribadire che le proposte avanzate da Bricola appaiono tremendamente attuali. Evocare il drappo della pericolosità sociale, nel dilagare strisciante di nuovi securitarismi, consegna all'oblio quella illuminante citazione declinata su chi precipita nel circuito delle misure di sicurezza psichiatriche e cioè che, verso gli internati infermi di mente, «*abbiamo una sola superiorità: la forza*»²⁵.

Se solo ci avvedessimo che le soluzioni a questo problema non sono poi così fuori portata, allora ci si potrebbe ritrovare in Pier Vittorio Tondelli, nel suo presagio di speranza espresso all'alba dell'ultimo decennio del secolo scorso e poi, solo per un breve periodo, avveratosi:

«Gli anni novanta riscoprono la partecipazione, l'impegno e, cosa ben più importante, la solidarietà.

*È per questo che, nonostante il sipario di ombre dell'estate in fondo è possibile intravedere la luce»*²⁶.

Per quanto lontana, si trattava della speranza di cambiamento cui in fondo guardava anche Bricola nel clima duro e difficile per l'effettiva

²³ *Ibidem*, 505.

²⁴ F. BRICOLA, voce *Teoria Generale del Reato*, in *Novissimo Digesto italiano*, XIX, 1973.

²⁵ F. BASAGLIA, *La distruzione dell'ospedale psichiatrico come luogo di istituzionalizzazione*, 1964, ora in ID, *Scritti*, I, 1981.

²⁶ P. V. TONDELLI, *Ombre dell'estate*, 1991, ora in ID, *L'abbandono (Racconti dagli anni ottanta)*, Milano, 1997, 247.

umanizzazione del diritto penale negli anni ottanta in Italia. Oggi, non sarebbe troppo tardi lasciare che questo spirito pervada gli *Stati Generali dell'Esecuzione della Pena*, istituiti dal Ministro della Giustizia; certamente, offrire soluzioni normative che garantiscano effettività al dettato costituzionale, ormai venuto alla luce in tutte le sue valenze, appare urgente e doveroso. Ma al fondo, si percepisce il ricorrere delle occasioni irripetibili di cui, con inquietudine, si avverte anche il rischio del definitivo svanire.

DALLA CRISI DEI PARTITI ALLA LORO RIFORMA
SENZA FERMARSI ...
VOYAGE AU BOUT DE LA NUIT?

di *Roberta Calvano*

SOMMARIO: *1. La macchina delle riforme e la sua benzina; 2. Il diritto dei partiti, tanti frammenti da ricucire insieme; 3. La disciplina posta dal decreto legge n. 149 del 2013, come, cosa e soprattutto quando: 3.1. Segue; 3.2. La Commissione di garanzia sugli statuti e la 'sanatoria' introdotta dalla legge n. 175 del 2015; 3.3. Circa la necessità di una legge sui partiti; 4. Il TAR e Commissione di garanzia alle prese con alcuni nodi del d.l. 149, dalla lettera della legge ai problemi applicativi; 5. La personalità giuridica dei partiti in alcuni disegni di legge di attuazione dell' art. 49 Cost.: obbligo Ue o problema costituzionale da approfondire meglio.*

1. La macchina delle riforme e la sua benzina.

La seconda metà della XVII legislatura si sta aprendo all'insegna di un nuovo e rilevante sommovimento nel quadro del sistema politico italiano, con mutamenti di alleanze e nascita di nuove aggregazioni che dipingono una situazione ancora una volta travagliata e difficilmente intellegibile.

Contemporaneamente si assiste al fenomeno singolare per cui alcuni dei nodi che dalla nascita della Repubblica hanno impegnato la riflessione intorno alla disciplina rilevante per la forma di governo improvvisamente giungono ad essere sciolti, o si avviano con decisione procedimenti caratterizzati dalla rapidità nell'assumere decisioni in proposito. Una stagione particolarmente felice almeno da questo punto di vista, si potrebbe dire, risolutiva di alcune tra le tante questioni da troppo tempo sospese, che "insperatamente" vengono affrontate da un legislatore non più timoroso nell'affrontare i sacri cimeli del costituzionalismo novecentesco.

Non ci si riferisce solo alla questione della riforma del bicameralismo e dell'assetto del rapporto tra Stato ed autonomie, o alla nuova disciplina del sistema elettorale, che dopo i passaggi del

1993 e del 2005, e dopo la lunga attesa della rimozione della legge n. 270 del 2005, vede ora, nella legge n. 52 del 2015 (il cd. *Italicum*), la discussa riforma del sistema elettorale della Camera.

Vi è un ulteriore tema, non meno rilevante, su cui si è arrivati a vedere un intervento analogamente caratterizzato da un'improvvisa accelerazione del legislatore, anch'esso strettamente legato al funzionamento della forma di governo.¹ Ci si riferisce alla questione del finanziamento dei partiti che, stante la sempre più profonda crisi di legittimazione degli stessi, ha visto il finanziamento pubblico diventare facile bersaglio di argomenti populistici nel dibattito pubblico e forse di uno slittamento del piano di discussione in reazione ad un diffuso sentimento "antipolitico". In questo ambito si è giunti all'approvazione di una nuova disciplina con decreto legge (n. 149 del 2013), nonostante l'esame del disegno di legge che originariamente recava tale disciplina si trovasse già a buon punto (il ddl era già stato approvato dalla Camera, ed era già avviata la discussione in commissione affari costituzionali al Senato)².

La legge n. 13 del 2014, di conversione di tale provvedimento, reca oggi una disciplina che si avvia ad andare a pieno regime nel 2017. Essa, come si vedrà, sembra mostrare qualche limite derivante dall'accelerazione dell'iter di approvazione da parte del legislatore governativo, essendo emerse chiaramente alcune importanti difficoltà interpretative ed applicative che hanno subito richiesto un nuovo intervento legislativo, nonché alcuni pronunciamenti del giudice amministrativo.

Un ulteriore tassello di questo quadro può essere considerato poi quello rappresentato da quattro progetti di legge presentati da esponenti di spicco del partito di maggioranza e attualmente all'esame di Camera e Senato, con cui si intenderebbe dare attuazione all'art. 49 Cost., istituendo un sistema di partiti registrati, in continuità con quanto previsto dal decreto legge n. 149. La principale novità dei progetti è poi rappresentata dal porsi come interventi di attuazione del

¹ L'accento va posto sul funzionamento e non sulla struttura, quando si parla della centralità del sistema dei partiti rispetto alla forma di governo secondo la nota ricostruzione di M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, III, Milano, 2010, 538 ss.

² Il dato è ben sottolineato da R. DICKMANN, *La contribuzione su base volontaria ai partiti politici prevista dal decreto legge n. 149 del 2013. Molte novità ed alcuni dubbi di costituzionalità*, in *Federalismi.it* 5/2014

regolamento Ue n. 1141/2014 sui partiti europei, sulla scorta del quale si introdurrebbe il dato innovativo dell'attribuzione anche ai partiti italiani della personalità giuridica.

In proposito, ci si chiede se anche in questo caso ci si possa attendere una brusca accelerazione dell'esame di tali testi, in vista forse di un momento di storico rilancio degli esausti meccanismi della rappresentanza politica, in nome dei principi di democrazia e trasparenza cari all'odierno legislatore, come si vedrà nelle pagine seguenti, non solo o non tanto perché alla base dalla Costituzione italiana, ma anche nella versione derivante dal diritto dell'Unione europea. Al di là della problematica questione circa la rilevanza che può avere il diritto Ue in questo ambito, su cui pure ci si soffermerà, che un simile risultato di rilegittimazione del sistema politico possa essere il frutto automatico di un nuovo, rapido ed efficiente, intervento del legislatore, non potrebbe che suscitare più di un dubbio in tutti coloro che da tempo studiano la crisi della rappresentanza politica e dei partiti non solo nel nostro sistema, ma come fenomeno più generalizzato e diffuso nel continente europeo.

Ancor più dubbiosa dovrebbe essere poi la lettura di tali fenomeni, se si dovesse ritenere che la rinnovata attenzione per la disciplina della "materia", intesa come diritto dei partiti, o legislazione elettorale di contorno, ma forse più propriamente ascrivibile alla materia costituzionale *tout court*, possa essere dettata dall'intento di approfittare della situazione di vantaggio temporaneamente a disposizione di una maggioranza parlamentare, a danno di una o più forze politiche emergenti, in un sistema costituzionale nel quale, grazie al sistema elettorale sin qui vigente, e forse domani ancor più grazie al nuovo sistema combinato con la riforma costituzionale *in itinere*, sempre più prevarrà pervasivamente il meccanismo del "winner takes all".

2. Il diritto dei partiti, tanti frammenti da ricucire insieme.

Si assiste dunque ad un'intensa stagione riformatrice che, almeno per quanto concerne l'assetto legislativo dei partiti sembra costituire un inedito nell'Italia Repubblicana.

Da sempre l'incapacità del sistema politico di autoriformarsi è stata al centro della riflessione dei costituzionalisti. Dal punto di vista della

disciplina di attuazione dell'art. 49 Cost. poi, la risalente volontà, sempre rinnovata, di sottrarre i partiti a qualsiasi forma di disciplina o di controllo da parte dello Stato, sembra aver finito col creare intorno agli stessi partiti una sorta di *status* di opacità e quasi di intangibilità, che non può non aver contribuito a produrre un deteriorarsi progressivo dell'etica politica oltre ad uno scollamento insanabile del rappresentante dal rappresentato³.

Diverse cause di ordine giuridico formale sono alla base della difficoltà nell'azionare gli ordinari strumenti di garanzia costituzionale del principio di legalità e dei diritti in relazione all'operato dei partiti e dei loro esponenti nelle istituzioni rappresentative.

Si può citare l'esempio dell'inesistenza di strumenti effettivi di tutela dei diritti nell'ambito del procedimento elettorale per le politiche, così come della difficile azionabilità del giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi elettorali di Camera e Senato. Si può fare inoltre riferimento al regime delle immunità parlamentari in senso lato, e ai chiari segnali inviati dalla giurisprudenza sovranazionale che tuttora stentano a produrre una chiara inversione di rotta nell'ordinamento italiano.

Allo stesso modo, sul piano più strettamente inerente il regime giuridico dei partiti, si può ricordare la mancanza sino ad oggi di qualsiasi forma di incentivazione o di controllo effettivo sul rispetto del limite costituzionale del metodo democratico all'interno dei partiti. L'esistenza di un diritto dei partiti che si ferma per i capisaldi della disciplina alle soglie della disciplina civilistica, non sembra aver consentito finora una piena garanzia di aspetti pur collegati all'interesse generale, quali la salvaguardia dei diritti dei singoli e delle minoranze nei partiti, la trasparenza sulla provenienza e l'impiego delle risorse, i rapporti tra la sfera dell'economia e della finanza e quella della politica partitica.

Sembra insomma che questo sia stato lungamente un terreno sul quale l'ordinamento si trovava ad arretrare dinanzi al politico, ed il principio di legalità veniva a ritrarsi in vari modi, arrestandosi di fronte ai partiti, ritenendo quasi che limitarne la libertà fosse il male

³ M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, atti del convegno, Milano, 16-17 marzo 2000, a cura di N. Zanon e F. Biondi, Milano 2001, 117.

supremo. Si è finito così col danneggiare gli stessi partiti, che nel perdere la loro legittimazione, si ritrovano oggi come ampiamente rilevato nel dibattito scientifico, indeboliti.

È noto come l'art. 49 Cost., nella bella indeterminatezza che ne caratterizza la formulazione, anche in relazione al limite del metodo democratico, abbia consentito che i partiti si ritraessero in una "dimensione privatistica"⁴. Tale statuto giuridico per alcuni è stato funzionale alla lunga deriva per cui il "partito-Stato, introdotto in Italia dal fascismo, e che la Repubblica aveva finito per ereditare" si sarebbe limitato "a trasformare un singolare in plurale"⁵. In ogni modo, se da un lato è evidente lo scollamento della realtà dal disegno costituzionale e dalla fondamentale funzione che la Costituzione attribuiva ai partiti, le cause di tale fenomeno sono certamente molteplici e di varia natura ed esula dagli obiettivi raggiungibili in questo lavoro una riflessione analitica sulle stesse.

Tuttavia si può almeno ricordare come già da lunghi anni civilisti e costituzionalisti abbiano sottolineato come la libertà garantita dal diritto privato "ha forse favorito la formazione di spazi di sostanziale immunità giurisdizionale all'interno dei partiti, a tutto vantaggio delle oligarchie dominanti e a detrimento del ruolo di tramiti fra società ed apparato autoritario..."⁶, continuando sempre ad impegnarsi a riflettere sul tema dai più diversi punti di vista⁷, mentre esso rimaneva pressoché estraneo alle aule parlamentari.

È noto, tra gli altri, il significativo contributo apportato dalla riflessione di Leopoldo Elia al tema dei partiti in relazione alla loro

⁴ Così, già in epoca risalente G. U. RESCIGNO, *Partiti politici, articolazioni interne dei partiti politici, diritto dello Stato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1964, 1435; il giudizio è rinnovato con riferimento alla situazione attuale da V. LIPPOLIS, *Partiti maggioranza opposizione*, Napoli, 2007, 13.

⁵ Per richiamare le parole proferite dal Presidente del Consiglio Giuliano Amato all'indomani del referendum elettorale del 1993 riportate in V. LIPPOLIS, *Partiti maggioranza opposizione*, cit., 17.

⁶ Già S. BARTOLE, *Partiti politici*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. X, 1995, 705 ss. V. ora anche ID., *Partiti politici*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, I, Torino, 2000, 398.

⁷ Sono ben noti capisaldi sul tema nell'ambito del diritto civile gli studi di P. RESCIGNO, *Sindacati e partiti nel diritto privato*, (1956), in ID., *Persona e Comunità*, Padova, 1987, 139 ss., così come nel diritto costituzionale quelli di C. ESPOSITO, *I Partiti nella Costituzione italiana*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 215 ss., e di V. CRISAFULLI, *Partiti Parlamento Governo*, (1966), in ID., *Stato popolo Governo*, Milano, 1985, 209 ss.

centralità per la ricostruzione delle forme di governo.⁸ Nella complessità della ricostruzione di Elia si percepiva tuttavia l'essenza del fenomeno partitico come entità non del tutto dominabile, che non era possibile ingabbiare nelle categorie giuridiche, ed anche in questo consisteva il fascino della ricostruzione, che portava la realtà della politica e la sua dinamicità a riempire di vita e significato le forme e le regole costituzionali sulla forma di governo, confermandosi così indirettamente quella sorta di estraneità del tema rispetto all'area del "giuridificabile"⁹.

Tanti fattori hanno dunque contribuito ad una sorta di clima favorevole alla estromissione del tema dei partiti dall'area del giuridico, impedendo sino ad oggi il formarsi di un coerente ed organico diritto dei partiti che collegasse soluzioni e problemi in materia di democrazia interna, finanziamento, propaganda elettorale, lasciando invece ad interventi frammentari l'assetto normativo.¹⁰

Quanto una coerente disciplina organica del tema sembri necessaria non pare smentito dalle pur condivisibili riflessioni circa la rilevanza costituzionale della disciplina da ultimo dettata in relazione allo *status* dei singoli esponenti politici.¹¹ Sebbene sia necessario riflettere sulla "disciplina restrittiva dello *status* e della condotta degli esponenti politici dei diversi livelli territoriali di governo, con effetti sugli stessi processi di rappresentanza", non pare potersi condividere la

⁸ L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, 1970, 638 ss.; ora in ID., *Costituzione partiti, istituzioni*, Bologna, 2009, 161 ss.; nuovamente sul tema ID., *Forme di Stato e forme di Governo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. III, Milano, 2006, 2593 ss., con una precisazione terminologica riguardo al ruolo dei partiti (ivi, 2600), ma che non sembra smentire la rilevanza ad essi attribuita nella forma di governo. Come già si ricordava, ha riaperto il dibattito sulla collocazione dei partiti nell'ambito della teoria delle forme di Governo M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., 538 ss.

⁹ Nonostante le riflessioni della dottrina più avvertita, tra cui in particolare si veda C. PINELLI, *Discipline e controlli sulla democrazia interna dei partiti*, Padova, 1984; G.U. RESCIGNO, *Potere politico e sistema dei partiti: limitare il sovrano*, in *Politica del diritto*, 1984, 81 ss.; P. RIDOLA, voce *Partiti politici*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, 1982, 66; F. LANCHESTER, *Il problema del partito politico: regolare gli sregolati*, in *Quaderni costituzionali*, 1988, 437 ss.

¹⁰ Sul tema v. ora S. BONFIGLIO, *I partiti e la democrazia*, Bologna 2013, 84; P. MARSOCCI, *Sulla funzione costituzionale dei partiti e delle altre formazioni politiche*, Napoli, 2012, 200. In tema anche F. SGRÒ, *Legge elettorale, partiti politici, forma di governo*, Padova, 2014, 177.

¹¹ G. RIVOCCHI *Lo status degli esponenti politici e la crisi dei partiti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2014, 339ss.

considerazione secondo cui tali processi “viepiù nell’acuirsi della crisi economico-finanziaria, prescindono sempre più dal ruolo dei partiti politici, quantomeno nella loro dimensione organizzativa e partecipativa tradizionale”¹². È da ritenere che, ancor più a seguito dell’inadeguatezza delle risposte offerte sin qui dalle istituzioni italiane ed europee in relazione alla crisi,¹³ in buona misura emarginando i soggetti centrali della rappresentanza politica, che debbano tornare ad essere invece i partiti i luoghi principali di elaborazione e di progettazione di strategie di uscita dai problemi. Solo per il tramite dei partiti i singoli giungono peraltro a quello *status* che, spesso abusato, da ultimo ha suscitato l’intervento del legislatore. Attraverso un processo di rigenerazione e rivitalizzazione dei soggetti della rappresentanza, suscettibile di passare anche attraverso un’adeguata disciplina dei partiti si potrebbe tentare di avviare un superamento dell’attuale crisi di legittimazione che sembra investire l’intero sistema politico italiano¹⁴.

3. La disciplina posta dal decreto legge n. 149 del 2013: come, cosa e soprattutto quando

Nel contesto i cui tratti fondamentali si sono potuti solo sommariamente rammentare è intervenuto il decreto-legge n. 149 del 2013, ultimo –provvisorio- atto¹⁵, di una serie di interventi legislativi

¹² ...“anche come strumenti di organizzazione dell’offerta politica, per dispiegarsi, invece, nella valorizzazione della dimensione individuale del diritto di voto e del rapporto tra elettore ed eletto, e nel conseguente rafforzamento della disciplina relativa alla condotta dei singoli esponenti politici e dei relativi controlli”. Così G. RIVISECCHI, cit., 378.

¹³ Sul tema della crisi degli ultimi anni ed il suo impatto sul sistema costituzionale italiano la letteratura è ormai molto vasta. V. tra gli altri S. GAMBINO- W. NOCITO, *Governance europea dell’economia, crisi degli. Stati e diritti fondamentali: notazioni costituzionali*, in *gruppodipisa.it*; P. BILANCIA, *La nuova governance dell’Eurozona: alla ricerca del demos*, in *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. Angelini e M. Benvenuti, Napoli 2012, 19 ss; A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali* 2014, 79 ss.

¹⁴ Sono le conclusioni a cui mi sembra giunga anche C. PINELLI, *The Populist Challenge to Constitutional Democracy*, in *European Constitutional Law Review*, 2011, in particolare 15-16.

¹⁵ Il riferimento è non solo all’utilizzo del decreto legge, ma alla “temporaneità perpetua” di un intervento che lascia ancora una volta aperti più problemi di quanti non

sul finanziamento dei partiti che si sono dipanati a partire dallo storico referendum del 1993¹⁶.

Con esso il legislatore ha dichiarato di voler procedere ad abolire il finanziamento pubblico ai partiti, pur mantenendolo in vita fino al 2017. E salvo poi prevedere a regime una disciplina di finanziamento indiretto ai partiti sì, ma che sempre pubblico rimane.

Una prima considerazione di carattere generale sui contenuti di tale provvedimento non può che constatare come, con esso, si intenda contraddittoriamente mirare ad una pubblicizzazione, istituendo un sistema di registrazione e una forma di controllo, tutto sommato piuttosto blanda, sulla vita dei partiti, mentre allo stesso tempo si affida a scelte privatistiche e “liberali” dei cittadini il *quantum del finanziamento* di ciascun partito.¹⁷ Le contraddizioni non finiscono qui, perché, stante l’impiego dello strumento della decretazione d’urgenza in ambito ordinamentale, in violazione di quanto chiarito anche nella di poco precedente sentenza n. 220 del 2013 della Corte costituzionale, con tale disciplina il Governo ha inteso procedere in via d’urgenza a dare attuazione ad una norma costituzionale, aggirando esplicitamente il procedimento legislativo già avviato. Il decreto legge n. 149, infine, riporta nel preambolo quali presupposti ex art. 77¹⁸ alcune valutazioni politiche circa l’esigenza di dar seguito

risolva; non solo l’espressione, ma anche la tendenza è descritta in G. AZZARITI, *La temporaneità perpetua, ovvero la giurisprudenza costituzionale in materia radiotelevisiva*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1995, pp. 3037 ss.

¹⁶ Il decreto legge è stato esaminato da F. BIONDI *Riflessioni sull’uso del decreto-legge come “disegno di legge rinforzato” (a partire dalla vicenda del decreto-legge n. 149 del 2013, in tema di riforma del sistema di finanziamento dei partiti politici* e R. CALVANO, *La disciplina del finanziamento dei partiti, caso straordinario di necessità e urgenza?* nel volume «*Legislazione governativa d’urgenza*» e crisi. *Atti del I Seminario di studi di diritto costituzionale Unitelma Sapienza (Roma, 18 settembre 2014)*, a cura di R. Calvano, Napoli 2015, rispettivamente 73 e ss. e 43 ss.; v. anche R. DICKMANN, *La contribuzione su base volontaria ai partiti politici*, cit.; H. CAROLI CASAVOLA, *La disciplina della politica. Il finanziamento della politica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2014, 293ss.

¹⁷ Come sottolineato da M. PROSPERO, nella *Audizione presso la I Commissione (affari costituzionali) della Camera*, seduta del 26 giugno 2013, p. 36.

¹⁸ “... Considerato che la grave situazione economica del Paese impone con urgenza l’adozione di misure che intervengano sulla spesa pubblica, in linea con le aspettative dei cittadini di superamento del sistema del finanziamento pubblico dei partiti ed in coerenza con la linea di austerità e di rigore della politica di bilancio adottata in questi ultimi anni; Considerato che la volontà espressa dal corpo elettorale nelle consultazioni referendarie in materia si è sempre mantenuta costante nel senso del superamento di tale sistema e che, da ultimo, sono emerse situazioni di disagio sociale che impongono un immediato segnale di

a consultazioni referendarie avvenute molti anni addietro, e non così univoche nelle ultime tornate¹⁹, e soprattutto il riferimento all'esigenza di un'austerità che la politica dovrebbe dimostrare alla luce della crisi²⁰.

Non sembra dunque di trovarsi propriamente dinanzi ad un caso straordinario di necessità ed urgenza, motivo per cui è stato registrato nella fattispecie il “travalicamento da parte del Governo dei confini costituzionali al relativo agire sotto il titolo dell’art. 77 Cost., tanto più illegittimo in quanto le motivazioni del decreto scritte nel preambolo rivelano il convincimento (questo, sì, straordinario) del Governo di poter invocare una (da esso) presunta legittimazione popolare, diretta, per svincolarsi da quella che gli deriva in via ordinaria dall’esclusivo rapporto fiduciario con le Camere”²¹.

Come si vedrà subito, esaminando il disposto del decreto legge, non sembrano con esso essersi poste le condizioni per un reale miglioramento della democrazia interna dei partiti di cui all’art. 49, che si dichiarava di voler attuare, mentre, come è stato rilevato, per di più, il provvedimento “non risolve i nodi dei costi della politica, perché la sua filosofia ispiratrice è quella di un partito elettorale leggero presidenzializzato, che ha organico bisogno della comunicazione politica e dei ritrovati mediatici, prevede una forte *leadership* e un contatto con l’opinione pubblica attraverso sondaggi e meccanismi di comunicazione estremamente costosi”²².

austerità del sistema politico; Considerata altresì l'ineludibile esigenza di assicurare il passaggio ad un sistema fondato sulle libere scelte dei contribuenti, che attribuisca ai cittadini un ruolo centrale sul finanziamento dei partiti, attesa la loro natura di associazioni costituite per concorrere con metodo democratico a determinare le politiche nazionali, ai sensi dell'articolo 49 della Costituzione; Ritenuta pertanto la straordinaria necessità ed urgenza di adottare misure atte a riformare il sistema di finanziamento dei partiti in tempi rapidi e certi...”.

¹⁹ Dimenticando che non solo nel '93 il referendum non mirava all'abolizione totale del finanziamento pubblico, ma anche che sia nel 1978 che nel 2000 due analoghe iniziative referendarie in materia non avevano raggiunto rispettivamente l'esito positivo e il quorum di partecipazione. Sul quesito del 1978, con un afflusso al voto dell'81% degli elettori, aveva votato a favore dell'abrogazione il 43,59%. Nel 2000, su di un quesito volto a cancellare anche i rimborsi elettorali non si era raggiunto il quorum, dato l'afflusso al voto del 32,19% degli aventi diritto, dei quali il 71,06% si esprime per il sì.

²⁰ Sul punto sia consentito rinviare per brevità a R. CALVANO, *La decretazione d'urgenza nella stagione delle larghe intese*, in *Rivistaa.c.it*, 2/2014, 2 maggio 2014.

²¹ R. DICKMANN, cit. 6.

²² M. PROSPERO, cit.; fa riferimento anche al “legame tra il rafforzamento dell'uso di strumenti per migliorare la democraticità interna nei partiti e l'emergere di un modello di

Insomma, se l'intento, nel "decidere di riformare il finanziamento della politica", era quello di mettere in campo un "paradigma esso stesso per un'autoriforma sia della politica *tout court* sia degli stessi attori politici, *rectius* i partiti politici"²³, per il momento l'obiettivo pare ancora lontano, mentre la propaganda sembra diventare primario obiettivo di un'attività legislativa che, in questa come in altre materie cruciali, si misura con il respiro corto proprio del procedimento di conversione dei decreti legge, laddove un dibattito ampio e approfondito avrebbe forse costretto a quella riflessione e maturazione necessaria non solo ad una buona redazione del testo legislativo, ma ad una crescita della consapevolezza delle forze politiche circa i problemi costituzionali sul piatto.

La delega di riordino della materia contenuta nel decreto, quanto mai necessaria dopo lo stratificarsi di interventi legislativi che data dal 1974, e rinnovata dopo quella che era stata già posta e non eseguita nella legge n. 96 del 2012²⁴, è rimasta finora inattuata anche nella XVII legislatura. Del resto la concitazione di questa stagione politica si esprime persino nel procedimento seguito per la riforma costituzionale del Senato, in cui si è fatto uso del contingentamento dei tempi²⁵.

3.1 Segue

Venendo ai contenuti del provvedimento, le scelte operate sembrano ispirate chiaramente da due fattori. Da un lato un giudizio nettamente negativo rispetto al finanziamento pubblico e la volontà di discostarsene sulla scorta dell'influenza della tradizione giuridica e politica angloamericana, che tuttavia si connota tuttora in maniera del

partito a centralità del leader; secondo lo schema per il quale nei partiti dove si realizza, in modo democratico, una personalizzazione della leadership corrisponde, in genere, pure una democratizzazione nella formazione dell'intera classe dirigente in una doppia legittimazione che rafforza l'intero partito" F. CLEMENTI, *Prime considerazioni intorno ad una legge di disciplina dei partiti politici*, in *federalismi.it*, 28 marzo 2015.

²³ G. AMATO, *Nota sul finanziamento della politica*, Dossier Camera, 126

²⁴ La disciplina è ricostruita da F. BIONDI, *Il finanziamento pubblico dei partiti politici*, cit., soprattutto capitolo II.

²⁵ Ci si riferisce al disegno di legge di Riforma del Senato, attualmente in discussione alla Camera, che ha visto le opposizioni abbandonare l'aula a seguito della seduta del 14 febbraio 2015, in polemica circa le scelte procedurali per l'approvazione di un testo così importante.

tutto diversa e lontana da quelle dei paesi dell'Europa continentale²⁶. In secondo luogo, un fondamentale impulso all'attività del legislatore non può che essere derivato dal rapporto redatto dal *Groupe d'Etats contre la corruption* costituito in seno al Consiglio d'Europa e dalle sue raccomandazioni circa la prevenzione ed il contrasto dell'abuso dei finanziamenti pubblici²⁷.

²⁶ Non solo per il radicamento sociale che storicamente i partiti di massa del '900 hanno avuto, prima e al di fuori che nelle aule parlamentari, ma anche in quanto caratterizzata da sistemi di multipartitismo più o meno articolati, necessari ad esprimere il pluralismo ed il conflitto sociale. Non vi è chi non veda infatti che se nel Regno Unito il finanziamento pubblico è storicamente marginale e riservato sostanzialmente all'opposizione, in quanto il partito di maggioranza già si avvale delle strutture e degli apparati del Governo, il bipartitismo a lungo dominante in quella tradizione si colloca agli antipodi della tradizione e cultura politica dell'Europa continentale, non solo del multipartitismo esasperato italiano, ma della stessa V Repubblica o della Germania del Grundgesetz. Sul punto v. G. AMATO, *Nota sul finanziamento*, cit. 131.

²⁷ Circa la necessità di "ridurre al minimo i rischi di corruzione e rafforzare la fiducia dell'opinione pubblica nei partiti politici, implementando la trasparenza dei bilanci, applicando sistemi più incisivi di controllo delle irregolarità e irrogando sanzioni efficaci." *Groupe d'Etats contre la corruption, Rapporto di valutazione dell'Italia sulla trasparenza del finanziamento dei partiti politici*, Strasburgo 23 marzo 2012, 35. Queste le raccomandazioni sinteticamente rivolte all'Italia nelle conclusioni del rapporto: "Avviare un processo legislativo di riforma che contempli disposizioni riguardanti: 1) lo status giuridico dei partiti politici; 2) una chiara definizione del periodo di campagna elettorale; 3) trasparenza, controllo e requisiti sanzionatori concernenti le elezioni del Parlamento europeo in maniera assimilabile ad altri tipi di elezioni; 4) un quadro giuridico sistematico, comprensibile e funzionale per il finanziamento dei partiti politici e dei candidati, anche prendendo in esame l'accorpamento delle normative applicabili in un unico atto legislativo. ii 1) Introdurre un divieto generalizzato per i contributi da donatori la cui identità non sia nota al partito politico/candidato; 2) ridurre ad un livello adeguato l'attuale soglia di donazioni al di sopra della quale l'identità del donatore deve essere rivelata, vale a dire 20.000 euro per le donazioni effettuate a candidati individuali e 50.000 euro per donazioni a partiti politici (par. 133); iii i) consolidare i bilanci dei partiti politici, includendo le sedi locali; e ii) adottare misure per accrescere la trasparenza delle fonti di finanziamento e delle spese a) dei soggetti direttamente o indirettamente collegati ai partiti politici o da essi controllati; e b) dei gruppi parlamentari. iv i) elaborare un approccio coordinato per la pubblicazione delle informazioni finanziarie sui partiti e sulle campagne elettorali; ii) assicurare che tali informazioni siano disponibili in modo coerente, comprensibile e tempestivo e si fornisca quindi un più agevole accesso da parte dei cittadini a dati leggibili, anche facendo un uso migliore della pubblicazione via internet. v i) introdurre norme chiare e coerenti sui requisiti di revisione applicabili ai partiti politici; ii) assicurare la necessaria indipendenza dei revisori che devono certificare i conti dei partiti politici. vi i) costituire un'autorità capofila indipendente – assistita se del caso da altre istituzioni – che disponga di un mandato stabile, di poteri e risorse adeguate per eseguire una vigilanza attiva ed efficiente, svolgere indagini e garantire il rispetto delle regole sulle finanze degli attori politici; ii) fino a che ciò non si verifichi, garantire che le

Il provvedimento dispone che nell'esercizio finanziario del quarto anno successivo all'entrata in vigore della disciplina, il finanziamento pubblico diretto tramite il sistema dei rimborsi elettorali sin qui vigente cesserà del tutto, e i partiti potranno accedere solo alle due forme di finanziamento indiretto previste dall'art. 1, in base al quale andranno a regime "forme di contribuzione volontaria fiscalmente agevolata e di contribuzione indiretta fondate sulle scelte espresse dai cittadini in favore dei partiti politici che rispettano i requisiti di trasparenza e democraticità da essa stabiliti".

I partiti fonderanno quindi il proprio sostentamento economico innanzitutto sulla base della ripartizione di quanto raccolto tramite la contribuzione volontaria rappresentata dal 2 per mille del gettito fiscale che i cittadini potranno scegliere di accordare ai diversi partiti (art. 12).

Nonostante la pari dignità dell'espressione di preferenza resa da ciascun elettore nell'indicare il soggetto cui destinare il 2 per mille, lo strumento pare suscettibile di produrre una distribuzione del gettito iniqua e probabilmente discriminatoria in ragione delle diverse caratteristiche censitarie delle basi elettorali e di simpatizzanti dei diversi partiti²⁸, poiché è evidente che la diversa estrazione sociale e di provenienza geografica dei gruppi che sostengono i vari partiti potrà dare origine ad una distribuzione dei finanziamenti che non farà che fotografare i diversi *cleverages* economici, i "rapporti di forza" presenti nella società. Si rischia quindi di tendere a perpetuare tali assetti, anziché contribuire a fornire parità di *chances* ai partiti²⁹.

Non sembra idonea a risolvere tale problematica distorsione la previsione di un tetto massimo complessivo del fondo, che verrà

istituzioni esistenti, con le attuali competenze, concordino delle soluzioni concrete per l'effettiva attuazione delle norme sul finanziamento dei partiti e delle campagne elettorali; ii) rinsaldare la cooperazione e il coordinamento degli sforzi, a livello concretamente operativo, tra le autorità incaricate della sorveglianza delle finanze dei soggetti politici, da un lato, e le autorità di controllo fiscale e le forze di polizia, dall'altro. Vii - riformare l'attuale sistema di sanzioni amministrative e penali relative alle infrazioni delle norme sul finanziamento della politica al fine di assicurare che le stesse siano efficaci, proporzionate e dissuasive".

²⁸ Come rilevato da F. SORRENTINO, *Audizione presso la I Commissione (affari costituzionali) della Camera*, seduta del 26 giugno 2013, 15.

²⁹ Sul tema v. P. RIDOLA, *Finanziamento della politica ed eguaglianza delle chances*, in *Finanziamento della politica e corruzione*, cit., in particolare 33 ss.; ID., *Le regole costituzionali del pluralismo politico e le prospettive del diritto dei partiti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, 2694.

costituito e che sarà riferito quindi, se si interpreta bene la disciplina *de qua*, all'insieme dei partiti destinatari delle erogazioni. Il tetto riguarderà quindi la soglia massima di quanto potrà essere sottratto dal bilancio dello Stato, ma non di quanto verrà versato singolarmente a ciascun partito. Desta quindi preoccupazioni un sistema che anziché configurare la politica come occasione, anche tramite il finanziamento ai partiti, per consentire, nel rispetto del pluralismo, la rappresentazione del conflitto e la trasformazione sociale per il tramite della rappresentanza politica, rischia di cristallizzare le linee di divisione politica e sociale³⁰, realizzando quanto profetizzato da Fraenkel, secondo cui “il sistema rappresentativo non riesce mai interamente a negare le proprie origini storiche derivanti dal sistema dei ceti”³¹. In proposito neanche la disciplina di attuazione cui rinvia la legge di conversione n. 13 del 2014, nel disciplinare le modalità di riparto del fondo sembra affrontare minimamente la questione³².

Oltre al meccanismo del 2 per mille, vi è poi un secondo canale di finanziamento (art. 11) consistente nelle erogazioni da parte di soggetti privati per le quali viene stabilito un limite massimo di

³⁰ Si veda R. BORRELLO, *Il finanziamento pubblico dei partiti nella dinamica dello stato di democrazia pluralista*, cit., 372, che ricorda come storicamente, a seguito dell'allargamento del suffragio universale, occorreva adottare un correttivo “dell'ineguale distribuzione delle risorse presente a livello di sistema economico, non rilevante nello stato monoclasse ed oligarchico, ma che, nel nuovo contesto, avrebbe determinato, se lasciato liberamente operare nella contesa politica, una altrettanto ineguale potenzialità partecipativa, sia sul piano attivo che passivo”.

³¹ Così E. FRAENKEL, *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico*, a cura di L. Ciaurro e C. Forte, (1958) Torino 1994, 39-40.

³² Il DPCM di natura non regolamentare del 28-5-2014 è pubblicato in GU, serie generale, il 15-7-2014. L'atto è disciplinato all'art. 12, comma 3, della legge n. 13 del 2014 secondo cui “Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di natura non regolamentare, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, su proposta del Ministro per le riforme costituzionali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono stabiliti i criteri e le modalità per il riparto e la corresponsione delle somme spettanti ai soggetti aventi diritto sulla base delle scelte operate dai contribuenti, in modo da garantire la tempestività e l'economicità di gestione, nonché le modalità di semplificazione degli adempimenti e di tutela della riservatezza e di espressione delle scelte preferenziali dei contribuenti. Come ricorda A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo “di natura non regolamentare” che producono effetti normativi*, «Quella dei decreti ‘di natura non regolamentare’ costituisce, dunque, una conseguenza estrema della perdita di senso del principio di separazione dei poteri, dell'indifferenza per le forme, del prevalere di interessi particolari, insuscettibili di tradursi in una sintesi collettiva, sostenuta dal consenso», in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 5075.

centomila euro annui e la detraibilità dall'IRPEF del 26% delle cifre relative alle donazioni fino a 30.000. La conseguente decurtazione del gettito versato all'erario rende possibile ascrivere anche questa fonte ad una forma di finanziamento pubblico indiretto.

I due canali di finanziamento sono accessibili ai partiti che abbiano requisiti di rappresentatività garantiti dalla presenza di eletti nelle istituzioni rappresentative, requisiti che sono differenziati per le due fonti di finanziamento. Si escludono quindi da ogni forma di finanziamento, anche sotto forma di rimborso, i nuovi soggetti politici eventualmente suscettibili di venire ad esistenza³³. Entrambi i canali di finanziamento sono poi inaccessibili per i partiti che non abbiano più una rappresentanza in parlamento, previsione apparentemente volta ad evitare, tra gli altri, quei fenomeni verificatisi in passato di soggetti politici che continuavano a ricevere finanziamenti, lungo tempo dopo il loro scioglimento³⁴.

Una rilevanza, ai fini della disciplina di agevolazione fiscale per le donazioni, è attribuita ai partiti abbastanza radicati territorialmente da presentare candidature per le elezioni regionali, politiche o europee almeno in tre regioni, o comunque da ottenere un eletto a uno qualsiasi dei succitati livelli, richiedendosi invece, per l'accesso del partito al finanziamento del 2 per mille, il criterio più restrittivo consistente nell'aver almeno un eletto al Parlamento europeo o alle elezioni politiche.

La democraticità e trasparenza dei partiti, garantita tramite una serie di prescrizioni inerenti il contenuto minimo degli statuti, l'iscrizione nel registro dei partiti riconosciuti, previo controllo, e alcune misure di trasparenza finanziaria relative principalmente alla

³³Al finanziamento privato in regime fiscale agevolato accedono i partiti che "abbiano conseguito nell'ultima consultazione elettorale almeno un candidato eletto sotto il proprio simbolo, anche ove integrato con il nome di un candidato, alle elezioni per il rinnovo del Senato della Repubblica, della Camera dei deputati, dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia o in uno dei consigli regionali o delle province autonome di Trento e di Bolzano, ovvero abbiano presentato nella medesima consultazione elettorale candidati in almeno tre circoscrizioni per le elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati o in almeno tre regioni per il rinnovo del Senato della Repubblica, o in un consiglio regionale o delle province autonome, o in almeno una circoscrizione per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia" mentre l'accesso al 2 per mille è riservato ai partiti che abbiano "conseguito nell'ultima consultazione elettorale almeno un candidato eletto sotto il proprio simbolo alle elezioni per il rinnovo del Senato della Repubblica, della Camera dei deputati o dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia".

³⁴ Sul tema v. però il contenzioso nato nell'ultimo anno, su cui *infra*, par. 5.

pubblicità e correttezza dei bilanci rappresenta il secondo ordine di requisiti per l'accesso alle nuove forme di finanziamento. Tramite tali prescrizioni si è tentata una prima parziale attuazione dell'art. 49 Cost. dopo quella già introdotta con la legge del 2012, che aveva rappresentato un primo passo sulla strada indicata dai costituzionalisti nel lungo dibattito sul tema³⁵. Come già si è ricordato, l'inefficacia della scelta di affidare la garanzia della democrazia interna esclusivamente alle regole privatistiche degli statuti e alla giurisdizione ordinaria è evidente agli osservatori negli ultimi decenni³⁶.

Con la legge del 2012 si era proceduto ad una prima blanda attuazione della norma costituzionale, che senza portare ad un vero e proprio ingresso dello Stato nella vita interna dei partiti orientava gli stessi verso la garanzia della democraticità delle cariche e della dialettica interna. La legge n. 96 richiedeva infatti che gli statuti si conformassero “ai principi democratici nella vita interna con particolare riguardo alla scelta dei candidati, al rispetto delle minoranze e ai diritti degli iscritti” (art. 5), oltre a porre una serie di obblighi di trasparenza e controlli in relazione ai finanziamenti pubblici e privati. La disciplina del 2014 affronta il problema diversamente, ancorando la possibilità di accedere ai finanziamenti al rispetto di una serie di contenuti minimi imposti agli statuti, anche se singolarmente nelle sue disposizioni non si menziona espressamente la democrazia interna (se non nell'intitolazione del Capo II). L'art. 3 è la disposizione cardine della disciplina, poiché con esso si prevede per i partiti che intendano avvalersi del nuovo sistema di finanziamenti indiretti un sistema di registrazione ed un contenuto minimo per gli statuti redatti con atto pubblico.

Si apre dunque la possibilità di un duplice binario, per partiti non registrati e partiti registrati, dotati della possibilità di accedere alle fonti di finanziamento di cui si è parlato, e, all'interno di questo secondo gruppo, tra i partiti che accedano solo al finanziamento

³⁵ Sul punto E. ROSSI, *La democrazia interna nei partiti politici*, in *Rivistaic.it* 1/2011, 2ss.; v. anche gli interventi raccolti in *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Atti del XXIII Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Alessandria 17-18 ottobre 2008, Napoli 2009.

³⁶ Sul punto v. E. ROSSI, *La democrazia interna nei partiti politici*, cit., 11. L'importanza di tali strumenti veniva invece esaminata nei celebri studi risalenti di P. RESCIGNO, in *Persona e comunità*, Bologna, 1966.

privato, e partiti ammessi anche a ricevere il gettito proveniente dalle erogazioni calcolate sulla base del 2 per mille³⁷.

Gli statuti devono indicare inequivocabilmente la denominazione, il simbolo ed altri aspetti tradizionalmente da sempre indicati, quali gli organi e i diritti e doveri degli iscritti³⁸. La previsione è tuttavia innovativa poiché essa va oltre questi requisiti, tentando di costruire una disciplina della democrazia interna che ricollegli per i partiti la possibilità di accedere al finanziamento alla presenza di una serie di contenuti ulteriori.

I numerosi elementi indicati come contenuto necessario degli statuti registrati paiono tuttavia suscettibili di produrre un impatto tutto sommato poco significativo³⁹, trattandosi in realtà della necessaria presenza di regole ed obblighi eminentemente formali, che inevitabilmente lasciano la più ampia libertà ai partiti di modularne i contenuti. Se questi ultimi scegliessero di non portare a compimento da un punto di vista sostanziale il fine del metodo democratico tramite tali strumenti, la nuova disciplina, pur ricollegando da un punto di vista astratto l'accesso al finanziamento al rispetto dell'art. 49, non riuscirebbe in concreto a produrre alcun effetto innovativo in termini di attuazione della democrazia interna nei partiti. Uno statuto che prevedesse ad esempio la convocazione di assemblee congressuali, ma solo ogni cinque anni, o anche la composizione esclusivamente monocratica degli organi, o infine disciplinasse sì la scelta delle candidature, ma affidandola al solo segretario o comunque all'organo

³⁷ F. BIONDI, *L'abolizione del finanziamento pubblico diretto ai partiti politici e le regole introdotte dal d.l. n. 149 del 2013*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*, 6/2014, 4.

³⁸ Sugli statuti dei partiti italiani e la loro evoluzione v. P. MARSOCCHI, *Sulla funzione costituzionale dei partiti e delle altre formazioni politiche*, Napoli 2011, 151 ss.

³⁹ Ci si riferisce infatti all'indicazione del numero, la composizione e le attribuzioni degli organi deliberativi, esecutivi e di controllo; la previsione delle modalità della loro elezione e la durata dei relativi incarichi; la previsione della cadenza delle assemblee congressuali nazionali e locali; le procedure decisorie; la presenza di una disciplina che tuteli le minoranze interne e le pari opportunità; la disciplina delle procedure in caso di scioglimento e di chiusura delle sedi locali; la fissazione dei criteri di distribuzione delle risorse alle strutture territoriali; l'indicazione delle misure disciplinari; la previsione delle modalità di selezione delle candidature per le elezioni di ogni livello; l'indicazione dell'organo responsabile finanziario e dei rendiconti; la disciplina delle procedure per modificare lo statuto, il simbolo e la denominazione del partito; l'indicazione dell'organo responsabile della gestione economico-finanziaria e patrimoniale e della fissazione dei relativi criteri; infine l'indicazione dell'organo competente ad approvare il rendiconto di esercizio.

di vertice del partito, rispetterebbe formalmente la nuova disciplina legislativa⁴⁰.

La difficile ricerca di un punto di equilibrio tra la libertà dei partiti e la questione della democrazia interna è tema delicato, e compito difficile per il legislatore, come dimostrano anche altre esperienze costituzionali⁴¹. E proprio per questo probabilmente un compiuto dibattito parlamentare avrebbe forse consentito di approfondire le problematiche coinvolte dal provvedimento anche in merito a questo aspetto, prevedendo magari poche regole sostanziali vincolanti su aspetti fondamentali, nel rispetto dell'autonomia dei partiti quanto ad ogni altro aspetto⁴².

Un passo avanti viene tuttavia compiuto almeno sul piano della trasparenza nella legge del 2014, poiché i partiti saranno tenuti a definire nello statuto quanto meno il *quantum* di democraticità cui aspirano, oltre a garantire una migliore conoscibilità degli statuti, delle loro modifiche e dei rendiconti, grazie alla pubblicazione online degli stessi⁴³.

Il controllo sul rispetto degli obblighi che si sono descritti è affidato alla “Commissione di garanzia sugli statuti e per la trasparenza ed il controllo dei rendiconti dei partiti politici” (con un cambio di denominazione rispetto alla commissione composta da cinque magistrati già disciplinata dall’art. 9 comma 3 della legge n. 96 del 2012), che verifica “la presenza nello statuto degli elementi indicati”, e procede “all’iscrizione del partito nel registro nazionale, da essa tenuto”. Come si vede bene il controllo attiene quindi alla mera presenza delle clausole, ma non può riguardare il contenuto delle stesse, gli obblighi di democrazia interna imposti limitandosi quindi al rispetto di regole di tenore esclusivamente formale⁴⁴.

⁴⁰ Diversamente M. RUBECHI, *La trasparenza nel finanziamento della politica*, cit., 153, che ritiene che la nuova legge intervenga “in maniera molto robusta sulla struttura interna del partito politico, tentando di dare una prima attuazione al <metodo democratico> attraverso l’individuazione di un contenuto minimo obbligatorio per gli statuti”.

⁴¹ V. ad esempio la giurisprudenza costituzionale tedesca in materia, su cui R. BORRELLO, *Il finanziamento pubblico dei partiti*, cit., 384.

⁴² Si pensi ad esempio alla cadenza dei congressi, ed alla disciplina di alcuni requisiti minimi per lo svolgimento delle primarie, di cui oggi si discute molto.

⁴³ Sul punto v. M. RUBECHI, *La trasparenza nel finanziamento*, cit., 154.

⁴⁴ Salvo forse quella sulle pari opportunità, su cui v. *infra*.

3.2 La Commissione di garanzia sugli statuti e la "sanatoria" introdotta dalla legge n. 175 del 2015

La Commissione di garanzia degli statuti controlla inoltre i rendiconti consolidati (art. 8) ed è probabilmente questo l'aspetto su cui maggiore potrebbe essere l'impatto delle sue decisioni, prevedendo la legge n. 13 il potere di irrogare sanzioni amministrative in caso di violazione della disciplina, con decisioni che non si chiarisce bene quando siano impugnabili dinanzi al giudice amministrativo e quando al giudice ordinario⁴⁵. Restano per ora controversi diversi aspetti della nuova disciplina, non essendo chiaro quanto il sindacato del giudice amministrativo potrà spingersi a fondo nel riesame di decisioni assunte dai componenti della Commissione, provenienti rispettivamente uno dal Consiglio di Stato, tre dalla Corte dei conti e uno dalla Cassazione⁴⁶. Da questo punto di vista il mero richiamo alla Costituzione e all'ordinamento Ue contenuto nell'art. 3 comma 2, non pare sufficiente a garantire un sindacato sulla disciplina degli statuti che vada oltre la presenza dei contenuti minimi⁴⁷.

L'unica eccezione a quanto sopra si è criticamente delineato pare essere costituita dall'attenzione prestata dal legislatore all'effettività delle norme poste circa la questione di genere. Nella richiamata disciplina si prevede infatti che in caso di violazione della norma sulle pari opportunità nell'accesso alle cariche elettive (che prevede la presenza di almeno il 40% di candidature di ciascun genere per le politiche e le europee) la Commissione irroghi la sanzione della riduzione dell'accesso al fondo del 2 per mille "in misura percentuale

⁴⁵ Parrebbe di poter ritenere che solo per le sanzioni pecuniarie l'art. 13 bis, che rinvia all'art. 8 comma 8, affidi la giurisdizione al giudice ordinario.

⁴⁶ La composizione della Commissione sembra ricalcare quella della *Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques* (CNCCFP), che ha però nove componenti e, a differenza della sua omologa italiana, può adire il giudice elettorale competente (*Conseil constitutionnel*, *Conseil d'Etat* e tribunali amministrativi). Discutibile la qualificazione della suddetta Commissione come autorità indipendente operata da H. CAROLI CASAVOLA, cit., 323, date anche le dimensioni e la natura circoscritta del controllo, cui pare estraneo qualunque margine di discrezionalità.

⁴⁷ Diversamente, rileva che il necessario rispetto della Costituzione e dell'ordinamento Ue da parte degli statuti, potrà rendere il controllo che potrà essere svolto dalla Commissione non esclusivamente formale, R. DE NICTOLIS, *La giurisdizione esclusiva sul finanziamento dei partiti politici: un nuovo guazzabuglio normativo*, in *Federalismi.it*, 19 marzo 2014, 6, che ricostruisce la posizione e qualificazione giuridica degli statuti come equiparata alla legge.

pari allo 0,50 per ogni punto percentuale di differenza tra 40 e la percentuale dei candidati del sesso meno rappresentato, nel limite massimo complessivo del 10 per cento”⁴⁸.

Esaurita la fase dei controlli, lo statuto rispettoso delle prescrizioni legislative viene pubblicato⁴⁹, onere cui si aggiungono obblighi di trasparenza e controlli, in sostanziale continuità con quanto già previsto dalla legge del 2012. Da questo punto di vista la decisione di affidare la certificazione dei rendiconti dei partiti a società di revisione e la sottrazione dei bilanci al controllo della Corte dei conti ha suscitato più di una perplessità⁵⁰, così come l’esistenza di tre livelli di controlli privi di alcuno strumento di raccordo e affidati a soggetti diversi: quello sui rendiconti dei gruppi consiliari regionali, quello sui rendiconti dei gruppi parlamentari e quest’ultimo ora indicato.

Naturalmente, la questione dei controlli è centrale in quanto funzionale e direttamente servente rispetto a quella del recupero di credibilità dei soggetti della democrazia rappresentativa⁵¹, e per questo pare grave che alcuni degli obblighi imposti in questo ambito siano aggirabili, come dimostrano esemplarmente le disposizioni legate alle fondazioni e associazioni di cui all’art. 5 comma 4⁵².

⁴⁸ Art. 9, che prevede inoltre che “Ai partiti politici che non abbiano destinato una quota pari almeno al 10 per cento delle somme ad essi spettanti ai sensi dell’articolo 12 ad iniziative volte ad accrescere la partecipazione attiva delle donne alla politica, la Commissione applica la sanzione amministrativa pecuniaria pari a un quinto delle somme ad essi spettanti ai sensi dell’articolo 12.

4. A decorrere dall’anno 2014, è istituito un fondo in cui confluiscono le risorse derivanti dall’applicazione dei commi 2 e 3.

5. Le risorse del fondo di cui al comma 4 sono annualmente suddivise tra i partiti iscritti nella seconda sezione del registro di cui all’articolo 4 per i quali la percentuale di eletti del sesso meno rappresentato in ciascuna elezione sia pari o superiore al 40 per cento e sono ripartite in misura proporzionale ai voti ottenuti da ciascun partito nell’elezione di riferimento. Per i fini di cui al presente comma, si considerano gli eletti dopo l’esercizio delle opzioni, ove previste dalla normativa elettorale vigente”.

⁴⁹ La pubblicazione dello statuto così come di ogni sua successiva modifica, che viene analogamente sottoposta al controllo della Commissione, è in Gazzetta ufficiale e online, sul sito internet del Parlamento italiano.

⁵⁰ Sul punto F. SORRENTINO, in *Audizione presso la I Commissione (affari costituzionali) della Camera*, seduta del 26 giugno 2013, 16.

⁵¹ Sul punto v., già in relazione alla legge del 2012, l’intervento di G. AZZARITI, *Finanziare la politica*, in *Il Manifesto*, 17-4-2012. V. anche F. SORRENTINO in *Audizione*, cit.

⁵² Secondo cui “Alle fondazioni e alle associazioni la composizione dei cui organi direttivi sia determinata in tutto o in parte da deliberazioni di partiti o movimenti politici, nonché alle fondazioni o alle associazioni che erogino somme a titolo di liberalità o

Le fondazioni restano sottratte all'ambito di applicazione della legge n. 13 del 2014, salvo nel caso in cui finanzino i partiti per più del 10% dei propri proventi di esercizio, mentre sarebbe stato necessario che fossero investite da un obbligo di trasparenza ogni qualvolta esse possano essere ritenute collaterali ai partiti, per le attività svolte o alla luce della composizione dei loro organi interni. Esaminando i siti internet di alcune tra le principali fondazioni collegate *de facto* ai principali partiti italiani⁵³ si può constatare come esse non pubblichino i bilanci *online*, né diano conto delle regole di composizione degli organi, laddove più in generale tacciono su ogni rapporto con i partiti⁵⁴.

Allo stato, quanto la fretta del legislatore sia stata poco lungimirante, anche in relazione all'effettività del controllo svolto dalla Commissione di garanzia, è dimostrato dalla vicenda che ha portato alle dimissioni, poi rientrate, dei componenti della Commissione in relazione alla carenza di risorse a disposizione per lo svolgimento dei compiti istituzionali⁵⁵. A seguito di questa vicenda è stata approvata in gran fretta, come intervento tampone, la legge n. 175 del 27 ottobre 2015, recante *Modifiche all'articolo 9 della legge 6 luglio 2012, n. 96, concernenti la Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici* con la quale si è previsto che “Per lo svolgimento dei compiti ad essa affidati dalla legge la Commissione può altresì avvalersi di cinque unità di personale, dipendenti della Corte dei conti, addette alle attività di revisione, e di due unità di personale, dipendenti da altre amministrazioni pubbliche, esperte nell'attività di controllo contabile”. Ciò che però ha suscitato più di una perplessità è stata la scelta di

contribuiscano al finanziamento di iniziative o servizi a titolo gratuito in favore di partiti, movimenti politici o loro articolazioni interne o di parlamentari o consiglieri regionali, in misura superiore al 10 per cento dei propri proventi di esercizio dell'anno precedente, si applicano le prescrizioni di cui al comma 1 del presente articolo, relative alla trasparenza e alla pubblicità degli statuti e dei bilanci.”

⁵³ Si vedano ad es. i casi della fondazione *Vedrò* e della fondazione *Italianieuropei*, entrambe guidate da due ex presidenti del Consiglio. Sui limiti al finanziamento posti ora per le fondazioni in uno dei ddl attualmente all'esame, v. infra, par. 5.

⁵⁴ Quanto al centrodestra, la fondazione *Fare Futuro* pubblica lo statuto online.

⁵⁵ La vicenda era annunciata dai quotidiani di luglio 2015 (*Bilanci dei partiti? Commissione di garanzia: “impossibile capire se sono veri o falsi”* in *Il Fatto Quotidiano*, 3 luglio 2015) e ripresa a settembre quando è iniziata la discussione del ddl (*Alla Camera sanatoria sul finanziamento ai partiti. Grillo attacca: “Legge truffa”*, 9 settembre 2015 in *La Repubblica*).

approfittare della legge che si approvava per introdurre inoltre una sorta di sanatoria, prevedendo che “Le modalità per l'effettuazione della verifica di conformità previste dall'articolo 9, comma 5, primo periodo, della legge 6 luglio 2012, n. 96, si applicano con riferimento ai rendiconti dei partiti politici relativi agli esercizi successivi al 2014”. Con la disposizione richiamata si sono quindi sottratti al controllo di regolarità i bilanci dei partiti degli anni 2013 e 2014, ritardando ulteriormente anche sotto questo profilo l'entrata in funzionamento di una disciplina dettata, come si è già ricordato, sulla base del presupposto della sua necessità ed urgenza. Si è inoltre esteso l'ambito di applicazione degli ammortizzatori sociali previsti per i dipendenti dei partiti anche ai dipendenti operanti nelle articolazioni e sezioni territoriali dei partiti pur se non iscritti.

La recente legge introducendo dunque una sorta di “mini-sanatoria” rispetto alla disciplina sui controlli di regolarità dei bilanci sembra destinata ad offrire inevitabilmente una nuova freccia all'arco di chi batte per l'abolizione totale del finanziamento pubblico oltre ad aggiungere un ulteriore contributo a favore della già grave situazione di delegittimazione dei partiti politici italiani.

3.3. Circa la necessità di una legge sui partiti

Vale la pena ricordare, prima di procedere nell'esame che dovrà soffermarsi brevemente sulle vicende applicative della disciplina esaminata e su ulteriori possibili sviluppi in relazione alla disciplina dei partiti politici nel nostro ordinamento, che se la materia del finanziamento dei partiti può essere considerata parte integrante della cosiddetta legislazione elettorale di contorno, da ritenere sottoposta, come la materia elettorale *tout court*, alla riserva di assemblea di cui all'art. 72 ultimo comma Cost. e sottratta anche ai sensi dell'art. 15 della legge n. 400 del 1988 alla decretazione d'urgenza, per quanto attiene invece alla democrazia interna dei partiti e alla trasparenza che ad essa è servente, si viene probabilmente a ricadere nella materia costituzionale, anch'essa garantita dalla riserva di assemblea di cui all'art. 72 u. c. Cost. (ed art. 15 della legge n. 400 del 1988).

È noto come l'art. 49 non solo non sia stato alla base di interventi legislativi sino ad anni recenti (la legge n. 96 del 2012 può essere considerata la prima a far riferimento alla disposizione costituzionale, prevedendo un primo accenno alla necessità di una disciplina che

ancorasse il finanziamento pubblico alla democrazia interna), e si è già ricordato il dato che, nella sua volutamente indeterminata formulazione, esso non reca una chiara scelta dei costituenti in merito alla questione del finanziamento dei partiti⁵⁶.

La normativa sul finanziamento *pubblico* dei partiti non è quindi mai stata ritenuta disciplina costituzionalmente necessaria nella giurisprudenza della Corte costituzionale sull'ammissibilità del referendum, giurisprudenza che ha costantemente ammesso i quesiti referendari, meramente ablativi ad essa inerenti, che via via sono stati presentati nel 1978, nel 1993 e nel 2000⁵⁷.

Alla luce di questo dato, si deve ora rilevare come il disposto dell'art. 49 prefiguri nel suo contenuto essenziale un sistema nel quale vi sia innanzitutto una pluralità di partiti. In secondo luogo da tale disposizione discende il principio secondo cui i partiti debbano agire, quanto meno al loro esterno, in base al metodo democratico, metodo che non concerne soltanto l'esclusione della violenza dalle forme di azione oltre che di comunicazione politica, ma che è da ritenere si possa oggi leggere come metodo che prefigura la garanzia della parità di chance nell'arena politica di tutti i partiti.

In vista di ciò, l'esistenza di *una* disciplina sul finanziamento dei partiti che garantisca l'effettivo permanere di entrambe le condizioni nel sistema politico italiano parrebbe in realtà da considerare come certamente necessaria. L'assenza tuttavia di una riserva di legge in tale ambito, dovuta alle ragioni storiche e politiche che si sono già ricordate, potrebbe essere ovviata grazie ad una ricostruzione che ritenesse una disciplina di attuazione dell'art. 49 come legge che ci si potrebbe spingere a considerare magari anche costituzionalmente necessaria al fine di garantirne il rispetto, così come avvenuto in relazione ad altri principi costituzionali che non avevano sino a quel momento ricevuto attuazione legislativa.⁵⁸ Non è tuttavia ad oggi possibile ritenere che la Costituzione prefiguri una delle diverse forme

⁵⁶ Sul punto si soffermano anche gli interventi nell'audizione presso la I Commissione della Camera dei deputati, cit.

⁵⁷ Le relative decisioni di ammissibilità sono la n. 16 del 1978, la n. 30 del 1993, la n. 32 del 2000.

⁵⁸ Il riferimento principale è alla legge n. 40 del 2004 sulla fecondazione medicalmente assistita e alla nota giurisprudenza costituzionale sull'ammissibilità del referendum, tra cui spicca la sentenza n. 45 del 2005.

di finanziamento (pubblico, privato, misto) come preferita alle altre,⁵⁹ pure se un riferimento all'esperienza legislativa degli altri paesi Ue conferma il dato della ineliminabilità del contributo pubblico ai partiti nei regimi democratici. In Italia, in sede di giudizio di ammissibilità, come detto, la Corte costituzionale non ha rinvenuto ostacoli ai referendum sul finanziamento dei partiti discendenti dal rapporto tra disciplina del finanziamento *pubblico* e norme costituzionali. Tuttavia, alla luce del mutato contesto politico e sociale, e delle trasformazioni subite dalla forma di governo, si può oggi iniziare a riflettere sul dato per cui la presenza di *una disciplina sul finanziamento* (a prescindere dai suoi contenuti di dettaglio), si rende necessaria, come anche, più ampiamente, di una disciplina sui partiti, al fine di preservare il metodo democratico nella sua doppia chiave 'esterna', quella cioè attinente alla pluralità dei partiti e la loro dialettica, ed 'interna'.

Si può quindi certamente sottoscrivere l'idea, che si va sempre più affermando, della necessità di una disciplina dei partiti, comprensiva di regole sul finanziamento che pongano una limitazione alla concentrazione di finanziamenti privati oltre una certa soglia, a favore di un unico partito, oltre a garantire un minimo accesso a risorse pubbliche, anche in forma indiretta (come le agevolazioni fiscali, o gli spazi gratuiti sui mezzi di informazione) per tutti i partiti che abbiano minimi requisiti di rappresentatività.

Detto questo, se si vuole rimanere nel panorama europeo della legislazione comparata in materia⁶⁰, pur lasciando alla scelta discrezionale del legislatore l'individuazione delle forme più opportune affinché il finanziamento pubblico non disincentivi i partiti dal mantenere attiva la partecipazione, anche tramite la ricerca di finanziamenti presso gli iscritti, magari tramite il meccanismo dei *matching funds*, o infine disincentivando la frammentazione partitica tramite la fissazione di soglie minime per accedere ai finanziamenti⁶¹, è da ritenere che la totale abolizione di ogni forma di finanziamento

⁵⁹ In un analogo ordine di idee si collocava la proposta, avanzata in seno alla Commissione bicamerale per le riforme del 1983, di prevedere una riserva di legge all'interno dell'art. 49 per "garantire la partecipazione degli iscritti a tutte le fasi di formazione della volontà politica dei partiti", come ricorda E. ROSSI, *La democrazia interna nei partiti politici*, cit., 7.

⁶⁰ F. DI MASCO e D. PICCIO, la regolazione dei partiti, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2 del 2015, 379 ss.

⁶¹ C. PINELLI, *op. ult. cit.*, 255.

pubblico non possa essere immaginata⁶². Un obiettivo imprescindibile che tale disciplina dovrà allora garantire riguarda la garanzia della parità delle armi messe, anche solo potenzialmente, a disposizione dei partiti che superino una soglia minima di rappresentatività.

Non è dunque un caso che tra i numerosi interventi legislativi che si sono susseguiti in questa materia dal 1974, nel tentativo di riuscire a raddrizzare la direzione intrapresa dal sistema politico italiano, l'unica ipotesi che non è mai stata tentata infatti è quella dell'assenza di qualsiasi disciplina del fenomeno. Nello stratificarsi degli interventi legislativi sul finanziamento dei partiti un dato è sempre rimasto costante, ed è stato però quello della "solidarietà trasversale fra forze politiche", che sembra aver inficiato alla radice tutti i provvedimenti che si sono susseguiti⁶³.

La disciplina del 2013-2014 si avvia a disciplinare tuttavia un panorama politico nuovamente in trasformazione a seguito della modifica del sistema elettorale, del bicameralismo, e forse anche di altri fattori. Ci si può chiedere quindi se le disposizioni di cui alla legge n. 13 del 2014 non saranno probabilmente già superate nel momento in cui la normativa andrà a regime. Per quanto concerne il 2 per mille in particolare, ci si può interrogare su quale potrà essere, nel clima di disaffezione per la politica oramai diffuso, la portata dell'utilizzazione di tale strumento, la cui devoluzione, va ricordato, è facoltativa per i-contribuenti,. A tal fine sarà forse possibile tamponare temporaneamente un eventuale insuccesso della disciplina in base all' art. 11 c.11 che prevede che il MEF possa integrare il relativo fondo.

Il meccanismo era già stato introdotto con la legge n. 2 del 1997, all'indomani del referendum, che consentiva ai cittadini di devolvere il 4 per mille del reddito delle persone fisiche, senza specificare però la preferenza per un partito⁶⁴. Si prevedeva che il fondo così costituito

⁶² Anche V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente, Firenze 1969, , segnalava la non necessaria implicazione del finanziamento pubblico nell'art. 49.

⁶³ Come acutamente la definisce C. PINELLI, *Le spese elettorali: limiti, controlli, rimborsi, sanzioni*, cit., 246. Analogamente, ID., *Il punto su disciplina e finanziamento dei partiti*, in *Diritto pubblico* 2000, 153. Analogamente, v. T. E. FROSINI, *Finanziamento dei partiti e corruzione: brevi note*, cit., 426, secondo cui "il vero limite di una (buona) legge sui partiti è che sono gli stessi partiti a doverla scrivere, votare ed approvare".

⁶⁴ Per questo, è stato detto in proposito che "i fautori della riforma hanno segato il ramo su cui erano seduti", così C. PINELLI, *Le spese elettorali: limiti, controlli, rimborsi*,

venisse poi distribuito in misura proporzionale ai voti ottenuti da parte delle diverse forze politiche che avessero almeno un eletto alle politiche, oltre che sulla base del principio di tutela delle minoranze linguistiche.⁶⁵ A partire dalla scarsa “popolarità” dei partiti presso i contribuenti già allora, tra i quali non sembra sia stata molto diffusa la scelta di utilizzare lo strumento della contribuzione volontaria disciplinato dalla legge del 1997, a cui si aggiunse poi la difficoltà per il ministero delle finanze di calcolare in tempi rapidi le somme da erogare ai singoli partiti, la disciplina si rivelò inidonea ad essere applicata, e si dovette quindi supplire alla carenza di risorse messe a disposizione dei partiti con due corposi interventi di finanziamento *una tantum* nel 1997 e 1998, fino a quando il sistema non fu poi abrogato con la legge n. 157 del 1999⁶⁶. La legge 2 del 1997 aveva poi incontrato l’ulteriore ostacolo del contrasto che si riteneva essa avesse rappresentato rispetto all’esito referendario, ed infatti in relazione ad essa i promotori del referendum tentarono la via di un conflitto di attribuzioni⁶⁷. Oggi lo stesso incerto destino potrebbe attendere la nuova disciplina così simile a quella posta allora.

Quanto al secondo meccanismo su cui si impernia il decreto legge n. 149 del 2013, le detrazioni dalle erogazioni liberali, ci si può chiedere se il finanziamento privato grazie all’incentivo costituito dalla detrazione (ed il suo conseguente peso sul gettito fiscale), non possa rischiare di finire con l’accrescere l’influenza dei privati, in particolare di grandi gruppi economici, sui partiti e sui processi

sanzioni, in *La legislazione elettorale italiana*, a cura di R. D’Alimonte e C. Fusaro, Bologna 2008, 237.

⁶⁵ La legge prevedeva altresì un intervento di incentivazione alle donazioni da parte dei privati tramite la detraibilità del 19% per le erogazioni tra cinquecentomila e cinquanta milioni di lire, oltre alla detrazione di imposta per oneri per le società di capitali (artt. 15 e 78 DPR n. 917 del 1986). La suddetta disciplina, alla prova dell’applicazione, si dimostrò fallimentare. Le diagnosi di fallimento è condivisa, sebbene le cause indicate siano diverse; F. BIONDI, *Il finanziamento pubblico dei partiti*, cit., 88, segnala che furono finanziati ben quarantaquattro partiti, in alcuni casi personalmente ricollegabili a singoli parlamentari, mentre M. RUBECCHI, *La trasparenza nel finanziamento della politica*, cit., 148 sottolinea in particolare la disaffezione dei cittadini rispetto ai partiti dovuta alle vicende di corruzione dei primi anni ‘90. In tema v. anche L. STROPPIANA, *Finanziamento dei partiti: una legge contestata*, in *Quaderni costituzionali*, 1999, 652.

⁶⁶ Istitutiva dei quattro fondi annuali, per Camera, Senato, Parlamento europeo e Consigli regionali.

⁶⁷ Dichiarato però inammissibile con sentenza n. 9 del 1997, con nota di S. PANUNZIO, in *Giurisprudenza costituzionale* 1997.

decisionali che si svolgono al loro interno. Uno degli aspetti più rilevanti della disciplina introdotta, quello cioè relativo al controllo delle possibili influenze del sistema economico su quello politico⁶⁸, resta infatti, in definitiva, un nodo non sciolto, se si pensa che il tetto per le erogazioni (di centomila euro annui ai sensi dell'art. 5 comma 3) e la disciplina della trasparenza circa le erogazioni da parte dei privati paiono misure abbastanza semplicemente aggirabili.

In conclusione si deve poi ricordare ancora una volta come il punto più debole della disciplina sembri essere quello della “fallacia censitaria” dello strumento del 2 per mille, data la prevedibile inadeguatezza della distribuzione della contribuzione privata tra i diversi partiti, che non può che suscitare il dubbio che la nuova normativa non sia idonea a garantire il concorso con metodo democratico alla politica nazionale dei nostri partiti.⁶⁹ Siamo ancora una volta dinanzi ad una manifestazione di quel fenomeno per cui la sfera della politica, che non riesce a riformare se stessa⁷⁰ finisce col soggiacere al “pericolo insito in ogni organo sovrano della rappresentanza, di irrigidirsi in cricca attraverso l'isolamento, la cooptazione e la corruzione, e di perdere in tal modo il proprio carattere rappresentativo”, poiché “un sistema rappresentativo che non sappia far fronte alla ferrea legge dell'oligarchia è condannato all'autodistruzione”⁷¹.

L'aver dettato tale disciplina con un'accelerazione che ha portato a trasferirla dall'originario ddl nel testo di un decreto legge, quindi tramite l'elusione della mediazione parlamentare, con un'ennesima ricerca del “risultato” politico senza il lavoro legislativo, senza il peso del dibattito cioè, di cui esso è frutto, ha portato ad evitare di sciogliere i nodi di fondo.

Da un lato si imponeva al dibattito la necessità di evitare la totale dipendenza del partito dal finanziamento pubblico, costituente un risalente problema, che ha portato secondo alcuni i partiti ad essere inquadri *di fatto* nell'apparato pubblico⁷²; in secondo luogo, e forse

⁶⁸ M. DOGLIANI, *Il partito come strumento della separazione della politica dall'economia*, in *Democrazia e diritto* 2011, 491-503; R. BORRELLO, *Il finanziamento pubblico*, cit., 374.

⁶⁹ A. GIORGIS, in *Audizione*, cit.

⁷⁰ Su frattura moderna tra politica e morale v. M. DOGLIANI, *La rappresentanza politica come rappresentanza del “valore” di uno Stato concreto*, in *Democrazia e diritto* 2/2014, 18.

⁷¹ E. FRAENKEL, *La componente rappresentativa*, cit., 44.

⁷² R. BORRELLO, *Il finanziamento pubblico* cit., 385.

è l'aspetto più grave, preoccupati di “superare la logora antinomia tra un finanziamento tutto pubblico o tutto privato”⁷³, non sembra si sia riusciti con il decreto legge che si è esaminato a porre le basi per una disciplina pienamente rispettosa dei principi costituzionali, anche in vista di quell'attuazione dell'art. 49 che per ora annunciata, ma non del tutto svolta, come si vedrà nelle pagine che seguono, ora si prefigura come processo avviato e da portare a compimento nel breve periodo.

4. Il TAR e la Commissione di garanzia alle prese con alcuni nodi del decreto legge n. 149, dalla lettera ai problemi applicativi

La disciplina che si è sin qui esaminata ha subito lasciato emergere alcune criticità in sede applicativa che hanno richiesto oltre all'intervento del legislatore, cui si è appena fatto riferimento, anche quello del giudice amministrativo per ripristinare la tutela dei diritti di alcune formazioni politiche di minori dimensioni che, come si vedrà, rischiavano e in parte tuttora continuano a rischiare di essere comprese dalla disciplina esaminata.

Se apparentemente i compiti della Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici potevano ritenersi dotati di una incisività tutto sommato limitata, la decisione, assunta in sede di prima applicazione, con la quale l'esclusione dall'iscrizione, tra tutti i richiedenti, al registro di alcuni partiti ha subito suscitato un contenzioso davanti al giudice amministrativo, ha offerto un'occasione di riflessione circa il potenziale dirompente suscettibile di derivare dalla disciplina *de qua*, con la quale si disegna in modo non pienamente soddisfacente il potere di iscrizione al registro dei partiti da parte di tale organismo.

Tutte e tre le controversie sorte dinanzi al Tar del Lazio hanno dunque riguardato il provvedimento con cui la Commissione di garanzia ha negato la registrazione dei partiti ricorrenti ai fini dell'accesso al finanziamento⁷⁴.

⁷³ C. PINELLI, *Le spese elettorali: limiti, controlli, rimborsi, sanzioni*, cit., 247.

⁷⁴ La delibera del 20 marzo 2014 in oggetto e tutti gli altri provvedimenti della Commissione possono essere letti sul sito www.parlamento.it/1057.

Con tale delibera si era innanzitutto escluso dall'iscrizione nel registro, come si ricordava, un primo partito con due rappresentanti eletti al Parlamento europeo, oltre a dieci consiglieri eletti in sette Consigli regionali⁷⁵. L'esclusione dalla registrazione è stata disposta in questo, come negli altri due casi che si esamineranno, in forza di una disposizione –che sembrerebbe di poter ritenere – era stata introdotta *pour cause* in sede di conversione in legge all'art. 10 del decreto legge n. 149. Con essa si è previsto che non possano ottenere l'iscrizione nel registro di cui all'articolo 4 i “*partiti che non hanno più una rappresentanza in Parlamento*”. Tale disposizione appare peraltro difficilmente compatibile con quella di cui al successivo comma 2 che ammette invece ai benefici previsti dalla legge “partiti dotati di una più limitata rappresentatività”⁷⁶ (quali quelli che con altri “abbiano partecipato in forma aggregata a una competizione elettorale mediante la presentazione di una lista comune di candidati o di candidati comuni in occasione del rinnovo del Senato della Repubblica, della Camera dei deputati o delle elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, riportando almeno un candidato eletto, sempre che si tratti di partiti politici che risultino iscritti nel registro di cui all'articolo 4 prima della data di deposito del contrassegno”).

Un elemento sintomatico della irragionevolezza della disposizione di cui all'art. 10 c. 1 può derivare inoltre da un dato che, seppur meramente numerico, non pare tuttavia del tutto irrilevante. È infatti necessaria per l'elezione al Parlamento europeo l'espressione di un numero di consensi molto elevato e sicuramente maggiore rispetto a quello necessario per la rappresentanza nel Parlamento nazionale.⁷⁷ Se il criterio per l'accesso ai benefici della disciplina sul finanziamento è quello della rappresentatività, pur tenendo conto della diversa rilevanza ed ampiezza delle funzioni dei due organi rappresentativi, tale qualità non pare presente in misura inferiore nel singolo europarlamentare rispetto a quanto non lo sia in capo al singolo parlamentare italiano, eletto per di più nelle ultime legislature senza l'espressione di preferenze.

⁷⁵ L'Italia dei valori.

⁷⁶ Così il Tar Lazio, sentenza cit.

⁷⁷ Si pensi che nelle ultime elezioni europee del 2014 i voti di 28.991.258 elettori italiani sono serviti ad eleggere i rappresentanti per 73 seggi di eurodeputato.

La Commissione, nella delibera impugnata, aveva però interpretato in modo fedele alla chiara lettera del testo legislativo il termine Parlamento di cui all'alinea del richiamato art. 10. Aveva cioè ritenuto che lo stesso non fosse da riferire anche al Parlamento europeo, in quanto negli altri commi di questa e delle altre disposizioni del decreto legge n. 149, quando si fa riferimento alla diversa istituzione rappresentativa dei popoli dell'Ue lo si fa adoperando invece la locuzione completa ed ufficiale di "Parlamento europeo".

Tuttavia, il giudice amministrativo ha invece ritenuto di dover rivedere questa interpretazione in chiave "costituzionalmente orientata, in assenza della quale (...) dovrebbe sollevare d'ufficio questione di legittimità costituzionale" per violazione dell'art. 3 Cost. È stata quindi annullata la decisione con cui il partito ricorrente era stato escluso dall'iscrizione nel registro dei partiti e dai benefici previsti dalla legge, ritenendosi di poter estendere la portata del requisito di "un eletto" come riferita anche ai parlamentari europei.

Minor fortuna hanno avuto le istanze delle altre due formazioni politiche ricorrenti, rappresentate invece solo presso i Consigli regionali, in un caso di ben dieci Regioni e nell'altro di quattro.⁷⁸ Entrambi i ricorsi sono stati infatti respinti sulla base della mancanza per i partiti ricorrenti del requisito di cui all'art. 10 c. 1, ovvero di quell'elemento previsto da (un inciso contenuto in) quella disposizione che esclude dal regime dei benefici "i partiti che non hanno più una rappresentanza in Parlamento". Tuttavia, la *ratio* complessivamente sottesa alle disposizioni raccolte nell'art. 10, volta a garantire la rappresentatività delle formazioni che accedono alle forme di finanziamento privato e pubblico indiretto di cui si è parlato, come sembra rendersi evidente ed anzi macroscopico in queste decisioni, pare sostanzialmente stravolta in forza del richiamato inciso inserito nel comma 1, come già si diceva, in sede di conversione, ad integrare i due distinti requisiti di rappresentatività che il disposto dell'art. 10 prevede per accedere alle due forme di finanziamento indiretto⁷⁹.

⁷⁸ Si tratta del Partito della Rifondazione comunista Sinistra Europea, sul cui ricorso v. sentenza Tar Lazio, sez. I, n. 3915 del 9 marzo 2015, e del ricorso presentato dalla Federazione dei Verdi, deciso con sentenza Tar Lazio, sez. I, n. 3913 del 9 marzo 2015. Le due decisioni possono essere ritenute sentenze gemelle sono identiche in ogni loro elemento.

⁷⁹ Art. 10 c. 1: "A decorrere dall'anno 2014, i partiti politici iscritti nel registro di cui all'articolo 4, *ad esclusione dei partiti che non hanno più una rappresentanza in Parlamento,*

A poco è valsa anche in questo caso l'eccezione dei ricorrenti relativa alla dubbia legittimità costituzionale della disciplina, ritenendo il Tar "giustificato un intervento del legislatore teso a valutare la meritevolezza del beneficiario di opzioni che, sebbene rimesse alla valutazione dei contribuenti, hanno comunque effetti sul sistema fiscale nazionale". Non sembra avvedersi il giudice amministrativo che, negando la possibilità di un'interpretazione estensiva quale quella che era stata svolta nella pronuncia relativa all'Italia dei Valori, oltre all'accesso al giudizio di costituzionalità sulla suddetta disciplina, si è finito col negare la tutela non solo ai partiti ricorrenti che si vedono negare l'accesso ai benefici derivanti dalla registrazione, ma anche ai cittadini titolari del diritto alla scelta di versare il 2 per mille al partito per il quale simpatizzano o di ottenere le detrazioni per le erogazioni a favore di formazioni politiche radicate sul territorio al punto di essere rappresentate nei consigli di una pluralità di Regioni. Una scelta irragionevole se si riflette peraltro anche qui sull'elevato consenso necessario per raggiungere le migliaia e migliaia di voti di preferenza necessari per l'elezione nei consigli regionali, oltre che sul dato per cui la loro inclusione nell'elenco dei partiti registrati beneficiari del finanziamento indiretto difficilmente avrebbe potuto avere un impatto significativo sulla fiscalità generale. Lo stesso Tar sottolinea la carente rilevanza sul piano della dimensione nazionale delle suddette forze politiche ritenute di rilievo "meramente locale", adducendola a giustificazione di una diversa rilevanza dei partiti ricorrenti rispetto a quelli che, in conformità all'art. 49 concorrono "a determinare la politica nazionale". Con tale affermazione non solo si ammette implicitamente la scarsa incidenza

possono essere ammessi, a richiesta: a) *al finanziamento privato in regime fiscale agevolato* di cui all'articolo 11, qualora abbiano conseguito nell'ultima consultazione elettorale almeno un candidato eletto sotto il proprio simbolo, anche ove integrato con il nome di un candidato, alle elezioni per il rinnovo del Senato della Repubblica, della Camera dei deputati, dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia o in uno dei consigli regionali o delle province autonome di Trento e di Bolzano, ovvero abbiano presentato nella medesima consultazione elettorale candidati in almeno tre circoscrizioni per le elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati o in almeno tre regioni per il rinnovo del Senato della Repubblica, o in un consiglio regionale o delle province autonome, o in almeno una circoscrizione per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia; b) *alla ripartizione annuale delle risorse* di cui all'articolo 12, qualora abbiano conseguito nell'ultima consultazione elettorale almeno un candidato eletto sotto il proprio simbolo alle elezioni per il rinnovo del Senato della Repubblica, della Camera dei deputati o dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia".

sul bilancio dello Stato dell'eventuale inclusione degli stessi tra i partiti registrati idonei ad accedere a eventuali benefici indiretti,⁸⁰ ma il giudice amministrativo sembra tradire una lettura della norma costituzionale ancorata ad una concezione della rappresentanza tutto sommato ferma rispetto all'evoluzione da tempo in atto nel regionalismo italiano e che trova nell'impronta fortemente pluralista della Costituzione repubblicana il suo punto di riferimento. Va inoltre rimarcato come la disciplina richiamata appaia "contraria al principio, desumibile in particolare dagli artt. 3 e 49 della Carta, in base al quale a tutti i partiti politici vanno garantite identiche condizioni di partenza, nella competizione elettorale così come in quella per la raccolta dei fondi da parte di sostenitori, simpatizzanti, imprese e altre associazioni"⁸¹.

Sembrerebbe quindi di doversi registrare che per il tramite della disciplina di cui alla legge n. 13 si sia venuta a produrre una sorta di distorsione in senso maggioritario anche in questo campo poiché, la scelta volta a privilegiare i partiti maggiori tramite la decisione di ancorare alle preferenze dei cittadini la distribuzione del 2 per mille o le erogazioni liberali sarebbe già stata in grado di produrre un quadro nel quale pochi partiti avrebbero ottenuto una quota più significativa di finanziamenti, senza introdurre nella disposizione l'inciso incriminato che li avvantaggia ulteriormente⁸².

La vicenda giudiziaria, di cui si è riferito principalmente per l'occasione che offre di valutare in concreto l'impatto della nuova disciplina, si è poi risolta, almeno per il futuro, quanto alle forze politiche interessate dalle richiamate sentenze, poiché le stesse sono poi riuscite ad ottenere successivamente i requisiti per l'iscrizione al registro tramite l'elezione di un componente del Parlamento europeo (PRC, nell'ambito di "L'Altra Europa per Tsipras"), e grazie alla

⁸⁰ Si deve ricordare come la scelta di effettuare il versamento del due per mille al partito preferito da parte del cittadino è del tutto eventuale, così come incerto futuro ed eventuale può essere il versamento di erogazioni liberali da parte di privati che diano loro accesso alla detrazioni già richiamate.

⁸¹ Così la memoria difensiva per il Partito PRC-SE, p. 13.

⁸² Anche nel 2015, con deliberazione dell'11 marzo n. 1, in forza della suddetta disposizione sono state respinte le istanze di iscrizione al registro di sette partiti (Federazione dei Verdi, Verdi del SudTirolo, l'Associazione Democrazia cristiana Regione Campania, i Moderati, il Movimento La Puglia in più, il Movimento per le destre unite, l'Usei Unione Sudamericana Emigrati Italiani.

formazione di una componente nel Gruppo Misto al Senato (per i Verdi, mediante la “migrazione” di due senatori ex M5S)⁸³.

5. La personalità giuridica dei partiti in alcuni disegni di legge di attuazione dell’ art. 49 Cost.: obbligo Ue o problema costituzionale da approfondire meglio

Come si ricordava nel paragrafo precedente, ma ancor più alla luce delle rapidissime trasformazioni che nella fase più recente stanno attraversando il sistema politico italiano, in base alla vigente disciplina, l’ipotesi di un partito di tradizione consolidata e con un radicamento diffuso sul territorio nazionale che si veda poi negare l’accesso ai benefici del finanziamento indiretto non è poi così remota.

Resta a questo punto da chiedersi quali ulteriori sviluppi si potrebbero produrre nel caso in cui alla Commissione si decida di attribuire poteri ulteriori, come quello di ancorare l’iscrizione nel registro dei partiti alla concessione della personalità giuridica, come previsto in alcuni recenti disegni di legge depositati dal partito di maggioranza relativa⁸⁴. Ancora, pare opportuno chiedersi quali ripercussioni si produrrebbero se al possesso della personalità giuridica si condizionasse la possibilità di presentare candidature per le elezioni politiche di partiti e movimenti. Ciò non solo dal punto di vista dell’inquadramento teorico del partito in relazione alla sua posizione (perduta?) di tramite tra i cittadini e le istituzioni rappresentative dello Stato e non solo, ma forse anche più

⁸³ V. tuttavia l’esclusione dei Verdi di cui alla delibera di cui alla nota precedente.

⁸⁴ Rispettivamente AC n. 3004 presentato il 31 marzo 2015 (dagli onn. Fontanelli, Cuperlo e altri), AC n. 3147 presentato il 26 maggio 2015 (dagli on. Guerini, Orfini, Stumpo e altri) e nella stessa data al Senato è stato presentato il ddl 1938 firmato da Zanda, Finocchiaro e altri.. Al Senato era stato già depositato il DDL n. 1852 (presentato dal sen. Sposetti) il 27 marzo 2015. Un quinto disegno di legge (AC n. 2873 a firma dei deputati di SEL Paglia, Scotto, Costantino e altri) volto invece ad affiancare la disciplina vigente con la previsione di un Fondo per il finanziamento dei partiti e movimenti politici reintroducendo un regime di rimborsi elettorali, pari a un euro per ogni voto espresso nelle elezioni politiche, europee e regionali, non sarà esaminato in quanto non propone l’introduzione della personalità giuridica e si ricollega all’idea dell’attuazione dell’art. 49 che gli altri progetti asseritamente intendono promuovere solo per il tramite della disposizione con cui si introducono limiti per il finanziamento pubblico da parte di concessionari di servizi pubblici o società a partecipazione pubblica diretta o indiretta non solo a favore di partiti o loro esponenti ma anche delle fondazioni ad essi collegate.

urgentemente, per il rischio di una sottoposizione di fondamentali diritti politici, tra cui il diritto di elettorato passivo ad una serie di oneri e adempimenti che non potrebbero che limitarne la portata e l'effettività.

La questione dell'attribuzione della personalità giuridica ai partiti sta in effetti attraversando oggi, un po' inaspettatamente, il dibattito sulla disciplina dei partiti nel nostro ordinamento. Ciò accade forse anche in ragione dell'influenza determinata dal Regolamento Ue n. 1141 del 2014 che entrerà in vigore dal 1 gennaio 2017 e con il quale si affiderà ad una istituenda *Autorità per i partiti politici europei e le fondazioni politiche europee* il compito di registrare i partiti europei o procedere alla loro cancellazione dal registro in presenza di violazioni delle condizioni previste dal regolamento. I partiti europei, ai sensi dell'art. 12 avranno quindi personalità giuridica europea, mentre l'art. 13, non potendo entrare nelle peculiarità degli ordinamenti nazionali, prevede genericamente che si debba garantire ai partiti europei la capacità giuridica ed il riconoscimento anche da parte degli Stati membri, nella consapevolezza, tipica degli atti normativi Ue, di quanto la molteplicità delle diverse discipline previste all'interno degli ordinamenti nazionali renda impossibile ritenere il termine "riconoscimento" utilizzato se non in un senso "atecnico"⁸⁵.

In proposito, se da un lato si deve da subito precisare come, di fronte a tale fenomeno, sia certamente possibile avvertire una necessità di contemperare⁸⁶ il regime giuridico dei partiti europei con quello dei partiti politici all'interno dei sistemi politici nazionali, si deve tuttavia ricordare – se fosse necessario – come l'Unione non goda in tale ambito di alcuna competenza, ed anzi, ad essa si applichi il limite previsto dall'art. 4 c. 2 TUE, in base al quale "L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale....".

⁸⁵ L'art. 13 del regolamento n. 1141 del 2014 chiarisce che «I partiti politici europei e le fondazioni politiche europee godono del riconoscimento giuridico e della capacità giuridica in ciascuno degli Stati membri». Tra i pregi di questa disciplina vi è poi quello di una articolata regolazione del fenomeno delle fondazioni collegate ai partiti. In tema v. M. R. ALLEGRI, *Il nuovo regolamento sullo statuto e sul finanziamento dei partiti politici europei: una conclusione a effetto ritardato*, in *Osservatorio Aic*, maggio 2014.

⁸⁶ Poiché è da ritenere che il verbo 'armonizzare' vada in questo caso rigorosamente evitato...

Tuttavia, riecheggiando in qualche misura la suddetta disciplina Ue, che prefigura come si diceva un sistema di partiti europei registrati e dotati della personalità giuridica di diritto Ue, alcuni progetti di legge oggi all'esame delle Camere prevedono, oltre ad un'ennesima delega di riordino in materia, un sistema in cui ai partiti registrati sia attribuita la personalità giuridica, in attuazione dell'art. 49 Cost. e "anche tenendo conto del regolamento (CE)..."⁸⁷.

Oltre alla malintesa suggestione circa la necessità di armonizzare lo *status* dei partiti italiani a quello previsto per i partiti europei, che sembra emergere in alcuni dei disegni di legge richiamati, sorge poi l'ulteriore difficoltà (derivante anche dalla relazione illustrativa del progetto presentato alla Camera nel maggio scorso da Guerini, Orfini ed altri), circa la compatibilità tra la disciplina per l'attribuzione di personalità giuridica proposta per i partiti e quella posta nel DPR n. 361 del 2000, "recante norme per la semplificazione dei procedimenti di riconoscimento di persone giuridiche private". Tale regolamento, all'art. 1 c. 3, prevede che "ai fini del riconoscimento è necessario che siano state soddisfatte le condizioni previste da norme di legge o di regolamento per la costituzione dell'ente, che lo scopo sia possibile e lecito e che *il patrimonio risulti adeguato alla realizzazione dello scopo*". Mentre il comma 4 prescrive che "*la consistenza del patrimonio deve essere dimostrata da idonea documentazione allegata alla domanda*". Non emerge chiaramente da tutti i ddl esaminati se i presentatori fossero consapevoli circa la rischiosa sovrapposizione di piani tra le norme pensate per persone giuridiche e quelle destinate a regolare l'esercizio di diritti fondamentali quali quelli collegati agli artt. 49 e 48 della Costituzione italiana.

I progetti, oltre a modifiche tutto sommato marginali rispetto alla disciplina posta nel decreto legge n. 149, prevedono poi che il riconoscimento sia concesso d'ufficio, collegandolo alla registrazione da parte della Commissione di garanzia, ma la registrazione come si è visto può essere negata e, come ha dimostrato la giurisprudenza

⁸⁷ Così la relazione illustrativa del ddl a firma Fontanelli, Cuperlo e altri contrassegnato come AC n. 3004, nonché del ddl Sposetti AS n. 1852. Ne dà notizia M. R. ALLEGRI, *Statuti dei partiti politici e trasparenza delle fonti di finanziamento, fra regole inefficaci, correttivi e proposte di attuazione*, in *Osservatorio costituzionale*, Ottobre 2015.

amministrativa che si è sinteticamente esaminata, non sempre ciò avviene sulla base di ragioni incontestabili⁸⁸.

Tutti i progetti di legge in materia contengono poi una delega di riordino, rinviando ancora una volta ad un momento successivo la piena attuazione dell'art. 49 Cost., evidentemente avvertita come meno urgente.

Un ulteriore aspetto preoccupante, cui si può a questo punto solo rapidamente fare cenno, rinviando ogni valutazione a quando il quadro sarà definitivamente chiarito, riguarda la possibile triangolazione tra la disciplina del decreto legge n. 149, quella recata in questi progetti oggi all'esame e la legge n. 52 del 2015 (cd. *Italicum*). Il dubbio sorge in relazione al rinvio che la legge n. 52⁸⁹ opera in relazione alla (come si è visto discussa) disciplina del decreto legge n. 149, prevedendo che i presentatori delle liste debbano depositare presso il Ministero dell'Interno anche lo statuto di cui all'art. 3 del decreto legge. Il mero rinvio alla disciplina che impone, come si è visto, un contenuto minimo per gli statuti di cui si chiedi la registrazione, doveva forse, nell'intenzione del legislatore agganciare la presentazione delle liste al rispetto del contenuto minimo che dovrebbe, non è chiaro bene con quale efficacia, garantire la democraticità del partito e quindi il rispetto dell'art. 49. Rimane anche qui irrisolto il problema della *ratio* e dell'interpretazione che sarà possibile dare della disposizione, ma tutto concorre a suscitare il dubbio che il legislatore abbia già inteso prefigurare un sistema, come emerge dal DDL presentato al Senato (AS n. 1938, primi firmatari i senn. Zanda e Finocchiaro) secondo cui possano presentare candidature solo i partiti registrati. All'art. 2 del progetto si prevede infatti una nuova modifica del TU del 1957 sulle

⁸⁸ I ddl Sposetti e Cuperlo entrambi all'art. 2. e mentre il primo dispone che un successivo regolamento modifichi l'art. 1 del DPR 361, il secondo procede direttamente a dettare la disposizione legislativa destinata a modificare l'art. 1 di detto regolamento. Nessuno dei due ddl prevede tuttavia alcunché con riferimento all'art. 3 che indica il requisito dell'adeguatezza del patrimonio. Il terzo ddl (che più chiaramente tradisce l'improvvisazione di un legislatore che continua ad intervenire forse troppo affrettatamente nella materia) se da un lato abroga la disposizione del dl 149 del 2013 che rinvia alla disciplina del codice civile per quanto non espressamente previsto dal decreto (art. 1 c. 3 del DDL che abroga l'art. 3 comma 4 del decreto legge 149), parallelamente al numero 3 quater dispone che "per quanto non espressamente previsto dal presente decreto ai partiti politici si applicano le disposizioni del codice civile e le norme di legge vigenti per le associazioni dotate di personalità giuridica ai sensi dell'art. 1 del DPR 361 del 2000.

⁸⁹ Art. 2, comma 7 lett. b, che modifica l'art. 14, c. 1, del TU approvato con DPR n. 361 del 1957.

elezioni della Camera, che prevede il richiamo non più all'art. 3 del decreto legge n. 149, ma all'art. 4 che disciplina la registrazione dei partiti. In tal modo, non vi sarà più un sistema per cui la presentazione delle liste sia subordinata agli usuali adempimenti formali previsti dalla legge (raccolta firme, deposito simbolo, deposito certificati elettorali dei candidati, etc.), ma si passerà ad una disciplina in cui potranno competere nei procedimenti elettorali solo coloro che abbiano superato per tempo e stabilmente la porta stretta dello *status* di partito riconosciuto, come tale titolare del potere di presentare candidature, oltre che di accedere ai finanziamenti indiretti, ed in definitiva di garantire ai cittadini l'esercizio al diritto di elettorato passivo.

I nuovi soggetti politici che venissero ad esistenza in corso di legislatura, colti magari impreparati per uno scioglimento anticipato delle Camere, o altrimenti non adeguatamente attrezzati dal punto di vista organizzativo o rappresentativo al superamento di quella soglia, resterebbero inevitabilmente e, verrebbe da dire inesorabilmente, esclusi dalla rappresentanza politica.

Che strumenti avrebbe il giudice amministrativo e in che tempi potrebbe garantire l'iscrizione al registro in caso poi di invalida negazione della stessa, e quindi dell'accesso all'elettorato passivo di tali gruppi e della libertà del voto da parte dei loro elettori, -altrimenti destinati a rimanere nelle nutrite fila degli astensionisti-, è un altro grave problema che si potrebbe porre.

L'esclusione di nuovi gruppi o movimenti o di soggetti che rifiutino la forma partito tradizionalmente intesa sarebbe la conseguenza inevitabile in questo quadro, nel quale tali soggetti sarebbero naturalmente esclusi non solo dalla competizione elettorale, ma anche dall'accesso al finanziamento pubblico indiretto⁹⁰, insomma da tutto ciò che consentirebbe loro di crescere e radicarsi maggiormente in vista di una successiva registrazione.

La pur condivisibile esigenza di favorire una tendenziale semplificazione del frammentato quadro politico italiano non dovrebbe spingersi tuttavia al punto di porre in essere una disciplina

⁹⁰ In una diversa prospettiva, la disciplina del decreto legge n. 149 è criticata da H. CAROLI CASAVOLA, *cit.*, 316 proprio perché non sufficientemente ancorata al risultato elettorale, in una concezione del finanziamento della politica collegata, quasi ad una logica mercantile, per cui il partito più votato è quello che vende meglio il suo prodotto e che quindi deve necessariamente prevalere, 337.

che pare pericolosamente orientata a perpetuare gli assetti esistenti, penalizzando ogni nuova formazione, o comunque ostacolando il principale movimento di recente formazione che rifiuta la forma partito. Le conseguenze di una normativa di questo tipo si ripercuoterebbero inoltre sull'inquadramento teorico del partito come soggetto della rappresentanza e forza che nasce e vive nella società, rispetto ad una diversa opzione che deriverebbe dalla sua eventuale incorporazione ancor più rigida nello Stato persona.

LA RIFORMA DEL DIRITTO PENALE DELL'AMBIENTE

di *Luca Masera*

SOMMARIO: 1. *La necessità della riforma*; 2. *Il contenuto della riforma*; 3. *Gli effetti della riforma*; 3.1 *Le modifiche al codice penale*; 3.2 *Le modifiche al testo unico sull'ambiente*; 4. *Le criticità della riforma*; 4.1 *La formulazione delle fattispecie di inquinamento e disastro ed il rispetto del principio di legalità*; 4.2 *La clausola «abusivamente» e la delimitazione dell'area di rischio consentito*; 4.3 *La qualificazione penalistica dell'evidenza epidemiologica di un eccesso di mortalità*.

1. La necessità della riforma

Ormai da tempo nessuno dubitava della necessità di un intervento radicale sul diritto penale dell'ambiente, che prima della riforma in commento era nel suo complesso sicuramente inadeguato ad apprestare una tutela effettiva al bene giuridico oggetto di protezione. Estraneo per ragioni storiche all'orizzonte di valori del legislatore codicistico, l'ambiente vedeva a propria tutela un presidio penalistico quasi risibile; il diritto penale dell'ambiente in senso stretto si limitava ai reati contravvenzionali contenuti nel Testo unico sull'ambiente (d.lgs. 152/2006: di seguito TUA) ed in altre normative di settore, ed è ben noto quanto le modeste cornici edittali previste per tali reati, e la conseguente brevità del termine prescrizione, rendessero il sistema nel suo complesso totalmente incapace di esercitare un significativo effetto deterrente nei confronti di pur gravissime condotte di compromissione ambientale¹.

Alla colpevole inerzia del legislatore, ed alla lacuna di tutela che tale inerzia aveva spalancato, la giurisprudenza aveva provato a porre rimedio ampliando in via interpretativa l'ambito applicativo di alcuni delitti contro l'incolumità pubblica, in particolare il cd. *disastro inno-*

¹ Sulle inefficienze del diritto penale dell'ambiente pre-riforma, cfr. *ex multis*, anche per i necessari riferimenti bibliografici, DE SANTIS, *Diritto penale dell'ambiente – Un'ipotesi sistematica*, 2012.

minato di cui all'art. 434 c.p.². Provando a riassumere in poche battute una questione molto complessa, si era creata tra giurisprudenza e dottrina una netta frattura (tuttora non risolta) circa il problema della riconducibilità a tale figura di reato delle ipotesi di contaminazione ambientale che avessero cagionato un pericolo per l'incolumità pubblica. Secondo un orientamento consolidato nella giurisprudenza di legittimità, confermato ancora di recente dalla Cassazione nella sentenza sul caso Eternit³, tali condotte rientrano nella nozione di «disastro innominato» di cui all'art. 434 c.p., anche se realizzate mediante una lenta diffusione della sostanza pericolosa nell'ambiente: quell' «evento distruttivo» che, secondo quanto affermato dalla Corte Costituzionale in una importante sentenza del 2008⁴, costituisce insieme al pericolo per la pubblica incolumità un elemento costitutivo del disastro, secondo la giurisprudenza è da ritenere sussistente in tutte le ipotesi di contaminazione ambientale, anche quando questa sia la conseguenza non già di un episodio catastrofico temporalmente limitato, ma derivi come nel caso Eternit dalla prolungata diffusione nell'ambiente di sostanze nocive⁵.

Con l'entrata in vigore della direttiva 2008/99/CE in materia di «tutela penale dell'ambiente», che imponeva agli Stati membri l'adozione di sanzioni penali «efficaci, proporzionate e dissuasive» nei confronti delle condotte che avessero cagionato un *pericolo per la salute o per l'ambiente*⁶, appariva ancora più evidente l'insufficienza del sistema

² Altri delitti contro l'incolumità pubblica spesso utilizzati per punire ipotesi di grave inquinamento ambientale sono quelli di avvelenamento di acque o sostanze alimentari (art. 439 c.p.) e di omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro (art. 437 c.p.).

³ Cass., sez. I, 19.11.2014 (dep. 23.2.2015), n. 7941, Schmidheiny.

⁴ C. Cost., n. 327/2008, in *Giur. cost.*, 2008, 3529, con nota di GIUNTA.

⁵ Il *leading case* in materia di sussumibilità del disastro ambientale nel disastro innominato è a giudizio unanime la sentenza di Cassazione che ha concluso il notissimo processo del Petrolchimico di Porto Marghera (Cass., sez. IV, 17.5.2006, n. 4675, Bartalini), cui fanno riferimento tutte le decisioni successive. In dottrina, prevalgono come accennato i pareri contrari all'indirizzo giurisprudenziale: cfr. da ultimo, anche per i riferimenti al vastissimo materiale in argomento, i lavori pubblicati in *Criminalia 2014, 2015, I molti volti del disastro*: GARGANI, *Nota introduttiva*, *ibidem*, 251; BRUNELLI, *Il disastro populistico*, *ibidem*, 254; CORBETTA, *Il "disastro innominato": una fattispecie "liquida" in bilico tra vincoli costituzionali ed esigenze repressive*, *ibidem*, 275; RUTA, *Problemi attuali intorno al disastro innominato*, *ibidem*, 293.

⁶ Art. 3 dir. 2008/99/CE: «Ciascuno Stato membro si adopera affinché le seguenti attività, qualora siano illecite e poste in essere intenzionalmente o quanto meno per grave negligenza, costituiscano reati: a) lo scarico, l'emissione o l'immissione illeciti di un quantitativo di sostanze o radiazioni ionizzanti nell'aria, nel suolo o nelle acque che provochino o

di reati contravvenzionali in cui si esauriva il nostro diritto penale dell'ambiente *stricto sensu* inteso. Tali reati, infatti, sono strutturati come *fattispecie di pericolo astratto*, in cui si punisce il mero superamento dei limiti tabellari all'immissione nell'ambiente di sostanze nocive, senza che sia necessaria la prova che l'immissione abbia effettivamente danneggiato le matrici ambientali, né tantomeno che sia stata concretamente pericolosa per la salute pubblica; e proprio in ragione del fatto che vengono sanzionate condotte ancora molto lontane dalla lesione o dalla concreta messa in pericolo dei beni giuridici oggetto di tutela (l'ambiente e la salute pubblica), le *pene* comminate sono *assai lievi*, non prevedendo che nominalmente la possibilità di una pena detentiva⁷. Il sistema delineato dalla direttiva è totalmente diverso. Ciò che si richiede ai legislatori nazionali è la previsione di reati di *danno* o di *pericolo concreto*, per i quali proprio in ragione della gravità delle condotte incriminate deve essere prevista l'adozione di sanzioni penali «efficaci, proporzionate e dissuasive»: e certo tali non possono essere considerate le modestissime sanzioni previste per le contravvenzioni contenute nel TUA e nelle altre normative di settore.

L'intervento di trasposizione della direttiva, nel 2011, è tuttavia assai più modesto di quanto auspicato in dottrina⁸. Lungi dal ripensare l'intero sistema penale di tutela dell'ambiente nel senso indicato dalla direttiva, il nostro legislatore si limita ad introdurre nel codice penale due reati contravvenzionali minori⁹, ed a prevedere per questi e per le

possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, alla qualità del suolo o alla qualità delle acque, ovvero alla fauna o alla flora»; nell'art. 5 è poi contenuta la clausola circa la natura delle sanzioni riportata nel testo.

⁷ Come noto la pena dell'arresto, prevista per diverse contravvenzioni in materia ambientale, non conduce mai, per una serie di ragioni sostanziali e procedurali ben note ed a cui ora non è possibile accennare, alla effettiva privazione di libertà del condannato.

⁸ Per una ricognizione sulle aspettative della dottrina dopo l'entrata in vigore della direttiva e prima dell'approvazione della legislazione attuativa, cfr. per tutti SIRACUSA, *L'attuazione della Direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente tramite il diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 22.2.2011.

⁹ La normativa di trasposizione della direttiva (d.lgs.121/2011, emanato in attuazione della l.96/2010, cd. legge comunitaria 2009) ha introdotto la contravvenzione di cui all'art. 727 *bis* c.p. (“Uccisione, distruzione, cattura, prelievo, detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette”), in esecuzione dell'art. 3 lett. f) dir., e quella di cui all'art. 733 *bis* c.p. (“Distruzione o deturpamento di habitat all'interno di un sito protetto”), in esecuzione dell'art. 3 lett. h) dir.: per un commento a tali disposizioni ed all'insieme della normativa di attuazione, cfr. per tutti RUGA RIVA, *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli enti da reato ambientale*, in *Dir. pen. cont.*, 8.8.2011.

contravvenzioni del TUA la responsabilità da reato degli enti¹⁰. La limitatezza dell'intervento era stata motivata dalla considerazione che proprio l'indirizzo giurisprudenziale citato appena sopra, che riteneva le ipotesi di inquinamento ambientale pericoloso per la salute pubblica suscettibili all'interno di diverse e gravi fattispecie delittuose, testimoniava la presenza nel nostro ordinamento di reati già in grado di garantire la risposta punitiva richiesta in sede comunitaria. In Italia non abbiamo bisogno di introdurre specifiche ipotesi di delitti di danno o di pericolo concreto contro l'ambiente, perché nelle situazioni che la direttiva impone di incriminare già si applicano le severe disposizioni del codice penale a tutela della pubblica incolumità: questo è in sostanza il presupposto che spiega il modesto contenuto della normativa attuativa del 2011 rispetto alla forte richiesta di tutela penale proveniente dal legislatore europeo.

Quanto fosse stato improvvisto tale affidamento nelle capacità delle tradizionali fattispecie codicistiche di predisporre un sistema penale efficace di tutela dell'ambiente, era apparso sin da subito chiaro non solo agli addetti ai lavori, ma allo stesso mondo politico-parlamentare; già nelle prime settimane dell'attuale legislatura vengono presentati diversi disegni di legge che propongono l'introduzione di nuovi delitti a tutela dell'ambiente, strutturati secondo il modello di offesa trattenuto dalla direttiva.

La spinta decisiva perché, quando ormai il disegno di legge sembrava destinato ad un sostanziale accantonamento, il processo di approvazione veda invece una *rapida accelerazione*, viene dal clamore suscitato nell'opinione pubblica dalla sentenza di proscioglimento emessa nel novembre 2014 dalla Cassazione nel *processo Eternit*. Tale procedimento, come noto, in sede di merito aveva visto la condanna per disastro doloso a pene severissime (16 anni in primo grado¹¹, 18 anni in appello¹²) del magnate belga che sino agli anni Ottanta era stato a capo del gruppo che deteneva il controllo degli stabilimenti Eternit. Per la prima volta la Procura torinese aveva ritenuto di qualificare

¹⁰ La direttiva prevedeva all'art. 6 che, in relazione ai reati delle persone fisiche previsti dalla direttiva stessa, «gli Stati membri provvedono affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili quando i reati siano stati commessi a loro vantaggio da qualsiasi soggetto che detenga una posizione preminente in seno alla persona giuridica».

¹¹ Trib. Torino, 13.2.2012, Schmidheiny ed altro, in *Dir. pen. cont.*, 30.5.2012.

¹² C. App. Torino, Schmidheiny, 3.6.2013, in *Dir. pen. cont.*, 18.11.2013, con nota di ZIRULIA, *Processo Eternit: a che punto siamo?*

l'evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità tra i lavoratori o i residenti esposti alle polveri di amianto non più a titolo di omicidio colposo, ma di disastro innominato doloso; ed i giudici torinesi, seguendo tale impostazione, erano pervenuti ad applicare pene di entità sconosciuta a tutti i precedenti in materia di malattie amianto-correlate. Sulla scia poi proprio dei processi torinesi diverse Procure in differenti regioni d'Italia avevano aperto importanti procedimenti a titolo di disastro doloso, arrivando in sede cautelare anche ad ottenere il sequestro di impianti produttivi di importanza nazionale (si pensi su tutti al procedimento relativo all'Ilva di Taranto, per cui è attualmente in corso il dibattimento di primo grado¹³); insomma, pareva trovare conferma nelle aule di giustizia la convinzione che già le fattispecie codicistiche fossero in grado di tutelare in maniera efficace i beni della salute e dell'ambiente. La sentenza della Cassazione, come già accennato, non nega la possibilità di qualificare a titolo di disastro i casi di diffusione di amianto nell'ambiente, ma ritiene che il momento consumativo del disastro, da cui decorre il *dies a quo* della prescrizione, sia al più tardi quello di cessazione dell'attività produttiva; tutti gli impianti Eternit avevano smesso di produrre nel 1986, ed il reato era di conseguenza già prescritto ancora prima che avesse avuto inizio il processo di primo grado¹⁴. Poco importa poi all'opinione pubblica ed al mondo politico che la dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione non significhi affatto che la qualificazione a titolo di disastro sia considerata dalla Cassazione impraticabile, e che anzi dalle motivazioni della sentenza emerga che i giudici supremi condividono tale qualificazione: l'annullamento senza rinvio delle sentenze di condanna è avvertito come un segnale che le fattispecie tradizionali non sono adeguate a garantire l'ambiente e la salute, e nel volgere di pochi mesi il Parlamento infine si decide ad approvare la tanto attesa riforma del diritto penale dell'ambiente.

¹³ Sulle complesse vicende del procedimento tarantino, cfr. in particolare RUGA RIVA, *Il caso Ilva: profili penali-ambientali*, in *Lexambiente.it*, 17.10.2014 e PALMISANO, *Del «diritto tiranno». Epitome parziale di un'indagine su cittadini già al di sopra di ogni sospetto*, in *Quest. giust.*, 2014, n. 2, 89.

¹⁴ Per un commento alla decisione della Cassazione, sia consentito il rinvio a MASERA, *La sentenza della Cassazione sul caso Eternit: analisi critica e spunti di riflessione*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, n. 3.

2. Il contenuto della riforma

Una riforma in materia di diritto penale dell'ambiente era dunque necessaria. Prima di valutare l'effettiva portata della novella e le sue criticità, è necessario un rapido cenno al suo contenuto, tenuto conto che si tratta di un intervento molto articolato e complesso.

La novella si struttura in due macro-aree di intervento, apportando significative modifiche tanto al codice penale, che al TUA.

Quanto alle modifiche inserite nel codice penale, quella più significativa è l'introduzione di un nuovo titolo dedicato ai *Delitti contro l'ambiente*, collocato al numero VI *bis*, cioè immediatamente dopo il titolo dei delitti contro l'incolumità pubblica¹⁵.

Nel nuovo titolo vengono innanzitutto introdotte cinque nuove figure delittuose. Le figure principali sono l'*inquinamento ambientale* (art. 452 *bis*, aggravato ai sensi dell'articolo successivo quando dall'inquinamento siano derivate morti o lesioni) e il *disastro ambientale* (art. 452 *quater*), punibili anche a titolo di colpa (art. 452 *quinquies*). Le altre fattispecie di nuovo conio sono il *traffico e abbandono di materiale ad alta radioattività* (art. 432 *sexies*), l'*impedimento del controllo* (art. 452 *septies*) e l'*omessa bonifica* (art. 452 *terdecies*). Diverse sono poi le disposizioni di varia natura che completano la struttura del nuovo titolo. Vengono introdotte due nuove *circostanze aggravanti*, l'una (art. 452 *octies*) relativa ai reati associativi di cui agli artt. 416 e 416 *bis*, l'altra (art. 452 *novies*, *aggravante ambientale*) di carattere comune, applicabile quando un fatto previsto come reato è commesso allo scopo di eseguire uno o più tra i delitti previsti nel titolo; l'art. 452 *decies* contiene una disposizione premiale applicabile ai delitti del titolo nei casi di *ravvedimento operoso*; l'art. 452 *undecies* introduce una nuova ipotesi di *confisca obbligatoria e per equivalente*; ed infine l'art. 452 *duodecies* disciplina la misura riparatoria, applicabile in tutte le ipotesi di condanna o patteggiamento per un delitto del titolo, del *ripristino dello stato dei luoghi*.

Collocate al di fuori del nuovo titolo, ma comunque legate alla disciplina dei nuovi reati, sono le norme che per essi prevedono: il *rad-*

¹⁵ In favore della scelta di tale collocazione, che «contribuisce ad una maggiore stigmatizzazione in chiave general-preventiva dei comportamenti puniti», cfr. in particolare *ex multis* SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "eco delitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in *Dir. pen. cont.*, 9.7.2015, 5.

doppio dei termini di prescrizione (viene modificato l'art. 157 co. 6 c.p.); l'applicabilità della *pena accessoria* che comporta l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione (modifica all'art. 32 *quater* c.p.); l'applicabilità della disciplina in materia di *responsabilità da reato degli enti* (modifica dell'art. 25 *undecies* del d.lgs. 231/2001).

Di notevole rilievo è poi l'intervento sul *TUA*, al quale viene aggiunta una nuova parte *sesta-bis*, contenente la "*disciplina sanzionatoria* degli illeciti amministrativi e penali in materia di tutela ambientale". La novella introduce – per le contravvenzioni previste dal testo unico, e dunque non per i reati di nuovo conio, che hanno natura delittuosa – una particolare ipotesi di *estinzione del reato* quando vengano correttamente eseguite *le prescrizioni* impartite dagli organi competenti: la nuova parte del testo unico disciplina i presupposti sostanziali e processuali dell'istituto, prendendo in larga misura a modello la disciplina relativa all'estinzione delle contravvenzioni in materia di sicurezza sul lavoro contenuta agli artt. 20 e ss. del d.lgs. 281/2008.

3. Gli effetti della riforma

Non è questa la sede per un'analisi di ciascuna delle numerose novità di cui si è appena terminata la ricognizione. Nel suo complesso, la riforma segna sicuramente un passo avanti importante verso la costruzione di un efficace apparato penalistico a tutela dell'ambiente.

3.1 Le modifiche al codice penale

Quanto alle modifiche del *codice penale*, la novità più significativa è senza dubbio l'introduzione dei delitti di *inquinamento e disastro ambientale*. Con tali fattispecie viene per la prima volta esplicitamente attribuita rilevanza penale alle ipotesi di contaminazione ambientale, con un *significativo ampliamento dell'area di tutela* rispetto ai pur estensivi orientamenti della giurisprudenza in materia di delitti contro la pubblica incolumità.

Infatti, abbiamo visto sopra come, mediante un'interpretazione estensiva della nozione di disastro, la giurisprudenza ante-riforma già fosse arrivata in sostanza a delineare una forma di disastro ambientale all'interno della tipicità del reato di cui all'art. 434, ma comunque la punibilità della contaminazione ambientale a titolo di disastro era su-

bordinata alla verifica di un concreto pericolo per la pubblica incolumità (*rectius*, per la salute pubblica¹⁶), tale pericolo rappresentando un elemento essenziale del disastro innominato. Con la riforma, è il danneggiamento dell'ambiente in sé ad essere punito, a prescindere da eventuali pericoli per la salute. Il dato letterale delle due nuove fattispecie al riguardo non lascia adito a dubbi. Del delitto di inquinamento ambientale risponde «chiunque abusivamente cagiona una *compromissione* o un *deterioramento* significativi e misurabili: 1) delle acque o dell'aria, o di porzioni estese o significative del suolo o del sotto-suolo; b) di un *ecosistema*, della biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna»; le ipotesi ancora più gravi di danneggiamento dell'ambiente integrano poi gli estremi del disastro ambientale, che si configura alternativamente nei casi di «1) *alterazione irreversibile* dell'equilibrio di un *ecosistema*; 2) l'alterazione dell'equilibrio di un ecosistema la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali». Le forme più gravi di contaminazione ambientale vengono punite con pene severe¹⁷ senza bisogno di un pericolo per la salute: con la riforma, dunque, il legislatore penale è passato da un approccio antropocentrico all'ambiente, in cui si attribuiva rilievo solo alle ipotesi di contaminazione ambientale pericolose per l'essere umano, ad una *visione ecocentrica* di ambiente, in cui è l'integrità dell'ecosistema in sé ad essere considerata meritevole di tutela penale¹⁸.

Il legame tra ambiente e salute non è peraltro privo di riscontro nelle nuove fattispecie, visto che la nozione normativa di disastro ambientale comprende, oltre ai casi di puro danno ambientale appena riportati, anche «3) l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pe-

¹⁶ Nel prosieguo della trattazione utilizzeremo i due termini sostanzialmente come sinonimi, posto che, nel contesto del diritto penale ambientale qui oggetto di attenzione, il tralaticio riferimento al bene dell'incolumità pubblica altro non esprime che la tutela del bene dell'integrità fisica, e dunque della salute, di una pluralità indeterminata di soggetti.

¹⁷ Per l'inquinamento doloso è prevista la reclusione da due a sei anni e la multa da 10.000 a 100.000 euro, mentre per il disastro la reclusione è da cinque a quindici anni; per le ipotesi colpose le pene sono diminuite da un terzo a due terzi.

¹⁸ Per una riflessione sulla pretesa irragionevolezza, in una visione esclusivamente ecocentrica, delle elevatissime pene comminate dalle nuove norme, cfr. peraltro TELESCA, *Osservazioni sulla l. n. 68/2015 recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente": ovvero i chiaroscuri di una agoganta riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 17.7.2015, 8.

ricolo». Al di là dei numerosi problemi interpretativi, su cui ci soffermeremo oltre, sollevati da una formulazione normativa tecnicamente quanto mai infelice, è evidente come in questa ipotesi la contaminazione ambientale rilevi solo in quanto offensiva dell'incolumità (salute) pubblica, secondo la classica visione del bene giuridico ambiente come strumentale alla tutela di beni-finali antropocentrici. Gli spazi di applicabilità di tale ipotesi di "disastro ambiental-sanitario" coincidono poi in sostanza con quelli del disastro innominato *ex art. 434 c.p.*¹⁹, alla luce dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza per cui il disastro risulta integrato da ogni *immutatio loci* pericolosa per la incolumità (salute) pubblica. Oggi, quando ricorrono gli estremi della nuova norma, la vecchia (e meno grave) incriminazione non risulta più applicabile.

La riforma delinea quindi, in conformità a quanto previsto dal legislatore europeo²⁰, una tutela penale dell'ambiente strutturata su due piani: si punisce, a titolo di inquinamento o di disastro, la contaminazione ambientale in sé, e si punisce anche, a titolo di disastro, ogni contaminazione pericolosa per la salute pubblica; e mentre per la prima tipologia di fattispecie si tratta a tutti gli effetti di nuove incriminazioni, per la seconda si tratta di una successione normativa tra il vecchio disastro innominato di cui all'art. 434 c.p. (tuttora applicabile ai casi di evento distruttivo pericoloso per la pubblica incolumità che non abbia comportato una compromissione ambientale) ed il nuovo reato di cui all'art. 452 *quater* c.p. La rappresentazione mediatica della riforma, per cui è ad essa che si deve finalmente la punibilità del disastro ambientale, corrisponde dunque solo in parte al vero. E' vera ove si afferma che prima non esisteva una figura di reato così denominata, ma non è corretto parlare di una incriminazione del tutto nuova, posto che le ipotesi di compromissione ambientale pericolosa per la salute erano già prima sussumibili nella figura del disastro (innominato).

Anche se l'estensione della punibilità dovuta alla riforma è quindi minore di quanto possa *prima facie* apparire, la rilevanza della novella va apprezzata per due profili ulteriori rispetto alla sua capacità di ampliamento dell'area della responsabilità penale.

¹⁹ Per un'analisi dei complicati rapporti tra la vecchia fattispecie di disastro e la nuova, che si applica secondo la clausola di riserva «fuori dai casi di cui all'art. 434 c.p.», sia consentito il rinvio a MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, in corso di pubblicazione nel *Libro dell'anno del diritto 2016 Treccani*.

²⁰ Cfr. l'art. 3 della direttiva, riportato *supra*, nota 6.

Innanzitutto non è da sottovalutare l'importanza di aver dato un *preciso referente normativo al disastro ambientale*, così da evitarne la riconduzione all'evanescente tipicità del disastro innominato. Oggi quella lacuna di tutela evidenziata dalla stessa Corte costituzionale²¹, e che in attesa di un intervento legislativo era stata la giurisprudenza ordinaria a sforzarsi di colmare, ha trovato risposta da parte del legislatore, che con i delitti di nuovo conio ha fornito ai giudici lo strumento per sanzionare le forme più gravi di danneggiamento ambientale; ed è auspicabile che, proprio perché il vuoto di tutela è stato colmato, la giurisprudenza torni in futuro ad una interpretazione del disastro innominato più conforme ai canoni della stretta legalità penale.

Di notevole portata è poi l'insieme di nuove disposizioni sostanziali e processuali che corredano l'introduzione dei nuovi reati. Le novità, come abbiamo visto, sono numerose ed eterogenee, e non abbiamo lo spazio ora per esaminarle singolarmente. Per limitarci alle più significative, ci paiono da evidenziare la previsione della *responsabilità da reato degli enti* per tutti i nuovi reati; il raddoppio dei consueti termini di *prescrizione* (se nel caso Eternit fosse stata applicabile la nuova norma sul disastro ambientale, il reato non sarebbe stato prescritto neanche secondo il criterio della cessazione dell'attività come *dies a quo* della prescrizione adottato dalla Cassazione)²²; la *confisca* obbligatoria per equivalente, che coglie l'importante aspetto lucrativo spesso associato alla criminalità ambientale; la nuova circostanza *aggravante ambientale*, applicabile a tutti i reati e comportante un aumento di pena consistente; la disposizione premiale sul *ravvedimento operoso*, che prevede sconti di pena significativi per chi abbia collabo-

²¹ Nella già citata sentenza 237/2008, la Corte costituzionale conclude la motivazione affermando che «è tuttavia auspicabile che talune delle fattispecie attualmente ricondotte, con soluzioni interpretative non sempre scevre da profili problematici, al paradigma punitivo del disastro innominato – e tra esse, segnatamente, l'ipotesi del cosiddetto disastro ambientale – formino oggetto di autonoma considerazione da parte del legislatore penale, anche nell'ottica dell'accresciuta attenzione alla tutela ambientale ed a quella dell'integrità fisica e della salute, nella cornice di più specifiche figure criminose» (par. 9 del "considerato in diritto").

²² La prescrizione del nuovo disastro ambientale è di 30 anni (due volte il massimo editale di 15 anni), quindi il disastro Eternit, il cui termine di prescrizione decorreva secondo la Cassazione dalla chiusura degli stabilimenti nel 1986, si sarebbe prescritto non prima del 2016.

rato a ridurre le conseguenze del reato o all'accertamento delle responsabilità²³.

Il quadro che si delinea nel nuovo titolo VI *bis* del codice è quello di un apparato sanzionatorio che si colloca nella fascia alta della risposta punitiva, non solo e non tanto per le cornici edittali dei nuovi delitti, comunque elevate, ma anche per l'insieme delle misure speciali cui abbiamo appena finito di accennare. Con le disposizioni sulla confisca per equivalente e sul ravvedimento operoso, che sono tipiche della normativa di contrasto alla criminalità organizzata²⁴, emerge in particolare come il legislatore si sia mostrato consapevole dell'intreccio di *interessi economici* che spesso connota i fatti di danno ambientale, fornendo finalmente alla magistratura gli strumenti normativi adeguati per contrastare una forma di criminalità quanto mai insidiosa.

3.2 Le modifiche al Testo unico sull'ambiente

Se il nucleo più significativo del diritto penale dell'ambiente trova oggi la sua collocazione all'interno del codice penale, rimangono comunque ancora applicabili i *reati contravvenzionali* di pericolo astratto (per superamento dei limiti tabellari alle emissioni o per inadempienze alla disciplina amministrativa) previsti nel *TUA*; essi si applicheranno in via esclusiva quando da tali condotte non sia derivato un danno all'ambiente o un pericolo per la salute pubblica, mentre quando uno di questi risultati si sia verificato essi dovrebbero verosimilmente essere ritenuti assorbiti nella contestazione dei più gravi delitti di inquinamento o disastro²⁵.

²³ Per un commento a ciascuna di tali disposizioni, cfr. in particolare RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, 2015 e PARODI-GEUBIA-BORTOLOTTI-CORINO, *I nuovi delitti ambientali* (l. 22 maggio 2015, n. 68), 2015.

²⁴ Proprio in coerenza con questa riscontrata interferenza tra criminalità ambientale e fattispecie associative, la riforma ha introdotto una circostanza ad effetto comune tanto per l'associazione a delinquere semplice ex art. 416 c.p., quanto per l'associazione di stampo mafioso di cui all'art. 416 *bis*, quando il *pactum sceleris* ha ad oggetto anche la commissione di uno dei nuovi delitti ambientali.

²⁵ Per la tesi dell'assorbimento delle fattispecie contravvenzionali nelle nuove figure delittuose, posto che si tratta di fattispecie poste a tutela dello stesso bene giuridico, rispetto al quale le fattispecie delittuose puniscono una offesa più marcata e dunque tale da assorbire il disvalore delle figure contravvenzionali, cfr. in particolare RUGA RIVA, *I nuovi*, cit., 14 e MOLINO, *Novità legislative: legge n. 68 del 22 maggio 2015, recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente"*, relazione dell'Ufficio del massimario della Corte di Cassazione, 29.5.2015, disponibile in *Dir. pen. cont.*, 3.6.2015, 8.

Proprio in relazione alle fattispecie contravvenzionali in questione, la riforma come già accennato ha introdotto una novità di rilievo prevedendo, nella nuova parte VI *bis* del TUA²⁶, una procedura di estinzione di tali reati mediante adempimento delle prescrizioni impartite dai competenti organi di vigilanza. Senza entrare nel dettaglio della complessa disciplina normativa²⁷, la questione cui vogliamo ora accennare è solo se tale disciplina, che introducendo una nuova forma di estinzione del reato riduce il contenuto afflittivo delle fattispecie in esame, debba o meno considerarsi distonica rispetto al complessivo tenore della riforma, che mira ad inasprire la risposta penale in tema di reati contro l'ambiente.

A noi pare che la contraddizione sia in realtà solo apparente, e che il sistema delineato dalla riforma risponda ad una precisa logica funzionale²⁸. Quando le condotte non rispettose delle prescrizioni amministrative hanno cagionato un danno all'ambiente, si configurano i nuovi delitti, che in ragione delle elevate cornici edittali sono in grado di esercitare un significativo effetto deterrente; quando invece tali condotte non sono sfociate in un danno, il legislatore conferma la qualificazione in termini penalistici (a titolo di contravvenzione), ma fa prevalere sull'obiettivo di applicare la sanzione quello di incentivare il più possibile comportamenti di adeguamento alla normativa violata. L'assetto punitivo è quindi incentrato sulle fattispecie delittuose, mentre per quanto riguarda le ipotesi contravvenzionali – per le quali è previsto comunque un trattamento sanzionatorio assai modesto, del tutto inefficace in chiave deterrente – prevale su quella punitiva la *fi-*

²⁶ La nuova parte contiene gli articoli dal 318 *bis* al 318 *octies* del TUA.

²⁷ Ci limitiamo qui a riferire gli snodi normativi fondamentali della procedura: art. 318 *ter* TUA: «1. Allo scopo di eliminare la contravvenzione accertata, l'organo di vigilanza, nell'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria di cui all'art. 55 c.p.p., ovvero la polizia giudiziaria *impartisce al contravventore un'apposita prescrizione* asseverata tecnicamente dall'ente specializzato competente nella materia trattata, fissando per la regolarizzazione un termine non superiore al periodo di tempo tecnicamente necessario»; art. 318 *quater*: «...2. Quando risulta l'adempimento della prescrizione, l'organo accertatore ammette il contravventore a pagare in sede amministrativa, nel termine di trenta giorni, una *somma pari a un quarto del massimo dell'ammenda* stabilita per la contravvenzione commessa»; art. 318 *septies*: «1. La *contravvenzione si estingue* se il contravventore adempie alla prescrizione impartita dall'organo di vigilanza nel termine ivi fissato e provvede al pagamento previsto dall'art. 318 *quater*, co. 2».

²⁸ In questo senso, cfr. in particolare RUGA RIVA, *I nuovi*, cit., 74, che parla al proposito di una «strategia complementare con diversi punti in comune».

nalità preventiva, che si articola nel meccanismo estintivo di nuovo conio.

Tale duplicità di prospettiva è coerente con uso della sanzione penale (specie detentiva) come *extrema ratio* da riservare ai casi in cui si sia verificata una effettiva lesione dei beni giuridici coinvolti (ambiente e salute), mentre nelle ipotesi in cui l'offesa si sia arrestata alla soglia del pericolo (astratto) risulta più funzionale ad una efficace tutela di tali interessi incentivare una pronta eliminazione delle fonti di pericolo, piuttosto che insistere nell'applicazione di una sanzione penale comunque ben poco afflittiva.

Depenalizzare *tout court* gli illeciti formali in materia ambientale, trasformando le contravvenzioni del TUA in illeciti amministrativi, sarebbe stato sbagliato, perché è importante che tali illeciti rimangano penali, consentendo l'attivazione della magistratura inquirente con i suoi penetranti poteri di indagine; sicché ci pare quanto mai ragionevole la scelta di conservare rilievo penale a tali contravvenzioni, introducendo però un meccanismo che conduce ad una depenalizzazione *de facto* in caso di adempimento delle prescrizioni volte ad evitare che un pericolo solo potenziale per l'ambiente sfoci in un danno effettivo.

4. Le criticità della riforma

Se nel suo complesso la riforma è stata valutata positivamente dalla quasi totalità dei commentatori, non mancano profili rispetto ai quali i pareri si fanno a volte anche aspramente critici. In questo ultimo paragrafo andremo ad analizzare due tra gli aspetti più controversi della riforma, per concludere con un cenno ad una questione su cui la riforma non è intervenuta, e che tuttavia risulta cruciale nell'attuale dibattito in tema di tutela penale dell'ambiente e della salute pubblica.

4.1 La formulazione delle fattispecie di inquinamento e disastro ed il rispetto del principio di legalità

Abbiamo già accennato sopra a come, in relazione all'orientamento giurisprudenziale che applica la norma sul disastro innominato ai casi di contaminazione ambientale, la dottrina sia concorde nel denunciare il contrasto con il *principio di legalità*. Con la riforma il disastro (e l'inquinamento ambientale) sono stati fatti oggetto di autonome incri-

minazioni, ma le nuove norme rispettano i canoni di precisione e di determinatezza che informano la materia penale, oppure i dubbi circa il rispetto del canone della stretta legalità che si ponevano in relazione al disastro innominato si pongono anche oggi, sia pure in termini diversi, in relazione alle nuove fattispecie? Si tratta in effetti di una delle questioni più ricorrenti in tutti i primi commenti, posto che entrambe le fattispecie di nuovo conio sono costituite di elementi che presentano ampi margini di indeterminatezza.

Per quanto riguarda l'inquinamento, non è semplice definire con precisione cosa si debba intendere per «*compromissione o deterioramento*», né tanto meno quando essi siano definibili «*significativi e misurabili*»; quanto poi all'oggetto materiale del reato, ancora una volta il legislatore usa formule molto vaghe per definire l'entità del danno cagionato alle matrici ambientali (la norma parla di compromissione di «*porzioni estese o significative*» del suolo o del sottosuolo), ed introduce poi il concetto di «*ecosistema*», di cui non viene fornita alcuna definizione.

Ancora più gravi sono le incertezze relative alla nozione di disastro ambientale. Le prime due ipotesi presentano problemi, oltre che per il rinvio alla nozione di «*ecosistema*», in ordine alla definizione di «*irreversibilità*» dell'alterazione (n. 1), ed all'individuazione dei criteri alla cui stregua definire l'eliminazione dell'alterazione «*particolarmente onerosa e conseguibile solo con provvedimenti eccezionali*» (n. 2). Ma la nozione formulata in modo più impreciso è quella del disastro legato al pericolo per l'incolumità pubblica (n. 3), dove si punisce «*l'offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione o dei suoi effetti lesivi ovvero per il numero delle persone offese o esposte a pericolo*».

Proprio la definizione appena riportata testimonia in modo inequivocabile la *modesta qualità tecnica* della riforma. Una norma centrale del nuovo apparato sanzionatorio viene formulata in modo ridondante, utilizzando parametri (come l'estensione della compromissione ovvero il numero delle persone offese o esposte a pericolo) che solo apparentemente contribuiscono a definire i contorni del fatto punibile, ma in realtà ne accrescono l'indeterminatezza. Il disastro ambientale-sanitario di nuovo conio punisce l'offesa della pubblica incolumità solo quando veicolata da una compromissione ambientale, oppure tale offesa è punita in sé, a prescindere dall'evento intermedio di danno ambientale? In tutti i delitti contro l'incolumità pubblica si punisce il

pericolo, non l'offesa, per l'incolumità pubblica: la novità terminologica è fine a se stessa, o veicola una effettiva novità concettuale? Il riferimento al «numero delle persone offese o esposte a pericolo» significa che i danni (morti o lesioni) cagionati ai singoli individui dal disastro rientrano in tale nozione, e dunque devono essere oggetto di prova in sede processuale, o sono delle conseguenze ulteriori ed estranee al perimetro della tipicità? Quelle appena citate sono solo tre questioni interpretative, a nostro avviso particolarmente significative, tra le molte che sono state poste in luce dai primi commentatori: tutte questioni alle quali l'involuto tenore letterale della disposizione non fornisce una risposta univoca.

Di fronte a norme incriminatrici che indiscutibilmente sono state scritte male, e che si prestano ad una pluralità di letture più o meno ragionevoli, si presentano all'interprete due strade. Si può conclusivamente constatare che le nuove fattispecie sono descritte in modo poco intelleggibile, auspicandone la dichiarazione di illegittimità costituzionale per contrasto con il principio di legalità; oppure ci si può sforzare di pervenire, mediante l'ausilio dei tradizionali canoni ermeneutici, a risultati interpretativi ragionevoli anche sulla base di una formulazione letterale infelice. Su quale sia l'approccio metodologicamente corretto, non crediamo possano esservi dubbi. Un noto principio a più riprese affermato dalla nostra Corte costituzionale prevede che una norma sia incostituzionale non quando *una* possibile interpretazione del dato letterale sia incostituzionale, ma quando *ogni* sua possibile interpretazione sia incostituzionale²⁹; l'interprete non deve fermarsi alla constatazione che la norma si presta ad interpretazioni illegittime, ma deve fare quanto possibile per fare della norma un'applicazione ragionevole.

Quasi tutti i primi commentatori della riforma si sono del resto orientati in questa direzione, ed in attesa delle prime decisioni della giurisprudenza, hanno cercato di fornire delle nuove fattispecie una ricostruzione coerente da un punto di vista sistematico e teleologico³⁰. Per venire, solo a titolo di esempio, ai problemi evocati sopra, si può argomentare che : 1) anche se la definizione di disastro di cui al n. 3

²⁹ Cfr. per tutte C. Cost. 356/1996, in *Giur. Cost.*, 1996, 3107, con nota di LAMARQUE.

³⁰ Per la conclusione che la norma sul disastro, proprio in ragione della sua indeterminatezza, deve essere dichiarata incostituzionale, cfr. peraltro l'isolata presa di posizione di BELL-VALESCCHI, *Il nuovo delitto di disastro ambientale: una norma che difficilmente avrebbe potuto essere scritta peggio*, in *Dir. pen. cont.*, 21.7.2015, 14.

non lo richiede espressamente, l'offesa alla pubblica incolumità rileva a titolo di disastro ambientale solo quando sia mediata da una contaminazione ambientale, anche se priva delle caratteristiche di irreversibilità o particolare difficoltà di eliminazione delle conseguenze dannose, peculiari dei disastri di cui ai n. 1 e 2; 2) il requisito dell' «*offesa alla pubblica incolumità*» va inteso come sinonimo di «*pericolo*» per tale bene giuridico, posto che in relazione ad un interesse collettivo ed esponenziale come quello in questione non è logicamente possibile distinguere tra offesa e pericolo; 3) alla luce della sentenza della cassazione sul caso Eternit, dove è stato escluso che le morti o lesioni delle singole persone offese rappresentassero un elemento costitutivo del disastro innominato, anche in relazione al nuovo disastro ambientale è ragionevole concludere che le morti o le lesioni siano estranee alla fattispecie, posto che, se le si considerassero elementi costitutivi del nuovo disastro, si arriverebbe all'assurdo risultato di punire solo con la reclusione sino a quindici anni delle condotte di volontaria causazione della morte di una o più persone³¹.

Per concludere sul punto, le nuove norme (e specie quella sul disastro ambiental-sanitario) non sono certo un esempio di buona tecnica redazionale, e sono in effetti necessari passaggi interpretativi anche complessi per non cadere in inammissibili aporie. Le strade per un superamento di tali difficoltà però non mancano, come già hanno mostrato i primi commenti alla riforma; e l'auspicio è che i futuri interventi della giurisprudenza vadano nella direzione di una chiara e rapida concretizzazione delle formule legislative, così da colmare per mezzo del «diritto vivente» il deficit di tipicità da cui sono caratterizzate le nuove fattispecie.

4.2 *La clausola «abusivamente» e la delimitazione dell'area di rischio consentito*

Sia la norma sull'inquinamento, che quella sul disastro, puniscono chiunque abbia «*abusivamente*» cagionato uno degli eventi rispettivamente descritti in ciascuna delle due fattispecie. Sul significato da attribuire a tale avverbio si registra una ampia varietà di posizioni tra i commentatori. Non sono diverse solo le qualificazioni dogmatiche

³¹ Per una più distesa esposizione di tali passaggi e per una ricognizione delle diverse tesi espresse in argomento, sia consentito ancora il rinvio a MASERA, *I nuovi delitti*, cit.

(*clausola di illiceità speciale*³² o *elemento costitutivo della condotta*³³), ma ciò che più conta diverso è il significato sostanziale che ciascuno autore attribuisce all'espressione in esame. Secondo l'opinione più radicale la presenza di tale avverbio avrebbe un effetto dirompente sulla struttura della norma, arrivando ad impedire il configurarsi del reato ogniquale volta la condotta che ha cagionato il disastro fosse coperta da un'autorizzazione amministrativa, in quanto in presenza di un tale provvedimento l'attività dannosa non potrebbe essere definita come "abusiva"³⁴; secondo invece la tesi più riduttiva, l'avverbio abusivamente avrebbe soltanto la funzione di richiamare il giudice alla verifica, comunque imposta dai principi generali in tema di imputazione oggettiva e di colpa, che l'attività da cui è derivato il danno non rientrasse nel novero di quelle di cui è nota la pericolosità ma che sono comunque consentite, entro i parametri stabiliti dalla legge, in considerazione della loro rilevanza socio-economica (l'area del cd. rischio consentito)³⁵.

Il tema è estremamente complesso, e meriterebbe ben maggiore approfondimento di quanto ci è qui concesso. Volendo abbozzare una posizione, a noi pare che sia anzitutto da escludere, anche alla luce della giurisprudenza relativa ad altri reati in cui compare la clausola in questione, che la presenza di un'autorizzazione valga di per sé ad impedire che il disastro possa dirsi abusivamente cagionato: se, ad esempio, l'autorizzazione è stata concessa in violazione dei requisiti di legge, o addirittura se emerge che essa è il frutto di un patto corruttivo,

³² E' la tesi prevalente: cfr. tra gli altri BELL-VALSECCHI, cit., 12 e RUGA RIVA, *I nuovi*, cit., 9.

³³ In questo senso cfr. in particolare SIRACUSA, *La legge*, cit., 17, che proprio in ragione della presenza dell'avverbio in esame qualifica il disastro come *reato a condotta vincolata*.

³⁴ Il critico più acceso della formula in questione è stato senz'altro AMENDOLA, che sul punto si è confrontato con RUGA RIVA in un serrato confronto di opinioni sulla rivista online *Lexambiente.it*, (cfr. gli interventi di RUGA RIVA del 23.6.2015 e del 6.7.2015, e le repliche di AMENDOLA del 26.6.2015, e del 13.7.2015); si rinvia a tali interventi anche per una discussione sulla possibilità di ritenere la clausola in esame imposta dalla direttiva 2008/99/CE, che all'art. 3, ove sono descritte le condotte di compromissione ambientale che devono essere oggetto di incriminazione, specifica che le attività in questione sono da punire «qualora siano *illicite*».

³⁵ Per la tesi della sostanziale inutilità della clausola, cfr. in particolare BELL-VALSECCHI, cit., 13, secondo cui clausole di anti giuridicità espressa del tipo di quella in esame «altro non fanno se non ricordare l'ovvio, ossia che il fatto tipico costituisce reato solo se non è imposto o facoltizzato da un'altra norma dell'ordinamento».

ben potrà il giudice penale ritenere l'attività abusiva, anche se formalmente autorizzata³⁶.

Il vero problema si pone nei casi in cui l'attività, oltre ad essere autorizzata, sia anche conforme alle prescrizioni normative: se il gestore dell'attività era a conoscenza del fatto che tali prescrizioni, magari in ragione della loro obsolescenza, non potevano più reputarsi adeguate a garantire l'ambiente, può comunque configurarsi la responsabilità penale a titolo di colpa, anche in mancanza di alcuna violazione formale della disciplina amministrativa di settore?

Rispetto a tale questione, che è da tempo al centro di un vivace dibattito in dottrina come in giurisprudenza, non ci pare che l'avverbio in questione risulti risolutivo. L'espressione è talmente generica, da poter essere agevolmente interpretata in *sensu ampio*, come contrasto della condotta con le diverse *norme di rango primario* che a livello nazionale ed europeo individuano nell'ambiente un interesse fondamentale, da coloro che non intendano subordinare la reazione penale per l'evento dannoso all'individuazione di precise disposizioni normative violate da parte della condotta causativa dell'evento; oppure in *sensu più rigoroso*, come necessità che tale condotta sia illecita rispetto a *precise prescrizioni* normative, da chi intenda riconoscere alla legge la possibilità di creare spazi di rischio consentito ove l'eventuale causazione di danni all'ambiente è comunque penalmente irrilevante.

Ci troviamo di fronte ad un tema-chiave dell'attuale scena penalistica, con l'esempio del caso Ilva a mostrare come il contemperamento tra le esigenze di tutela dell'ambiente e della salute e le esigenze della produzione possa costituire materia per un confronto anche aspro tra potere esecutivo e legislativo da un lato, e magistratura penale dall'altro. Oggi il legislatore sembra aver introdotto una inedita forma di "disastro non abusivo", rendendo lecita la causazione di un disastro che non sia avvenuta abusivamente. In realtà, cambia molto poco rispetto al passato, perché non si fa altro che riproporre sotto una nuova veste il tradizionale problema della delimitazione dell'area del *rischio*

³⁶ Per alcuni riferimenti alla giurisprudenza relativa al reato di cui all'art. 260 t.u.a. ("attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti"), dove ricorre la formula in esame, cfr. PALMISANO, *Delitti contro l'ambiente, quand'è che un disastro si può dire abusivo*, in *Lexambiente.it*, 26.3.2015; per un'analisi di ampio respiro sui profili penali delle condotte non autorizzate, anche al di fuori dell'ambito ambientale (si pensi in particolare al settore dei reati edilizi), cfr. anche per i necessari riferimenti bibliografici M. MANTOVANI, *Le attività non autorizzate: profili penali*, 2003.

consentito, al cui interno si collocano le ipotesi in cui la causazione di un evento penalmente rilevante (nel nostro caso il disastro) non è perseguibile, perché l'attività produttiva che l'ha cagionata è stata esercitata nel rispetto della normativa in materia.

La sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva ha affermato con chiarezza che gli interessi pur di massimo rilievo costituzionale della salute pubblica e dell'ambiente possono essere bilanciati dal legislatore con gli interessi anch'essi di rilievo costituzionale del lavoro e dello sviluppo economico, ed il giudice penale è vincolato al rispetto di tale bilanciamento, essendogli preclusa la possibilità di interrompere attività produttive espressamente autorizzate dall'autorità amministrativa, anche quando vi sia motivo di ritenere che esse possano cagionare o aver cagionato danni alla salute ed all'ambiente³⁷.

Ora, con le nuove norme, il tema della rilevanza penale di condotte consentite che cagionano un disastro ha acquisito ancora maggiore rilievo, considerato come il nuovo disastro ambientale si estenda a differenza del passato anche ad ipotesi di contaminazione ambientale non pericolosa per la salute pubblica, e sia tutt'altro che infrequente che l'esercizio di un'attività produttiva possa cagionare uno degli eventi tipizzati dalle nuove norme.

Pensiamo ad un caso molto semplice, quello di un'industria che, ottenute tutte le necessarie autorizzazioni amministrative ed ambientali, si insedia in un'area da tempo abbandonata, e sulla quale negli anni si era sviluppata una rigogliosa vegetazione. E' evidente che, se l'avvio dell'attività rispetta davvero tutte le prescrizioni, i responsabili non sono punibili a titolo di disastro ambientale anche se l'impianto ha provocato una «alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema» (per quanto sfornito di alcuna particolare caratteristica di pregio naturalistico, è fuori discussione che uno spazio verde e privo di elementi antropici rappresenta un ecosistema), e quindi si è verificato un evento tipico di disastro. Non c'era però bisogno della clausola dell'abusivamente per non ritenere punibile una tale condotta, posto che il corretto esercizio di un'attività produttiva autorizzata già secondo i principi generali non può comportare un rimprovero penale per le conseguenze inevitabili di tale attività.

Ma il caso si fa più difficile quando l'attività sia stata autorizzata in conformità alla normativa vigente, ma i responsabili non abbiano

³⁷ C. Cost., 9.5.2013, n. 85, in *Dir. pen. cont.*, 9.5.2013.

adottato le misure tecniche disponibili per ridurre l'impatto ambientale, misure che non risultavano imposte dalla legge o dall'autorizzazione amministrativa perché di recente introduzione, ma di cui gli stessi conoscevano la disponibilità e l'efficacia. In un'ipotesi di tale natura siamo ancora nell'area del rischio consentito, o la prevedibilità ed evitabilità del danno derivante dal danno derivante dall'attività autorizzata lo rendono penalmente rimproverabile a titolo di colpa generica? La giurisprudenza tradizionalmente è orientata a fornire risposta positiva a tale interrogativo³⁸, la cui soluzione risulta centrale in molti procedimenti attualmente in corso per disastro innominato (i casi più noti ove tale questione sarà sicuramente oggetto di discussione sono quelli dell'Ilva di Taranto e della centrale elettrica Tirreno Power di Vado Ligure³⁹). Qui davvero non abbiamo spazio neppure per accennare una nostra posizione sul punto; ciò che ci interessa in conclusione ribadire è solo che l'aggiunta tra gli elementi dei nuovi reati di una formula dal contenuto così ampio come quella dell'«abusivamente» difficilmente potrà fornire nei futuri processi per i nuovi reati un ausilio decisivo alla soluzione di una questione così complessa ed intrisa di significati dogmatici e valoriali.

4.3 La qualificazione penalistica dell'evidenza epidemiologica di un eccesso di mortalità

Tutti i principali processi per disastro innominato appena conclusisi (processo Eternit) o attualmente pendenti⁴⁰ hanno una caratteristica in comune: il sostegno probatorio alle tesi dell'accusa è rappresentato da *studi epidemiologici* condotti sulle popolazioni esposte, dai quali è emerso un *aumento di mortalità* e morbilità per patologie correlate alla sostanza pericolosa.

³⁸ Per l'affermazione che il rispetto delle prescrizioni amministrative non basta di per sé ad escludere l'imputazione del fatto a titolo di colpa, cfr. *ex multis* Cass., sez. II, 15.12.2006, n. 13676.

³⁹ Per il provvedimento che in sede cautelare ha disposto il sequestro degli impianti, cfr. GIP Savona, 11.3.2014, in *Dir. pen. cont.*, 8.5.2014, con nota di ZIRULIA.

⁴⁰ Per rimanere ai casi già citati sopra, per il procedimento Ilva è iniziato da poche settimane il dibattimento presso la Corte d'assise di Taranto (la competenza è determinata dalla contestazione, oltre che del disastro innominato doloso, anche dell'avvelenamento doloso di cui all'art. 439 c.p.), mentre per il caso Tirreno Power non si è ancora conclusa l'udienza preliminare.

Sino a pochi anni orsono, un tale dato probatorio veniva comunemente ricondotto alle fattispecie di omicidio o lesioni colpose, come testimoniano le decine, se non centinaia, di processi per tale titolo di reato che da almeno vent'anni vengono celebrati in ogni parte d'Italia per le morti da esposizione a sostanze tossiche, prima tra tutte l'amianto⁴¹. Il processo Eternit ha inaugurato un nuovo *trend* giurisprudenziale, sempre più di successo almeno nella magistratura inquirente, fondato sulla qualificazione dell'aumento di mortalità a titolo di disastro innominato doloso.

Abbiamo già chiarito in un lavoro recente perché tale qualificazione non ci convince, ribadendo le ragioni per cui riteniamo sostenibile, mediante il ricorso all'istituto dell'*accertamento alternativo* dell'evento, la tesi secondo cui il dato di un'affidabile evidenza epidemiologica circa l'aumento di mortalità o di morbilità dovuto ad una determinata esposizione, sia sufficiente per l'imputazione a titolo di omicidio o lesioni (colpose)⁴².

Tale questione – che, per usare le parole di un autorevole penalista, è oggi di «travolgente attualità scientifica e politico-criminale»⁴³ – è rimasta impregiudicata dalla riforma qui in commento, posto che le eventuali morti cagionate dalla compromissione ambientale sono estranee alle nuove fattispecie di inquinamento e di disastro, esattamente come sono estranee alla fattispecie di disastro innominato. Il legislatore ha infatti tipizzato, come ampiamente visto sopra, un'ipotesi di disastro ambientale in cui elemento costitutivo è l'offesa alla pubblica incolumità, e le singole morti sono mere conseguenze ulteriori del disastro; ma non ha colto l'occasione della riforma per chiarire se la prova di un aumento di mortalità rilevi o meno a titolo di omicidio colposo (o di aggravante *ex artt. 452 ter*⁴⁴ o 586 c.p. del de-

⁴¹ Per una rassegna della giurisprudenza in argomento, cfr. per tutti BARTOLI, *Causalità e colpa nella responsabilità penale per esposizione dei lavoratori ad amianto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 597 e, più di recente, ID., *La recente evoluzione giurisprudenziale sul nesso causale nelle malattie professionali da amianto*, in *Dir. pen. cont.*, 22.7.2014.

⁴² Cfr. MASERA, *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, n. 3-4, 355; per una più compiuta esposizione della tesi si rinvia invece a ID., *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, 2007.

⁴³ Sono le parole di DONINI, *Reati di pericolo e salute pubblica – Gli illeciti di prevenzione alimentare al crocevia della riforma penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2013, 85.

⁴⁴ Sull'interpretazione di tale disposizione, rubricata “*Morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale*”, cfr. per tutti RUGA RIVA, *I nuovi*, cit., 14.

litto ambientale da cui derivano i decessi: i problemi sotto il profilo dell'imputazione causale delle morti rimangono gli stessi). Alla giurisprudenza rimane dunque, anche dopo la riforma, il compito di rispondere a tale quesito; e nei prossimi mesi non mancheranno le occasioni, anche di sicuro impatto mediatico, in cui i nostri giudici si troveranno a confrontarvisi.

IL TESSUTO COSTITUZIONALE DELLA MEDIAZIONE

di Anna Lorenzetti

SOMMARIO: 1. *Brevi cenni introduttivi*; 2. *Le origini della mediazione*; 3. *Il contesto italiano: la mediazione in sede civile*: 3.1. *Altre forme di mediazione: la mediazione familiare, la mediazione culturale, la mediazione penale. Brevi cenni*; 4. *Il tessuto costituzionale della mediazione*; 5. *Brevi annotazioni critiche*.

1. Brevi cenni introduttivi

In via di prima approssimazione, e rinviando al prosieguo del testo per le dovute precisazioni, con il termine di mediazione ci si riferisce all'attività svolta da un soggetto terzo, volta a comporre una controversia in via stragiudiziale. La mediazione viene inclusa tra i metodi di risoluzione delle controversie alternativi al giudizio (in sigla ADR, acronimo della dizione inglese *Alternative Dispute Resolution*), procedure alternative alla giurisdizione ordinaria che aiutano le parti nel trovare una soluzione soddisfacente per entrambe, evitando loro il ricorso alla via giudiziaria¹.

Introdotti come strumento deflativo dell'attività giurisdizionale², i metodi di soluzione delle controversie alternativi al giudizio vengono classificati in vari modi e declinati in varie tipologie. Spesso si utilizza la divisione fra il modello *evaluative* e *adjudicative* (ossia decisionale,

¹ La dottrina sul punto è piuttosto copiosa, soprattutto rispetto al contesto anglo-americano. V. *inter alia*, S. ROBERTS, M. PALMER, *Dispute Process. ADR and the Primary Forms of Decision-Making*, Cambridge, 2008; M. ROBERTS, *Mediation in Family Disputes. Principles of practice*, Aldershot, 2014; R.A. BUSH, J.P. FOLGER, *The Promise of Mediation: the Transformative Approach to Conflict*, San Francisco, 2004; J. WINSLADE, G.D. MONK, *Narrative Mediation: A New Approach to Conflict Resolution*, San Francisco, 2000.

² Questo è lo sviluppo conosciuto, ad esempio, nel contesto statunitense e in UK, quando gli strumenti di ADR sono stati incorporati nella legislazione. Tuttavia, si noti che il ricorso alla mediazione e in generale a strumenti *out-of-court* è sempre stato presente per le più diverse ragioni, nei più differenti contesti giuridici. Su questo punto, v. S. ROBERTS, M. PALMER, *Dispute Process*, cit.

come l'arbitrato) e le procedure *facilitative* o *non adjudicative* (ossia non decisionali, come ad esempio, la mediazione, tra i modelli conciliativi). Viene poi proposta una classificazione tra modelli nati per spontanea volontà di enti e associazioni o organizzazioni del mondo delle imprese e del mercato e strumenti nati a livello istituzionale e introdotti per via normativa³.

Quanto alle singole tipologie di ADR, oltre alla mediazione⁴, vengono di norma fatti rientrare anche la negoziazione⁵, l'arbitrato⁶, la conciliazione⁷, per la cui analisi si rinvia alla copiosa dottrina in materia.

2. Le origini della mediazione

L'origine della mediazione e in generale delle ADR è da ricondurre al contesto anglosassone in cui il loro utilizzo mirava ad offrire una rapida tutela extragiudiziaria e, al tempo stesso, a decongestionare le *Courts*, sia pure situandosi come strumento da affiancare alla giurisdizione ordinaria e non alternativo ad essa⁸.

Anche nell'ordinamento euro-comunitario, si è progressivamente affermato un modello di ADR private o extraprocessuali, in grado di offrire una tutela nei settori in cui la stessa non appariva adeguata. Così, gli Stati Membri sono stati invitati ad introdurre sistemi di ADR in

³ Per un inquadramento, v. C. TROISI, *Autonomia privata e gestione dei conflitti*, Napoli, 2007, pp. 87 ss.

⁴ Così, F. LUISO, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in *Il giusto processo civile*, 2011, pp. 325 ss.; M.A. FODDAI, *Lo spazio della mediazione*, Milano, 2003; J. HAYNES, G. HYNES, L. FONG, *La mediazione. Tecniche e strategie per la risoluzione dei conflitti*, Roma, 2002; B. TROISI, *La mediazione*, Milano, 1995.

⁵ R. RUMMIATI, D. PIETROSI, *La negoziazione*, Milano, 2001.

⁶ P. BERNARDINI, *Il codice dell'arbitrato*, Milano, 2000; E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997.

⁷ P. BERNARDINI, *La conciliazione. Modelli esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, Milano, 2001; I. BUZZI, *Introduzione alla conciliazione*, Milano, 2003; M. DI ROCCO, A. SANTI, *La conciliazione: profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*, Milano, 2003.

⁸ L'origine, soprattutto in una fase iniziale, è da ricondurre agli anni '70, nel contesto statunitense, motivata da fini utilitaristici legati al fenomeno della cosiddetta *litigation explosion*: G. COSÌ, G. ROMUALDI, *La mediazione dei conflitti. Teoria e pratica dei metodi ADR*, Torino, 2012, pp. 26 ss. Come ricordano S. ROBERTS, M. PALMER, *Dispute Process*, cit. (in particolare, v. capitoli 1 e 2), tuttavia, è importante non dimenticare che si tratta di strumenti da sempre presenti nei più diversi contesti giuridici.

materia di tutela dei consumatori, telecomunicazioni, energia, credito al consumo e servizi di pagamento⁹. La mediazione disposta dal giudice è prevista da una Direttiva (n. 52 del 2008) che la contempla accanto alla (e non in sostituzione della) conciliazione giudiziale¹⁰.

3. Il contesto italiano: la mediazione in sede civile

Nel contesto interno, il tema della mediazione trova uno proprio riconoscimento giuridico con l'approvazione di una normativa – D. Lgs. 28/2010 – adottata con il dichiarato intento di decongestionare la giustizia civile¹¹, afflitta da un cronico arretrato¹². La nuova normativa ha previsto come obbligatorio il ricorso alla mediazione, o meglio al tentativo di mediazione, che rappresenta una condizione di procedibilità, in un ampio spettro di materie¹³ (peraltro recentemente ampliatisi¹⁴).

⁹ U. DE LUCA, *La nozione “europea” di ADR*, in M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *ADR e Mediazione*, Torino, 2012, pp. 1-10.

¹⁰ È bene rammentare che, a livello definitorio, l'art. 3, lett. a), della Direttiva 2008/52/CE inquadra la mediazione come un «procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro».

¹¹ Relazione illustrativa - Schema di decreto legislativo recante: «Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali».

¹² Alcune stime indicano in cinque milioni le cause pendenti, di durata media pari a sei anni e, per due terzi, di valore inferiore ai 3.000 euro. Così ricordano, G. COSÌ, G. ROMUALDI, *La mediazione dei conflitti*, cit., p. 3, facendo riferimento ad un “abuso di massa del processo”. Per un quadro della dottrina sul punto, v. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale: composizione della lite e processo nel d.lgs n. 28/2010 e D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, ma v. anche M. L. CENNI, *Manuale della mediazione civile e commerciale*, Napoli, 2012 e C. BESSO (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2010.

¹³ Art. 5, co. 1, d. lgs. 28/2010. La mediazione è obbligatoria fino al 2017 in materia di condominio; diritti reali; divisione; successioni ereditarie; patti di famiglia; locazione; comodato; affitto di aziende; risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità; contratti assicurativi, bancari e finanziari. Quando la contesa riguardi una materia inclusa nell'elenco, è dunque necessario contattare un organismo iscritto nel registro tenuto dal Ministero della giustizia prima di intraprendere la via giudiziaria.

¹⁴ Recentemente, fra gli ambiti in cui è prevista la mediazione obbligatoria, è stata inserita la materia sanitaria, per i casi di responsabilità medica e di responsabilità degli esercenti professioni sanitarie, ossia per quelle controversie aventi ad oggetto il

Alle parti è comunque rimessa la scelta sul *se* concludere o meno un accordo di mediazione¹⁵ o adire la via giudiziaria, sebbene siano previsti dei meccanismi che, attraverso provvedimenti a carattere sanzionatorio¹⁶ e incentivi¹⁷, incoraggiano la soluzione stragiudiziale.

Nelle materie in cui non è prevista come obbligatoria, la mediazione può comunque essere avviata dalle parti su base volontaria, sia prima, sia nel corso del processo. Alla mediazione obbligatoria (*ex lege* o per ordine del giudice), si affianca dunque anche una mediazione facoltativa, ossia avviata su richiesta delle parti.

In ambito civile, la genesi della mediazione, com'è reso evidente dalla lettura del frastagliato materiale normativo vigente, è stata frutto di un processo non scevro da contraddizioni e ambiguità ermeneutiche. Il legislatore ha introdotto, piuttosto bruscamente, un meccanismo di mediazione non tanto in alternativa *al* processo quanto, piuttosto, come snodo essenziale *per* raggiungere, in via eventuale, il processo,

risarcimento del danno derivante da rapporti instaurati tra paziente e struttura sanitaria pubblica o privata. V. le modifiche apportate al d. lgs. 28/2010 dal d.-l. 98/2013 (cd. "Decreto del Fare"), convertito con modificazioni nella l. 98/2013. V. C. CIPOLLA (a cura di), *Il contenzioso socio-sanitario*, Milano, 2004; C. CIPOLLA, A. MATURO (a cura di), *Con gli occhi del paziente*, Milano, 2009; A. De PALMA, A. QUATTROCOLO, *Mediazione tra medico e paziente. Un intervento imparziale sul fenomeno crescente del contenzioso per responsabilità professionale medica*, Modena, 2009; C. CIPOLLA (a cura di), *Il contenzioso sanitario visto dai pazienti*, Milano, 2010.

¹⁵ Nel caso in cui venga raggiunto un accordo, il professionista terzo (ossia il mediatore) redige un verbale che attesta l'esito della procedura e che costituisce titolo esecutivo; diversamente, formula una proposta di conciliazione.

¹⁶ Infatti, il giudice può prendere provvedimenti nei confronti della parte che ha rifiutato la proposta di conciliazione. Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio, ai sensi dell'art. 116, co. 2, c.p.c. All'esito del processo civile, se il provvedimento corrisponde interamente al contenuto della proposta conciliativa, il giudice esclude la ripetizione delle spese della parte vincitrice che ha rifiutato la proposta e la condanna al pagamento delle spese processuali della parte soccombente, nonché al pagamento del contributo unificato e dell'indennità spettante al mediatore.

¹⁷ Tutti gli atti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni altra spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura. Il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro sino a 50.000 euro. In caso di positivo esito della mediazione, le parti avranno diritto a un credito d'imposta fino a un massimo di 500 euro per il pagamento delle indennità dovute all'organismo di mediazione. In caso di insuccesso della mediazione, il credito d'imposta è ridotto della metà.

dando così vita a quella che è stata definita una pregiudizialità mediatrice¹⁸.

Sull'obbligatorietà della mediazione, è peraltro intervenuta una pronuncia di illegittimità costituzionale¹⁹, a cui è seguito un nuovo testo normativo che presenta profili di stretta analogia con la precedente formulazione²⁰.

3.1. Altre forme di mediazione: la mediazione familiare, la mediazione culturale, la mediazione penale. Brevi cenni

Se la mediazione veniva già richiamata nella riforma in tema di affidamento condiviso²¹, grande spazio trova oggi la mediazione familiare²² come tecnica di superamento delle conflittualità che si generano nell'ambito della famiglia, con particolare riguardo all'interesse della prole. Pur in assenza di un riconoscimento formale da parte del legislatore, la mediazione familiare, quale strumento di composizione di controversie alternative al giudizio, sembra comunque aver consolidato la propria presenza nelle prassi, anche grazie ad una capillare rete di

¹⁸ L. NANNIPIERI, *Profili di legittimità costituzionale della mediazione civile e commerciale*, in *www.giurcost.org*, pp. 2-3.

¹⁹ Corte cost. 272/2012, su cui v. C. PASINI, *La pronuncia della Corte Costituzionale del 6 dicembre 2012, n. 272 e alcune promettenti applicazioni in materia di mediazione delegata*, in *www.judicium.it*; L. NANNIPIERI, *Incostituzionalità della mediazione civile e commerciale obbligatoria: l'eccesso di delega assorbe ogni altro profilo*, in *www.forumcostituzionale.it*.

²⁰ Successivamente, con d.l. 69/2013, in materia di «Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia», il Governo ha riproposto la mediazione obbligatoria in una forma depurata dai profili di incostituzionalità segnalati dalla Consulta, sebbene con disposizioni assai simili alla precedente formulazione.

²¹ Art. 1, co. 2, l. 56/2004, in materia di affidamento condiviso che ha modificato l'art. 155-sexies c.c. sui «Poteri del giudice e ascolto del minore». In questa disposizione, poi abrogata dall'art. 106, d. lgs. 28.12.2013, n. 154, si era stabilito che il giudice, in caso di opportunità, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, potesse rinviare l'adozione dei provvedimenti per consentire un tentativo di mediazione, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli.

²² E. URSO, *La mediazione familiare. Modelli, principi, obiettivi*, Firenze, 2012; L. PARKINSON, *La mediazione familiare. Modelli e strategie operative*, Trento, 2013; M. HAYNES, I. BUZZI, *Introduzione alla mediazione familiare. Principi fondamentali e sua applicazione*, Milano, 1996; A. TAYLOR, *The Handbook of Family Dispute Resolution. Mediation Theory and Practice*, San Francisco, 2002; M. ROBERTS, *Mediation in Family Disputes*, cit.

associazioni²³ e con alcune interessanti sperimentazioni in ambito pubblico²⁴.

Una serie di riferimenti alla mediazione, nei termini di mediazione culturale²⁵, si rinviene con l'obiettivo di creare un dialogo e superare una conflittualità (reale o potenziale) fra due comunità o fra appartenenti a diverse comunità linguistiche o culturali²⁶, esperienza che ha trovato spazio soprattutto rispetto all'accoglienza e all'inserimento delle persone migranti e straniere.

Va poi ricordato il ruolo che la mediazione sta sempre più assumendo in ambito penale, quale strumento di soluzione del conflitto, generato dal reato, fra autore e vittima, sia nello specifico ambito della giustizia minorile che ha da sempre manifestato una sensibilità significativa sul tema²⁷, sia in generale nel quadro di una sempre più accentuata tendenza verso forme di giustizia riparativa²⁸.

²³ Le principali sono A.I.M.E.F. (Associazione Italiana Mediatori Familiari, www.aimef.it); Associazione GEA (Genitori Ancora, www.associazionegea.it), S.I.Me.F. (Società Italiana di Mediatori Familiari, www.simef.net); A.I.M.S. (Associazione Internazionale Mediatori Sistemici, www.mediazionesistemica.it); A.N.A.M.E.F. (Avvocati Mediatori Familiari, www.anamef.it).

²⁴ Ad esempio, nella Regione Emilia Romagna è stato attivato un servizio pubblico di mediazione familiare che copre, a titolo gratuito, l'intero territorio (32 sono le strutture che fanno capo al C.RE.DO.ME.F (Centro Regionale di Documentazione sulla Mediazione Familiare, <http://www.credomef.ra.it>).

²⁵ C. BARALDI, V. BARBIERI, G. GIRELLI, *Immigrazione, mediazione culturale e salute*, Milano, 2008; M. ESPOSITO, S. VEZZADINI, *La mediazione interculturale come intervento sociale*, Milano, 2011.

²⁶ Si tratta soprattutto di riferimenti normativi contenuti in leggi che prevedevano finanziamenti. L. 6 marzo 1998, n. 40, di «Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero». V. il Fondo istituito dalla l. 28 agosto 1997, n. 285, «Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza».

²⁷ V. Codice di procedura penale per i minorenni (D.P.R. 448/88, artt. 9, 27, 28, 47). Copiosa, la dottrina in materia, tra cui v. C. MAZZUCATO, *La mediazione nel sistema penale minorile*, in B. BARBERO AVANZINI (a cura di), *Minori, giustizia penale e intervento dei servizi*, Milano, 1998, pp. 117 ss.

²⁸ M.S. UMBREIT, *The Handbook of Victim Offender Mediation. An Essential Guide to Practice and Research*, San Francisco, 2001; J. FAGET, *La médiation. Essai de politique pénale*, Ramonville Saint-Agne, 1997. Sul piano interno, v. L. EUSEBI, *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, 2015; F. BRUNELLI, *La mediazione penale*, in B. BARBAGLI, U. GATTI, *La criminalità in Italia*, Bologna, 2002, pp. 249 ss.; A. CERETTI, *La mediazione penale*, in G. PONTI (a cura di), *Compendio di Criminologia*, Milano, 1999, pp. 576 ss.; C. MAZZUCATO, *Oltre la bilancia e la spada: alla ricerca di una giustizia della réliance. Scenari giuridici per le pratiche di mediazione dei conflitti*, in E. SCABINI, G. ROSSI (a cura di), *Rigenerare i legami: la mediazione nelle relazioni familiari e comunitarie*, Milano, 2003, pp. 149 ss.; C. MAZZUCATO, *Mediazione e*

4. Il tessuto costituzionale della mediazione

Dovendo ricostruire la trama costituzionale sulla quale poggia la mediazione, così come, più in generale, i metodi di soluzione delle controversie alternativi al giudizio, numerose sono le disposizioni costituzionali che offrono spunti di riflessione.

In primo luogo, viene in causa il principio personalista e il riconoscimento dell'uomo così come inserito nelle formazioni sociali (art. 2 Cost.). Infatti, l'aspetto per cui intraprendere un percorso di mediazione significa entrare in relazione con la comunità di riferimento²⁹, con la collettività, certamente fa considerare il peso delle formazioni sociali nel cui ambito la persona vive. In via complementare, va richiamato il principio costituzionale di solidarietà³⁰ e di fraternità³¹, posto che l'avvio e il consolidamento di una relazione interpersonale con la persona con cui è sorto un conflitto, certamente lo evoca quale proprio fondamento e obiettivo.

Anche la disposizione costituzionale che tutela il diritto di difesa va richiamata³², dovendosi riconoscere come spesso la mediazione rappresenta la via per ottenere un risultato ugualmente soddisfacente, senza necessità di accedere alla giurisdizione. Peraltro, se da una parte potrebbe sostenersi una lesione del diritto di difesa, posto che si instaura una procedura alternativa al giudizio³³, va però considerato che non vi

giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici, in G. COSÌ, M.A. FODDAI (a cura di), *Lo spazio della mediazione*, Milano, 2003, pp. 151 ss.; G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia Riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015.

²⁹ In questo senso, v. L. NADER, *Harmony Ideology: Justice and Control in a Zapotec Mountain Village*, Chicago, 1991, e il profilo per cui la comunità di appartenenza rappresenterebbe un ostacolo.

³⁰ A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano, 2012.

³¹ F. PIZZOLATO, *Dal personalismo alla fraternità: fondamenti e condizioni per una solidarietà pubblica*, in A. MARZANATI, A. MATTIONI (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, 2007, pp. 45-60; ID., *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di una ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma, 2012; ID., *A proposito di fraternità cristiana e fraternità giuridica*, in AA.VV. (a cura di), *Scritti in onore di Angelo Mattioni*, Milano, 2011, pp. 541-555.

³² R. CORNELLI, T. CALFAPIETRO, *Mediazione e diritto di difesa*, in *Mediaries*, n. 3, 2004, pp. 29 ss.

³³ È infatti pur vero che il diritto di azione rientra tra “i principi supremi” del nostro ordinamento costituzionale, giacché «è intimamente connesso con lo stesso principio di

sarebbe una contrapposizione con l'art. 24 Cost., in quanto avvalersi della mediazione (così come delle ADR) non comporta una necessaria rinuncia alla possibilità di agire successivamente in giudizio, in caso di mancato accordo. La mediazione non limiterebbe, dunque, il diritto d'azione in senso sostanziale; soltanto in termini temporali, inciderebbe sull'esperimento dei rimedi giurisdizionali volti a salvaguardare gli "interessi generali"³⁴, imponendo degli oneri (in senso lato) senza un eccessivo sacrificio del diritto di azione³⁵, posto che la tutela giurisdizionale sarebbe (soltanto) rinviata³⁶.

Imprescindibile appare poi il riferimento alla disposizione costituzionale che rappresenta l'architrave della giurisdizione, ossia l'art. 111 Cost. in materia di giusto processo³⁷. Sulla possibilità di dare un'interpretazione della mediazione alla luce di esso possono essere spese buone argomentazioni, in quanto le tecniche di soluzione alternative al giudizio e la mediazione rappresentano senza meno una forma di garanzia del giusto processo, assai più solidamente di quanto non accada oggi, in un quadro fortemente compromesso dai cronici ritardi che affliggono la giustizia, soprattutto in sede civile.

democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio» (Corte cost., sent. n. 18/1982).

³⁴ Questi possono essere evocati sia rispetto all'obiettivo di evitare che l'aumento delle controversie cagioni un ingolfamento dell'apparato giudiziario, sia per favorire una composizione preventiva della lite, così da soddisfare le pretese delle parti in modo più immediato rispetto al processo. Si veda in termini analoghi, Corte cost. 276/2000.

³⁵ L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970.

³⁶ L. NANNIPIERI, cit., p. 6.

³⁷ Come noto, l'art. 111 Cost. è stato riformato con l. cost. 23 novembre 1999 n. 2 («Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione»), attuata con l. 25.2.2000 n. 35 («Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 7 gennaio 2000 n. 2, recante disposizioni urgenti per l'attuazione dell'art. 2 della legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2, in materia di giusto processo»). Sul tema, è imprescindibile il riferimento a G. SORRENTI, *Giustizia e processo nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2013. Tra la sterminata dottrina, v. M. CECCHETTI, voce *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. V Aggiornamento, Milano, 2001, p. 595 ss.; P. FERRUA, *Il 'giusto processo' in Costituzione. Rischio contraddizione sul neo-contraddittorio*, in *Dir. e giust.*, 2000, 1, pp. 5 ss.; M.G. CIVININI, C.M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il "giusto processo civile"* (*Atti del convegno dell'Elba, 9-10 giugno 2000*, Milano 2001); L. LANFRANCHI, *Giusto processo (processo civile)*, in *Encicl. giur. Treccani*, Roma, vol. X, 2001; P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2005.

Anche la disposizione sulla sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost.) sembra orientata ad offrire una solida base costituzionale alla mediazione, quale regolamentazione di attività di interesse generale alternative al ricorso alla giurisdizione.

In riferimento al delinarsi del tessuto costituzionale della mediazione, è imprescindibile ricordare chi l'ha definita quale vero e proprio valore, a fondamento della nostra identità e della nostra cittadinanza, persino della stessa Costituzione³⁸, riconducendola all'affermarsi del principio personalista. Questa prospettiva emergerebbe dall'intero tessuto dei *checks and balances* dei poteri, o meglio delle funzioni costituzionali, nessuna delle quali ha il potere di "vincere" fino in fondo, dunque di prevalere sugli altri organi o poteri costituzionali. In tal senso, la Costituzione sarebbe, in ogni suo passaggio, volta ad enfatizzare il valore della mediazione come "cultura", dunque come "pratica concordanza" di valori diversi, ugualmente protetti, quale possibilità di inclusione e non di esclusione di un diverso valore, secondo la logica dell'*et-et* e non dell'*aut-aut*³⁹. La mediazione viene così intesa quale percorso volto a costruire una positiva relazione interpersonale o sociale tra soggetti coinvolti in una vicenda che ha generato conflitti, dunque come via alternativa, e non meramente preparatoria, alla giurisdizione.

5. Brevi annotazioni critiche

Il crescente ricorso alla mediazione rappresenta un dato incontestabile principalmente ricondotto (soprattutto laddove si tratti di questioni dal valore ridotto) alla garanzia che offre quanto a tutela, efficacia, costi ridotti, tempi brevi di soluzione delle controversie.

Tuttavia, vanno segnalate alcune caratteristiche che sembrano porsi come elementi di criticità.

Infatti, in primo luogo, andrebbe riconosciuto che obiettivi dell'amministrazione della giustizia non sono (o meglio non dovrebbero essere) soltanto la rapidità e l'efficienza, sebbene questi aspetti

³⁸ N. COLAIANNI, *La mediazione come valore costituzionale*, in *Minorigiustizia*, 1999, 2, 2, pp. 32-39.

³⁹ F. OCCHIOGROSSO, *La mediazione familiare nella prassi dei tribunali*, in A.a.V.v., *La mediazione familiare nel diritto interno e nelle situazioni transfrontaliere*, Napoli, 2007, pp. 31-44, che richiama un'espressione mutuata dalla dottrina tedesca.

vadano certamente essere considerati. Deve infatti essere considerato come l'abuso del processo causi un danno (indiretto) all'erario⁴⁰ e (diretto) al litigante⁴¹ e vada dunque contrastato⁴². In proposito, la giurisprudenza ha ritenuto che il danno provocato dall'abuso del processo sia maggiore verso l'intera collettività (Stato-Comunità), che verso lo Stato-Istituzione, posto che le inefficienze della giustizia hanno un impatto significativo sulla vita quotidiana di cittadini e imprese⁴³.

Così, seppure la disciplina degli istituti processuali è caratterizzata dal riconoscimento di una ampia discrezionalità del legislatore, con il solo limite della non manifesta irragionevolezza o arbitrarietà, non può non considerarsi come la funzione disincentivante all'azione propria della mediazione riversi i suoi effetti esclusivamente a favore della parte "più forte", provocando più danni e rigidità che benefici. Neppure la riduzione, *ex se*, del contenzioso dovrebbe essere l'obiettivo dell'attività giurisdizionale, se non accompagnata da idonea garanzia quanto all'utilizzo di criteri di giustizia e di equità nelle soluzioni adottate per superare il conflitto. L'assenza di arretrato, infatti, è cosa differente dalla giustizia e dalla *giustizia* della soluzione raggiunta, unica garanzia dei diritti individuali che (per via giurisdizionale) dovrebbero essere tutelati⁴⁴. Né peraltro, sembrerebbe potersi accogliere la contrapposta posizione di quanti hanno sostenuto il ricorso alla mediazione (e in generale alle ADR), sulla scia dell'inefficienza dell'attuale sistema giurisdizionale civile, afflitto cer-

⁴⁰ Si pensi, ad esempio, all'allungamento del tempo generale nella trattazione dei processi e, di conseguenza, all'insorgenza dell'obbligo al versamento dell'indennizzo *ex lege* 89/2001.

⁴¹ A causa del ritardo nell'accertamento della verità.

⁴² *Ex pluris*, Trib. Varese, sez. Luino, ord. 23 gennaio 2010, in *Foro it.*, 2010, 7-8, I, p. 2229.

⁴³ Come hanno rilevato, in tempi recenti, le Sezioni Unite della Cassazione (sentenza del 16 luglio 2008 n. 19499), nell'attuale realtà storico-sociale, «tutte le istituzioni del Paese da tempo annoverano la inappagante funzionalità della giustizia civile (la quale dipende soprattutto dai lunghi tempi di definizione, a sua volta correlati alla variabile niente affatto indipendente del numero delle cause promosse) fra le ragioni di uno sviluppo economico inferiore a quello possibile, segnatamente sotto il profilo dell'abbassamento della propensione agli investimenti».

⁴⁴ Sul tema della ricerca della verità come obiettivo della giurisdizione, v. G. CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1950, pp. 1 ss.; P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, pp. 282 ss.; E. ANCONA, *Sul "giusto processo" ovvero della giustizia e della verità nel processo*, in www.filosofiadeldiritto.it; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992; S. CHIARLONI, *Processo civile e verità*, in *Questione giustizia*, 1987, pp. 504.

tamente da ritardi cronici e da *impasse* che mettono a repentaglio la garanzia dei principi costituzionali. Sembrerebbe, infatti, un paradosso ammettere soluzioni “al ribasso” proprio in un ambito delicato come quello della giustizia, anche considerando che l’obiettivo assunto diverrebbe un generico miglioramento rispetto all’attuale quadro, senza la garanzia della giustezza della soluzione del conflitto e della decisione finale.

La questione appare poi problematica rispetto alla garanzia dell’uguaglianza, sia in senso formale, sia sostanziale, in quanto la mediazione, come peraltro le ADR in generale, possono celare meccanismi che tendenzialmente avvantaggiano la parte espressione di un *mainstream*, ossia chi ha una maggiore “forza” (anche di tipo economico), maggiore capacità rappresentativa o accesso agevolato al potere⁴⁵. Questa posizione critica verso l’utilizzo di soluzioni alternative al giudizio per comporre le controversie era peraltro già stata avanzata dalle studiose femministe che, dagli anni ‘80, avevano dato vita ad un acceso dibattito sul binomio giustizia-equità. Si sosteneva, ad esempio, che la giustizia informale⁴⁶, pur avendo caratteri di maggiore economicità e rapidità, si tramutasse in una sorta di giustizia “di seconda classe” e che la mediazione portasse con sé l’inevitabile effetto di danneggiare gli interessi delle donne parti in causa⁴⁷. Nei conflitti familiari, ad esempio, le donne si trovavano a dover contrastare l’ex partner partendo da una posizione ineguale e dunque, come “gruppo”⁴⁸, venivano inevitabilmente a soffrire una disegualianza di potere, sistematicamente ignorata dalle dinamiche della mediazione⁴⁹.

La mediazione, infatti, presuppone acriticamente la parte della controversia come un soggetto autonomo e totalmente sganciato dal con-

⁴⁵ L. PARKINSON, *La mediazione familiare*, cit., pp. 245 ss.

⁴⁶ R.L. ABEL, *The Politics of Informal Justice. Comparative Studies*, New York, 2, 1982.

⁴⁷ M. ROBERTS, *Mediation in Family Disputes. Principles of Practice*, Surrey, pp. 251 ss.; L. PARKINSON, *La mediazione familiare*, cit., pp. 302 ss.

⁴⁸ Come ampiamente noto, lo stesso inquadramento delle donne come “gruppo” è stato oggetto di un vivace dibattito che ha messo in luce come non esista realmente un “gruppo” delle donne, posto che le diverse condizioni personali, sociali, di “razza”, di età, di orientamento sessuale, collocano le donne in posizioni profondamente differenti. Sul punto, v. J. BUTLER, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, New York, 1990; G. HULL, P. BELL SCOTT, B. SMITH (eds.), *All the Women Are White, All the Blacks are Men, But some of Us Brave: Black Women’s Studies*, New York, 1982; in lingua italiana, v. G. VIGGIANI, *La de-costruzione del soggetto. Un’introduzione a Judith Butler*, Leipzig, 2014.

⁴⁹ M. ROBERTS, *Mediation in Family Disputes*, cit., pp. 258 ss.; L. PARKINSON, *La mediazione familiare*, cit., pp. 245 ss.

testo sociale di riferimento, in qualche modo perpetuando la forza, e dunque il potere, proprio delle forze socio-economiche. Ciò tuttavia non garantisce l'*empowerment*⁵⁰ ma, anzi, rinforza l'oppressione, posta l'interdipendenza della persona dall'ambiente sociale nel quale si trova collocata. Parimenti, ne risultano accentuate le disparità e le diseguaglianze (di fatto) che esistono fra le persone, nonostante la presenza del mediatore che, in quanto terzo, dovrebbe garantire un equilibrio⁵¹. Infatti, se le differenze di potere trovano origine nell'immaginario simbolico, è proprio attraverso le strutture e le istituzioni della società che persistono e si consolidano. Appare dunque essenziale la corretta comprensione di come il "potere" debba essere inteso nel contesto storico di riferimento, cercando anche di valutare se e come la mediazione viene esercitata nella vicenda concreta e rispetto alle parti che si contrappongono nella disputa⁵².

Va anche ricordato come la mediazione rischi di prestarsi ad un uso scorretto che potrebbe portare ad uno sgretolamento delle garanzie procedurali e delle regole poste in materia di giurisdizione dagli organi legislativi, attraverso la sostituzione, nei conflitti pubblici, degli interessi di pochi gruppi maggiormente rappresentativi degli interessi della collettività; peraltro, ciò genererebbe un esiziale aumento del potere contrattuale dei gruppi economicamente più forti e organizzati⁵³.

Si delinea così il rischio concreto che, da strumento di ricomposizione delle controversie, la mediazione possa trasformarsi in un pericoloso dispositivo per aumentare il potere del più forte, in virtù dei principi di informalità che caratterizzano l'intero procedimento. L'assenza di regole sostanziali e procedurali, rischia di amplificare lo squilibrio di potere e la possibile coercizione e manipolazione della parte più debole del conflitto. In virtù della riservatezza e informalità, la mediazione dà, infatti, al mediatore ampi poteri discrezionali di controllo e considerevole influenza sulle discussioni e sulla decisione

⁵⁰ Con questo termine, di matrice extra-giuridica, ci si riferisce al processo di crescita e superamento dei propri limiti e dei limiti della propria condizione. Nella lingua italiana, viene talvolta tradotto con i termini autodeterminazione, l'acquisizione di autorevolezza, sebbene venga di norma utilizzato in inglese.

⁵¹ B.D. SUKOVATY, *A Feminist Philosophical Critique of Domestic Mediation (ADR) Practices in the United States: Realizing Mary Parker Folletts Theory of empowerment*, Tesi presentata nel 2008, Dipartimento di Filosofia e Graduate School of Oregon, Degree Master of Arts, pp. 3-4.

⁵² B.D. SUKOVATY, cit., p. 28, che richiama le posizioni della critica femminista.

⁵³ C. TROISI, cit., p. 223.

finale. Potrebbe inoltre contribuire a negare la conflittualità sociale, soprattutto se interpretata in un'ottica distorta e innaturale di aspirazione all'assenza di conflitti, non molto lontana dalla logica di disciplinamento e normalizzazione foucaultiana⁵⁴. Questo vale tanto più in un ambito, come quello familiare, in cui a modelli statisticamente e socialmente (come pure giuridicamente) dominanti, si affiancano modelli che con più fatica emergono e che, inevitabilmente, stenteranno a trovare riferimenti nell'ambito di procedure alternative al giudizio e in contesti socio-culturali in cui debole è la presenza sociale⁵⁵.

Peraltro, nel caso della mediazione familiare, non è senza conseguenze l'assenza di una regolamentazione giuridica e di un albo riconosciuto, di requisiti, di percorsi formativi *ad hoc* per i mediatori. Di fatto, oggi, non vi sono garanzie di professionalità, preparazione, capacità ed equidistanza dei mediatori familiari ai quali ci si rivolge⁵⁶.

Un problema analogo potrebbe emergere anche per la mediazione civile, posto il suo recente ingresso nell'ordinamento e l'assenza di pre-requisiti, pre-conoscenze per accedere alla formazione che dà accesso all'iscrizione all'albo⁵⁷, diversamente da quanto accade per chi esercita l'attività dello *iuris dicere*⁵⁸.

Se è pur vero che l'obbligo di mediazione in sede civile previsto per legge non riguarda la conclusione dell'accordo, quanto piuttosto il mero esperimento di un tentativo, è però da ricordare che sono previste sanzioni in caso di mancato accordo o comunque meccanismi dissuasivi, nonché meccanismi di incentivazione che in qualche modo finiscono per spingere la persona a concludere l'accordo pur di evitare un incerto e complesso contenzioso in sede civile⁵⁹. Non sorprende,

⁵⁴ C. TROISI, cit., p. 225.

⁵⁵ Rappresenta un interessante esempio, osservare le dinamiche della mediazione familiare rispetto alla soluzione di conflitti nell'ambito di coppie *same-sex*, ad oggi ancora non riconosciute dall'ordinamento giuridico italiano. Sul punto, in ottica comparata, v. M.F. MOSCATI, *Same-sex couples and Mediation in EU*, London, 2015 e i riferimenti ivi contenuti.

⁵⁶ Infatti, i mediatori familiari non sono ancora riconosciuti come professione a sé stante. Questo impedisce che vi sia una formazione standard, degli esami di abilitazione, una verifica della preparazione.

⁵⁷ Ai sensi della normativa vigente (d. lgs. 28/2010), è infatti sufficiente un diploma di laurea, oltretutto triennale, in qualsiasi disciplina, senza la necessità di possedere specifiche competenze in campo processuale o giuridico. L. NANNIPIERI, cit., p. 10.

⁵⁸ Anche in ragione del procedimento di reclutamento e della formazione richiesta per l'ingresso in magistratura.

⁵⁹ V. note 16 e 17 del presente scritto.

dunque, che spesso si opti per la soluzione mediatoria anche in presenza di uno sbilanciamento completo fra torto e ragione, con il solo obiettivo di evitare la lunghezza del processo civile e di poter ottenere il massimo che la controparte è disposta ad offrire, sia pure a fronte di un concreto e indiscusso fondamento giuridico alle proprie pretese.

L'obbligatorietà del tentativo di mediazione non può che suscitare dubbi, anche in quanto di fatto impone un passaggio ulteriore e un aggravio di tempi e di costi, pure nei casi in cui un accordo si palesi comunque come impossibile.

In questo senso, è da valutare se e come possa leggersi una tensione rispetto alle norme costituzionali in tema di giurisdizione, posto che viene accantonato l'obiettivo dello *iuris dicere*, ossia stabilire da quale parte risiede la ragione per dirimere una controversia.

D'altro canto, andrebbe attentamente verificato se e in che termini le dizioni dell'art. 111 Cost. trovano riscontro e garanzia nella struttura e nello svolgimento della mediazione. Se, infatti, si accetta l'idea per cui la mediazione è alternativa al giudizio⁶⁰, va considerato che ad essa debbano presiedere le medesime garanzie costituzionali in materia di giurisdizione. Si pensi, in prima battuta, al principio della terzietà del giudice⁶¹ rispetto a cui non viene affatto considerato come il mediatore, che ha il potere se non di decidere, di coordinare le attività e gli incontri, e di orientarli, può certamente esercitare una grande influenza sull'esito della procedura. Si pensi ancora circa l'imparzialità, al fatto che il mediatore potrebbe avere il medesimo stereotipo⁶², la medesima visione delle cose propria di una delle due parti⁶³, perdendo così il requisito di terzietà di cui dovrebbe essere garante. Infatti, la valutazione in via equitativa rischia di essere impregnata di presupposti, di impliciti, che inevitabilmente influenzano la decisione e non

⁶⁰ L. NANNIPIERI, cit., p. 17, parla di un procedimento reso intrinsecamente paragiurisdizionale dal suo carattere di obbligatorietà.

⁶¹ G. SCARSELLI, *Il nuovo art. 111 e l'imparzialità del giudice nel processo civile*, in *Questione giustizia*, 2000, pp. 81 ss.

C. CONSOLO, *Il giudice "terzo" e "imparziale"*, in B. CAPPONI, V. VERDE (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, Napoli, 2002, pp. 73 ss.

⁶² Si pensi al caso in cui il mediatore abbia il medesimo retrospensiero, pre-assunto, che ha generato o concorso al verificarsi del problema all'origine del conflitto.

⁶³ Quella del mediatore, infatti, è una professione recente per cui è da valutare l'adeguatezza della preparazione e dei meccanismi selettivi di accesso alla formazione. Gli avvocati sono autorizzati a svolgere attività di mediazione civile.

sempre sono orientati verso la giustizia della decisione. Si pensi, ancora, alla garanzia del giusto processo che non sembra trovare spazio adeguato nella mediazione. Anche l'aspetto per cui il mediatore ascolta in via confidenziale le parti e non vi è piena accessibilità alle istruttorie innesca una tensione rispetto ai principi della pubblicità e della trasparenza che dovrebbero essere la regola di presidio al processo⁶⁴.

È interessante ricordare che l'elaborazione di strumenti alternativi al giudizio è stata ricondotta alla logica del "diritto flessibile", con l'obiettivo di contenere una presenza che si ritiene esagerata del diritto e ridurre la pressione giuridica. Tuttavia, la constatata prevalenza di strumenti di *soft law* se anche si traduce in una richiesta di equilibrio, non può però giustificare uno scivolamento verso l'affermazione di un mondo senza regole. Anche per questo vengono invocate altre regole, più "naturali", naturali per necessità, che in quanto tali gli individui osserveranno spontaneamente⁶⁵.

Quanto all'obiettivo "ottimistico" per cui, attraverso le ADR, si garantirebbe la pace sociale e si ridurrebbero i conflitti, va comunque sottolineato come la "pace", l'assenza di liti, non necessariamente rappresenta la garanzia dei diritti e delle libertà oggetto di contesa, né garantisca la giustizia delle soluzioni adottate per risolvere le controversie⁶⁶.

Un altro punto debole della mediazione (e delle ADR in generale) sembra così emergere nell'idea di fondo che ne propala, basata sul presupposto, implicitamente assunto, ma non dimostrato, né sempre vero, che attraverso il dialogo sia comunque possibile trovare una soluzione che soddisfi tutte le parti in causa. In proposito, va ricordata la dottrina che ha ritenuto come solo lo spirito (inteso come *esprit*) della mediazione sarebbe in grado di superare le tradizionali divisioni e contrapposizioni fra le parti di un conflitto, collocandosi in uno spazio connotato dal dialogo e dall'ascolto reciproco. L'accento viene così spostato sull'inevitabilità del conflitto nelle società umane passate e presenti, evidenziandone la valenza costitutiva e costruttiva, come elemento del quotidiano. Il conflitto non dovrebbe cioè essere rifiutato

⁶⁴ B.D. SUKOVATY, cit.

⁶⁵ J. CARBONNIER, *Flessibile diritto*, Milano, 1997.

⁶⁶ In questo senso, v. L. NADER, *Harmony Ideology*, cit.

ma ricompreso nelle relazioni, cogliendone la portata vitale e arricchente per la conoscenza del mondo esteriore e interiore⁶⁷.

Tornando al quadro delle criticità ascrivibili alla mediazione (così come alle ADR), l'aspetto forse più problematico è nell'obiettivo posto di trovare un equilibrio, un punto di incontro, anche quando ciò significhi la parziale soccombenza della parte le cui pretese sono fondate. Non necessariamente, infatti, la mediazione ricerca la verità⁶⁸, piuttosto mirando al superamento della controversia e a raggiungere un punto di equilibrio fra le contrapposte pretese. Un ulteriore effetto di questo approccio è che dà quasi per presupposto che i bisogni dei privati siano sempre e comunque fondati e che essi stessi siano in grado di valutarli in chiave di ragionevolezza della rivendicazione delle proprie pretese.

Ciò che va però indagato è se, e in che termini, le soluzioni offerte per il superamento del conflitto necessariamente coincidano con la verità e la giustizia delle soluzioni, che dovrebbero essere l'obiettivo non solo dell'azione giurisdizionale⁶⁹, ma in generale della composizione dei conflitti.

Sembrano, dunque, contestabili le posizioni di chi, attraverso le ADR, mira al superamento della logica del procedimento contenzioso che si conclude con la soccombenza di una parte e la vittoria di un'altra, per recepire soluzioni consensuali⁷⁰. In questo senso, si è affermato che la mediazione si porrebbe in netta discontinuità con il *modus operandi* in cui si privilegia(va) l'accertamento di torti e ragioni nel contraddittorio per giungere ad una verità processuale, il cd. giudicato⁷¹. Nel proiettarsi verso il futuro, con interventi che pongono al

⁶⁷ J. MORINEAU, *Lo spirito della mediazione*, Milano, 2000.

⁶⁸ C. TROISI, cit., p. 218.

⁶⁹ Sul tema della ricerca della verità come obiettivo della giurisdizione, v. G. CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1950, pp. 1 ss.; P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, pp. 282 ss.; E. ANCONA, *Sul "giusto processo" ovvero della giustizia e della verità nel processo*, in www.filosofiadeldiritto.it; M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992; S. CHIARLONI, *Processo civile e verità*, in *Questione giustizia*, 1987, pp. 504.

⁷⁰ F. OCCHIOGROSSO, cit., p. 33.

⁷¹ F. OCCHIOGROSSO, cit., p. 33. Peraltro, non è sempre detto che la verità processuale espressa con la *res judicata* coincida con un risultato giusto, soltanto fissando ad un certo punto una verità, che si presenta come la più plausibile, in relazione agli esiti del giudizio e che si sostituisce alla certezza empirica. V. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 2000, 27, 62; S. CHIARLONI, *Processo civile e verità*, in *Questione*

centro della questione il conseguimento della pace sociale⁷², la mediazione mostrerebbe così il pregio di andare di là dell'ambito del contendere delimitato dalla domanda, abbracciando la situazione globale delle parti, così da divenire uno strumento più libero per la definizione dei diversi interessi in conflitto⁷³. Nella medesima logica, è stato affermato che se il giudizio guarda al passato per raccogliere elementi su cui fondare la sua "verità", la mediazione è «rivolta al futuro per generare opportunità di soluzione», trattandosi di un «percorso di autonomia che genera uno spazio di comunicazione»⁷⁴. Secondo alcuni quello che conta non sarebbe dunque il conflitto in sé, che è un fatto, un evento, un fenomeno "naturale", ma come questo viene gestito, posto che sono le valutazioni e gli approcci che lo qualificano come utile o inutile, positivo o negativo⁷⁵.

L'opzione sembra dunque orientarsi verso soluzioni in grado di ricomporre il rapporto controverso esistente fra giustizia "dolce", società civile e Stato⁷⁶. Occorre allora interrogarsi sull'idea di giustizia che dalla mediazione sembra emergere, nella consapevolezza che potrebbe non sempre coincidere con la legalità⁷⁷. Va infatti tenuto conto di come, attraverso la mediazione e le ADR in generale, possa palesarsi una forma quasi di privatizzazione dell'attività giurisdizionale in nome di criteri di efficienza e razionalità del sistema. Simile aspetto suggerisce così una certa cautela nel riporre una cieca fiducia verso meccanismi di mediazione e di soluzione delle controversie alternativi al giudizio⁷⁸. Infatti, da un lato, lo Stato si vedrebbe privato del proprio potere di *iuris dicere*, funzione fondamentale e imprescindibile della

giustizia, 1987, pp. 504; E. RESTA, *Le verità e il processo*, in *Politica del diritto*, 2004, 369-370.

⁷² F. OCCHIOGROSSO, cit., p. 34.

⁷³ C. PASINI, cit., 5.

⁷⁴ G. COSI, G. ROMUALDI, cit., p. 4.

⁷⁵ G. COSI, G. ROMUALDI, cit., p. 13.

⁷⁶ J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation: une justice douce*, Paris, 1992.

⁷⁷ C.M. MARTINI, G. ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia*, Torino, 2003. Gli autori sembrano quasi costruire un'idea di giustizia in abbinamento a "fiducia", quale fondamento necessario per ripristinare i legami sociali e la società stessa, che la controversia avrebbe fiaccato; M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access to Justice Movement*, In *The Modern Law Review*, 56, 1993, pp. 282.

⁷⁸ V. S. ROBERTS, M. PALMER, *Dispute Process*, cit.

pubblica autorità⁷⁹. D'altro canto, la tendenza ad una privatizzazione non sembra esente dal lasciare “vittime” sul campo, posto che spesso genera l'effetto di accantonare la dimensione individuale, sacrificando le ragioni della parte che avanza pretese giuridicamente fondate, in nome dell'efficienza e di una (peraltro solo presunta e niente affatto scontata) pace sociale.

Emerge così un sistema basato sulla divisione del lavoro tra risorse regolative eterogenee, in cui le classiche funzioni statali non sono semplicemente delegate (“privatizzate”), ma messe da parte e reindirizzate, nel senso di un controllo indiretto, verso la programmazione e cooperazione con i privati.

In generale quindi, l'utilizzo dei meccanismi di mediazione può essere letto come una sorta di *self restraint*, da parte della pubblica autorità, nell'amministrare una giustizia orientata non solo a ricomporre la controversia, ma anche a fissare torti e ragioni.

Conclusivamente, l'origine della mediazione, e con essa delle ADR, che hanno avuto ingresso, nel quadro interno, sulla scia della normazione di rango euro-unitario e di pratiche provenienti da altri contesti⁸⁰, nonché di una fiducia sempre più accentuata verso soluzioni conciliative delle controversie, suggerisce una certa diffidenza. Infatti, l'obiettivo originale di contenimento del contenzioso, nel rispetto di una logica “efficientistica” che impone una riduzione di tempi e costi nell'amministrazione della giustizia, e non da ultimo, di una logica “ottimistica” per cui, attraverso la mediazione (ma analogamente potrebbe dirsi per le ADR in generale), si garantirebbe la pace sociale e si ridurrebbero i conflitti e il ricorso alla giustizia, non sembra possa

⁷⁹ M. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 371, significativamente, parla in proposito di “fuga dal diritto”.

⁸⁰ Come ricordato, l'avvento delle ADR sul piano interno rappresenta l'effetto di una moda i cui echi giungono da contesti giuridici di *common law*, per cui appare difficile pensare che possa riscuotere una pari fortuna anche nei contesti di *civil law*, posta la difficoltà di operare un semplice travaso di istituti e regole da un ordinamento all'altro. A. WATSON, *Legal Transplants*, 1974; P. LEGRAND, *The impossibility of legal transplants*, in *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, 4, pp. 111-124, 1997; U. MATTEL, *Efficiency in legal transplants: an essay in comparative law and economics*, in *International Review of Law and Economics*, 1994; L. M. FRIEDMAN, *Some Comments on Cotterrell and Legal Transplants*, in D. NELKEN, J. FEEST (eds.), *Adapting Legal Cultures*, New York, 2001; P. LEGRAND, *The Impossibility of Legal Transplants*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4, 1997, 111.

dirsi esente dalla potenziale frizione con i principi costituzionali che si vorrebbe porre quale loro fondamento.

PARTE III
COMMENTI

MATERNITÀ OMOSESSUALE E DIRITTO DELLE PERSONE OMOSESSUALI ALLA PROCREAZIONE SONO LA STESSA COSA? UNA PROPOSTA DI RIFLESSIONE

di *Silvia Niccolai*

SOMMARIO: 1. *La maternità omosessuale nella cornice di un ‘senso libero dell’essere madre’*; 2. *Dalla maternità lesbica al diritto delle persone omosessuali alla procreazione: la retorica antidiscriminatoria al servizio del patriarcato*; 3. *Restituire la genitorialità omosessuale al conflitto tra i sessi*: 3.1 *Rivalsa maschile: la maternità è surrogabile*; 3.2 *Anche la Madre è creata dalla Legge: se la madre lesbica fa la comparsa in un grande racconto di misoginia*; 3.3 *Di nuovo figli (al posto della figlia)*; 4. *Ricominciare dall’a b c: non ogni differenza è uno svantaggio*; 5. *Brevi suggerimenti al legislatore*.

1. La maternità omosessuale nella cornice di un ‘senso libero dell’essere madre’

In queste pagine propongo un approccio alla discussione intorno alla ‘omogenitorialità’ che tenga presenti le posizioni del femminismo italiano (non di rado lesbico, sia pure non dichiarato) detto ‘della differenza sessuale’. L’idea di ‘diritto’, e la visione del rapporto tra persona, o soggettività, e, come preferirei chiamarla, esperienza giuridica, che quelle posizioni coltivano¹, offrono significative occasioni di riflessione in questa materia; il punto di osservazione della differenza sessuale, mi pare, aiuta soprattutto in due importanti direzioni. Una è quella di distinguere, all’interno del dispositivo neutro ‘genitorialità omosessuale’ la posizione delle lesbiche da quella dei gay; l’altra è quella di disfare la seduzione della retorica ‘buonista’ degli ‘eguali di-

¹ Ho in altra occasione cercato di individuarle (cfr. S. Niccolai, *Controversia, disciplina dell’esperienza*, in A. Buttarelli, F. Giardini, *Il pensiero dell’esperienza*, Baldini&Castoldi Dalai, Milano, 2008, p. 265 ss.) come fondate su una contestazione delle premesse di certo legicentrismo statualista e sul recupero di una visione del diritto vicina alle dottrine italiane dell’esperienza giuridica. L’ormai classica (ma, come vedremo, non datata) esposizione delle visuali del pensiero della differenza risale al volume collettivo della Libreria delle Donne di Milano, *Non credere di avere dei diritti*, Rosenberg&Sellier, Milano, 1987.

ritti per tutti siccome siamo tutti uguali’, da cui quel dispositivo si alimenta, che può celare il timore di mettere in campo e di guardare momenti di conflitto. Tutte e due le cose, distinguere e non aver timore delle cose controverse, sono dopotutto il cuore del contributo che i giuristi possono dare alla convivenza, salvaguardandone il carattere aperto.

Occorre forse che io ricordi, sia pure rapidamente, che il fondamentale, e più caratteristico, contributo del pensiero della differenza sessuale è la *valorizzazione del materno*, che significa valorizzazione della genealogia femminile e, anche, della relazione madre-figlia (intesa come tipo, sebbene non astratto e riproducibile, di relazione, non necessariamente come la relazione tra ciascuna figlia e sua madre). Il femminismo che richiamo, dunque, è imperniato sull’asimmetria, o eccellenza, del femminile e vede la madre, meglio: la relazione materna, non come una creazione dell’ordinamento o della società, ma come creatrice di ordine e di mondo sociale. Si tratta di un femminismo che, pertanto, si è sempre opposto alle politiche della parità (considerate “il vero tetto di cristallo” messo alle aspirazioni delle donne²), e ai meccanismi istituzionali, normativi, simbolici tipici dell’approccio paritario, emancipatorio e antidiscriminatorio, con il loro corredo di visioni progressive della storia (“cattivo storicismo” altri lo ha chiamato) e costruttivismo sociale. Il pensiero della differenza sessuale mette invece in primo piano che il materno, e il legame madre-figlia, *non è costruito sociale*, che in esso si sperimenta “una autorità che non è potere”, e, pertanto, vi hanno corso sentimenti capaci di costruire mondo, coesione, non sul presupposto del potere da esercitare su altri o da subire o comunque da controllare: di quei sentimenti il legame materno dà esempi e mostra pratiche che ne fanno risorse a disposizione di tutti³.

² “Se c’è un invisibile tetto di cristallo che ha bloccato molte donne secondo me è l’ideale paritario tra i sessi che inevitabilmente trattiene i loro desideri e giustifica la loro paura di spingersi oltre”: L. Muraro in un articolo apparso su *Via Dogana. Rivista di pratica e politica delle donne*, n. 98/2011.

³ “... Quali che siano i nomi o i mezzi o i surrogati, come sua origine propria il bene di vedersi riconosciute/i nella propria esistenza singolare e non in funzione di altro o di altri, questo bene si produce nella relazione materna. In questa relazione, probabilmente, si radicano altri beni di natura finissima, come l’autorità e la fiducia. (...) nella relazione materna non si dà né ingiustizia né giustizia, non può darsi perché quella relazione precede anche il formarsi del bene della giustizia.” (L. Muraro, *Non è da tutti. L’indicibile fortuna di nascere donna*, Carocci, Roma, 2011, p. 96).

L'attenzione a dire che il legame materno non è un fatto sociale⁴, e la contestazione, che percorre tutto il pensiero della differenza sessuale, del costruttivismo filosofico e sociale e del 'falso storicismo' che legge la storia come piano progressivo⁵ hanno la funzione di presidiare una acquisizione, che ha suscitato e suscita molte resistenze, ossia che la differenza sessuale, dunque la differenza femminile, è originaria e costitutiva⁶. Nel loro complesso, le posizioni del pensiero della dif-

⁴ “A un certo punto del maschile darsi da fare, in epoca relativamente recente, quando si formò l'ideale del progresso, la nozione di 'società', senza più rapporto con le pratiche femminili del passato, ha cominciato a dilatarsi diventando onnivora. Nel pensiero politico dei progressisti spuntò la pretesa che tutti i rapporti e tutte le manifestazioni dell'umano fossero rapporti *sociali* e fenomeni *sociali*, e, come tali, oggetto di indagine scientifica e di possibili cambiamenti ad opera del potere politico. Ma la relazione di una figlia con sua madre non è un rapporto sociale: è storia, è civiltà, ma non è un rapporto sociale. Ed ecco quindi che sparisce dalle vedute progressiste (...) non più presa in considerazione. (...) Il mistero delle genealogie femminili è stato così dimenticato. Ma le genealogie hanno continuato a intrecciare il loro filo: il loro mistero non è mai andato veramente perduto, solo dimenticato, perciò possiamo tornare a percepirlo nella sua forma più semplice, modulare potremmo dire: una bambina che va nel mondo dando la mano a sua madre.” (L. Muraro, *Non è da tutti*, cit., p. 79-80, corsivi nell'originale).

⁵ Il nesso tra 'progressismo' e una concezione di impronta maschile che annoda politica e diritto intendendoli come strumenti di una lotta per il potere e per una società 'più giusta' è sottolineata da L. Muraro, *Non è da tutti*, cit., p. 21-23. Costruttivismo sociale e concezioni progressive della storia, insieme alla riduzione del diritto al *social engineering*, sono i tradizionali alleati del pensiero e dell'azione che si autodefiniscono 'progressisti'. Il richiamo del pensiero della differenza sessuale contiene, in questi suoi snodi, un utile monito a non scambiare ogni azione fatta in nome del 'progresso' e della 'giustizia' con un movimento di libertà e/o che abbia valore o interesse per le donne.

⁶ Affermare che “La differenza sessuale è una differenza umana originaria” (*Non credere di avere dei diritti*, cit., p. 152), mi pare opportuno soffermarsi a chiarirlo, è l'unico modo, su un piano teorico, per non ridurre la condizione di donna alla complementarità, dunque alla superfluità, nei confronti del maschile (o dunque per evitare di equiparare la differenza femminile a qualunque altra differenza all'interno di un genere umano non altrimenti articolato, neutro-universale). Assumere coscienza (quali esseri umani) della nostra differenza ci dà la consapevolezza di poter *differire*, ossia di avere il potere di operare il cambiamento: di qui il senso politico della differenza sessuale. Rivendicarne il carattere originario e costitutivo significa vederla come la condizione che rende possibile una dialettica, transitiva, tra la persona e la realtà data. La differenza sessuale è così al tempo stesso dato di realtà (anzi: essa è necessità, come il pensiero della differenza sostiene) e premessa di trascendenza. Nonostante l'influenza di certo strutturalismo (De Saussure, Lacan) il pensiero italiano della differenza sessuale ha, a mio avviso, da un lato una forte contiguità con il pensiero critico della scuola di Francoforte, specialmente nella declinazione marcusiana, e, dall'altra parte, vi cennerò tra breve (cfr. *infra* nt. 7) riconoscibili radici nel coscientialismo cattolico, e costituisce parte integrante e forse la più viva di una peculiare tradizione italiana, che in filosofia, nell'accademismo globalizzato, va sotto il nome Italian Thought e

ferenza sessuale rimandano alla convinzione che gli esseri umani hanno qualcosa che non è manipolabile, che è loro (la loro nascita sessuale). Questa dimensione di autonomia, dunque di libertà e di forza⁷, è anche la condizione che li tiene prossimi alla necessità della reciproca relazione, ai limiti delle possibilità umane e alla parzialità che caratterizza ogni esperienza⁸. Se si pensa che la storia è interamente macchi-

nel diritto si è chiamato *Mos Italicus*. Il pensiero della differenza sessuale è d'altro canto accusato di essenzialismo, o di insufficiente aggiornamento culturale rispetto alle teorie del genere e *queer*, proprio perché si richiama alla differenza sessuale, affermando che essa esiste. Le teorie decostruttive e performative del genere lo giudicano apertamente un fondamentalismo a base eterosessista (il giudizio risale come è noto al pur problematico pensiero di J. Butler). Tuttavia sarebbe interessante chiedersi se proprio le teorie costruttiviste, e decostruttive, del genere, che contestano la consistenza e 'verità' della persona umana come tale, non siano state e non siano una manifestazione, estrema della resistenza ad accettare il carattere originario della differenza femminile; una manifestazione estrema anche nel senso che, pur di non ammettere che le donne sono qualcosa d'altro e lo sono di per sé, cioè che i sessi sono due, il pensiero 'ufficiale' ha preferito andare nel senso che lo stesso essere umano non è niente e non 'ha' un sesso (se non come costruzione sociale) e che tutte le differenze sono equipollenti. È per questa via che il pensiero *queer* può ripresentarsi come erede della tradizione illuministica, fautrice dell'universalismo. Invece, la critica del pensiero della differenza all'universalismo, nonostante abbia suoi intensi rimandi alla concezione classica dell'eguaglianza (il *suum cuique tribuere*) rappresenta un persistente ostacolo alla comprensione di quel pensiero da parte di ogni mentalità che si sia imbevuta alla tradizione illuminista. Soggiungo infine che, rispetto alla differenza sessuale originaria, anche la differenza di orientamento sessuale è una che viene seconda. Solo valorizzare la prima permette alle donne di individuare un terreno di rapporto non basato sulla 'comune oppressione' ma 'innamorandosi delle donne e riconoscendo se stesse con gioia nelle altre donne' (cito, con modifiche, da *Non credere di avere dei diritti*, p. 43). Basata sulla differenza sessuale, "la politica femminile... non è mai stata la raccolta delle buone coscienze o delle rappresentazioni giuste di sé. È stata dagli inizi e rimane una guerra contro ciò che divide la donna dalla sua simile privandola della sua fondamentale risorsa di libertà che è l'appartenenza al genere femminile. Non era, come si è detto, una guerra contro gli uomini, ma era e rimane una guerra contro l'intromissione maschile nei rapporti fra donne e delle donne con il mondo. L'intromissione maschile, come sappiamo, non impedisce fra donne l'accumunamento generico sul perdente. Impedisce il rapporto valorizzante, la stima, l'autorità." (*Non credere di avere dei diritti*, cit., p. 186).

⁷ Questa convinzione di fondo segna anche un punto di contatto tra il femminismo italiano della differenza e il coscienzialismo cattolico, di grande importanza anche nella nostra cultura giuridica, attento a denunciare la 'de-individualizzazione' dell'esperienza contemporanea (il pensiero va naturalmente a Giuseppe Capograssi). Per un approfondimento di questo punto v. se vuoi S. Niccolai, *Aborto: l'ambigua liberazione dalla 'natura'*, in corso di pubblicazione in *Medicina nei secoli*, numero monografico a cura di C. Lalli, 2016.

⁸ "Non si tratta di opporre il valore di essere donna al valore di essere uomo. Essere donna piuttosto che essere uomo, o viceversa, in sé non ha valore. La differenza sessuale è una parzialità, un segno di finitezza, il segno più forte che il pensiero porta del suo essere corpo." (*Non credere di avere dei diritti*, cit., p. 186). Il pensiero della differenza sessuale

nata da rapporti di potere, del resto, è impossibile dar credito al desiderio di esistenza libera di *chiunque*⁹. Le donne, in particolare, il cui sesso è stato sin troppo, e quasi per definizione, manipolato dai costrutti sociali, proprio riconoscendosi come donne a partire da un movimento proprio, che le riferisce ad altre donne, possono interrompere, per sé e per tutti, la presa, il sortilegio della manipolazione, che costituisce l'in sé del potere (patriarcale, comunque eteronormativo)¹⁰, con un movimento che d'altronde, per istituirsi, richiede una dialettica, un 'conflitto relazionale' (con sé, con la propria nascita sessuata, con l'altra e con l'altro)¹¹. Per questo si può dire che quando ci si interroga

insegna a diffidare di definizioni e battaglie neutre, perché esse sempre assolutizzano quella che in realtà è solo (e altro non può essere che) una parte dell'esperienza umana, illudono le persone di potersi sganciare dai limiti della condizione umana, che sono in primo luogo limiti di conoscenza.

⁹ Per dare credito a un desiderio di 'esistenza libera', per esprimere 'fiducia nella altre che [hanno] lo stesso desiderio, occorre pensare "che la storia non è macchinata sino in fondo dai rapporti di forza." (L. Muraro, *Non è da tutti*, cit., p. 97.) L'autorità femminile, concetto chiave del pensiero della differenza sessuale, va intesa dunque come un paradigma dalle molteplici implicazioni che scaturiscono nel loro complesso dalla esortazione a tener presente che ciascuna donna riceve autorizzazione alla propria libertà dalla forza che le proviene da una visione valorizzante di sé, coltivabile a condizione di saper dare valore a altre donne, e quindi a se stessa. In questo contesto ideativo affonda le sue radici, come è noto, la figura della madre simbolica, e perde molta importanza (se non diviene controproducente) la legge esteriore (dettata da una autorità eteronoma che come tale dà misura al desiderio femminile trattenendolo e conformandolo al già dato).

¹⁰ E che consiste nel "cominciare subito a farsi giustizia (...) nel senso di vedere la realtà con criteri indipendenti dai valori dominanti" (L. Muraro, *Non è da tutti*, cit., p. 66). "Sentire dentro di me, a partire da me, che le donne esistono di per sé stesse, non come seconde, o pari, o complementari agli uomini" (*ib.*, p. 68). Con questo cambio di atteggiamento "si smette di stare sotto le misure sociali e di restare fissati al potere, per diventare tu quello che riconosce o non riconosce valore, cioè autorità, secondo la tua misura." (*Ib.*, p. 95.) "Io penso che la libertà femminile consista concretamente nel poter fare di una condizione umana imposta, come quella femminile, un'occasione di esistenza più grande": L. Cigarini, *La politica del desiderio*, cur. I. Dominijanni, Pratiche editrice, Roma, 1995, p. 121.

¹¹ "[Le differenze antropologiche] passano tra esseri già costituiti nella loro identità umana. Tali sono le differenze di passato culturale, di origine geografica, di status sociale, di età. Queste differenze ci mettono in una precisa tensione dialettica con l'altro da sé, che chiamano e respingono, ed è sul filo di questa tensione che passa, come un equilibrista, l'apporto valorizzante del principio di identità. Non è così per la differenza sessuale, che di reale ha ben poco, così poco che forma l'oggetto per eccellenza del fingere. "Trucco" chiamiamo noi donne i cosmetici, con parola che segnala l'ironica consapevolezza di quello che facciamo quando diamo risalto all'aspetto femminile. La differenza sessuale passa tra 'due' che non hanno identità senza questa differenza. Che, a sua volta, dall'identità umana prende realtà: realtà storica, culturale. La differenza sessuale fa differire da sé un identico

intorno al valore assegnato al materno in un dato tempo o in una data società ci si interroga su qualcosa che coinvolge la libertà di tutte e di tutti.

In un libro ancora recente, Luisa Muraro ha individuato, come grande immagine di libertà femminile e conquista duratura dei movimenti femministi della seconda metà del secolo scorso, quella della *madre sola, la donna che ha figli fuori del matrimonio*, matrice di enorme cambiamento sociale e simbolico: “la maternità fuori dal matrimonio, [che] per secoli, sino al tempo della mia giovinezza, faceva della futura madre una reietta sociale: ora non più, in molti paesi è finita con questo abominio patriarcale e negli altri finirà.”¹² Crescono anche le madri che non dichiarano la paternità della loro creatura neonata: un fenomeno che parla di un “desiderio di maternità indipendente”, dove si mostra “una potenza che ha sempre accompagnato l’umanità, la potenza materna, la cui natura è quel voler bene in forza del quale qualcosa può essere: detto filosoficamente, è il possibile vero e proprio la cui essenza sta nel voler bene.”¹³

Per chi guarda le cose con gli occhi della differenza sessuale, che danno valore alle espressioni di libertà e autorevolezza femminile, simili manifestazioni di senso ‘indipendente’ della maternità, che spesso emergono dagli apparentemente umili fatti di cronaca, mostrano l’insorgere (o il tornare, o il persistere) del senso delle donne circa una propria libertà e un proprio potere che non ha bisogno di autorizzazio-

essere umano e lo fa essere se stesso: donna, uomo. Per l’essere umano identificarsi e differire sono la stessa cosa, se una ‘cosa’ simile potesse darsi. Non si dà infatti come tale, ma come invito, ora consolante, ora disperante, a riprendere la ricerca del senso di sé. Essa si vive come necessità di mediazione, esistenziale e culturale, non fra due entità, non fra un sé e un altro sé, mediazione bensì creatrice di identità personale, fra un sé e un non ancora, o un non più, o un forse mai sé. La filosofia ci insegna che ogni differenza tra due esige, per la sua stessa pensabilità, che si pensi un terzo, rispetto al quale i due si commisurano tra loro. Ma non c’è il terzo della differenza di essere donna/uomo. O meglio, esso altro non è che il riprodursi della differenza stessa, come cimento dell’identità umana personale la quale vi conquista quello che le è proprio, che è di non aver bisogno di riempirsi di sé per essere”. (L. Muraro, *Oltre l’uguaglianza*, in Diotima (cur.), *Oltre l’uguaglianza. Le radici femminili dell’autorità*, Liguori editore, Napoli, 1995, p. 105 ss., p. 126).

¹² L. Muraro, *Non è da tutti*, cit., p. 96.

¹³ L. Muraro, *Non è da tutti*, cit., p. 111-113, corsivi nell’originale.

ne (esterna, proveniente dal potere riconosciuto) ma ne riceve dalle azioni e dal giudizio, spesso dalla parola, di altre donne¹⁴.

2. Dalla maternità lesbica al diritto delle persone omosessuali alla procreazione: la retorica antidiscriminatoria al servizio del patriarcato

La maternità delle donne lesbiche certamente appartiene alle manifestazioni di un senso indipendente dell'essere madre (dell'essere donna), con cui si mostra e si pratica la capacità femminile di creare esistenza sociale. Tuttavia, mi pare che la maternità lesbica rischi, anche, di risolversi nel segno contrario, per come ci giunge narrata e raffigurata, e cioè all'interno (e come costola?) di una generica, universalistica, rivendicazione delle "persone omosessuali" alla procreazione, una rivendicazione altamente ideologizzata e interamente costruita, dai movimenti che la avanzano, nella logica paritaria e neutra¹⁵ che accompagna il discorso antidiscriminatorio.

Gli esiti di questa, così costruita, rivendicazione, sono due: primo, una forte tendenza a *fare della maternità una cosa analoga alla paternità (fondendole così entrambe nella 'genitorialità', appunto), e, precisamente, a fare della maternità un fatto sociale, analogamente a come è sempre stata la paternità* (secondo millenarie tradizioni la madre è colei che partorisce, fatto 'naturale', il padre è il 'marito della madre' o colui che con gesti e atti congruenti si assume la paternità: fatto sociale¹⁶). Secondo, una altrettanto forte tendenza *a mettere sullo*

¹⁴ Segnalarle è di volta in volta l'operazione che stabilisce, da parte di ciascuna, "il vincolo di riconoscenza e di riconoscimento verso le sue simili, [che] costituisce per ogni donna l'essenziale del suo legame sociale" (*Non credere di avere dei diritti*, p. 172).

¹⁵ La parola 'madre' non compare del resto (schermata dalle neutralizzanti parole 'genitori' e 'genitorialità'), e per esempio, nei titoli dei saggi raccolti in *Omogenitorialità, filiazione, orientamento sessuale e diritto*, cur. A. Schuster, Mimesis, Sesto S. Giovanni (Mi), 2011; *Buoni genitori*, di C. Lalli, Il Saggiatore, Milano, 2009, ha come sottotitolo "mamme e papà gay" ma nei titoli dei paragrafi si parla di "Padri" e "Genitori" soltanto ('gay' del resto è parola che richiama l'omosessualità maschile, nonostante, non casualmente, del resto, tenda a 'universalizzarsi' a sua volta per descrivere anche quella femminile).

¹⁶ Personalmente, credo peraltro che la paternità possa essere molto di più e di diverso del mero 'fatto sociale' su cui oggi tanto si insiste per sostenere configurazioni puramente 'intenzionali' della genitorialità che ne spostano i contenuti sul piano comportamentistico (anche un uomo sa mettere i pannolini, cambiare il ciucciotto). Questo qualcosa di più e di diverso l'ho trovato espresso dalla parola poetica di un grande scrittore: "Alcune volte gli

sfondo sia la madre sia il padre in favore del protagonismo della coppia genitoriale (o della ‘famiglia’). Entrambe le tendenze disegnano una grande egida universalizzante¹⁷ che neutralizza, rendendola irrilevante, la differenza sessuale, e attraverso la quale riemerge corporalmente una aspirazione che non si saprebbe altrimenti chiamare se non come di tipo patriarcale. Al cuore di questa dinamica si colloca, a mio giudizio, un conflitto sul materno, fatto dell’aggressione, da parte degli uomini, e della rinuncia, da parte delle donne (meglio: di alcuni e di alcune che parlano per essi e per esse), nei confronti del materno, per ciò che esso addita e rende possibile pensare, e cioè che l’esperienza (e la libertà) umana *precede* l’ambito normativo e sociale e non ne è interamente creata, istituita, definita e manipolata, ed esiste, invece, come potenzialità di trasformare l’esistente.

Le due tendenze che ho evocato sono certamente enfatizzate dalla *retorica antidiscriminatoria che accompagna la rivendicazione della genitorialità omosessuale*, e che pone su questa materia le sue classiche stimate. Esse, per citare qui quelle sole che sono più direttamen-

capitò dentro il piacere che lo inondava di colpo di avvertire una nostalgia potente di paternità. Riservava alla ragazza un lato dell’amore che non aveva nulla a che fare col sesso occasionale e non era comune fra estranei: una natura parentale.” (Amos Oz, *Non dire notte*, 1994, trad. it. Feltrinelli, 2007, p. 108). Cito queste parole perché vi avverto l’evocazione di qualcosa che va perduto per tutti dalla assai prosaica riduzione della paternità, e della maternità, a un piano di operazioni pratico meccaniche, ciò che mi pare l’inevitabile portato dell’insistenza sulla sua natura ‘sociale’. Quando al significato della riduzione operazionistica della vita umana, su ciò ci ha messi in guardia, sin da molto tempo fa, la riflessione marcusiana intorno a *L’uomo a una dimensione* (1964, trad.it. Einaudi, Torino, 1966).

¹⁷ Il diritto antidiscriminatorio nasce con una costitutiva componente universalistica e neutralizzante (v. anche *infra* la nt. 18 e 20), ma il fatto che per un lungo periodo esso abbia protetto categorie o gruppi quali le donne o le minoranze razziali ha reso percepibile questo tratto solo a quella parte del pensiero femminista, quello cui mi sto ispirando, che si è preoccupato di denunciare la portata riduttiva di una concezione meramente emancipatoria della libertà femminile, che ‘limita’ le conquiste possibili alla libertà femminile al mero raggiungere ciò che esiste e cioè i diritti, le libertà e i modi di vivere già riconosciuti, assegnandole la funzione di confermare la bontà e il valore di questi ultimi (v. Clara Jourdan o Annarosa Buttarelli in numerosi importanti interventi apparsi nel corso del tempo sulla Rivista *Via Dogana*, ma v. anche alcune attente critiche delle politiche americane dei ‘diritti civili’, che ne hanno denunciato la funzione di trasformare le disuguaglianze in una mera questione di status (R. Goluboff, *The Lost Promise of Civil Rights*, 2008). È stato con l’emergere del tema dei diritti delle persone omosessuali che il diritto antidiscriminatorio ha abbracciato esplicitamente una prospettiva universalistica. Per una discussione più approfondita di questo tema mi permetto di rimandare a S. Niccolai, *Il dibattito intorno alla svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio*, in *Dir. e Soc.*, 2014.

te collegate alle tendenze che ho descritto, sono *neutralizzanti*, insistono da sempre nel senso della *fungibilità tra i sessi* (come lavoratori, come genitori, uomini e donne sono uguali¹⁸) e della *irrilevanza della differenza sessuale* (riducendola semmai a una differenza di ruoli di genere, cioè di ruoli sociali, come tali ritenuti intercambiabili e in questo modo ‘curabili’ delle loro differenze¹⁹), e, spesso lo si è notato, la-

¹⁸ Sono gli arcinoti e ripetitivi paradigmi della giurisprudenza ‘di genere’ della Corte di Giustizia della Ue (a partire da, e solo per citare un esempio, *Commission vs France*, 1988, Caso C-212/88). Va anche ricordato che, sinora, ‘il dato biologico della gravidanza, parto e allattamento’ ha giustificato, come non discriminatorie, le tutele accordate alle donne nel lavoro. *Quid* con l’avvento della surrogazione di maternità? Sulla posizione della Corte di Giustizia (nei casi *C.D. v St e Z e Government Department v The Board of Management of a Community School*, C-167/12 e 36/12), v. E. Caracciolo di Torella, P. Foubert, *Surrogacy, Pregnancy and Maternal Rights. A Missed Opportunity for a more coherent Regime of Parental Rights in the UE*, in *Europ. L.R.*, 2015, p. 52 ss., le quali considerano ‘elusiva’ la posizione della Corte, che non ha ritenuto discriminatorio per motivi di sesso il diniego del datore di lavoro di concedere il congedo per maternità alla madre committente. V. sul punto anche *infra* la nt. 39.

¹⁹ Le espressioni “diritto antidiscriminatorio” e “politiche di genere” sono state a lungo intese, specialmente nel contesto italiano, e almeno sinché il diritto antidiscriminatorio europeo non è andato, appunto, oltre le direttive ‘di genere’, come due espressioni pressoché sinonimiche e che alludevano a interventi volti a realizzare la parità tra donne e uomini. Tuttavia, la contiguità tra diritto antidiscriminatorio e ‘genere’ denota, al contrario, la costitutiva componente universalistica e neutralizzante del primo. Nell’articolo fondativo di J. W. Scott, *Gender: a Useful Category of Historical Analysis*, in *The Am. Hist. Rev.*, 1986, p. 1053 ss., si legge precisamente che nell’ambito dei Women Studies americani dei primi anni 1970, l’introduzione del termine ‘gender’ fu dovuta alla “preoccupazione di reagire a un discorso femminista altrimenti “too narrowly and separately focused on women”, vale a dire che il termine (e il bagaglio teorico che si porta dietro) ebbe la funzione di reintrodurre (logicamente, del resto, in una prospettiva di parità) l’uomo. Sebbene per una lunga fase usato come sostituto o equivalente di ‘donne’, il termine ‘gender’ serve soprattutto “to suggest that information about women is necessarily information about men, that one implies the study of the other”. Il ‘gender’ è concetto costruttivista, e decostruttivo, radicato nello strutturalismo, specialmente psicanalitico (Lacan), ed è “a way to refer to the entirely social origins of the subjective identities of men and women”. Scott pone in questo suo importante scritto (recentemente ripubblicato in italiano da P. Di Cori, *Genere Politica Storia*, Roma, Viella, 2013) anche altre proposizioni classiche della materia: maschile e femminile non sono caratteristiche ‘inherent’ ma costrutti ‘fictional’; l’identità sessuale è socialmente costruita; il genere è “human agency” che si esprime performativamente; il genere è una interfaccia del potere (“il genere è implicato nella costruzione o concezione del potere stesso”). La linea di frattura tra il femminismo americano e quello franco-italiano della differenza sessuale corre appunto intorno al paradigma filosofico-sociologico del ‘genere’; come ho già ricordato (*supra*, nt. 6) al pur problematico approccio di J. Butler il pensiero femminista della differenza sessuale appare un ‘fondamentalismo’ che ha al suo centro l’eterosessismo (rinvio alla *Introduzione* del 1999 all’edizione Routledge, 2007, di *Gender Troubles*).

vorano in sostegno di uno status quo, o di interessi ‘governanti’ (dare alle donne gli stessi diritti degli uomini nel lavoro onde fare di tuttata società una risorsa per l’economia²⁰; calare sugli immigrati la mentalità lavoro-centrica che si presume tipica dell’uomo occidentale²¹), anziché essere mosse dal basso, dallo spontaneo desiderio e dalla capacità di uomini e donne di rimodellare i termini delle loro relazioni “attraverso una negoziazione a tutto campo delle rispettive posizioni, così come dei loro compiti e desideri”²².

Quanto alla prima delle due tendenze che ho appena evocato (*la maternità che diventa paternità*), posso ricordare l’insistenza, da parte di chi rivendica i diritti delle persone omosessuali alla genitorialità, affinché anche per le madri lesbiche, per le coppie lesbiche, e anche per le coppie etero debba essere l’aspetto sociale, intenzionale, il *fare* o il piano comportamentistico a definire la genitorialità onde si *istituisca un nuovo principio neutro, non discriminatorio, per cui ciascuno è genitore dell’essere che accudisce, che cresce, che nutre*²³. Perché?

²⁰ Ho discusso questo punto nel mio *Changing Images of Normal and Worthy Life*, in S. Niccolai, I. Ruggiu (cur.), *Dignity in Change. Exploring the Constitutional Potential of EU Gender and Anti-Discrimination Law*, EPAP, Fiesole, 2010, cui mi permetto di rinviare per riferimenti V. comunque, in argomento, almeno gli studi di Paola Villa, in particolare *La Strategia europea per l’occupazione e le pari opportunità tra uomini e donne*, in M.R. Rossilli (cur.), *I diritti delle donne nell’Unione europea. Cittadine migranti schiave*, Ediesse, Roma, 2009, p. 163 ss.

²¹ È la posizione di A. Somek, *Engineering Equality*, OUP, 2012.

²² I. Praetorius, *Il reddito di base incondizionato nell’economia post-patriarcale*, in S. Burchi e T. De Martino (cur.), *Come un paesaggio. Pensieri e pratiche tra lavoro e non lavoro*, Iacobelli, Roma, 2013, p. 33 ss. Esempio: sono state le donne italiane a lamentarsi del regime nostrano dell’età pensionabile condannato dalla Corte di Giustizia come discriminatorio, o non è stata la Commissione europea a vedervi la violazione di un ordine pubblico ideale il cui perno è la parità? Vedi sulla sent. del 2008 della Corte di Giustizia in causa C-46/87 il commento di F. Angelini, *Il principio della parità retributiva nel lavoro pubblico*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 7/2009.

²³ Per la presentazione e la discussione di questo ormai classico argomento v. S. F. Appleton, *Presuming Women: Revisiting the Presumption of Legitimacy in the Same-Sex Couples Era*, in *Boston Univ. L.R.*, 2006, p. 27 ss., spec. p. 275 ss. Come è noto, e come tornerò a ricordare anche nel testo, il problema di come istituire legalmente i legami genitoriali è fortissimo per le coppie omosessuali, ma specialmente per quelle gay, che trovano notevoli ostacoli nelle tradizionali presunzioni di paternità e maternità, le quali possono viceversa giocare a favore delle lesbiche (poiché il padre è sempre stato il marito della madre, dove è ammesso il matrimonio omosessuale ciascuna componente della coppia diviene madre dei figli nati all’altra in costanza di matrimonio; altrimenti può estendersi alla convivente stabile di fatto la presunzione, osservata nel diritto americano, per cui l’uomo che vive con la madre quando il figlio è piccolo e lo cresce ne è il padre). Il *favor* per le donne, non solo quello verso le coppie eterosessuali, implicato dalle tradizionali presunzioni di paternità,

Perché, si afferma, quel *fare, quel fatto sociale* quello è l'unico trait-d'union che accomuna tanti modi possibili di avere figli, e consente di mettere in secondo piano l'asimmetria che intercorre tra le donne, da una parte, che possono partorire i loro figli, e gli uomini, dall'altro lato, che non lo possono, con tutte le conseguenze a loro carico ne derivano (dai problemi relativi alla regolamentazione della posizione della madre surrogata a quelli relativi all'istituzione del legame genitoriale in capo al compagno del padre). Quel fare, quel fatto sociale che servirebbe a neutralizzare le differenze che discriminano, è sempre stato necessario e sufficiente alla *paternità, non alla maternità. Attraverso di esso, come dicevo, la maternità diventa paternità, 'funziona' come essa e non è destinata a denotare alcunché di diverso e peculiare* (analogamente a come, lo si è detto tante volte, la neutralità apparente del discorso antidiscriminatorio ricostituisce le scale di valore dominanti).

Quanto alla seconda tendenza, quella a *sostituire padre e madre con la coppia genitoriale*, vanno in questo senso diverse e complesse spinte, che però la delincono chiaramente: quando si tratta di affidare un bambino (alla madre portatrice che lo rivendica, o alla coppia che lo ha commissionato?) le corti si affidano, sulle due sponde dell'oceano, al criterio del *best interest* del bambino²⁴. Decade, perché

determina, specialmente nel dibattito d'oltreoceano, un'intensa concentrazione sulla ricerca di presunzioni non discriminatorie (e cioè non favorevoli alle donne né *straight oriented*).

²⁴ In argomento, e con particolare riguardo al tema della maternità surrogata e agli orientamenti delle Corti italiane, v. di recente la ricostruzione di M. Distefano, *Maternità e interesse superiore del minore: una lettura internazionalprivatistica su un difficile puzzle da ricomporre*, in *Genius*, 2015/1, p. 160 ss. Se, quando si leggono le scelte delle Corti sull'affido ai genitori intenzionali o alla madre surrogata o, in generale, intorno ai diritti coinvolti nella maternità surrogata, o in generale nella fecondazione assistita, si desse risalto alla natura eterosessuale oppure omosessuale maschile o omosessuale femminile delle coppie di genitori intenzionali di volta in volta interessate, si noterebbe che i 'pregiudizi' e gli 'stereotipi' 'sessisti' tendano a tradursi, in realtà, in consistenti vantaggi per le donne: sono le madri lesbiche, almeno nel nostro paese, le protagoniste delle aperture giurisprudenziali a favore delle 'famiglie omosessuali'. Coerentemente coi suoi classici approcci nei confronti del diritto (valorizzato come strumento che può recepire trasformazioni emergenti dal basso, dalla concreta realtà delle relazioni interpersonali, de-mitizzato e guardato con diffidenza come tecnica riformatrice dall'alto) il pensiero della differenza sessuale suggerisce di dare importanza a simili mutamenti che, per il fatto di avvenire a piccoli passi e prefigurare esiti che sfuggono a un piano o programma generale, sono invece sempre considerati 'non abbastanza' dall'atteggiamento riformatore, o ridotti a segnali del bisogno dell'imprescindibile intervento del legislatore. (V. C. Jourdan, *Due donne (o due uomini) e le loro creature*, in www.libriadelledonne.it, 4 giugno 2015.) Personalmente condivido la

ritenuta discriminatoria, l'idea che il *best interest* del bambino richieda l'eterosessualità della coppia genitoriale, ma *si preserva e anzi si consolida l'idea che al bambino sia utile, faccia bene, avere due genitori, stabilmente uniti in una relazione giuridicamente rilevante che li renda entrambi responsabili verso di esso*. Meglio la coppia gay della madre 'portatrice' single, in altri termini; oppure: meglio due madri lesbiche che una sola madre²⁵. Il focus sul bambino si porta dietro la famiglia, i movimenti che rivendicano il diritto delle persone omosessuali alla genitorialità hanno fatto i conti col fatto che la 'famiglia' è tradizionalmente il luogo in cui si crescono i figli e hanno sviluppato tutte le dimostrazioni possibili non solo che una coppia omosessuale è un *equivalente* della coppia eterosessuale (in particolare perché può 'offrire' entrambi i 'ruoli', paterno e materno, di nuovo ridotti a un agire, e che, paradossalmente, vi tornerò, riemergono come stereotipi), ma che *la familiarità è la destinazione naturale, lo svolgimento più appropriato, delle relazioni sessuali, anzi affettive* (si parla del resto ormai preferibilmente non di sessualità gay, ciò che è considerato

prima visione, che porta a valorizzare la giurisprudenza e il piano dialettico del processo, ma dubito che la giurisdizione possa essere un fiore che spunta nel deserto: essa è naturalmente condizionata, nei suoi esiti, dalle correnti maggioritarie del pensiero e del discorso pubblico, dai contenuti che ispirano le legislazioni (o anche il *soft law*), come pure dalle strategie di *litigation* promosse dai grandi gruppi di interesse. Per questo penso che sia molto importante che il legislatore non abdichi al ruolo che gli è proprio, di indirizzo, impegnandosi a offrire alla giurisdizione un piano coerente e accuratamente meditato di principi. Da questo punto di vista nascono i rapidi suggerimenti che espongo nella parte finale di questo lavoro, che criticano la scelta del legislatore italiano, nell'accingersi a normare le relazioni omosessuali, di trascurare il tema della relazione materna e di abbracciare un paradigma neutro che altre legislazioni hanno già superato.

²⁵ Mentre il primo esempio è ipotetico, il secondo rinvia a *E.B. v France*, 22 gennaio 2008, Corte europea dei diritti dell'uomo. In questo caso una donna lesbica, che intendeva adottare un bambino senza il desiderio concorrente della propria convivente, si era vista rifiutare l'autorizzazione ad adottare dalle autorità nazionali. La Cedu risolve a favore della donna, insistendo sul carattere discriminatorio del peso dato dalle autorità nazionali alla omosessualità della ricorrente, ma sottolineando che "l'atteggiamento del partner ha rilievo e non è discriminatorio valutarlo": se le autorità nazionali nel negare l'adozione si fossero basate solo sulla mancanza di *commitment* della partner, non sarebbero incorse nella condanna per discriminazione. Se ne ricava che le persone omosessuali che ambiscono a diventare genitori farebbero meglio a presentarsi come coppie, stabili e possibilmente regolari. (Per diversa lettura v. G. Repetto, *Figli irriconosibili. Le adozioni omoparentali davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. Schillaci (cur.), *Omosessualità, uguaglianza, diritti*, Carocci, Roma, 2014, p. 150 ss.) Tutti conosciamo la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti che, da *Windsor* a *Obergefell*, compone un interminabile *elogio della famiglia*.

stigmatizzante, ma di ‘affettività’ omosessuale). La genitorialità residua come funzione della coppia, è resa possibile (laddove si aderisce all’idea che all’infante servano ‘ruoli’ di riferimento diversi) dalla coppia, ha nella coppia il suo presupposto e la sua condizione di esistenza; in questa coppia, che astrae dalla differenza sessuale, riemerge non a caso *un modello normativo dell’identità femminile (e invero anche di quella maschile, forse di quella omosessuale, che par cedere ogni suo lato contestativo*²⁶) di sapore prettamente patriarcale: la mamma accudisce, il papà ti porta fuori: poiché le coppie omosessuali garantiscono entrambi i ruoli, esse sono equivalenti alle coppie etero²⁷. In questo contesto si delinea una famiglia edipica, paterna: oggi si sostiene che la persona diventa tale nella famiglia, la nascita retrocedendo a mero dato biologico²⁸.

²⁶ Secondo il filosofo e scrittore spagnolo Paul P. Preciado, per esempio, “Negli ultimi anni la sessualità gay è passata dallo stato di subcultura marginale a uno spazio codificato, regolamentato e catturato dai linguaggi del capitalismo neoliberista. Ormai si può smettere di pensare l’opposizione in termini di eterosessualità/omosessualità e cominciare a riflettere in termini di tensione tra gli usi normativi e dissidenti delle tecniche di produzione della sessualità con cui noi tutti, assolutamente tutti, dobbiamo fare i conti.” (*Letteratura per viaggiare*, apparso su *Internazionale* del 9-7-2015.) Ringrazio Nora Racugno per la segnalazione di questo articolo.

²⁷ È il precetto che anche i mezzi di comunicazione sono sollecitati a tener presente quando trattano temi legati alla genitorialità omosessuale. “Tra i luoghi comuni che influenzano le opinioni contrarie alle adozioni (o alla generazione mediante tecniche di fecondazione) da parte di coppie dello stesso sesso il più frequente è che un bambino ha bisogno di una figura maschile e di una femminile, come condizione fondamentale per la completezza dell’equilibrio psicologico. Questa affermazione è però contraddetta dalla letteratura scientifica. Secondo gli studi dell’American Psychoanalytic Association, dell’American Academy of Child and Adolescent Psychiatry e dell’American Academy of Psychiatry, i genitori omosessuali sono competenti esattamente come quelli eterosessuali e l’uguaglianza di sesso tra i partner non pregiudica minimamente lo sviluppo psicologico e psicosessuale dei figli. Anche l’Associazione italiana di psicologia si è espressa a riguardo, affermando che né il numero né il genere dei genitori possono garantire di per sé le condizioni di sviluppo migliori per i bambini, *bensì la loro capacità di assumere questi ruoli e le responsabilità educative che ne derivano.*”, così nelle *Linee guida per un’informazione rispettosa delle persone LGTBI*, a cura dell’Unar, 2015, p. 17. Corsivi aggiunti. Da tempo è stato rilevato che la difesa della capacità delle coppie omosessuali di fornire i ruoli ‘paterno e materno’ rischia, assolutizzando le figure del padre e della madre, di “rendere eterno il modello di famiglia patriarcale ereditato dalla nostra cultura.” (Cfr. C. Jourdan, *Domande a Chantal Podio per il suo “In difesa di quale famiglia”?*, in *www.libreriadelledonne.it.*, 8 Gennaio 2005).

²⁸ V. il ragionare emblematico di A. Cadoret, *Genitori come gli altri. Omosessualità e genitorialità* (2002), trad. it. Feltrinelli, Milano, 2008, che si impenna sulla ‘famiglia’ come luogo di cui il figlio ha bisogno per passare dalla sua mera e insignificante nascita ‘biologi-

Un altro esempio di questa seconda tendenza al protagonismo della coppia genitoriale e della famiglia può essere tratto dal problema del diritto dei figli nati da fecondazione assistita di conoscere le proprie origini, un diritto che è stato una conquista degli adottati e che potrebbe parere ovvio estendere, per analogia, a chi è stato concepito artificialmente. Mentre alcune studiose esplorano le potenzialità di questa nuova *kinship*, cioè di una più ampia e fluida rete di parentele²⁹, gli studiosi pro gay tendono piuttosto a far notare che questo diritto, in realtà, attenta discriminatoriamente all'unità della famiglia omosessuale, nella quale è molto più probabile di quanto non sia in quelle eterosessuali, che il figlio concepito artificialmente capisca di esserlo, e vada alla ricerca delle proprie origini, che poi sono persone concrete, con cui si può entrare in contatto, risultandone gli equilibri familiari mobilitati e alterati. Questi studiosi sostengono che, affinché le coppie omosessuali non siano discriminate rispetto a quelle eterosessuali, occorrerebbe istituire dei registri 'attivi' per la conservazione dei dati biologici: i quali al compimento dei 18 anni avvertano tutti i nati da fecondazione assistita, siano essi figli tanto di coppie omosessuali, quanto di coppie eterosessuali, della loro origine (in tal modo si ristabilirebbe la 'parità' tra famiglia omosessuale e famiglia eterosessuale davanti al destabilizzante diritto dei figli alla conoscenza delle loro origini). Il minaccioso scenario è avanzato, è da credere, per sostenere l'opportunità di una seconda alternativa, che consiste nella proposta di restringere il diritto dei figli di coppie gay alla conoscenza delle proprie origini³⁰. Rinasce così una configurazione, che pareva superata, del preminente interesse della famiglia alla propria preservazione su quello dei figli (un interesse che, un tempo, limitava per esempio i diritti dei figli nati fuori dal matrimonio), una configurazione il cui stampo patriarcale mi parrebbe innegabile, essendo venata da una caratteristica intonazione verticale (l'interesse della famiglia alla propria

ca' a una piena esistenza sociale (e in questo senso 'umana'). Inutile sottolineare la svalutazione, che ne deriva, del materno, il quale segna la nascita.

²⁹ N. Cahn, *The New Kinship*, in *Georgetown Law Journal*, 2012, p. 367 ss.

³⁰ G. Cohen, *Sperm and Egg Donor Anonymity: Legal and Ethical Issue*, in *Oxford Handbook of Reproductive Ethics*, cur. L. Francies (draft 2015 reperibile su ssrn.com), in un contributo complessivamente dedicato a sostenere la necessità di mantenere il regime americano che, unico al mondo, consente (sebbene non imponga) l'anonimato dei donatori di gameti.

unità prevale su quello dei suoi singoli membri all'espressione della loro personalità)³¹.

Attraverso questo insieme di discorsi, la genitorialità omosessuale tende a narrare qualcosa di molto diverso dall'avvenire di una maternità indipendente riconosciuta dalla società con sguardo amoroso, valorizzante. Detto altrimenti: se un desiderio di maternità indipendente si muove, come credo, nella maternità lesbica, non è questo che ci viene restituito dal modo in cui se ne parla all'interno del discorso sul "diritto degli omosessuali" alla procreazione. Si avverte semmai, a me pare, in quel discorso, il lavorio di una invidia del materno e del potere procreativo delle donne (da parte degli uomini), da un lato, e quello di una profonda timidezza, perplessità o paura nei confronti del proprio potere materno e procreativo (da parte delle donne), dall'altro lato. Questo materno che non è al suo posto, che fa invidia o paura, va

³¹ È appena il caso di ricordare, mi pare, che il diritto dei figli alla conoscenza delle proprie origini ha giustificato la condanna dell'istituto del parto anonimo da parte della Corte europea dei diritti dell'Uomo (*O c Francia*, 13 febbraio 2003), con una decisione che è stata salutata da molti e da molte come un grande avanzamento di civiltà, che ha anche rappresentato una compressione di una forma possibile di libertà femminile nella procreazione, ma è stata criticata, semmai, per non avere fatto 'abbastanza' per tutelare i diritti dei figli (cfr. A. Renda, *La sentenza O c Francia della Corte europea dei diritti dell'uomo, un passo indietro rispetto all'interesse a conoscere le proprie origini biologiche*, in *Famiglia*, 2004, p. 1121 ss.). Diversamente da Strasburgo, la nostra Corte costituzionale ha, come è noto, con la sent. 425/2005, riconosciuto alla decisione della madre per l'anonimato il rango di una posizione costituzionalmente tutelata (in nome peraltro del diritto alla salute e come facoltà che può consentire a evitare il 'peggior male' dell'aborto), da bilanciare col diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Cfr. A.O. Cozzi, *La Corte costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo?*, in *Giur. Cost.*, 2005, p. 4620 ss. Dopo il nuovo intervento di Strasburgo nel senso del rilievo fondamentale del diritto alla conoscenza delle proprie origini (*Godelli contro Italia*, 25 settembre 2012), con la sentenza 278/2013 la Corte costituzionale, introducendo una distinzione (che potrebbe essere foriera di sviluppi non irrilevanti se applicata alla maternità surrogata) tra genitorialità 'giuridica', rinunciabile, e genitorialità 'naturale' (irrinunciabile o la cui rinunciabilità ha minor pregio o rilievo della prima, almeno ai fini della questione in esame), ha, come è noto, giudicato incostituzionale l'irreversibilità dell'anonimato della madre sino a quel momento sancita dalla nostra legislazione, ma mantenuto il rilievo costituzionale dell'interesse di essa all'anonimato. Per una riflessione su questi esiti cfr. A. Ambrosi, *Interesse dell'adottato a conoscere l'identità della madre biologica 'versu' interesse della madre all'anonimato: un nuovo punto di equilibrio*, in *Studium Iuris*, 2014, p. 667 ss. Sul possibile incrocio tra i recenti percorsi del problema della legittimità del parto anonimo e la maternità surrogata v. invece, anche per rinvii, S. Favalli, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini: un dialogo decennale tra Cedu e Corte costituzionale italiana*, in *www.Forumcostituzionale.it* (13.12.2013).

in una con (è denotato da) un profondo investimento sulla capacità riformatrice, emendativa, curativa³² di meccanismi artificiali: la medicina, da una parte, l'ordinamento con le sue norme e le sue istituzioni, compresi gli apparati di controllo del linguaggio, dall'altra parte. Nelle rivendicazioni intorno alla genitorialità omosessuale questo movimento parallelo è continuo e vistoso: da una parte il materno viene negato, dall'altra parte, si accredita la visione secondo la quale per ogni problema la soluzione non può venire alle persone se non da fuori, dalla legge o dalla tecnica. Mantenendo il mio riferimento al pensiero della differenza sessuale posso ricordare che esso ha, del resto, molto riflettuto su come *al posto dell'ordine della madre ce ne sta sempre un altro, che è in competizione con esso, con lei*, che ha carattere artificiale e tende a istituirsi come alternativa alle relazioni e alla competenza dei viventi sulla loro esperienza concreta. È un ordine (disordinato) che procede in modo caratteristico tentando di sostituire il piano delle esperienze che suppongono il soggetto vivente con un piano di esperienze 'surrogate' (che è quanto affiora nel linguaggio, dove si parla di 'surrogazione' di maternità).

A mio avviso non è dunque certamente la 'famiglia tradizionale' la posta in gioco quando si ragiona di diritto delle persone omosessuali alla famiglia, ma il materno, e precisamente la pensabilità e la praticabilità di ciò che esso rappresenta, ossia relazioni tra esseri umani che non si riducano a potere (potere da contestare, da spodestare, da conquistare: in una, da esercitare per sé contro altri, come invece vuole tipicamente la retorica antidiscriminatoria); la possibilità, cioè, da un lato, di un 'ordine' che non sia il riflesso (e la celebrazione) del potere che norme e istituzioni hanno sulla vita delle persone e, dall'altro lato, di una libertà non 'misurata' da norme esterne e a queste consegnata. È il potere, del resto, meglio: una lettura delle relazioni umane e della società incentrata sul potere, non certo la libertà, ciò che viene salvaguardato, confermato e tenuto al centro da rivendicazioni che mentre

³² Uso questo termine non casualmente perché coloro che si pronunciano per la necessità di politiche pubbliche *gay friendly* (per esempio di politiche pubbliche educative e comunicative che rappresentino ai bambini l'esistenza di una pluralità di possibili modi di essere famiglia) lo fanno anche evocando la sofferenza psichica che il senso della propria diversità - derivante dalle pratiche sociali dominanti - introduce, o può introdurre, nelle famiglie omosessuali (cfr. D. Ehrensaft, *Just Molly and Me, and Donor Makes Three. Lesbian Motherhood in the Age of Assisted Reproductive Technology*, in *Journal of Lesbian Studies*, 2008, p. 161 ss., p. 176).

‘contestano’ i ruoli sociali di genere, esaltano la capacità delle ‘strutture’ (sociali, normative, linguistiche) di plasmarli. In tutto questo, affiora e riaffiora la portata conformativa, fortissima, della gabbia concettuale antidiscriminatoria in cui la ‘genitorialità omosessuale’ si è lasciata inscrivere. Quella gabbia concettuale non lascia soltanto il segno di una logica paritaria che costringe a rendere ogni piano di esperienza fungibile, equipollente, insignificante. Un ulteriore aspetto della retorica antidiscriminatoria è anche la peculiare, caratteristica concezione del potere e del diritto su cui si appoggia, una concezione, che per brevità mi limiterò qui a definire ‘realistica’ e che ha tante radici nello strutturalismo novecentesco, che riduce il diritto, da una parte, a un mero strumento del potere e ne fa dall’altra parte l’unico modo per affermare nuove relazioni di potere. Il diritto concepito come una mera tecnica di ingegneria sociale si rispecchia nel potere come unico modo di ordinare le relazioni sociali, diritto e potere sono due facce di una stessa medaglia; il pensiero antidiscriminatorio infatti ha tipicamente generato una prospettiva ‘anti-subordinazione’³³ in relazione alla quale coloro che oggi sono subordinati (dalle strutture sociali sorrette dal diritto) possono conquistare il potere da cui sono esclusi (modificando per mezzo del diritto le strutture sociali), con un movimento il cui esito inevitabile è però la conferma del cerchio potere-diritto: un magico ‘anello’ che conchiude in sé tutto ciò che all’essere umano è possibile realizzare (e che proprio per questo, in fondo, ed è nella natura umana del resto che sia così, riceve l’adorazione di molti).

3. Restituire la genitorialità omosessuale al conflitto tra i sessi

³³ In Italia la ha meglio di tutti evocata e rilanciata B. Pezzini, *L’eguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione* in *Scritti in onore di L. Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol.III, cur. G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Jovene, Napoli, 2009, p. 1141 ss. Il principio di pari dignità sociale contenuto nel nostro art. 3 Cost., che, insieme al secondo comma della disposizione, viene da Pezzini viene rilanciato come componente di una lettura in chiave ‘antisubordinazione’ del principio costituzionale di eguaglianza, rappresenta invece piuttosto, io riterrei, una importante affermazione, risalente alle matrici cattoliche della nostra Costituzione, della volontà che la persona e i suoi nessi sociali non siano mai assorbiti interamente dalla macchina regolatrice dello Stato apparato (o di chi per esso). Il principio rappresenta in altri termini, a mio avviso, un ancoraggio per contestare (e certo non per corroborare) ogni riduzione costruttivistica della esperienza umana e della vita sociale.

Recentemente, in parallelo con il profilarsi di un intervento del legislatore in materia di unioni omosessuali³⁴, si sono infittiti gli appelli a che le lesbiche, e in generale le donne, le ‘femministe’ prendano voce nel dibattito intorno alla famiglia e alla genitorialità omosessuale. Giudico qualche volta interessati, strumentali questi appelli. Come ai tempi in cui si sperava che le donne votassero DC, penso che oggi quello che ci si attende, con questi appelli, è che difendano la casa e la famiglia, esercitino il loro (presunto) tradizionale conservatorismo. Vi è infatti molta ignoranza nei confronti del pensiero femminile e delle prassi delle donne: “le donne sanno che la società degli uomini ha bisogno della loro presenza e non della loro libertà.”³⁵

Tuttavia ritengo che soltanto *reagendo alla tendenza all’universalismo neutro e facendo parlare il conflitto tra i sessi che nella maternità e nella paternità omosessuale si muove* non meno (se non di più) che nella genitorialità eterosessuale sia possibile fare della questione della ‘famiglia’ omosessuale un tema e una esperienza generativi di libertà, anziché di subalternità; e, anche, individuare nella lotta per i diritti delle persone omosessuali (che dovrebbe diventare un discorso intorno alle esigenze delle donne e degli uomini omosessuali) una dimensione pregevole e interessante per tutte le donne, laddove rischia altrimenti di essere, come tante altre, e in particolare come fu quella sull’aborto³⁶, una battaglia nel proprio interesse che gli uomini conducono *sul corpo delle donne* (e come vedremo è proprio il caso di dirlo), le quali li lasciano fare, scambiando una battaglia degli uomini per sé come una battaglia per le donne o per tutti. Forse, vi è l’idea che comunque convenga alle lesbiche allearsi coi maschi omosessuali per fare fronte comune, “massa critica”, rinviando a un domani, a dopo avvenuta la “conquista dei diritti”, la negoziazione di una differenza tra donne e uomini che si teme di mettere in primo piano perché la si considera divisiva e indebolente³⁷.

³⁴ Su cui v. *infra* il par. 5.

³⁵ *Non credere di avere dei diritti*, p. 172; non sarebbe questo l’unico caso in cui si fa appello a (e qualche volta si risponde alla chiamata de) la prima e non della seconda.

³⁶ Che si concluse “con una legge sull’aborto in cui si tiene conto, essenzialmente, delle esigenze sessuali maschili, della regolamentazione delle nascite, dell’ordine pubblico (mettere fine a un mercato clandestino)” e dove “Non c’è pensiero della sessualità femminile e nemmeno della salute femminile. Altrimenti le donne non sarebbero state *obbligate* a servirsi degli ospedali pubblici.” (*Non credere di avere dei diritti*, cit., p. 73).

³⁷ Viceversa, “La politica della differenza sessuale non viene *dopo* la raggiunta uguaglianza tra i sessi ma sostituisce la politica dell’uguaglianza, troppo astratta e spesso con-

Che vi sia un profondo conflitto, tra i sessi, che contende intorno al senso e al valore della maternità, alla radice del modo in cui la ‘genitorialità omosessuale’ viene rappresentata e alla radice del tipo di rivendicazioni e di immagini in cui si traduce mi parrebbe quasi trasparente. Che convenga ignorarlo dubito, perché questo conflitto irradia interpretazioni molto sfavorevoli alle donne e che potrebbero esercitare condizionamenti durevoli.

3.1 Rivalsa maschile: la maternità è surrogabile

Vistoso è il conflitto degli omosessuali maschi contro le lesbiche (non hanno gli stessi problemi, le stesse esigenze, la stessa esperienza) nel quale ritornano molti motivi del più ampio conflitto tra uomini e donne³⁸.

Il capitolo più esplicito, e a mio giudizio anche il più sconvolgente, di questo aspetto del conflitto è la maternità surrogata, cui, ormai, di maternità viene anche negato il nome, diventando ‘consigliato’ (anche da autorità pubbliche, preposte al governo burocratico della parità e non discriminazione, quali in particolare, da noi, l’Unar) chiamarla ‘gestazione per altri’³⁹.

traddittoria, per combattere ogni forma di oppressione sessista dal luogo della libertà femminile conquistata e fondata sui rapporti sociali fra donne.” Occorre non dimenticare che “Non c’è un soggetto sociale neutro che possa volere e realizzare la fine di ogni discriminazione; la traduzione sociale del valore umano di essere donne, se non è fatta da donne, sarà fatta dagli uomini secondo i loro criteri. Criticare questi ultimi e tentare di modificarli in meglio a favore del sesso femminile, qualunque sia il risultato, non può colmare il buco di una mancata traduzione da parte delle donne stesse”. (*Non credere di avere dei diritti*, cit., p. 180 e 181.) Il volume ora citato è ricco di riflessioni su come l’adesione delle donne a una politica paritaria risalgia a un ‘difetto di autorizzazione simbolica’, e, qualche volta, a disamore per il proprio sesso (avendo interiorizzato l’immagine misera del femminile che domina intorno a loro, alcune donne vedono in quelle politiche l’occasione di sfuggirvi).

³⁸ E al quale in certi tratti mi paiono appropriate, o quanto meno da tenere in considerazione, queste parole: “Gli individui di sesso maschile sono come rampolli che sporgono fuori dal *continuum* materno. Forse si sentono estromessi, esclusi... Se è così, bisogna dire che si sono rifatti. Approfittando della loro indipendenza fisica, hanno concepito e attuato rivalse di ogni tipo. Ma si vede che qualcosa continua a far loro male dentro e alimenta una misoginia oggi più insidiosa che in passato, perché non ha più le espressioni autorizzate né gli sbocchi offerti dal patriarcato.” (L. Muraro, *Non è da tutti*, cit., p. 101).

³⁹ Nelle già citate *Linee guida*, p. 18, l’Unar sconsiglia ai media di utilizzare l’espressione corrente ‘utero in affitto’, molto “diffusa” ma che “ha però un valore spregiativo, contiene in sé un giudizio negativo, sia sulla donna che porta avanti la gravidanza per altri sia su coloro che le chiedono di farlo. Giornalisticamente dunque è una locuzione

La madre surrogata reintroduce due dimensioni del femminile tipicamente riflesse dai costrutti patriarcali: ridotta a ‘fornetto’, a *mera dimensione biologica* (e qui, di nuovo, ‘gestazione’ anziché ‘maternità’ è scelta lessicale che la dice lunga), da una parte, o elevata a ‘santa’ che ‘ama rimanere incinta per donare un figlio a un’altra coppia’, dall’altra parte⁴⁰. Con la madre surrogata, santificata dalle retoriche

scorretta perché non è neutra, non lascia spazio all’indagine o alla formazione autonoma di una opinione”. L’adozione di descrizioni ‘neutre’ (o, meglio, asserite tali) della maternità surrogata ha anche l’effetto di corroborare un discorso intorno al fenomeno che non permette di distinguere i casi in cui a ricorrervi siano donne, o invece uomini, eventualità che potrebbe essere evitata adottando, tutto al contrario che definizioni ‘neutre’, descrizioni sessuate come quella di “maternità solidale tra donne” che proporrò in chiusura di questo lavoro. La riprendo da Clara Jourdan (*Sì alla maternità solidale, no all’utero in affitto!*, in www.librierialledonne.it, 13 novembre 2015) che ha suggerito l’espressione “maternità solidale” tenendo presente l’ipotesi di una donna che intenda aiutare un’altra donna a realizzare un desiderio di maternità al quale sia impedita per problemi fisici. In senso contrario all’affermarsi di una visione sessuata della maternità surrogata vanno le recenti decisioni della Corte di Giustizia della Ue che, fedelmente all’attitudine neutra che caratterizza la sua giurisprudenza antidiscriminatoria, ha ritenuto che negare il congedo di maternità alla donna che sia ricorsa alla maternità surrogata non rappresenta una discriminazione per sesso (le citavo *supra* alla nt. 18). Ciò ha un significato molto chiaro, che è quello di escludere che vi siano differenze giuridicamente rilevanti tra il caso in cui a ricorrere alla maternità surrogata sia una donna, per supplire a un proprio impedimento fisico, come accadeva in quei casi, o un uomo.

⁴⁰ Anche in un recente documento di Arcilesbica (*Utero in affitto: la parola alle donne*, in *Il Manifesto*, 5.11.2015, p. 14) è sottolineata la possibilità di una dimensione gratuita e solidaristica della maternità surrogata, in un contesto che tende a sottolineare il ‘primato femminile nel generare’. (Vi si legge: ‘La libertà del gesto sta nella sua gratuità.’) Il carattere ‘gratuito’ della maternità surrogata nulla o ben poco cambia quanto alle implicazioni simboliche del fenomeno, che vengo evocando nel testo, e rappresenta comunque un rimedio del tutto illusorio. Il macchinario organizzativo, tecnico, scientifico e normativo che circonda tutte le esperienze di fecondazione assistita, tra cui la maternità surrogata, pare fatto appositamente per lasciare alla ‘dimensione gratuita e solidaristica’, che richiede e postula concrete relazioni tra persone ben individuate, un ruolo del tutto residuale. La concretezza delle relazioni e delle persone è infatti uno dei più forti problemi per coloro che si rivolgono a madri ‘portatrici’, o a donatori di gameti, ed è verosimilmente per questo che la ‘genitorialità omosessuale’ tende a affidarsi a una dimensione tecnico-esperta che nega la spontaneità (v. anche *infra* nel testo). Sono fatti di realtà, ignorare i quali può significare collocare il discorso intorno alla maternità surrogata nel mondo delle fantastiche. Occorre anche tener presente che, come del resto viene fatto notare qualche volta anche nel dibattito pubblico (ricordo una intervista radiofonica a Paola Tavella nell’ambito di *Fahrenheit*, Radio 3, 22.12.2015), che le stesse legislazioni le quali, come quella britannica, ammettono la surrogazione di maternità solo se ‘gratuita’ vengono nei fatti aggirate dato che l’indennizzo, consentito, funziona in pratica come un compenso. Più interessante che fantasticare sulla maternità surrogata offerta da una donna a un uomo gratuitamente, sarebbe certamente ragionare intorno a che cosa è implicato nell’aspirazione (che è

pro gay, riemerge, accanto alla conferma e all'enfatizzazione della 'libertà contrattuale' cara al liberismo dominante⁴¹, la donna che rinuncia all'autogoverno sul proprio corpo, rimettendosi al contratto, alla dinamica di mercato che assegna un valore a qualcosa che essa può produrre, la donna dunque che ricava il valore di sé da una misura esterna e mai femminile (il denaro; il compiacimento del maschio, nel caso della donna che porta una gravidanza per una coppia gay). Ritorna a tutto campo, con la madre surrogata, la donna che vale perché è utile o perché è compiacente: *nessuna madre surrogata, anche quando 'lavora' per una coppia etero, si fa regolare dal desiderio di un'altra donna, assume il suo giudizio a misura*⁴²; non senza che riemerge, sgradevolmente, la maitresse (molte agenzie sono rette da donne che

anch'essa una fantasticheria, dato che 'ogni contratto si può sempre rompere': cfr. C. Jourdan, *Si alla maternità solidale*, cit. *supra* nota prec.) ad assoggettare la maternità a un contratto. In questa riflessione sarebbero utili gli insegnamenti, vecchi e nuovi, di C. Pateman (di cui si ricorderà *Il contratto sessuale*, 1988, trad. it. Editori Riuniti, Roma, 1997): "Dato che il capitale è a portata di mano, è oggi possibile, talvolta illegalmente, affittare o comprare come una merce qualsiasi cosa: dall'utero umano a parti del patrimonio dell'umanità, del vivente vegetale, dal servizio idrico municipale agli organi umani, al materiale genetico e agli animali geneticamente modificati. È necessaria una più ampia discussione sulle implicazioni di questa espansione della merce per la democrazia e su quali siano delle risposte democratiche aggiornate." (Il contratto sessuale *venticinque anni dopo*. *Democrazia, lavoro, reddito*, in *Come un paesaggio*, cit., p. 23 ss., p. 29).

⁴¹ Non a caso, per giustificare il fenomeno si ricorre anche all'argomento che la maternità surrogata può essere utile a donne che non vogliono sacrificare la carriera: cfr. P. Nicolas, *Straddling the Columbia: A Constitutional Law Professor's Musings on Circumventing Washington State's Criminal Prohibition on Compensated Surrogacy*, in *Univ. Of Washington School of Law Legal Studies Research Paper No 2014-26*, p. 1235 ss., p. 1280.

⁴² A meno che una donna si orienti alla maternità surrogata "per aiutare un'altra donna" che a sua volta coltiva un desiderio libero di maternità; nel qual caso si potrebbe riconoscere una espressione di "maternità solidale" (cfr. *supra* nt. 39). Aggiungo che l'idea della 'maternità solidale' (tra donne) scardina sia la narrativa sottesa alla espressione 'maternità surrogata' sia quella sottesa all'espressione "gestazione per altri", perché mette in primo piano una scelta libera nascente da una precisa relazione tra due donne (mi chiedo se l'espressione, non neutra, sarebbe approvata dall'Unar). Si tratta di qualcosa che nulla ha a che vedere col fenomeno che è caro alla opinione pro gay regolamentare e disciplinare, ovvero sia il fenomeno di cui sto discorrendo nel testo, di una maternità messa (di nuovo?) al servizio del desiderio maschile. In letteratura si riporta che le madri surrogate paiono preferir 'lavorare' per coppie gay, sia perché i gay si sono guadagnati la reputazione di essere clienti molto grati e desiderosi di corrispondere alla domanda di contatto emotivo che è spesso intensa da parte delle madri surrogate, sia perché non c'è in questo caso la competizione con un'altra donna nella vita del bambino. Un fenomeno analogo avrebbe luogo nelle adozioni. Cfr. sul punto S. F. Appleton, *Between the Binaries: Exploring the Legal Boundaries of Nonanonymous Sperm Donation*, in *Legal Studies Research Paper Series*, Washington Univ. in St. Louis School of Law, June 2005, p. 261 e nt. 199.

sono state madri surrogate e poi si sono messe in affari, avendo ‘un buon naso’ per scegliere le candidate⁴³).

Vi è poi il versante dell’aborto, che la madre surrogata rinuncia a esercitare a sua scelta, ma si impegna a esercitare a richiesta del o dei committenti: enorme è il peso degli interessi che premono a favore della ‘gestazione *pour autri*’ a che l’aborto non diventi mai un diritto fondamentale, pertanto non rinunciabile e non negoziabile⁴⁴. È quasi superfluo notare che, *riuscendo a porre condizioni all’aborto, i movimenti pro gay perpetuano e (quasi) realizzano una delle più classiche aspirazioni patriarcali* (cioè che la decisione della donna di abortire sia subordinata al consenso del padre), con la differenza che essi ricorrono, però, a una strategia discorsiva che accortamente, come dirò tra breve, banalizza l’esperienza abortiva. Nella battaglia dei gay contro la fundamentalizzazione del diritto d’aborto in quanto esso osterebbe alla costruzione di un diritto degli omosessuali alla procreazione, è anche riconoscibile il ritorno di una retorica che allude all’interesse della stirpe e alla sua prevalenza sul desiderio femminile.

Altro si potrebbe dire: le catene della cura, che un tempo sono state descritte parlando del fenomeno delle badanti, ora diventano le catene dei figli, nota essendo la ricerca da parte delle coppie committenti di mercati in cui la surrogazione costa meno, o è meno regolamentata: con la differenza però che quando è stato analizzato il fenomeno del

⁴³ “Many of the agencies are run by former surrogates who known for experience what it takes to be a surrogate, and thus have a good nose for quickly sifting would-be surrogates.” Così P. Nicolas, *op. cit.*, p. 1248, che poi si sofferma sulla tendenza della maggior parte delle cliniche a non accettare la maternità surrogata tradizionale coi suoi alti rischi di dar vita a ‘custody disputes’, preferendole la surrogazione gestazionale, e che svolgono un efficace ‘level of screening’ per evitare quelle dispute. A testimonianza di quanto poco la visione donativa, solidaristica e gratuita della maternità surrogata abbia piede, punto sul quale mi soffermerò poco oltre nel testo, si possono vedere le parole con cui Nicolas stigmatizza, quasi criminalizzandoli, gli ‘intended parents and surrogates’ che ‘circumvent’ le agenzie (le quali sono dunque le ‘garanti’ dell’ordine pubblico della procreazione assistita, un ordine nel quale le concrete relazioni tra le persone sono il pericolo da sedare).

⁴⁴ Per un’esplicita teorizzazione in questo senso v. G. Cohen, *op. cit. supra* nt. 30, p. 34 del paper (“L’aborto dovrebbe essere rinunciabile”). Su come gli uomini gay ottengano un risultato cui hanno aspirato inutilmente molti altri uomini, si ricordi per esempio il famoso intervento di Giuliano Amato negli anni ’80, quando ancora era viva la questione del ‘diritto’ delle donne ad abortire, nel senso che l’aborto dovrebbe essere sottoposto al consenso del ‘padre’ (*Un aborto di aborto*, in *L’Espresso*, n. 28/1989, p. 212-215; si ricorda anche U. Scarpelli, *Aborto e diritti del padre*, in *Mondo economico*, 1989, p. 11 ss.). Beninteso, il problema del diritto del padre a dare il consenso all’aborto è stato sollevato solo quando si è parlato di un ‘diritto’ delle donne ad abortire.

badantato, chi ha voluto attribuirlo a un ‘fallimento della rivoluzione femminista’⁴⁵ che non avrebbe saputo insegnare agli uomini occidentali ad assumersi il lavoro di cura, ha almeno sperato che una riforma dei comportamenti potesse andare nel senso di modificare un fenomeno avvertito come criticabile e dannoso. Mentre chi si accosta alle ‘catene dei figli’ lo fa per ammonire a non istituire legislazioni che vietano o limitano il ricorso alla maternità surrogata, perché, tanto, queste ultime non farebbero se non incoraggiare altri paesi a liberalizzare la pratica e renderla più conveniente⁴⁶. Mentre i comportamenti, le prassi e le motivazioni della donna che ricorre a una ‘badante’ sono stati letteralmente vivisezionati dalla letteratura, spesso in primo luogo da quella femminista accademica, i comportamenti e le prassi in cui si sostanzia il ricorso alla maternità surrogata e le motivazioni che vi soggiacciono non sono in questione, paiono non poter essere oggetto di un discorso che ne auspichi la modifica, perché, apparentemente, illuminati e resi buoni dal fine che perseguono (realizzare il desiderio di avere un figlio). Ancora, si potrebbe riflettere su come il mercato delle madri surrogate tenda a diffondere una considerazione non umana, ma oggettivante e strumentale, di esseri umani, cioè appunto le madri surrogate (potrebbe del resto essere diversamente, visto ciò di cui si tratta?), le candidate essendo selezionate in base a valutazioni non molto diverse da quelli con cui si potrebbe comprare un cane (preferisco questa perché, siccome lo ha già fatto altre volte, non mi creerà problemi all’atto del ‘rilascio’; una che è alla prima volta però costa meno, siccome c’è un po’ più di rischio; è meglio ricorrere alla surrogazione puramente gestazionale, cioè impiantare nel corpo di una l’ovulo fecondato di un’altra – ciò che richiede la sincronizzazione delle mestruazioni – sempre per abbattere il rischio che la ‘portatrice’ si affezioni al bambino)⁴⁷. Nella maternità surrogata si gioca qualcosa che certamente non riguarda ‘solo’ le donne o gli uomini omosessuali,

⁴⁵ Mi riferisco alla tesi sostenuta in *Donne Globali. Tate Colf e Badanti*, cur. B. Ehrenreich e A.R. Hochschild, trad. it. Feltrinelli, Milano, 2004.

⁴⁶ Su queste tesi v. M. Fries, *Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?*, in *Family Law and Culture in Europe*, Intersentia, 2014 (draft su ssrn.com). Nel dibattito italiano, l’argomento secondo il quale si dovrebbe riconoscere in Italia ciò che è riconosciuto all’estero, pena il rischio di ‘turismo procreativo’ è stato dibattuto in relazione alla fecondazione assistita; su di esso v. le riserve di A. Barbera, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. del Dir., Annali VIII*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 263, e ivi ulteriori rimandi.

⁴⁷ Vedi la narrazione di P. Nicolas, *op. cit.*

ma investe l'intero valore dell'essere umano e del femminile (il che non stupisce dato che, parlando del materno, è dell'umano che si parla). La nozione di 'essere umano' subisce spinte alla gerarchizzazione, denotate dagli immaginari che vengono messi in campo e coltivati intorno alla genitorialità omosessuale, dove il gay che si ritiene paragonabile, se proprio deve paragonarsi a qualcuno, a Dio, si porta dietro il paragone tra la madre lesbica e la Vergine Immacolata, mentre l'esempio storico e mitico che legittima il ricorso alla madre surrogata è, come ormai noto a tutti, la serva di Abramo e Sarah, Hagar, la donna che è serva e/o serve a dare un discendente all'uomo⁴⁸. Il gay che ricorre alla maternità surrogata ha dunque a disposizione un immaginario che lo colloca al di sopra dell'umano e dovunque: anche Maria, per quanto Immacolata (e che è vista ora come modello psichico della madre lesbica quale vergine, ora della madre portatrice perché concepì senza un rapporto sessuale), ebbe un figlio da Dio padre, archetipo del padre biologico o dello 'sperm donor'⁴⁹, mentre la madre, surrogata,

⁴⁸ P. Nicolas, *Straddling the Columbia*, cit., p. 1282 e 1283 è una buona fonte di questi ritornanti paralleli. Certo, Nicolas sottolinea, bisogna chiarire che Hagar e le due serve di Rachel e Leah (le mogli sterili di Giacobbe) non erano 'libere' come le attuali madri surrogate, che agiscono per contratto ("These Biblical surrogates differ from modern-day surrogates in that the former were indentured servants and thus not free...", nt. 266. Da notare che 'indentured' vuol dire, peraltro, vincolato per contratto, che è la stessa condizione delle attuali madri surrogate). Quando al parallelo con Dio Padre e la Vergine Maria, l'argomento, riporta sempre Nicolas, *ib.*, nt. 267, è stato sollevato da coloro che si opponevano alla legge che intendeva vietare la surrogazione di maternità nel Kansas. Costoro hanno sostenuto che la proposta di legge "avrebbe avuto l'effetto di criminalizzare l'Immacolata Concezione, dal momento che l'Arcangelo Gabriele è in pratica un 'surrogacy broker' tra Dio e la Vergine Maria. (...) Peraltro" ragiona Nicolas, "la storia dell'Immacolata Concezione, dove Maria e Giuseppe crescono Gesù, suggerisce piuttosto che Maria non era una surrogata nel senso che intendiamo oggi, ma piuttosto che Dio era l'equivalente di un 'donatore di sperma'".

⁴⁹ Lo noto marginalmente, ma marginale non è affatto: un perno delle rivendicazioni dei 'diritti delle persone omosessuali' è la critica del carattere 'eterosessista' del linguaggio, ma chi porta esempi come quelli appena citati non pare sfiorato dell'idea che 'eterosessista' sia anche e forse soprattutto il linguaggio con cui si esprime l'esperienza religiosa, né tantomeno pare consapevole che questo linguaggio sia stato da tempo sottoposto a critica, e proprio dalla riflessione femminile, precisamente dalla teologia femminista che ha 'messo in discussione il consueto linguaggio monosessuale e andromorfico avvezzo a parlare di Dio al maschile". Anche da questo punto di vista affiora, nelle rivendicazioni pro-gay, una certa quale ignoranza/indifferenza verso le acquisizioni del pensiero femminile, nonostante che esso, e specialmente appunto in campo teologico, sia da riguardare come una sfida il cui rilievo culturale "è ormai tale da coinvolgere direttamente la filosofia e l'intera vita spirituale del nostro tempo", come si esprime G. Fornero, *Il femminismo cristiano e la filosofia radicale post-cristiana*, in *Dizionario di filosofia*, cur. G. Abbagnano, vol. IV/2, *La fi-*

sta comunque sotto, a servire. Possono essere sintomi dell'effetto scardinante della resecazione del legame materno, che ha una funzione importante di limite⁵⁰.

È curioso che, in un contesto straordinariamente concentrato, come quello delle rivendicazioni dei diritti degli omosessuali al matrimonio, alla procreazione e alla famiglia, nel sottolineare il carattere 'universale' dei diritti cui si aspira e il loro inerire alla 'dignità umana' vengano così tanto sottaciute, quanto lo sono, le implicazioni universali della maternità surrogata e la capacità lesiva della dignità di ogni donna, e di ogni essere umano espressa dal fenomeno in sé considerato e dai discorsi che lo accompagnano.

La diversità, lo svantaggio in cui gli uomini si trovano rispetto alla procreazione ha altre manifestazioni, contigue alla maternità surrogata, in cui la rivendicazione degli studiosi pro gay si traduce nel tentativo di una riaffermazione del dominio maschile sulle donne (e di un dominio su donne e uomini di logiche mercatistiche, oggettivanti e strumentali). Questo è, tipicamente, un *dominio interpretativo*, che si orienta a condizionare i modi possibili di parlare di questa dimensione, un dominio riconoscibile in modo manifesto nelle 'narrazioni', che ho ricordato, riguardo al valore e all'importanza dell'aborto, irenicamente sminuito nelle narrazioni gay come un problema che, anche grazie all'abile intermediazione delle agenzie nell' "accoppiare" committenti e madri surrogate, richiede, nella stipula del contratto,

losofia contemporanea, di G. Fornero, F. Restaino, D. Antiseri, Utet, Torino, nuova ed. 2003, p. 471 ss., p. 474. Il saggio di Giovanni Fornero evidenzia, a pag. 473, un punto di centrale rilievo, allorché scrive che l'ermeneutica femminile "volta a stanare l'androcentrismo ovunque si trovi e a difendere la *realtà* ontologica e assiologica della donna, [opera] attraverso una sorta di *riformulazione del cogito cartesiano in chiave femminista*: io dubito che 'egli' (il maschio) significhi 'io', perciò 'ella' (la donna) è (ovvero può cominciare ad affermarsi come essere autonomo e consapevole). Ermeneutica, si badi bene, che non mira a sostituire il patriarcato col matriarcato, la fallocrezia con la vulvocrazia, il sessismo maschilista col sessismo femminista, ma *a liberare definitivamente l'umanità dal dualismo tra oppressori e oppressi*". Tutti i corsivi sono dell'A., tranne l'ultimo, col quale intendo sottolineare ciò che rischia di andar perduto con la rimozione del pensiero femminile, e in particolare della critica femminile dell'universalismo neutro. Ciò che va perduto, precisamente, è la possibilità di pensare l'esperienza umana prescindendo da categorie come quella tra oppressori e oppressi, che propongono e ripropongono come ineliminabili la condizione del 'potere' e, pertanto, quella della soggezione.

⁵⁰ Il pensiero della differenza non casualmente ha richiamato l'autorità femminile anche come ancoraggio alla realtà e antidoto alla fantasticheria, cfr. *Non credere di avere dei diritti*, cit., p. 141.

minori discussioni che il punto concernente, per esempio, la possibilità per la donna di maneggiare la sabbietta del gatto⁵¹. La stessa natura contrattuale dell'accordo viene edulcorata in una occasione di "conversare" su diversi punti di vista⁵². Ma è un dominio che si estende a costruire le *condizioni di fattibilità dell'esperienza*, edificate rigorosamente intorno a un 'ordine pubblico' della procreazione artificiale (o assistita) che tende il più possibile a neutralizzare o espellere le relazioni e le persone concrete, e a sostituirle (esorcizzarle?) con meccanismi tecnici, medici e legali⁵³.

Rileva, sotto questo particolare aspetto, *la costruzione della procreazione assistita come un'esperienza che non può essere altrimenti che una interamente medicalizzata e commerciale*, laddove le donne potrebbero invece, ben più facilmente degli uomini, eludere l'uno e l'altro contesto, farne a meno, metterlo da parte, depotenziarlo. Le lesbiche, a differenza dei gay, possono avere bisogno solo di qualcuno che offra il suo sperma e di una siringa per dolci per realizzare il loro desiderio. Cliniche specializzate che rivendono lo sperma a peso d'oro possono essere facilmente ignorate dalle donne, le quali, pare, non disdegnano di avvalersi di donatori che possono conoscere di persona, una volta presi i primi contatti su internet⁵⁴. Tuttavia, a rendere diffici-

⁵¹ "Since our surrogacy agency had already pre-screened us all on the abortion issue, this provision generated no back-and-forth during the contract negotiation process. Rather, we spent most of our time discussing a provision regarding our surrogate's handling of cat litter!": P. Nicolas, *op. cit.*, p. 1529.

⁵² "In my mind surrogacy contracts are less about enforceability, and more a vehicle for having conversations about difficult topics and making sure that everyone is on the same page", P. Nicolas, *op. cit.*, p. 1259. V. anche, nello stesso scritto, l'insistere su come la maternità surrogata, ancorché contrattuale, 'is not about money', ma un fatto di sentimenti, al punto che la madre surrogata può sentire il bisogno di corrispondere alla preoccupazione dei padri circa i problemi di salute cui il bambino potrebbe andare incontro se allattato artificialmente, e perciò accondiscendere a togliersi il latte per un certo periodo.

⁵³ Secondo C. Danna, autrice di *Contract Children, Questioning Surrogacy*, ibidem Press-Verlag, 2015, è proprio la relazione di fiducia con la madre della creatura che i gay non accettano, di qui le spinte verso una dimensione tutta contrattualizzata e medicalizzata della 'maternità surrogata'. Cfr. l'intervista-dialogo a C. Danna che può essere sentita su <http://www.ustream.tv/channel/libreriadelledonne> (26 gennaio 2016).

⁵⁴ E, quanto alle cliniche, se preferiscono rivolgersi ad esse, le lesbiche forse vorrebbero – mi baso su una testimonianza personale – poter avere a che fare con personale medico e infermieristico interamente femminile. Questo per citare una speciale esigenza delle donne lesbiche che mi pare assai lontana dall'essere tematizzata nel dibattito intorno alla 'omogenitorialità', e certamente non è agevolata dalla dominante impostazione neutra di quest'ultimo.

lissimo che la genitorialità omosessuale diventi lo scenario di una dimensione ‘artigiana’ che vive grazie al coraggio e alla sapienza delle relazioni – e in questo senso certamente ‘libera’⁵⁵ - va da un lato il definirsi, come avviene negli Stati Uniti, di orientamenti delle Corti secondo cui se il concepimento è naturale è più difficile, per il padre, sottrarsi alle responsabilità paterne, sicché l’unico modo per evitarle è ricorrere all’intermediazione medica⁵⁶. Dall’altro lato, vi è la tendenza alla criminalizzazione dell’offerta gratuita dello sperma⁵⁷, una tendenza che, nello spirito dei tempi, assegna alle regole di mercato una funzione garantista. Coloro che offrono il loro sperma gratuitamente o che evitano le agenzie e le cliniche sono fatti oggetto di riprovazione⁵⁸: gli uni e le altre ricordano troppo, è evidente, l’asimmetria (per le donne generare è più facile) tra uomini e donne, che tanto infastidisce. Se il mercato dei gameti diventa ‘necessario’, lo è verosimilmente, in larga misura, per proteggere gli uomini dallo spavento davanti al potere femminile di generare spontaneamente anche da lesbiche.

Certo, anche le coppie lesbiche possono temere che il padre biologico si faccia vivo, avanzi pretese, dia fastidio, chiedi un ‘diritto di visita’ dei figli attraverso il quale in realtà intende interferire con la vita della coppia. Il padre biologico, però, nonostante i molti ‘passi avanti’ fatti da questa figura, non avrebbe dalla sua ‘la legge’ con la stessa intensità con cui la avrebbe la donna che si fosse fatta mettere incinta da un gay e poi non volesse più dargli il figlio, ancora oggi altamente protetta dalle diverse legislazioni e tradizioni giuridiche⁵⁹. Il potere

⁵⁵ Il femminismo ha insegnato che approfittare delle “situazioni non vietate... permette di agire il cambiamento nella pratica e sul piano culturale, [creando] relazioni libere tra donne (e tra donne e uomini), legami non previsti dall’ordine patriarcale e non inquadrabili giuridicamente, forme che non hanno bisogno di essere istituzionalizzate” e che rappresentano “una ricerca che diminuisce l’importanza materiale e simbolica del matrimonio e della famiglia, per una società più libera.” (C. Jourdan, *Due donne*, cit. *supra* a nt. 24.) Riprenderò queste suggestioni nella parte conclusiva di questo lavoro.

⁵⁶ Orientamenti riferiti da S. F. Appleton, *Between the Boundaries*, cit., p. 107 ss.

⁵⁷ L’offerta di sperma gratuita ma pubblicizzata via Internet è stata considerata reato perché lesiva delle norme sul commercio; per essere lecita, dovrebbe essere realizzata solo ‘in casa propria’ (S. F. Appleton, *op. cit.*, p. 109 ss. dove riferimenti al cd Free Sperm Movement).

⁵⁸ Cfr. *supra*, nt. 43.

⁵⁹ Il diritto al ripensamento è del resto contemplato in alcune legislazioni sulla maternità surrogata, come quella britannica; un esempio di quel tipo di regolamentazioni che, a giudizio di un pensiero cinico (cfr. M. Fries, cit. *supra* alla nt. 46), non fanno altro che inco-

della donna deve apparire terribile in questi casi, e lo è, e tanto più appare terribile, minaccioso, ingovernabile, tanto più allora servono le carte di avvocato e di notaio, le regole di legge così spesso invocate per ‘regolamentare’ la maternità surrogata, e che nel loro complesso compongono un movimento volto a trasformare l’esperienza pre-sociale e pre-normativa della maternità nel suo contrario, e cioè in un costruito sociale e normativo, del tutto manipolabile perché scisso dalla concreta dimensione della relazione interpersonale.

Benché la rivendicazione universalistica a favore della genitorialità omosessuale stia lì apposta per nascondere, gli interessi e le esigenze delle lesbiche e quelle dei gay sono diversi e solo raramente si sovrappongono: più spesso si contrappongono. Per le donne che vogliono sapere da chi proviene lo sperma, ma vogliono tenersi al riparo da eventuali richieste del padre biologico, sarebbe importante privare il donatore di sperma dei diritti paterni⁶⁰. Questo cozza, però, contro gli interessi dei maschi omosessuali, i quali, se hanno interesse a privare dei diritti materni la madre surrogata, non possono accettare lo stesso verso i padri biologici, quali essi a loro volta sono dei loro figli concepiti artificialmente. La proposta che ne deriva è di sottoporre ad accordi contrattuali pre-nascita i diritti di tutti i genitori, lesbiche, gay o eterosessuali, o, più semplicemente, di introdurre (in paesi in cui il matrimonio omosessuale è ammesso) la regola per cui è figlio dei due coniugi il bambino nato a uno dei due durante il matrimonio. L’interesse delle donne, quello a stabilire che il donatore di sperma non è padre, confliggendo con l’interesse opposto dei gay viene tradotto e diluito in una lotta ‘universale’ contro la qualità specifica della relazione materna e ai danni delle donne lesbiche, privilegiate dalla natura⁶¹ e più garantite dal diritto di famiglia tradizionale⁶², risolvendo

raggiare il ‘turismo procreativo’ verso paesi le cui legislazioni non creano ostacoli al desiderio ‘di genitorialità’ della coppia.

⁶⁰ E. J. Levy, *Virgin Fathers: Paternity Law, Assisted Reproductive Technology, and the Legal Bias against Gay Dads*, in *Am. Journal of Gender Social Policy and L.*, 2014, p. 893 ss., p. 894 ss., dove anche i riferimenti ai punti accennati di seguito nel testo.

⁶¹ La donazione di sperma è in ogni caso, ed inevitabilmente, enormemente più economica della maternità surrogata (in California prezzo medio 150.000 dollari, dei quali la stragrande maggioranza a cliniche agenzie ed avvocati: P. Nicolas, *op. cit.*).

⁶² Nel diritto americano, la presunzione secondo cui è padre colui che cresce il figlio della donna con cui vive è stata applicata alle coppie lesbiche (cfr. E. J. Levy, *Virgin Fathers*, cit., p. 909, per riferimenti); essa non risolve alcun problema per le coppie gay. Anche in Italia l’orientamento dei Tribunali minorili, che evidenzia tendenze favorevoli alla ste-

dosi nella messa al centro dell'istituzione matrimonio, oltre che, in prospettiva, in sistematici svantaggi per le donne (che sinora non sono mai state, per ovvie ragioni, madri per presunzione dei figli generati fuori dal matrimonio dai loro mariti, e forse non manifesterebbero interesse, se interrogate, a perdere i privilegi della maternità).

3.2 Anche la Madre è creata dalla Legge: se la madre lesbica fa la comparsa in un grande racconto di misoginia

La contesa intorno al materno, io credo, si presenta anche nelle coppie lesbiche, o, meglio, nelle narrazioni che le riguardano: secondo la letteratura specialistica la difficoltà a sostenere la domanda, interiore, intorno a chi è *veramente* la madre spiega il ricorso alla tecnica che prevede l'inserimento dell'ovulo fecondato di una nell'utero dell'altra, nel tentativo di essere entrambe madri (ossia: di non avere l'una più potere dell'altra)⁶³. Non si riesce a pensare che il problema possa essere generato proprio dal contrasto, micidiale, tra ideologie della parità e la realtà, fatta di asimmetrie e differenze. Ci si limita a rilevare che “se mettiamo insieme due donne e rendiamo madre ciascuna di esse, la sfida dello stabilire parità per entrambe le madri e del creare spazio per entrambe le madri per *essere* madri può essere scoraggiante”⁶⁴. L'asimmetria del materno, così, la qualità specifica di una relazione non riducibile al potere (e pertanto neppure alla 'parità') si rivela l'elemento scandaloso che può vivere, in un contesto che la rifiuta, solo come sintomo nevrotico⁶⁵. Il problema diventa allora non una socie-

pchild adoption, si è manifestato con riferimento a coppie di donne, v., sulla sentenza del Tribunale dei Minori di Roma del 30 luglio 2014 il commento di M. Gattuso su www.articolo29.it; nello stesso sito il testo della più recente, analoga decisione dello stesso Tribunale del 22 ottobre 2015. Tornerò su questi punti nella parte finale di questo lavoro.

⁶³ Sul fenomeno v. il contributo di K.C. Velte, *Egging on Lesbian Maternity: The Legal Implications of Tri-Gametic in Vitro Fertilization*, in 7 Am.U.J. Gender Pol'y&Law, 1998-1999, p. 432 ss.

⁶⁴ D. Ehrensaft, *Just Molly and Me*, cit., p. 175. L'A. mette l'enfasi sull' "essere" madre perché le pare che mentre la paternità può essere più facilmente ridotta a un fare (es. mettere il ciucciottino), la maternità è appunto anche un 'essere' pertanto infungibile (ma come tale rappresenta, anziché un 'valore', una 'criticità'). È un fatto, sulle cui ragioni sarebbe interessante riflettere, che c'è una certa abbondanza di analisi sui problemi delle famiglie lesbiche, mentre non ve ne sono, almeno di altrettanto facile reperibilità, su quelli delle famiglie gay.

⁶⁵ Questo snodo, di cui sto riferendo nel testo, è altamente rivelatore, per chi guarda le cose in chiave di differenza sessuale, perché proprio nel fatto che esistono differenze tra

tà che non sa vedere l'eccedenza del materno, ma una non abbastanza avvezza alla equipollenza paritaria tra uomini e donne, matrimoni, famiglie, e che va 'educata' in tal senso (alla 'parità', cioè alla repressione dell'eccedenza, dell'eccellenza, e dell'asimmetria del materno e nelle relazioni umane), con la predisposizione di apposite politiche pubbliche.

Se, come ho detto, gli argomenti legati alle rivendicazioni pro gay (particolarmente, ma non solo, con riferimento alla maternità surrogata) paiono condurre un discorso piuttosto chiaramente misogino, alla maternità lesbica è spesso assegnato (nella grande narrazione costruita dalle rivendicazioni del diritto alla omogenitorialità), il ruolo di aggredire il materno in un modo ancora più insidioso e più profondo: distruggendone l'autorevolezza e l'autonomia e la capacità di comunicare alle donne fiducia in se stesse.

donne (e anzi nel fatto che, per definizione, ogni donna ha a che fare con un'altra che ha un di più, cioè la madre) il pensiero della differenza sessuale ha visto la strada maestra per la libertà femminile, dal momento che 'il di più' di un'altra donna offre all'altra la possibilità di autorizzare se stessa a vivere e ad agire, a manifestarsi sul piano sociale, riferendosi, appunto, a una 'autorità' femminile. Stabilire per protocollo psico-medico che *il di più di un'altra donna è causa di sofferenza per un'altra* significa dunque sbarrare, in nome dell'autorità scientifica, risorse di pensiero e di esperienza che hanno condotto molte donne a riuscire ad attribuire valore a stesse, e a darsi libertà, grazie al supporto di donne più dotate (di capacità, di risorse). In termini politici, colpevolizzare o patologizzare la differenza tra donne significa confinare il femminile (le movenze di cui è capace e che genera) nel dispositivo dell'invidia, anziché in quello dell'ammirazione. Il motivo per cui una donna soffre del di più che un'altra donna ha (o è), è stato chiaramente messo a fuoco dal pensiero della differenza sessuale: "Indagando su di noi, abbiamo visto che la disparità tra donne, con tutto quello che significa, evoca una figura materna che può risultare schiacciante quando non c'è misura sociale del valore anche per la singola. (...) Le donne hanno bisogno della potenza materna se vogliono esistenza sociale libera. La madre raffigura simbolicamente la mediazione sessuata, ciò che le mette in rapporto con il mondo aprendo un circuito vitale fra il sé e l'altro da sé della loro esperienza, altrimenti scissa tra un'intimità indicibile e un esterno estraneo. La potenza materna, in sé, non è qualcosa da cui la singola donna debba difendersi, al contrario. *Ma può apparire tale in un sistema simbolico-sociale che non le insegna né le mostra in pratica, perché non lo prevede e anzi lo esclude, il modo in cui la singola può rapportarsi a quella potenza e farne in concreto la fonte del suo valore come della sua libertà.*" (*Non credere di avere dei diritti*, cit., p. 155, corsivo aggiunto.) Discorsi che insistono su come il potere o l'eccellenza di un'altra determini in ogni donna sofferenza sono funzionali a impedire o contrastare lo stabilirsi del riconoscimento sociale del valore femminile, perché rendono più difficile a ciascuna donna rendersi conto che il valore dell'altra è per lei una risorsa. Quel tipo di discorsi tende a perpetuare la subordinazione femminile e a fare delle donne altrettanti soldatini di battaglie condotte per cause neutre e cioè nell'interesse altrui.

Il collegamento del materno alla autorevolezza, e in questo senso alla forza, da un lato, e l'attribuzione al materno di una capacità generatrice sul piano sociale (dunque politico) sono state sottolineate, lo ricordavo all'inizio, dal femminismo italiano 'della differenza sessuale', come un antidoto rispetto alla concentrazione dell'attenzione sul problema del potere, e dei diritti, che contrassegna altre culture femministe. Chi pensa di poter attingere alla propria natura sessuata al femminile come a una fonte di autorevolezza e di riconoscimento è meno preoccupata di gareggiare sul piano del potere con reali o supposti antagonisti 'maschili': anzi tende a riconoscere nelle politiche (e nelle retoriche) improntate alla richiesta di diritti altrettante manifestazioni di manifestazione di debolezza e di subalternità. La parola che, del lessico del diritto, meglio mi pare associabile al mondo ideativo e di prassi che valorizzano il femminile come autorevole è la parola "autonomia": un darsi norma che proviene dal circuito delle relazioni che una ha scelto, a partire dalla propria natura sessuata al femminile. Come ricordavo in precedenza, l'ordine simbolico della madre parla della capacità di ciascuna donna di trovare autorizzazione e riconoscimento in una autorità di origine femminile, anziché rimettersi alla misura eteronoma costituita dall'ordine dato⁶⁶, il quale, diventando neutro e rispettoso 'di tutte le differenze', non include e non valorizza le donne esattamente come non lo faceva quando era esplicitamente maschile e patriarcale.

Ora, il fenomeno della genitorialità omosessuale lesbica raramente ci giunge narrato senza la mediazione di un movimento politico rivendicativo, che chiede diritti. Raramente, altresì, per non dire mai, la maternità lesbica ci viene presentata come un fenomeno distinto e distin-

⁶⁶ "Quando torna direttamente in gioco la differenza sessuale e il conflitto tra i sessi, come nel caso dell'aborto o della violenza sessuale, bisogna avvertire che la norma è sempre una figura seconda, derivata. Che serve a misurare quello che di fatto ha luogo nel corpo sociale. *Non esistono leggi, come alcune invece sembrano credere, che possano dare valore alla sessualità femminile se questo non le è riconosciuto socialmente.*" (*Non credere di avere dei diritti*, cit., p. 71, corsivo aggiunto.) Come ho ricordato anche *supra*, alla nt. 24, fa parte delle riflessioni più classiche legate dal pensiero della differenza sessuale la sottolineatura che la madre, ossia la donna autorevole in relazione a sé e ad altre ed altri, non chiede aiuto al diritto, semmai lo crea, intanto generando da sola, con l'autorizzazione di un'altra, la norma che serve per legittimare una azione o un percorso e poi componendo un tessuto di trasformazioni delle prassi e delle mentalità, che possono essere col tempo recepite dal diritto (cfr. in part., sul rapporto donna-avvocata, L. Cigarini, *La politica del desiderio*, Pratiche editrice, 1997).

guibile né dalla genitorialità omosessuale maschile, né da quella eterosessuale.

La madre omoerotica si trova così a essere interamente ascritta a un paradigma preciso, e del quale innumerevoli ascendenze potrebbero essere rintracciate nel pensiero filosofico, storico, sociologico e giuridico: un paradigma composto da un lato dalla *indistinzione dei sessi*, che nega la differenza femminile, dall'altro lato dalla *dinamica propria dell'oppressione*: chi è oppresso da un sistema normativo cerca nel sistema normativo la salvezza dalla propria oppressione (e, di fatto, salva solo quel sistema e i suoi dispositivi). È una dinamica nemica della libertà femminile, come è stato tante volte notato, perché rappresenta tutte le donne come svantaggiate e oppresse.

Si pensi alle storie narrate dalla casistica relativa alla maternità lesbica, che sono spesso altamente confusive, di difficile decifrazione, e assai di rado, è da credere, 'spontanee' (è una casistica che spesso sorge, e comunque viene guidata, dai movimenti rivendicativi dei diritti per le persone omosessuali). La donna lesbica che vuole un figlio adottivo ma vuole anche che le istituzioni passino sopra come nulla fosse al fatto che la sua compagna non supporta il suo desiderio (e in primo luogo, a tanto passa sopra lei: in che relazione sta dunque con l'altra?)⁶⁷; la coppia lesbica che chiede, e ottiene, che al padre legittimo siano tolti i diritti paterni, nonostante si tratti di un padre assiduo e legato al figlio⁶⁸; la coppia lesbica che si separa, e dopo di ciò una delle due va a cercare il padre biologico del proprio figlio, ottenendone la condanna agli alimenti⁶⁹. Casi come questi raccontano vicende che paiono segnate da un alto grado di confusione, e che sollecitano dall'ordinamento risposte di assai ambigua portata, proprio con riferimento alla libertà femminile, cioè alla possibilità, per ciascuna donna, di immaginare di poter stare in modo libero, con signoria su stessa, nel mondo: dai dispositivi si ricava una morale per cui è meglio avere figli in coppia e nel matrimonio che da sole; i diritti del genitore biologico (dunque anche della madre surrogata) devono recedere; tuttavia il padre rimane sempre un valore, come breadwinner, come punto di

⁶⁷ È il caso *EB v France*, che ho ricordato *supra*, nt. 25.

⁶⁸ *X&Other v Austria*, Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 19 febbraio 2013. Anche su questo caso v. G. Repetto, *Le adozioni omoparentali*, cit. *supra* alla nt. 25.

⁶⁹ Ricordo il caso *Morotto*, deciso dalla Corte distrettuale del Kansas nel 2013 (il caso è anche un ammonimento ai maschi a non ricorrere alla donazione spontanea di sperma): v. S.F.Appleton, *Between the Binaries*, cit., p. 95 per ulteriori riferimenti.

approdo e salvezza (economica o razionale, il che, oggi in particolare, è come dire la stessa cosa) da una femminilità incerta e contraddittoria che si auto-vittimizza e rinuncia a procedere coi propri mezzi.

Non solo la madre surrogata, emblema misogino delle rivendicazioni gay, dunque, ma la stessa genitorialità omosessuale lesbica, compagna di quelle rivendicazioni, veicola un femminile che sembrava dimenticato. Se la prima rimanda al mero biologismo o rievoca la donna santa e donativa, la seconda riveste troppo spesso l'immagine della donna bisognosa e rivendicativa che non sa dare ordine da sé al mondo in cui si trova, a partire dalle proprie relazioni⁷⁰.

Essa serve alla fine (come apparentemente l'intero itinerario della genitorialità omosessuale) a far emergere *i figli* come definitivo perno dell'organizzazione della vita adulta e la società (l'approvazione sociale) come misura del successo esistenziale.

La radice ideativa della decostruzione dell'identità sessuata risale alla lezione strutturalista e post-strutturalista: al 'soggetto assoggettato'. In quest'ottica, la genitorialità omosessuale femminile, con la quale è appunto la madre che si sottomette alle regole date, fa trionfare l'assoggettamento del soggetto ai costrutti tra cui oscilla, e la donna si risolve in madre per tornare a intonare l'antica storia di un femminile subordinato, disordinato, mancante, tutto orientato fuori di sé. Lo fa, quando sceglie di allinearsi, lei che è madre al di sopra della legge, alle rivendicazioni dei maschi, che possono trovare consistenza solo attraverso finzioni normative.

Anche dal punto di vista dell'immagine del diritto e della sua funzione sociale la madre autorevole del femminismo della differenza sessuale e la madre subalterna dell'omogenitorialità rimandano implicazioni molto differenti. La prima si richiama al diritto come dimensione del controverso e dell'opinabile, scena del processo, "scambio del vero nel vero", rinvia al "giusto naturale mutevole", capace di tra-

⁷⁰ L'opposto, dunque, della 'madre autonoma' che permette la nascita, nascita intesa come 'riproduzione simbolica di sé', e che è la leva della libertà femminile secondo il pensiero della differenza sessuale: "la madre autonoma, ossia non più fantasticata buona/cattiva, non più assalita dalla paura del rifiuto per reclamare accettazione, madre parlante fuori dal simbolico dominante (la cosiddetta legge del padre) perché finalmente interpellata da un desiderio femminile che si esprime in parole. La 'madre' potendo essere quella reale come una donna qualsiasi o il gruppo delle donne o anche l'intera società. (...) La figura della madre autonoma [vuol] dire che la differenza femminile, per esistere, deve legittimarsi da sé e esporsi per se stessa." (*Non credere di avere dei diritti*, cit., p. 51-52.)

sformare il mondo mantenendolo mondo in comune tra gli esseri umani⁷¹.

La seconda vede il diritto come insieme di norme che codificano il permesso e il vietato, il buono e il cattivo, il giusto e l'ingiusto, e che dovrebbe riflettere un giusto naturale oggettivo⁷².

Il soggetto assoggettato spande un immaginario in cui domina una visione negativa delle differenze e che rimanda alle valenze autoritarie dell'espressione 'diritto' e delle esperienze al diritto riconducibili, a partire da quelle implicate nel 'libertario' paradigma 'anticasta'.

È una madre dunque, quella omoerotica, per come rappresentata dalle narrazioni legate alla rivendicazione dei diritti alla genitorialità omosessuale, che restaura la Legge, i suoi dispositivi ordinanti, la sua funzione di garante di un ordine altrimenti non immaginabile, e cioè la Legge del Padre, e che serve a lui.

3.3 *Di nuovo figli (al posto della figlia)*

Il guadagno, molto ambiguo, che le rivendicazioni del diritto neutro e universale alla 'genitorialità omosessuale' portano alle donne lo si può vedere ribaltando il tema sulle figlie. È un punto di vista che non viene mai proposto. Eppure non è difficile percepire che se una bambina può avere due madri, oppure due padri e nessuna madre, la relazione madre-figlia e il ricavo di autorevolezza che proviene dal potersi iscrivere in una genealogia femminile sono resecati, annullati, esclusi persino dal tenore del discorso, lo è il valore che la nascita da un'altra donna, di cui partecipa la potenza, assegna a ogni donna.

Nella tematizzazione della genitorialità omosessuale, così come al posto della madre e del padre risalta la 'famiglia', anche i bambini sono 'figli', ma né maschi né femmine. Questo conduce a mettere a tacere le possibili implicazioni di una differenza che intercorre tra una coppia omosessuale e una coppia eterosessuale dal punto di vista dei figli, e che risiede nel fatto che i bambini di ciascun sesso trovano in una coppia etero un genitore dell'altro sesso, e uno del *proprio* sesso.

⁷¹ Questo è un aspetto dell'idea di giustizia naturale su cui ragiona F. Viola, *Come la natura diventa norma*, in *Diritto pubblico*, 2011, p. 147 ss.

⁷² In questo senso ho trovato efficace la sintesi di C. Ocone in un blog su *Huffington Post* del 6 ottobre 2015: "nella rivendicazione dei diritti delle persone omosessuali gioca la tematica dei 'diritti naturali e oggettivi' che in quanto tali si vorrebbero imporre in quanto gli unici effettivamente non discriminatori".

Quella secondo cui la differenza sessuale tra i genitori è un bene per i bambini è considerata una tesi bigotta e passatista, nella misura in cui allude al fatto che crescere in una famiglia eterosessuale faciliterebbe un orientamento eterosessuale. In effetti, molto spesso l'argomento che sostiene che per i bambini sarebbe bene crescere in una coppia eterosessuale punta sul fatto che il bambino trova in essa un genitore 'dell'altro sesso'. Ed inevitabilmente, è vero, questo genere di argomentazioni fanno sentire una pregiudiziale discriminatoria: il loro presupposto è che l'eterosessualità è migliore dell'omosessualità. Vi è però un ulteriore e diverso aspetto del problema: solo in una coppia eterosessuale un bambino trova sicuramente un genitore del *proprio* sesso, solo in una coppia eterosessuale o in una coppia lesbica una bambina ha la possibilità di rispecchiarsi in altre donne, di cui una è sua madre. Questo aspetto del problema potrebbe essere formulato solo attingendo al punto di vista femminista, non di rado lesbico, che ha evidenziato l'importanza della genealogia materna per la capacità delle donne di dare un valore a se stesse⁷³; l'unico che avuto il coraggio di dire che essere donne è meglio di essere uomini, e, comunque, è *diverso* (è una differenza diversa da tutte le altre).

Il *fin de non recevoir* opposto a queste visuali dal compatto operare delle logiche della parità (che riconoscono le donne a condizione che

⁷³ L. Muraro, *L'ordine simbolico della madre*, Editori riuniti, Roma, 1994; Ead., *Non è da tutti*, cit., p. 62: "Oggi, come noto, il bisogno di riconoscimento è molto sentito e diffuso. Vi sono analisti che lo considerano un sintomo di malessere collegato all'individualismo moderno. Non sono d'accordo, secondo me il bisogno di riconoscimento ha una radice più profonda e più sana, relazionale: esprime la domanda di vedere negli occhi di altri che la propria esistenza ha valore per se stessa, perché, senza questa conferma, diventa difficile che essa ne abbia ai propri occhi. Per Leopardi, come sappiamo, il riconoscimento era qualcosa da conquistare nobilmente, compiendo opere grandi e memorabili. Oggigiorno sembra che siamo scaduti, il riconoscimento lo dà il successo e lo sancisce, agli occhi delle masse, l'andare in televisione: dalla fama di Leopardi all'Isola dei famosi è un brutto salto. Ma, quali che siano i nomi e i mezzi o i surrogati, come sua origine propria il bene di vedersi riconosciute/i nella propria esistenza singolare e non in funzione di altro o di altri, questo bene si produce nella relazione materna. (...) Il riconoscimento materno è un dono allo stato puro, nasce dalla gratificazione di lei che si rispecchia nella creatura cui ha dato vita. Poi però, come gli altri beni che hanno origine nella relazione materna, anche questo entra nella vita sociale dove circola, si trasforma, si distribuisce, si vende, si compra, si copia, si accumula, a seconda di quello che chiamiamo ordine simbolico di una certa società, ordine o disordine. E così si verifica l'ingiustizia, che indignò il poeta Franco Fortini, della valorizzazione del maschile a danno delle donne... a danno e spese, perché ora scopriamo che si tratta di un bene di origine femminile." La relazione materna, si trae dalle parole fin qui riportate, è costitutivamente l'opposto di ogni atteggiamento utilitaristico o strumentale.

non siano niente di più e di diverso dagli uomini, da quel che già si può essere, ossia a condizione che esse siano *una variante superflua dell'umano*⁷⁴) è emblematicamente riassunto dalla pratica impossibilità di porre un problema che non discute l'astratta idoneità di persone e coppie omosessuali a crescere i bambini, ma si chiede più specificamente se crescere in una coppia di maschi corrisponda al *best interest di una bambina*, e risponda, in particolare, alla sua capacità di sviluppare una visione di sé valorizzante e autonoma.

Non sono di molti anni fa queste parole:

«A chi oggi abbia a cuore la giustizia sociale (...) propongo di affiggere in tutti i luoghi pubblici delle belle immagini raffiguranti la coppia (naturale e spirituale) madre-figlia, coppia che testimonia di un rapporto molto particolare con la natura e la cultura. Simili rappresentazioni sono assenti da tutti i luoghi civili e religiosi. Ciò significa un'ingiustizia culturale facile da riparare». Perché disse 'ingiustizia'? Perché, spiegò, la mancanza di immagini dedicate alle genealogie femminili si accompagna a una perdita di identità individuale e collettiva per le donne. La coppia madre-figlia viene sempre cancellata, anche quando viene onorata, aggiunse, e citò Lourdes, che attira grandi folle e riguarda la relazione di una figlia (Bernadette) con una madre divina, ma la madre viene solitamente rappresentata senza la figlia e il tutto viene solitamente rappresentato e gestito da uomini. «Eppure quell'evento potrebbe commemorare la coppia madre-figlia così importante prima della nostra storia patriarcale»⁷⁵.

⁷⁴ «Dentro la società dell'emancipazione femminile, quando non lavora al servizio dell'uomo, una donna avverte subito che la sua differenza umana costituisce una particolarità visibile quanto irrilevante. È una donna ma potrebbe anche essere un uomo e da mille indizi la società le fa intendere che per lei sarebbe meglio esserlo veramente. Il progresso promesso sarebbe che un giorno la società non le manderà più questo segnale, per cui si troverà donna senza nessuna ragione per esserlo ma senza sentire che per lei sarebbe meglio non esserlo. *Il progresso sarebbe dunque che io sia divisa in due, corpo di sesso femminile da una parte, soggetto pensante e sociale dall'altra, e tra le due neanche più il legame di un disagio sensibilmente avvertito: lo stupro portato alla sua perfezione di atto simbolico.*» (*Non credere di avere dei diritti*, cit., p. 179.) È un ammonimento che, in un'epoca di politiche di genere che promuovono tutte le differenze, ma ripudiano la differenza sessuale, potrebbe dare a riflettere quanto alla sorte cui vanno incontro le differenze, di cui possiamo essere portatori, compreso l'orientamento sessuale, quando, aderendo allo schema paritario, accettiamo che esse vengano rappresentate per definizione come *irrilevanti*.

⁷⁵ L. Muraro, *Non è da tutti*, cit., p. 84-85. La proposta, pronunciata nel 1989, è di Luce Irigaray.

Intendo, con queste osservazioni, richiamare l'attenzione sulla resistenza a intavolare un discorso intorno a come la fiducia di una donna nel proprio essere donna passi attraverso i rapporti con altre donne, e a come quel nesso di fiducia, di cui sintesi e simbolo è la relazione materna, sia un bene per il vivere insieme.

«Non c'è legge e non c'è un metodo che provveda all'alchimia dell'amore femminile della madre, ma c'è una pratica, quella di suscitare e alimentare la fiducia tra le donne, che ha un certo potere di far rivivere l'antico rapporto e di risanare ferite che il tempo renderebbe definitive».⁷⁶

4. Ricominciare dall'a b c: non ogni differenza è uno svantaggio

Ho iniziato queste riflessioni contestando la logica universalistica sottesa alla rivendicazione del diritto delle persone omosessuali alla procreazione; tuttavia mi pare anche che vi sia, effettivamente, un universale, qualcosa che riguarda donne e uomini, omosessuali e eterosessuali, gay e lesbiche, coinvolto nella 'genitorialità omosessuale' e questo universale è il nostro rapporto, di ciascuna e di ciascuno, e della nostra convivenza, con l'autorità, e la libertà, femminile che si incarna simbolicamente nel materno. Cogliere come il conflitto intorno al materno, quale oggetto di invidia, fatto di potere, componente del senso della propria soggettività sia al centro di quella che chiamiamo 'omogenitorialità' come è al centro delle relazioni uomo-donna potrebbe io credo spogliarlo di carattere fantasmatico e metterlo all'opera come elemento creativo di ordine, ordine non generabile dalla logica paritaria, così opposta e inconciliabile alla asimmetria del materno, il quale invece origina quella differenza che è compagna della ricerca della giustizia.

Certamente, infatti, vi è molto disordine nelle questioni concernenti la genitorialità omosessuale, un disordine palpabile che si esprime in due modi, spesso accoppiati: la contraddittorietà degli argomenti e delle rappresentazioni, l'abuso sofisticato della razionalità. Circa la contraddittorietà degli argomenti, posso citare alcuni elementi che mi paiono significativi. Uno inerisce al ruolo e all'importanza della di-

⁷⁶ L. Muraro, *Non è da tutti*, cit., p. 77.

scendenza ‘biologica’. Se non fosse così importante, perché creare tutto questo macchinario di procedure tecnico-mediche e di prescrizioni disciplinanti, perché fare tutta la fatica che l’impresa rappresenta? Tuttavia, nello stesso discorso intorno alla genitorialità omosessuale, il legame biologico è svalutato, i donatori di gameti mettono a rischio la famiglia omosessuale e bisogna tenerli nell’anonimato, o occorre privare legalmente i genitori biologici del loro status, per garantire la famiglia omosessuale. Conta dunque o non conta il legame biologico⁷⁷? È una questione di un certo peso, e la cui valutazione ha importanti implicazioni in primo luogo sul piano pratico. Spesso le tesi pro-gay sostengono che la fecondazione assistita e la maternità surrogata non possono essere limitate o vietate perché sono il modo in cui gli omosessuali realizzano il loro diritto fondamentale alla procreazione e alla famiglia, e che la possibilità di adottare, che non garantisce la discendenza biologica, non rappresenta una valida alternativa. In tal modo però non si spiega la, pretesa, necessaria e inevitabile prevalenza del legame biologico del genitore omosessuale con la progenie artificialmente concepita, rispetto a tutti gli altri legami biologici che quella porta. Come un argomento così contraddittorio può portare alla conclusione automatica che l’adozione non è, invece, soluzione preferibile, perché capace di garantire un bilanciamento adeguato tra interessi diversi, per soddisfare il bisogno di genitorialità dei maschi omosessuali?

Se, d’altro canto, maternità e paternità si fondono in un *doing*, in un agire, in un set di comportamenti, se dunque il fare, il piano materiale è così importante per determinare la genitorialità, come si può ammettere che una donna che per nove mesi porta il pancione non sia madre? Vi sono poche cose di più sociali, visibili e condizionanti il proprio essere, di una gravidanza. Il ‘fare’ del parto non fa ‘la madre’ mentre lo ‘fa’ il mettere il ciucciotto e cambiare i pannolini? Se la gestazione non istituisce il legame materno, perché essa è ritenuta, invece, in grado di istituire quello paterno, come evidentemente pensa chi impone alla surrogata di ascoltare, durante la gravidanza, per prescrizione contrattuale, una cassetta in cui è registrata la voce dei futuri padri⁷⁸?

⁷⁷ È S. Ehrensaft, cit. *supra* alla nt. 32, a rilevare l’effetto psicologicamente scardinante di queste contraddizioni interne ai discorsi di cui è percorsa la genitorialità omosessuale.

⁷⁸ Questo dettaglio viene sempre dalla narrazione che P. Nicolas fa della propria esperienza nello scritto più volte citato.

Come mai tra contigue dimensioni del ‘fare’ solo quelle imitabili, riproducibili, estrinseche (il cambiare i pannolini) dovrebbero denotare la maternità? Come mai una legge dovrebbe entrare in causa per emancipare gli uomini dalla loro subordinazione al materno? (E quale vantaggio vi è nel ridurre l’intera esperienza umana al piano puramente operativo?⁷⁹)

Un’altra, profonda linea di contraddizioni percorre le motivazioni e le finalità della rivendicazione della genitorialità omosessuale. Quest’ultima reclama di potersi esprimere contro i ruoli di genere stereotipizzati, ma, per dare a sé stessa consistenza, li riproduce (‘fare’ la mamma, ‘fare’ il papà). Non solo ritorna qui un motivo misogino, posto tutto ciò che una donna, e una madre, può essere, viene imbalsamato in un modellino che sta al posto della realtà. La rivendicazione della genitorialità omosessuale che nasce dalla contestazione degli stereotipi e poi se ne avvale, che contesta l’identità sessuata, ma si risolve in un grido a essere finalmente se stessi segnala, anche, una enorme oscillazione del pensiero, che è benefica. Esiste, dunque, un’identità, una soggettività, un Io che desidera, vuole, sceglie, ha una sua libertà? Se è così, le premesse costruttivistiche, e decostruttive, su cui si costruisce la tematica di genere alleata alle rivendicazioni antidiscriminatorie, posano sul contrario di se stesse, cioè sull’idea che una verità del soggetto esiste, come verità (parziale e soggetta a mutamento) radicata nella sua esperienza; ma allora, esiste anche tra i soggetti un mondo comune cui risale la possibilità di giudicare la legittimità, l’opportunità, la giustezza delle scelte di altri, che condizionano il mondo comune agli esseri umani, il vivere insieme⁸⁰.

⁷⁹ L’aggettivo è ovviamente un rimando a Marcuse e all’orizzonte teorico, straordinariamente attuale, de *L’uomo a una dimensione*.

⁸⁰ Ne è consapevole, finemente, la pensatrice che ha riflettuto in modo più autorevole intorno al ‘genere’, cioè Judith Butler, la quale da un lato, come noto, adotta tutte le risorse costruttiviste e decostruttiviste da cui il concetto nasce per sviluppare la sua idea performativa del genere, del sesso e, invero, dell’Io, ma al tempo stesso coglie che soltanto lasciando aperta una ineffabile frattura, uno spazio tra la persona e i processi sociali da cui (in tesi) è costruita e decostruita è possibile pensare la vita umana in termini di libertà e dunque conservarne la dignità (nel dubitativo e problematico saggio *Rendere giustizia a qualcuno*, in *Fare e disfare il genere*, 2004, trad. it. cur. F. Rampino, Mimesis, 2014, p. 107 ss., p. 126 ss., questo spazio è messo in parola in termini di ‘possibilità di essere amato’). Butler ha dimostrato più volte di avere a cuore, ben più che il riconoscimento del matrimonio e della ‘famiglia’ omosessuale, “una rottura del concetto tradizionale di parentela” grazie al quale “la sessualità al di fuori del contesto monogamico può offrirci un diverso senso della comunità.” (*Fuori da sé*, in *Fare*, cit., p. 64).

Il giudizio è un criterio che ci riconduce al mondo comune, e che richiede doti di ragionevolezza, equità, decentramento, qualche volta latitanti nei ragionamenti di coloro che sostengono i diritti delle persone omosessuali alla procreazione, i quali appaiono spesso ispirati, viceversa, da un'ansia cartesiana, dall'abuso della simmetria, e in questo senso della razionalità, tutte manifestazioni del procedere fine a se stesso di un paradigma paritario, nemico delle differenze e, pertanto, della giustizia. Ho citato, all'inizio, il caso del diritto dei figli alla conoscenza delle proprie origini: siccome questo diritto minaccia la famiglia omosessuale più di quella eterosessuale, allora occorre rimettere entrambe sullo stesso piano davanti all'invasività di un grande, meccanico, registro 'attivo' dei dati genetici. O la soluzione antidiscriminatoria ideale quanto a diritti parentali: sottoporre tutti i legami genitoriali, di etero, lesbiche e gay, a contratti pre-nascita.

Antiche riflessioni (uguale, giusto, è trattare in modo eguale l'eguale, diverso il diverso) ci ricordano che se tutti fossimo uguali, non ci sarebbe il problema (e la capacità) di ricercare la giustizia: noi possiamo pensare la giustizia solo perché e proprio perché esistono differenze; riducendo l'eguaglianza a una equipollenza se ne reseca il legame con la ragionevolezza e con la giustizia⁸¹. Una volta che le differenze, che pongono problemi qualitativi⁸², vengano obliterate (al-

⁸¹ In filosofia del diritto, questo discorso è stato condotto da L. Palazzani, *Sex e Gender: gli equivoci dell'eguaglianza*, Giappichelli, Torino, 2011.

⁸² "Vi sono disparità fra esseri umani, come quella tra uomo e donna, che stanno al posto di una differenza qualitativa non interpretata come tale. Qui, eliminare l'ingiustizia non vuol dire instaurare la parità ma rendere parlante la differenza in forme sociali libere. Vi sono disparità feconde, come quella tra adulto e bambino, che è la sola che possiamo portare a esempio nella nostra cultura ma altre esistono o potrebbero esistere. Vi sono disparità come quelle di bellezza o di salute, che spesso sono ineliminabili e non ha senso chiamarle ingiustizie sebbene diano purtroppo occasione alle peggiori ingiustizie – pensiamo alla condizione dei malati o dei vecchi senza il potere del denaro. Una politica egualitaria non ha strumenti per vagliare e non arriva mai a eliminare l'ingiustizia. I progetti egualitari, infatti, sono regolarmente destinati a rifluire per il colpo di coda reazionario che ricevono dall'esterno come dal loro interno quanto la non eliminabile disparità fra esseri umani diventa il veicolo del privilegio sociale di alcuni nei confronti di altri. Il Sessantotto ne è un esempio, basta pensare alla famosa selezione scolastica o sociale rivalutata dagli stessi che l'avevano deprecata a morte nel momento dello slancio per eliminare l'ingiustizia. Il problema è di impedire che le misure del potere passino sopra quelle differenze qualitative entro cui si custodisce il valore originario di un'esperienza umana. E di sapere che anche la ricerca di giustizia sociale tende spesso a passarci sopra." (*Non credere di avere dei*

meno nel discorso) al massimo può sopravvivere, al posto della giustizia, la vendetta, che non può che riproporre il suo approccio prettamente quantitativo⁸³.

La rivendicazione ideologizzata della ‘genitorialità omosessuale’ è una forma di vendetta maschile contro la libertà femminile⁸⁴? Le donne che aderiscono a questa rivendicazione neutra vivono forse, nei confronti del proprio sesso, contraddizioni simili a quelle di coloro che aderirono, a suo tempo, all’ideale della parità⁸⁵? Sono domande provocatorie, che pure varrebbe la pena di indagare per spiegare il successo planetario della rivendicazione a favore del matrimonio omosessuale, il notevole avanzamento dei diritti delle persone omosessuali alla procreazione, diritti i quali, veicolati da un discorso e da un punto di vista prevalentemente maschile, si risolvono nell’aspirazione al controllo e alla mercificazione del corpo e dell’immagine femminile⁸⁶. A pagare, in effetti, è solo l’autorità fem-

diritti, cit., p. 163, nel corpo di un paragrafo intitolato “Custodire le differenze qualitative”. Corsivo aggiunto).

⁸³ Per le radici di queste mie affermazioni cfr. A. Giuliani, *La definizione aristotelica della giustizia. Metodo dialettico e analisi del linguaggio normativo*, 2ª ed., Perugia, CLUEB, 1985. Per la natura qualitativa dei problemi che si pongono al giurista v. Id., *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavia, 1966. Traggo da Giuliani anche il concetto di ‘abuso della razionalità’, filtrandolo attraverso la riflessione di F. Cerrone, *Appunti intorno a interpretazione e principi (con particolare riguardo alle fonti del diritto) nel pensiero di Alessandro Giuliani*, in F. Cerrone, G. Repetto, *Alessandro Giuliani. L’esperienza giuridica tra logica e etica*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 617 ss.

⁸⁴ Cfr. *supra*, nt. 38.

⁸⁵ “[C]’è una paura femminile a esporre il proprio desiderio, ad esporsi con il proprio desiderio, che induce la donna a pensare che gli altri le impediscano il desiderio, e così lo coltiva, così lo manifesta, come la cosa impedita a lei da una autorità esterna. In questa forma negativa il desiderio femminile si sente come autorizzato a significarsi. Pensiamo soltanto alla politica femminile della parità, portata avanti da donne che non si fanno mai forti di una volontà propria ma sempre e soltanto di ciò che gli uomini hanno per sé e che viene ad esse negato. Non a caso la politica della parità si stava introducendo all’interno del femminismo, sebbene fosse in contrasto con le sue idee e ragioni di fondo, tutte legate al pensiero della differenza sessuale. All’interno del femminismo la politica della parità non aveva fondamento teorico, ma trovava nutrimento nella debolezza del pensiero femminile, nella sua reticenza a esporsi, nella sua mancanza di autorizzazione simbolica.” (*Non credere di avere dei diritti*, cit., p. 52).

⁸⁶ È un fatto che l’Irlanda, mentre ha recentemente riconosciuto il matrimonio gay, continua imperturbabile a criminalizzare l’aborto. Vi è chi avanza l’ipotesi che la rivendicazione del diritto al matrimonio abbia ottenuto i rapidi, formidabili successi che ha ottenuto perché è una rivendicazione che interessa anche, se non soprattutto, gli uomini. V. per riferimenti a questo punto di vista le opinioni riportate da K. Pollitt, *Il matrimonio gay piace più dell’aborto*, in *Internazionale*, n. 1104/2015, p. 38.

minile, la capacità delle donne di darsi misura e valore tra loro e di assumere parola autorevole nel mondo; non si comprende il guadagno di libertà che venga alle donne, omosessuali e eterosessuali, da battaglie così condotte e da pratiche così orientate.

Le argomentazioni che circondano e costruiscono i “diritti delle persone omosessuali alla genitorialità” paiono in molti casi riflettere, come ho cercato di mostrare, una ideazione condizionata dallo svantaggio degli uomini nei confronti delle donne nella procreazione, e propalano, perciò, una visione negativa delle differenze, identificate come ciò che determina svantaggio e dunque deve essere rimosso, che è del resto la visione che sta tradizionalmente alla base della retorica antidiscriminatoria (la quale proprio per questo motivo è stata tante volte, e da tante diverse voci, criticata, sino al suo odierno ripresentarsi intatta e nuovamente pregiata). È una concezione non leale nei confronti di chi porta una differenza che è invece un di più, e cioè, nell’ambito che ci occupa, delle donne, capaci di essere madri. Una argomentazione più ordinata, più ricca e chiaroscurata dei temi che ruotano intorno al desiderio di donne e uomini omosessuali di diventare madri e padri, non potrebbe non partire, a mio avviso, dal riconoscimento di questo di più, che mette le madri lesbiche in una posizione più agevole di quella degli aspiranti padri gay, e che colloca il materno, che le retoriche della maternità surrogata vorrebbero equiparare a una cosa qualunque regolabile per contratto, nella posizione di un bene indispensabile per tutti, a partire dagli uomini e che, volenti o nolenti, ci regola tutti, animando le nostre passioni, i nostri bisogni, le nostre invidie e la nostra capacità di vivere insieme.

5. *Brevi suggerimenti per il legislatore.* Riportate a prospettive di concreta disciplina positiva, le considerazioni che ho svolto sin qui si traducono, evidentemente, nell’auspicio che, affrontando il tema della genitorialità di lesbiche e gay, il legislatore assuma un’ottica di differenza sessuale, differenziando la posizione giuridica delle coppie lesbiche rispetto a quella delle coppie gay in relazione alla filiazione, come già avviene in altre esperienze, e assumendo come principio ordinatore il valore della relazione materna, da intendere e da salvaguardare come valore che *si congiunge* a quello della tutela dell’interesse del bambino⁸⁷.

⁸⁷ Lo sottolineo perché da millenni il genere umano è abituato a pensare, al contrario, che un modo dell’amore materno sia *rinunciare* al figlio in nome del suo bene, ovverosia

In particolare, sul modello di una recente legislazione belga⁸⁸, e in armonia con le tradizionali istituzioni della filiazione, ritengo che per le coppie lesbiche l'acquisizione dello status di genitore in capo alla partner della madre dovrebbe essere considerata automatica per via di presunzione *iuris et de iure*, nell'orizzonte, per il momento come è noto non prescelto dal nostro legislatore, del matrimonio omosessuale, oppure essere fortemente facilitata, mediante un consolidamento, e una nuova accentuazione, delle possibilità già esistenti in tema di adozione speciale, nel caso si affermi in Italia il modello dell'unione civile. Nel nostro ordinamento si è rivelata del resto già del tutto percorribile l'ipotesi di adozione speciale, subordinata al consenso della madre anche nel caso di coppie non unite da un legame formale⁸⁹. Il legislatore dovrebbe a mio avviso sostenere questi orientamenti ma anche evitarne le implicazioni neutre, dando risalto, da un lato al fatto che, nella coppia lesbica, che sia o meno giuridicamente regolamentata come 'unione civile', la partner che richiede l'adozione è la compagna della madre, e, dall'altro lato, che quest'ultima, appunto, nella coppia lesbica c'è. Il consenso della madre all'adozione da parte della partner, consenso nascente dalla loro relazione, va riguardato come sintomo specialmente significativo, in grado di far presumere, salva prova contraria, la sussistenza dell'interesse del bambino in tal senso⁹⁰.

che non necessariamente interesse del bambino e valore della relazione materna siano congiunti anziché disgiungibili e se del caso opponibili. Tanto ci viene instillato dall'antica storia del giudizio di Salomone, un mito che, temo, in qualche modo può affiorare e operare all'interno degli usi del criterio del *best interest* del bambino specialmente, sebbene non solo, in relazione alla 'genitorialità omosessuale', e che di fatto si avverte ritornare qualche volta nel discorso corrente (vi sono coloro che pensano che, tutto sommato, per un bambino è meglio crescere con una coppia di omosessuali benestanti che con la propria povera madre nepalese).

⁸⁸ Rendendo *ex lege* co-genitore la partner del figlio nato alla coniuge, cfr. su questa legislazione A.M. Ortu Lecis, *La presunzione di maternità presto in vigore in Belgio*, in www.art29.it, 22 dicembre 2014.

⁸⁹ Come è noto e come tornerò a ricordare è stato in favore della partner della madre, in coppie lesbiche, che la giurisprudenza (cfr. Tribunale dei Minori di Roma, 30 luglio 2014 e 22 ottobre 2015) ha riconosciuto l'applicabilità dell'istituto dell'adozione in casi particolari.

⁹⁰ Dal momento che il padre può riconoscere il figlio naturale anche se non è sposato con la madre o non convive con lei, tendo a ritenere che questa stessa possibilità, subordinata al consenso della madre, dovrebbe essere garantita all'interno delle relazioni lesbiche (v. uno spunto anche in C. Jourdan, *Due donne*, cit. *supra* alla nt. 24, che ha sostenuto da tempo una interpretazione estensiva delle previsioni della legge n. 184 del 1983, Diritto del minore alla famiglia, relative alle ipotesi in cui l' "adozione in casi particolari" è consentita

Nel caso delle coppie maschili, ritengo che dovrebbe essere esplicitamente consentito, quale unica soluzione per la soddisfazione del desiderio di paternità, e indipendentemente dalla forma giuridica - matrimonio o unione civile - prescelta per regolare la relazione tra i partner, il ricorso di entrambi i partner all'adozione, nelle sue diverse forme (soluzione che sarebbe, ovviamente, sempre possibile anche da parte delle coppie lesbiche) come è del resto logicamente imposto dal fatto che nel nostro ordinamento la surrogazione di maternità non è consentita. Si tratta evidentemente di una soluzione che richiederebbe una revisione accurata della normativa sull'adozione e sull'affidamento preadottivo, in mancanza della quale, d'altro canto, il legislatore finisce per indicare alle coppie gay la maternità surrogata come strada maestra, pur continuando a vietarla. Nel caso della richiesta, da parte di una coppia di omosessuali maschi, di convalida di una *stepchild adoption* effettuata all'estero del figlio del partner nato per via maternità di surrogata, così come del riconoscimento di un figlio naturale nato per via di maternità surrogata, dovrebbe essere sancita, come espressa condizione per la validità in Italia del provvedimento, la conoscibilità della identità della madre, quanto meno al compimento della maggiore età del figlio. Questa condizione sarebbe armonica coi percorsi in atto in tema di parto anonimo⁹¹, ovviamente varrebbe soltanto per i casi verificatisi a partire dall'entrata in vigore della leg-

anche a chi non è coniugato). Dando rilievo al fatto che nelle coppie lesbiche vi è (vi può essere) una madre naturale ed è per questo motivo che, come avvenuto in taluni casi negli Usa (cfr. *supra* nt. 62), si può estendere alla partner la presunzione di paternità, non mi pare vi sia ragione di negare alla partner lesbica la possibilità di riconoscere-adottare il figlio della compagna con cui pur non è giuridicamente legata, e che vi consenta. Queste ipotesi interpretative, che ovviamente formulo con riferimento ai casi in cui il padre rimanga anonimo, potrebbero invece essere esplorate, per le coppie lesbiche, senza bisogno di modifiche legislative in tema di unioni o matrimoni omosessuali; quello delle norme sul riconoscimento mi pare un ambito in cui una dottrina attenta agli interessi femminili potrebbe sviluppare proposte interpretative atte a interloquire con la giurisprudenza e la legislazione e capaci di contrastare tendenze neutralizzanti che, in questo come in altri casi, pongono un aprioristico e molto condizionante 'tetto di cristallo' che limita l'immaginazione su ciò che le donne potrebbero proporre e desiderare. Mi trovo in effetti a disagio con espressioni che suggeriscano di estendere alle lesbiche la 'presunzione di paternità' ma mi pare che da quelle presunzioni si possa trarre, ben diversamente dalla piatta *vulgata* che vi appoggia il carattere 'sociale' della paternità e quindi della genitorialità, un succo ben altrimenti favorevole alla libertà femminile, se le si ri-declina nel senso che *la madre rende genitore dei suoi figli colei - e colui - con cui sceglie di stare in relazione.*

⁹¹ Cfr. *supra* nt. 31.

ge, ma anche per le coppie eterosessuali⁹², e dovrebbe anche essere specificata nel senso che conoscibile deve essere l'identità anche della donatrice degli ovuli, nel caso di surrogazione gestazionale.

Prevedere questa condizione, oltre a scoraggiare il ricorso al turismo procreativo verso mete selvaggiamente deregolate, rappresenterebbe il bilanciamento tra l'interesse del minore alla conoscenza delle proprie origini e il principio di dignità della relazione materna. L'ordinamento, con quella condizione, affermerebbe di ritenere che fa parte della cura che un padre si prende di una figlia o di un figlio quella di preservarle o preservargli la possibilità di conoscere la propria madre. È il divieto di surrogazione di maternità a permetterci di pensare che nel diritto del bambino alla conoscenza delle proprie origini rientra in modo del tutto piano quello a non vedere la relazione con la propria madre condizionata, e precisamente: esclusa, da decisioni contrattuali di terzi. Quel divieto esprime una doppia, congiunta valenza: esso afferma l'insostituibilità della figura materna e si oppone alla contrattualizzazione-mercificazione della maternità e della filiazione. Sotto entrambi i profili, esso si risolve in un principio che valorizza la relazione materna e, come tale, è in grado di esprimere una importante funzione ordinatrice negli scenari attuali.

È importante a mio avviso sottolineare che se l'ordinamento vieta la surrogazione di maternità⁹³, e davvero assegna un senso, un pregio

⁹² E contribuirebbe in questo caso a porre un principio utile nella questione, che ha diviso la giurisprudenza, relativa al problema della sussistenza o meno del reato di alterazione di stato in caso di trascrizione nell'atto di nascita del nome della madre 'sociale', cfr. gli opposti orientamenti della Cassazione (Cass. I Sez. Civ. 11.11.2014 n. 24001) e dei Tribunali di merito (v. per es. Tribunale Pisa, 10 aprile 2015, in www.biodiritto.it), a cavallo della discussa decisione della Corte Edu *Paradiso e Campanelli contro Italia*, 27 gennaio 2015. È appena il caso di aggiungere che una condizione come quella che sto ipotizzando nel testo verrebbe anche incontro all'esigenza, almeno a parole da tutti riconosciuta, di contrastare lo sfruttamento femminile su scala globale cui il mercato della surrogazione di maternità dà origine, e rappresenterebbe un riconoscimento minimo ed elementare alla dignità della donna o delle donne che nella surrogazione di maternità si lasciano coinvolgere.

⁹³ E su questo punto occorre forse, sia pure brevemente, soffermarsi. Per molto tempo il nostro ordinamento non ha preso alcuna posizione in ordine alla surrogazione di maternità e dottrina e giurisprudenza hanno considerato gli accordi di maternità altrettanti contratti con causa illecita, contrari all'ordine pubblico, perché aventi ad oggetto beni di natura personale e pertanto indisponibili quali le parti del corpo umano e gli status personali: in altri termini, un accordo di maternità è un accordo privato, volontario, cui l'ordinamento non può prestare forza esecutiva in caso di inadempimento, e che può dar luogo a reati, peraltro solo nel caso in cui si concretizzi l'alterazione di status. Questa è

a questo divieto, occorre che esso sia protetto; per proteggerlo, occorre non limitarsi a lasciarlo in vigore astrattamente, quale sorta di reperto del passato slegato dai nuovi itinerari dell'ordinamento, incongruente rispetto ad essi e come tale destinato a cedere, sotto l'urgenza dei bisogni delle situazioni concrete che si presentano al giudice e che si presenteranno con tanta maggiore frequenza dopo l'eventuale approvazione del progetto di legge sulla Disciplina delle coppie di fatto e delle unioni civili, conosciuto come progetto 'Cirinnà', che, come è noto dichiara, in termini neutri ovviamente, l'estensione ai partner del-

l'ipotesi della donna che si dichiara madre del figlio partorito da un'altra, ipotesi la quale, sia detto en passant, non ha comunque rilievo nelle questioni che interessano le coppie gay e sulla quale sono note le recenti evoluzioni giurisprudenziali, che escludono il reato di alterazione di stato quando gli atti di nascita siano compiuti in conformità con la legge del luogo in cui il parto è avvenuto, riferite *supra* a nt. 92. (Sul contratto di maternità surrogata e problemi connessi v. A.B. Faraoni, *La maternità surrogata: la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Giuffrè, Milano, 2002; G. Baita, *Il contratto di maternità surrogata*, s.d., online in www.diritto.it). Il caso della donna che porta a termine una gravidanza, con materiale genetico proprio e del padre, che partorisce anonimamente mentre il padre riconosce il figlio, era e rimane lecita, o per meglio dire collocata in una zona grigia di irrilevanza giuridica, anche dopo l'intervento della legge n. 40 del 2004, che da un lato ha previsto che la donna che ricorre alla fecondazione assistita non può partorire anonimamente (art. 9), e che, dall'altro lato, punisce penalmente "chiunque, in qualsiasi forma, realizza organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la maternità surrogata" (art. 12 comma 6), disposizione che, anche per il contesto sistematico in cui è collocata, è, mi pare, da ritenersi applicabile soltanto ai casi in cui la gravidanza è frutto di fecondazione medicalmente assistita e si configura come surrogazione gestazionale (donna che si fa impiantare l'embrione fecondato, cioè si rende portatrice di materiale genetico altrui) (cfr. su queste fattispecie T. Padovani (cur.), *Leggi penali complementari*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 612; quanto al divieto di ricorso al parto anonimo in caso di fecondazione assistita, esso "è subordinato alla circostanza che sia reso noto che la gravidanza è il risultato della tecnica riproduttiva e ciò accade quando l'intervento medico avviene nelle strutture nazionali autorizzate", così G. Famiglietti, *Filiazione e procreazione*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (cur.) *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Atti del Convegno del Gruppo di Pisa 2013, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, p. 26 del paper reperibile online nel sito www.gruppodipisa.it, il quale prosegue "in presenza di un accordo tra la coppia committente e la madre sostituta, ben potrebbe darsi che la madre sostituta non dichiari la propria maternità, che il padre riconosca il figlio, che la moglie richieda successivamente l'adozione del figlio del marito, come forma di adozione speciale."). Partorendo anonimamente e lasciando che il padre riconosca il figlio non si realizza aggiramento della normativa in materia di adozioni, dal momento che l'art. 71 della legge n. 184 del 1983 sul Diritto del minore a una famiglia descrive quella fattispecie come quella di chi 'affida con carattere definitivo un minore a terzi' e vi fa conseguire come sanzione la 'perdita della potestà genitoriale': il padre che riconosce il figlio partorito anonimamente non è un 'terzo', la madre che partorisce anonimamente non 'affida' il figlio al padre, e rinuncia per definizione alla potestà genitoriale esercitando una facoltà che le è conferita dalla legge.

le unioni civili dell'istituto dell'adozione in casi particolari⁹⁴. Affinché, in un contesto il quale, riconosciute le unioni civili, ammette

⁹⁴ L'esame parlamentare del progetto, che prende il nome dalla sua presentatrice, dovrebbe avere corso a partire dalla fine del gennaio 2016. Originariamente il progetto prevedeva l'estensione tout court dell'istituto dell'adozione in casi speciali al genitore non biologico che sia parte di una unione civile. Sotto questo profilo l'intervento legislativo non non faceva che dichiarare espressamente una facoltà di cui i partner delle coppie omosessuali, ancorché non giuridicamente riconosciute, già possono godere a diritto vigente, ai termini della legge n. 183 del 1984 sul Diritto del minore a una famiglia, secondo l'interpretazione, recentemente fattasi strada in giurisprudenza, che congiunge, nell'interpretazione dell'art. 44 della legge ora citata, la condizione della 'relazione stabile e duratura' tra adottante e bambino e quella della 'impossibilità di affidamento preadottivo' (cfr *supra*, nt. 89). Rilevare il fatto che il nostro ordinamento non impedisce al partner, e tanto meno alla partner, di una coppia omosessuale di adottare il figlio del compagno o della compagna quando abbia col minore "una relazione stabile e duratura" spinge a due considerazioni. Una, è che vi può essere una qualche misura di strumentalità nelle argomentazioni che sostengono che il motivo per cui è urgente il riconoscimento delle unioni civili tra persone omosessuali è 'l'interesse dei bambini' (cfr. C. Jourdan, *Bambini in orfanotrofio, forse è detto in buona fede, ma è proprio sbagliato*, in www.libreriadelledonne.it, 29 gennaio 2016). L'altra, riguarda il carattere forse non del tutto sincero delle discussioni che corrono a livello politico e partitico. Infatti risulta dalle cronache politiche che, in seguito a polemiche interne alla maggioranza di governo tra componenti più e meno favorevoli alla *stepchild adoption*, si sarebbe giunti alla conclusione di circondare di 'cautele' l'adozione in casi particolari all'interno di coppie legate da unione civile, subordinandola, in particolare, a una certa previa durata nel tempo dell'unione civile e rendendola revocabile da parte del giudice (cd. 'affido rinforzato'). Questa faticosa 'mediazione' politica rappresenta all'atto pratico un cambiamento assai relativo rispetto all'originale impianto del progetto 'Cirinnà' e della questione dell'adozione in casi particolari, posto che, come è naturale, quando dichiara l'adozione in casi particolari il giudice ricorre alla consulenza tecnica e indaga sulla qualità della relazione che intercorre tra chi chiede l'adozione e il bambino, sicché si potrebbe dire che le nuove 'cautele' non sono anch'esse, almeno in parte, che esplicitazione di criteri di valutazione piuttosto ovvi in casi di adozione (oggi, come si sa, l'adozione di minore è subordinata a una certa durata nel tempo del matrimonio). Peraltro, mentre vengono dunque incontro solo in apparenza a più o meno sincere e meditate obiezioni all'istituto della *stepchild adoption*, queste norme e queste clausole nulla tolgono all'approccio 'neutro' del progetto, e, quanto più le si irrigidisce, tanto più facilmente esse potrebbero essere giudicate discriminatorie, indebolendo, dell'ipotetica nuova legge, fortemente la tenuta. Sarebbe fin troppo facile sostenere, davanti a una qualsiasi corte, che previsioni che circondano di ridondanti limitazioni l'adozione in casi particolari dei partner di una unione civile hanno un intento discriminatorio, perché con evidenza tradiscono il sospetto che una unione diversa dal matrimonio si appoggi su premesse meno stabili di quest'ultimo. E mentre un tale punto di vista che, potrebbe avere un senso, e pertanto apparire giustificato se riferito alle coppie eterosessuali, le quali possono contrarre matrimonio, evidentemente non lo avrebbe per le coppie omosessuali, cui tale possibilità il nostro ordinamento non riconoscerebbe. Sulla discussione intorno all'ipotesi di "affido rinforzato" si veda l'intervista di A. De Giorgi a A. Schillaci, *L'affido rinforzato è inaccettabile*, www.gay.it, 5 gennaio 2015.

espressamente la *stepchild adoption*, il divieto di maternità surrogata non venga semplicemente travolto dalle cose, occorre corroborarlo di riflessione, onde nella coscienza collettiva il suo pregio sia avvertito, e a questo presiede specialmente il dibattito pubblico⁹⁵, e occorre dare ad esso una graduazione che permetta di difenderlo davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, e questo è responsabilità del legislatore. Un ordinamento che riconosce le unioni civili, ammette la *stepchild adoption* ma non altre forme di adozione per le persone omosessuali e intanto vieta la surrogazione di maternità – come sarà il nostro dopo l'eventuale approvazione del disegno di legge sulle unioni civili - si incammina altrimenti sullo stesso percorso aperto dal legislatore che a suo tempo ha vietato la diagnosi pre-impianto mentre consentiva l'aborto tardivo: al disfacimento della sua (indifendibile, perché basata su poca sincera attenzione ai problemi regolati) disciplina per via interpretativa e alla fine al travolgimento di essa da parte di Strasburgo. Per questo, penso che il legislatore dovrebbe da un lato riconoscere al-

⁹⁵ Ricordo nel novembre 2015 una intervista a Luisa Muraro apparsa su *L'Avenir*, e l'incontro alla Casa internazionale della donna di Roma, del 22 novembre 2015, riportato alla opinione pubblica anche dal sito *27ora* del *Corriere della Sera* da Monica Ricci Sargenini, anche in collegamento alla notizia della convocazione, per il febbraio 2016, a Parigi, delle Assise per l'abolizione universale della Gpa. La condanna del mercato globale della maternità surrogata, l'affermazione della differenza tra desiderio di paternità e desiderio di maternità, la proposta di tornare a riflettere sull'adozione come soluzione per la genitorialità gay, le domande sul se intorno alla maternità surrogata non rientri in gioco la conservazione dell'universo simbolico patriarcale, introdotte da queste riflessioni, hanno immediatamente influenzato il tono del dibattito intorno alla maternità surrogata, sottolineando che essa (e vorrei dire: il desiderio di paternità degli uomini) è questione rimessa al giudizio femminile. Ricordo in particolare la posizione di Paola Concia (sempre su *la 27Ora*, 30.11.2015, *Maternità surrogata, non lasciate che cancelli le unioni civili*), che chiarisce, intanto, che la maternità surrogata non riguarda tutta la comunità omosessuale (e neppure tutta quella maschile) e fa l'esempio della Germania, dove "si riconosce per legge la differenza sessuale, senza tante storie. Le donne possono avere figli, gli uomini non. La maternità surrogata è vietata per tutti. Come fanno i maschi gay in Germania? Molti fanno figli con coppie di donne lesbiche e diventano padri, molti ricorrono all'affido, che è molto facilitato, in realtà tutti, lesbiche e gay, puntano alle adozioni omosessuali"). È seguito l'appello di Snoq (riferito da A. Cuzzocrea su *La Repubblica* del 4.12.2015 nei termini *Femministe contro l'utero in affitto: non è un diritto*), che sottolinea che la maternità surrogata riduce le donne a oggetti di disposizione e non va confusa coi diritti dei gay. Gli stessi toni della narrazione cambiano, vorremmo sperare non strumentalmente: una paladina della maternità surrogata come libertà di scelta della donna, quale Claudia Lalli, ha affidato al *Manifesto* del 4.12.2015 un racconto del ricorso alla maternità surrogata da parte di due gay come gesto autorizzato dalla volontà femminile, quello della madre di uno dei due committenti.

le persone omosessuali la possibilità di adottare e dall'altro lato porre a chi ricorre alla maternità surrogata, gay o eterosessuali che siano, la condizione esplicita, per ottenere il riconoscimento dello status di genitore, di avere avuto cura di garantire alla figlia o al figlio la possibilità di conoscere sua madre. Ciò rappresenterebbe la traduzione in positivo dei valori sottesi al divieto di maternità surrogata e sarebbe dimostrazione, da parte del legislatore, di una preoccupazione di dare coerente e bilanciato svolgimento al complesso dei principi dell'ordinamento allorché introduce importanti innovazioni all'interno di esso. Ripeto: non vi può essere nulla di peggiore, o di più sciocco, che riaprire in questo campo lo stesso itinerario che ha segnato la legge sulla fecondazione assistita: una legislazione ridondante di divieti, che ha creato contraddizioni sistematiche patenti, e che ha visto il proprio disfacimento a colpi di decisioni giudiziarie condizionate dalla necessità di rispondere a bisogni concreti, sui quali la riflessione degli organi politici è stata frettolosa, imbarazzata, e distratta perché interessata solo a risultati di corto raggio ("facciamo la legge in un modo o in un altro purché qualcosa si faccia", non importa con quanti 'morti e feriti' è del resto la logica cui pare orientato il Governo con riferimento al disegno di legge sulle unioni civili⁹⁶).

Dalla condizione che ho or ora immaginato circa il ricorso alla maternità surrogata deriverebbe che anche alle donne dovrebbe essere imposto di riferirsi a donatori di sperma non anonimi o comunque di preservarne la conoscibilità per i figli? Si tratterebbe di una forzatura dettata da un falso amore per le simmetrie, scambiate per eguaglianza, e si tratterebbe di una notevole, contraddittoria abdicazione da una lettura in chiave di differenza sessuale del fenomeno: oggi una donna, lo ricordavo all'inizio, e lo sappiamo tutti, non è tenuta a dichiarare chi è il padre quando partorisce, e non lo è mai stata nel corso dei secoli. Se si affermasse una logica paritaria (in base alla quale, se si deve conoscere la madre – surrogata, sostituta, portatrice... – allora che si conosca anche il donatore di sperma) non ci troveremmo che a misurare i costi, significativi, di riduzione di spazi di libertà e di autonomia che possono derivare, specialmente per donne e le coppie lesbiche,

⁹⁶ "In un modo o in un altro" per quanto riguarda il problema che sembra più imbarazzare la maggioranza, cioè quello delle adozioni, o anche con riferimento alla composizione della maggioranza che potrebbe votare a favore del provvedimento, ma per questi punti non posso che rinviare alle cronache politiche del gennaio 2016, quando questo lavoro viene consegnato.

dall'ansia di legalizzazione delle relazioni omosessuali. Ma, soprattutto, ove si imponesse la conoscibilità del padre biologico, la condizione delle madri lesbiche sarebbe regolamentata in modo apertamente sfavorevole rispetto a quella delle altre donne (che in alcun modo, diventando madri, sono tenute a dare l'identità del padre).

Nel momento in cui il legislatore si propone di intervenire nella materia delle relazioni omosessuali sarebbe anche possibile, e forse opportuno, aprire una discussione con riferimento al problema se la maternità surrogata non potrebbe essere considerata in ogni caso libera quando gratuita e indirizzata da una donna a un'altra donna (due condizioni da porre espressamente come non alternative, ma come necessariamente concorrenti); tra quelle suggerite, mi parrebbe appropriata per descrivere questo fenomeno l'espressione "maternità solidale", che forse specificherei in maternità solidale tra donne⁹⁷. In un intervento legislativo in tema di unioni e famiglie omosessuali l'introduzione esplicita della 'maternità solidale tra donne' potrebbe a sua volta concorrere a qualificare il senso della presenza e del mantenimento del divieto di maternità surrogata. Quest'ultimo, che, come sono venuta dicendo, mi pare correttamente da intendere come principio generale, che esprime il disvalore assegnato dall'ordinamento al sottoporre a condizioni contrattuali coercibili la scelta procreativa⁹⁸, dovrebbe suonare quale riconoscimento del valore attribuito alla relazione e alla genealogia materna, da riguardare come un bene, di origine femminile, della persona e della collettività⁹⁹. Pertanto, quel divieto non dovrebbe essere inteso a ostacolare pratiche della maternità che abbiano effettivamente corso tra le donne, come potrebbe essere appunto il caso della 'maternità solidale', e che non rappresentino offesa ai beni che quel divieto protegge. Di esperienze simili non è difficile trovare notizia¹⁰⁰. D'altro canto, anche alla 'maternità solidale tra

⁹⁷ Cfr. *supra*, nt. 40 e 42.

⁹⁸ Giusta le considerazioni che facevo *supra* a nt. 94.

⁹⁹ Cfr. *supra* nt. 74.

¹⁰⁰ Esse, scaturenti peraltro, verosimilmente, dalle più svariate motivazioni, tendono a emergere nel contesto recente, in cui il dibattito pubblico e l'attenzione dei media è richiamata sulla 'genitorialità omosessuale' per via del progetto di legge 'Cirinnà': es. tra i molti *Ho fatto un figlio per mia sorella e ne vado fiera*, su www.makemefeed.com, 17.1.2016. Per un suggerimento sulla maternità surrogata come 'gift to those mothers who cannot conceive child' v., con sguardo all'esperienza indiana, S. Gay e K. Gaur, *Reproductive Rights of Women. Ethical or Viable Role of Surrogate Mother*, novembre 2012, reperibile su ssrr.com. La capacità di una madre, o di una sorella, di fare un figlio per la figlia o per la

donne' potrebbero rivolgersi una serie di consistenti obiezioni; intanto quelle che affliggono ogni ipotesi di 'gratuità' della surrogazione¹⁰¹, la 'gratuità' essendo fin troppo facilmente aggirabile, mentre dal punto di vista del ridurre l'essere umano (il nascituro) ad oggetto, fa in vero assai poca differenza che lo scambio avvenga per denaro, o meno¹⁰². Inoltre, rivendicare una salvezza esplicita da parte del legislatore per la sola 'maternità solidale tra donne' potrebbe rappresentare una non felice movenza nel senso di confondere il potere femminile, materno, col fatto materiale di avere effettivamente un figlio, di cui a mio avviso una conseguenza è il 'bisogno' di avere un figlio a tutti i costi. Tematiche di questa natura sono state oggetto di una certa riflessione al momento dell'emanazione della legge sulla fecondazione assistita¹⁰³, riflessione che oggi potrebbe essere utilmente ripresa.

Importante mi parrebbe soprattutto una maggiore consapevolezza circa il fatto che il divieto di maternità surrogata opera, all'atto pratico, il mantenimento di uno spazio non normato in cui le persone possono, se ne hanno la capacità e il coraggio, riuscire a muoversi su un piano di libertà: si trascura infatti, quando ci si oppone al divieto di maternità surrogata in nome della 'libertà di scelta' delle donne, che esse, qualora intendano esercitare una tale libertà a favore di altre donne, o anche di uomini, sia per denaro, sia per dono, non incontrano alcun ostacolo nei divieti posti dall'ordinamento, ma devono, semmai, confrontarsi con ben altra sfida: quella di incamminarsi, insieme ai 'committenti' su un piano che impegna le loro relazioni, di reciproca fiducia, in primo luogo. Non tocca a me ricordare che la libertà non è affatto ben descritta quando la si limita a indicare il potere di 'fare una cosa che si vuole', perché essa è anche, sempre, una assunzione di responsabilità; tanto meno si parla a proposito di libertà quando la si scambia col suo esatto contrario ossia con una *autorizzazione* ad agire, che non siamo capaci di dare a noi stessi e a noi stesse e cerchiamo

sorella infertili, non ignota all'esperienza pratica delle donne, potrebbe del resto essere riguardata come esempio di un ambito in cui grazie al potere procreativo, le donne possono muoversi con relativa facilità in zone non normate dall'ordinamento.

¹⁰¹ E a cui facevo riferimento anche *supra*, nt. 40.

¹⁰² Ringrazio Clara Jourdan per avermi fatto notare, commentando un primo *draft* di questo lavoro, che anche il dono ha un *oggetto*, e i revisori di *Costituzionalismo.it* per avermi suggerito di presentare il tema della 'maternità solidale tra donne' in termini più problematici di quanto non avessi fatto inizialmente.

¹⁰³ Ricordo in particolare il volume a cura di M.L. Boccia e G. Zuffa, *L'eclissi della madre*, Pratiche editrice, Roma, 1998.

perciò di ottenere dall'esterno. Né la maternità surrogata deve essere del tutto sovrapposta, come invece si tende a fare, con la fattispecie legale e clinica della "fecondazione eterologa"; in un regime quale il nostro, che ancora contempla il parto anonimo, il divieto di maternità surrogata intercetta soltanto alcuni comportamenti nell'ambito procreativo. Detto altrimenti: che un accordo di maternità resti nel nostro ordinamento un contratto a causa illecita non fa alcun problema a una donna che voglia fare un figlio per altri, né a questi ultimi, che sappiano avere fiducia in lei e riconoscere il bisogno che di lei hanno (che sappiano cioè rimettersi a lei). Il venir meno del divieto di maternità surrogata, o un suo permanere in vigore esornativo, esteriore e fittizio, interessa solo a coloro che aspirano ad ottenere la legale garanzia di poter esigere l'adempimento contrattuale, a coloro cioè che non sanno o non vogliono riconoscere l'importanza che la capacità procreativa di una donna ha per le loro vite e per i loro desideri, oppure ai commercianti di gameti. Tutto al contrario di rappresentare una disposizione sul modo in cui le donne devono utilizzare la loro capacità procreativa¹⁰⁴, il divieto di maternità surrogata protegge a più livelli sia la libertà delle donne, sia quella degli uomini, diversamente da quanto accadrebbe normando il fenomeno per legalizzarlo, o, al contrario, per infarcirlo di ulteriori divieti penali di tanto in tanto sconsideratamente evocati nel dibattito politico¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Come invece ritiene C. Lalli, *Nessuno scelga al posto delle donne sulla maternità surrogata*, in *Internazionale*, 10 novembre 2015 e, in generale, una corrente di opinione che tende a ridurre tutti i possibili significati dell'espressione 'libertà' nella 'libertà contrattuale'.

¹⁰⁵ Anche sotto questo profilo le affinità che intercorrono tra maternità surrogata e aborto mi paiono evidenti e molto significative. All'epoca della discussione intorno alla legalizzazione dell'aborto, in favore dello schema politico prevalente che spingeva a mobilitarsi per la legalizzazione, "probabilmente giocò anche l'idea che, quando si arriva a un certo livello dei conflitti sociali, il modo più appropriato per affrontarli e risolverli sarebbe di fare una legge 'giusta'. E insieme a questa, un'altra idea ugualmente diffusa tra chi non è dentro al potere, e cioè che i comportamenti o sono proibiti o sono legalizzati, senza concepire che esiste un grande ambito di comportamenti consentiti, o semplicemente possibili, e, in caso, da inventare, da rendere possibili. Il fatto poi che l'aborto fosse considerato come reato dalla vigente legge penale induceva a pensare che solo la legge potesse autorizzare la sua pratica". Invocare un 'diritto alla maternità surrogata' al pari del 'diritto all'aborto' significa rimettere alla legge, all'ordinamento, dunque a un complesso esterno di interessi e di fini le scelte procreative e sessuali, delle donne e di tutti, e "quando poi la legge è formulata, la sua esistenza pregiudica la possibilità di scelte migliori e impone la sua logica" : *Non credere di avere dei diritti*, cit., p. 70 e 73.

Le prospettive argomentative che sono venute ipotizzando, imperniata su una visione non neutra della filiazione, propongono, partendo dal dato di fatto che in una coppia lesbica la madre è presente, e in una coppia gay non lo è, di pensare che, nel primo caso, il consenso della madre all'adozione o all'acquisizione dello status di genitore da parte della partner rappresenti un sintomo qualificato della sussistenza dell'interesse del bambino. Tenendo conto del privilegio delle donne nella procreazione, esse suggeriscono di rileggere il divieto di maternità surrogata come un principio generale, ordinatore dell'ambito della filiazione, che protegge il valore della relazione materna, la genealogia femminile e la libertà delle scelte in materia procreativa; da questo principio dovrebbe discendere in particolare, ho sostenuto, l'onere, per chi utilizza all'estero la maternità surrogata, di dimostrare, ai fini della trascrizione degli atti di nascita, di avere fatto in modo che la figlia o il figlio possano conoscere l'identità della madre, mentre il ricorso all'adozione dovrebbe essere reso possibile a tutte le coppie omosessuali (oltretutto, come personalmente ritengo, alle persone singole). Queste prospettive argomentative possono essere incorporate in criteri ragionati davanti all'opinione pubblica, calati nella legislazione con un bilanciamento accurato che non si sottragga alla responsabilità, propria del legislatore, di accompagnare e guidare l'attività valutativa del giudice oltre che di garantire la coerenza dell'ordinamento nel momento dell'introduzione di significative innovazioni, come quella rappresentata dal riconoscimento delle unioni civili tra persone omosessuali. Si tratta, mi pare, di criteri che, oltre ad essere rispondenti, come ho appena detto, a consistenti esigenze sistematiche, sono riconducibili a precisi dati di storia e di esperienza, rinunciare a far riferimento ai quali, in nome di un artificiale 'soggetto sociale neutro' che non ha sesso, e non ha storia, significa rinunciare a esercitare la nostra, umana, capacità di giudizio, se non incrinare la base 'personalista' del nostro ordinamento che ancora la legislazione a rispondere a bisogni radicati nella concretezza della dimensione umana. Un conto è essere donne, un conto è essere uomini: l'ordinamento che ne prende atto non fa che esercizio di ragionevolezza, e se ne dimostra capace.

COSTITUZIONALISMO E PLURALISMO COSTITUZIONALE*

di *Pietro Ciarlo*

“*Costituzionalismo.it*” è una rivista nata circa quindici anni fa su impulso di Gianni Ferrara per ribadire che democrazia e costituzionalismo sono un binomio inscindibile. Questa ispirazione iniziale è tuttora intatta. Così, peraltro, la rivista si autorappresenta, dal titolo, alla *Marianna* cioè al simbolo libertario della Rivoluzione francese. Del resto, forse mai come oggi, al tempo della liquidità imperante, le autorappresentazioni hanno un significato particolare. Darsi nomi ed emblemi significanti, senza affidarsi ad un astratto numero di stelle, è il primo passo per cercare di non essere travolti dall’ ondata della liquidità. Secondo questa concezione il costituzionalismo è uno solo. Esso è quell’ insieme di rapporti che si identifica con il contenuto essenziale della democrazia, riconoscibile nella possibilità di cambiare pacificamente i governi e nell’effettiva garanzia dei diritti, in tutte le loro declinazioni e generazioni. Civili, politici, ma anche sociali. Difficile immaginare, infatti, una democrazia priva di una qualche significativa funzione di redistribuzione della ricchezza. Immediatamente, dinanzi all’unicità del costituzionalismo, risalta il pluralismo delle costituzioni. Infatti le costituzioni adattano il costituzionalismo alle vicende e alle culture degli Stati di riferimento. Come il celeberrimo gatto, non importa di che colore esse siano, purché riescano ad assicurare un’adeguata effettiva attuazione del costituzionalismo e cioè della democrazia. Così si può arrivare al paradosso secondo cui in una delle patrie del costituzionalismo non ci sia una costituzione scritta, o che in un’altra patria del costituzionalismo, come gli Stati Uniti, la costituzione si costruisca e viva in larga misura fuori dal testo scritto. Hanno vigenza e riconoscimento costituzioni presidenzialiste e parlamentariste, nonché semipresidenzialiste. E ancora regionaliste, federaliste, e così via elencando. Fra le tante, vale la pena ricordare quelle monar-

* *Intervento conclusivo al Seminario di Cagliari del 25 settembre 2015 su “Riforme costituzionali e governabilità”.*

chiche o repubblicane, nonché le antimonarchiche come la nostra, che vieta espressamente qualsiasi ritorno di un re. Dunque, francamente mi sono sembrate fuori luogo alcune critiche al disegno di revisione fondate, ad esempio, su una difesa ad oltranza del bicameralismo, rappresentando questo istituto come un contenuto essenziale della democrazia. Oltre le singole costituzioni, forse ciò che conta veramente è la forza dell'idea di costituzione, dunque il costituzionalismo.

In Italia il dibattito sulla revisione della Costituzione è iniziato negli ormai lontanissimi anni '70. L'obiettivo era chiaro, ma certo non semplice da conseguire: rimuovere quelle strozzature che impedivano al nostro sistema istituzionale di essere allo stesso tempo fluido e responsabile nelle decisioni. Governabilità e superamento della democrazia bloccata. Dalla fine degli anni '80, a queste prime due tematiche se ne è aggiunta, e con essa intrecciata, una terza, quella di un riassetto radicale dei rapporti tra centro e periferia. Il dibattito si è svolto guardando molto ad altre costituzioni. Quasi tutto il catalogo dei modelli è stato esplorato. Westminster, presidenzialismo, semipresidenzialismo, cancellierato. Nonché diversi assortimenti di bicameralismo differenziato. Ma sinora l'unica ampia revisione è stata quella del Titolo V, peraltro mal riuscita. Credo che la principale ragione del sostanziale fallimento della riforma del 2001 possa essere ravvisata nel fatto che essa è intervenuta quando il regionalismo e il federalismo avevano perso capacità propulsiva. Ormai quasi nessuno ravvisa nel prevalere di opzioni radicalmente autonomistiche le *chances* di una grande trasformazione istituzionale. Dopo l'approfondimento della normativa europea, non resta spazio sostanziale per un ulteriore legislatore oltre la stessa UE e lo Stato. Tre legislatori sulle stesse materie sono troppi. La legislazione non è una *matrioska*. Peraltro, basta dare un'occhiata alla produzione legislativa dei diversi consigli regionali, anche quelli delle regioni più dinamiche, per verificare sul campo questa realtà, superando, invero, le più pessimistiche aspettative. E ciò a voler parlare solo di profili strutturali dell'ordinamento, tralasciando cioè altri argomenti, come la pochezza intrinseca e duratura del ceto politico regionale e le vicende di cronaca che ne hanno profondamente deteriorato l'immagine. Sicuramente l'avvenire delle regioni non è legislativo, forse amministrativo se riusciranno a recuperare efficienza.

Credo si possa dire che la proposta Renzi-Boschi colga certamente un punto aderente alla realtà: la fine sostanziale della regione-legislatore. Infatti, la nuova definizione del riparto delle competenze

legislative e la previsione della clausola di supremazia marginalizzano la regione-legislatore. Non è poco. Infatti, non dobbiamo dimenticare che il Paese è appena uscito da quella perniciosa ubriacatura federal-secessionista che tanti danni ha provocato all'etica pubblica, all'autorevolezza delle istituzioni e alle aree meno favorite del Paese. Né vale ad argomentare in senso contrario il riferimento alla composizione del Senato e alla previsione dell'elezione da parte di questo di due giudici costituzionali. Infatti, a parte la fumosità del comma 5 dell' art. 57, non credo che un'assemblea, in massima parte di derivazione regionale, possa segnalarsi per una sua particolare vocazione rappresentativa, data l'ormai consolidata scarsa fortuna dell'istituto regionale. Inoltre, a mio modo di vedere, mi sembra decisiva l'osservazione che il senato abbia scarse competenze, anche se alcune appaiono altisonanti. Vero è, infatti, che a norma del novellato art. 70 la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere per le leggi di revisione della Costituzione e le leggi costituzionali, nonché le altre leggi elencate, ma si tratta pur sempre della configurazione del potere legislativo per un esiguo catalogo di ipotesi, mentre una delle caratteristiche del potere legislativo è la sua effettiva continuità e totalità. In definitiva quella senatoriale sarà un' assemblea solo raramente chiamata a legiferare. Mentre in tutti gli altri casi il suo potere di intervento nel procedimento legislativo sarà soverchiato dalla Camera. Questi aspetti strutturali e funzionali, unitamente al fatto che la fiducia è solo della Camera, delineano il Senato non tanto come una seconda camera bensì come una camera secondaria. Con ogni probabilità, se la riforma verrà approvata, il futuro assetto costituzionale funzionerà come un sistema sostanzialmente monocamerale. Da alcuni si lamenta che la riforma segnerebbe una torsione oligarchica della Repubblica, ma purtroppo tale torsione è già avvenuta nel corso dell'ultimo ventennio, come pure queste correnti critiche contraddittoriamente ammettono. Sono stati i partiti italiani che, divenuti oligarchici, hanno infettato le istituzioni. Non si può imputare a qualcosa ancora al di là del venire, la riforma appunto, quanto invece è già avvenuto. Né, invero, le modifiche ipotizzate sembrano spingere in tal senso. Viceversa, la riduzione del ruolo delle regioni e del numero dei parlamentari, nonché il passaggio ad una sorta di monocameralismo sostanziale, nelle condizioni date, non mi sembra che di per se stesse spingano verso l' oligarchia, anzi forse spingono alla riduzione degli oligarchi. La deriva oligarchica è dovuta alla crisi della rappresentanza

politica, del sistema dei partiti e dei partiti, nonché a sciagurate legislazioni elettorali figlie anch'esse di questa perniciosa deriva. E' la legislazione elettorale il vero dramma di questa fase.

Nella riforma non mancano contraddizioni ed ambiguità. Soprattutto, da un lato si prende atto della obsolescenza della regione-legislatore, dall'altro invece si costruisce una incerta Camera che tende a coinvolgere nella formazione della legislazione statale, sia pure sporadicamente, non solo le regioni, ma finanche i sindaci, peraltro non necessariamente dei comuni maggiori, né, tanto meno, di quelli capoluogo. Inoltre, ulteriori perplessità riguardano il metodo di elezione dei senatori, confusamente abbozzato sulla base di un compromesso politico-linguistico certamente non felice. La effettiva disciplina di questo delicatissimo aspetto dovrà essere posta dalla legge ordinaria ed è facile prevedere che sarà uno dei nodi politici e istituzionali più delicati dei prossimi anni. Ad alcuni di noi era parsa più coerente e logica una costituzionalizzazione della conferenza stato-regioni, organo già sperimentato con un significativo grado di riconoscimento, e il passaggio ad uno schietto e semplice monocameralismo, opinione questa che ho già maturato da tempo ed espresso in diverse sedi (cfr. Ciarlo-Pitruzzella, *Monocameralismo: unificare le due Camere in un unico Parlamento della Repubblica*, Commissione per le riforme costituzionali, ora anche in *Rivista AIC*, ottobre 2013). Forse la soluzione *in itinere* può essere considerata una sorta di avvicinamento a questa soluzione da noi ritenuta migliore ma, certo, si tratta di una prospettiva sostanzialmente consolatoria. Tuttavia c'è da chiedersi senza pregiudiziali ideologiche, se questo nuovo bicameralismo non sia tutto sommato preferibile a quello ormai per tante ragioni insostenibile cui siamo stati, da ultimo, costretti, soprattutto a seguito della crisi del sistema dei partiti. In definitiva non considero la riforma in atto una lesione del costituzionalismo. Credo sia invece, invariata la forma di governo, l'ennesima occasione mancata per il passaggio a quel monocameralismo che gli ambienti politici per ovvie ragioni corporative demonizzano e che troppi costituzionalisti italiani hanno in qualche modo snobbato. Ad ogni modo, al di là delle preferenze di ciascuno di noi, se la riforma dovesse superare il vaglio referendario i costituzionalisti dovranno, comunque, dare il loro contributo alla sua migliore attuazione. Se invece non dovesse superare tale vaglio, dovrebbero in ogni caso chiedersi quali conseguenze istituzionali questa evenienza possa aver comportato.

LA SCOMMESSA DEMOCRATICA DEI PARTITI IN TRASFORMAZIONE*

di Daniela R. Piccio

SOMMARIO: 1. *Le funzioni e le tre facce dei partiti politici;*
2. *Dall'appartenenza alla partecipazione episodica;* 3. *I partiti e lo Stato;* 4. *La scommessa democratica è persa?*

1. Le funzioni e le tre facce dei partiti politici

Secondo la nota definizione di Giovanni Sartori, «un partito politico è qualsiasi gruppo politico identificato da un'etichetta ufficiale che si presenta alle elezioni, ed è capace di collocare attraverso le elezioni (libere o meno) candidati alle cariche pubbliche». Sartori scelse di adottare una prospettiva descrittiva dei fenomeni politici, prediligendo «ciò che è a ciò che pensiamo che dovrebbe essere»,¹ volendo offrire una definizione di partito politico che potesse 'viaggiare' e che potesse quindi essere applicata in maniera uniforme nello spazio e nel tempo. Effettivamente, pur riletta a quasi cinquanta anni di distanza, non abbiamo alcuna difficoltà a considerarla valida. Sartori è stato anche particolarmente attento ad evitare quella che lui definì la «trappola funzionalista», che confonde la struttura con le sue funzioni. Nel preciso istante in cui ci chiediamo “per cosa?” “a cosa serve?” una determinata struttura (come appunto, un partito politico) ci poniamo inevitabilmente in termini di 'benefici di sistema' (*eufunzionali*, secondo la definizione di Schmitter)² perdendo dunque l'oggettività che dovrebbe contraddistinguere l'analisi dei fenomeni politici. Sartori, in

* Si ringraziano la Compagnia di San Paolo il programma di ricerca e innovazione dell'Unione Europea FP7 per aver contribuito al finanziamento di questa ricerca (Marie Skłodowska Curie Nr. 609402- 2020 researchers).

¹ G. SARTORI, *Parties and Party Systems: a Framework of Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 1976, p. 62. Sull'utilità di un approccio descrittivo dei fenomeni politici, G. SARTORI, *Democratic Theory*, Detroit, Wayne State University Press, 1962, p. 24.

² P. SCHMITTER, *Parties Are not What They once Were*, in *Parties and Democracy*, in L. DIAMOND AND R. GUNTHER (a cura di), *Political Parties and Democracy*, London, John Hopkins University Press, 2001, pp. 68-89.

sostanza, si pose criticamente nei confronti dell'approccio funzionalista che dominava la scienza politica soprattutto statunitense degli anni '60 all'interno della quale troviamo infatti un'enumerazione specifica delle funzioni dei partiti politici politici, quali la socializzazione e l'educazione politica, l'aggregazione e l'articolazione degli interessi della cittadinanza, la formazione delle politiche pubbliche, l'organizzazione della campagna elettorale, il reclutamento della classe dirigente e la partecipazione nelle attività di parlamenti e di governi³.

A dimostrazione di quanto sia complesso non cadere nella trappola funzionalista, sono numerosi gli studiosi che hanno utilizzato per analisi empiriche o spunti critici un'enumerazione di tale tipo⁴. Tra questi, Stefano Bartolini e Peter Mair, in un autorevole capitolo sulla "sfida della democrazia dei partiti", hanno distinto tra due categorie principali di funzioni partitiche: quelle rappresentative e quelle procedurali o istituzionali⁵. Le argomentazioni portate avanti da Bartolini e da Mair portano alla constatazione che i partiti avrebbero perso la capacità di svolgere le funzioni rappresentative, in conseguenza di un reciproco allontanamento, dei partiti politici dalla società, e della società dai partiti politici. Inalterata invece appare la capacità da parte dei partiti politici di svolgere quelle altre funzioni relative alle attività istituzionali, e quindi l'organizzazione delle campagne elettorali, il reclutamento della classe dirigente e l'organizzazione di parlamento e governo. La «formula magica», secondo l'espressione dei due autori, che vedeva nei partiti politici agenti sia rappresentativi che istituzionali, è legata ad un'epoca storica particolare, le cui caratteristiche non sono necessariamente riconducibili al mondo di oggi.

Aveva dunque ragione Sartori a criticare il funzionalismo in quanto prospettiva storica che non consente di pervenire a una definizione universale di partito politico? Certamente sì. Al contempo, porsi in

³ A. KING, *Political Parties in Western Democracies: Some Sceptical Reflections*, in *Polity*, 2(2), 1969, pp. 111-141.

⁴ Per analisi recenti si vedano, per esempio, P. WEBB, *Political Parties and Democracy: The Ambiguous Crisis*, in *Democratization*, 12(5), 2005, pp. 633-50 e R. GUNTHER E L. DIAMOND, *Types and Functions of Parties*, in *Political Parties and Democracy*, op. cit., pp. 68-89. A ben vedere lo stesso Sartori ha definito i partiti politici alla luce di una loro funzione: quella di presentarsi alle elezioni e presentare candidati alle cariche pubbliche.

⁵ S. BARTOLINI e P. MAIR, *Challenges to Contemporary Political Parties*, in *Political Parties and Democracy*, op. cit., pp. 327-43.

prospettiva *eufunzionale* sembra inevitabile. È proprio in virtù della centralità dei partiti politici all'interno del sistema di rappresentanza democratica, per via del ruolo chiave che essi occupano in quanto intermediari tra cittadini e Stato, e, non ultimo, è per come sono nate le grandi famiglie di partito del XX secolo – prima come movimenti di opinione, poi come associazioni di cittadini orientate a dare voce a determinati gruppi sociali – che pretendiamo che i partiti politici svolgano (anche) quelle funzioni di voce e di espressione della cittadinanza. Eppure, malgrado la crescente incapacità della tradizionale forma partito di assolvere alle funzioni di articolazione e aggregazione degli interessi, diagnosticare una ‘crisi’ del partito politico *tout court* sarebbe ingiustificato. Una nota tripartizione analitica ha aiutato a distinguere tra differenti sottosistemi (o ‘facce’) che contraddistinguono i partiti politici: il partito sul territorio costituito di militanti e di iscritti, il partito in quanto organizzazione centrale e il partito nelle istituzioni.⁶ Come vedremo, la crisi non riguarda tutte e tre le facce ma principalmente la prima delle tre facce, quella sul territorio, mentre proprio grazie a quelle prerogative che derivano dalla centralità istituzionale, il partito politico riesce a sopravvivere e gode a tutt’oggi di una salute relativamente buona.

2. Dall’appartenenza alla partecipazione episodica

Negli anni ‘50 Maurice Duverger descrisse le diverse forme di partecipazione alla vita dei partiti politici con un semplice modello composto da quattro cerchi concentrici. Ai quattro cerchi corrispondevano quattro differenti tipologie di attivismo (militanti, iscritti, sostenitori ed elettori), contraddistinte ciascuna da diversi livelli di partecipazione. La maggiore vicinanza al centro rifletteva la maggiore intensità della partecipazione. Il modello di Duverger, che descriveva il partito di massa, è rimasto a lungo un fondamentale punto di riferimento per

⁶ R. KATZ e P. MAIR, *The Evolution of Party Organizations in Europe: The Three Faces of Party Organizations*, *American Review of Politics*, 1993, vol. 14(14) e P. MAIR, *Party Organization: from Civil Society to the State*, in R. KATZ e P. MAIR (a cura di), *How Parties Organize. Change and Adaptation in Party Organizations in Western Democracies*, London, Sage, 1994, pp. 1-22.

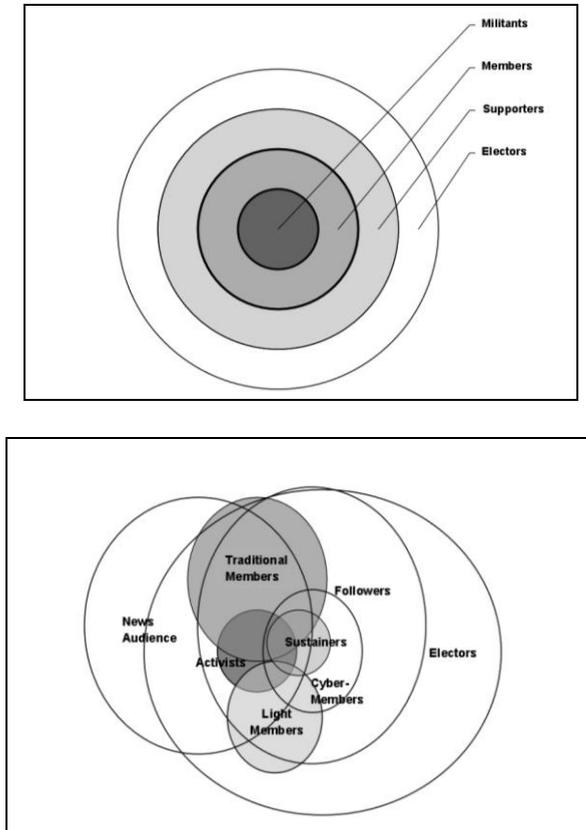
analisi e riflessioni sull'attivismo nelle organizzazioni di partito⁷. Il contrasto con le forme di attivismo nei partiti contemporanei non potrebbe essere più marcato.

In primo luogo, ai cerchi interni del modello di Duverger non corrisponderebbero più livelli di attivismo maggiori: l'iscritto al partito politico oggi non è necessariamente più partecipe di quanto non lo sia un suo semplice elettore, così come talvolta, è il caso delle elezioni primarie aperte, al sostenitore sono attribuite prerogative che precedentemente appartenevano ai soli iscritti. In secondo luogo, a settanta anni di distanza, le due tipologie corrispettive ai cerchi interni sono divenute ormai quasi obsolete: nella letteratura politologica si è parlato dei militanti come «reliquia storica», mentre il numero degli iscritti ai partiti è registrato in progressivo e sostanziale calo in tutta l'Europa⁸. Alla luce di questi cambiamenti, revisionando in maniera radicale il modello del politologo francese, Susan Scarrow ha avanzato un nuovo modello di partecipazione partitica, l'appartenenza a velocità variabile (*multi-speed party affiliation*). La Scarrow non considera necessariamente superate le forme di attivismo proposte da Duverger, ma sottolinea che accanto alle forme tradizionalmente conosciute sono andate sempre più diffondendosi modalità di partecipazione nuove (dai *light members*, ai *cyber members*, ai *followers*). Rispetto alla staticità del modello di Duverger, il nuovo modello è dinamico e porta alla luce un tipo di attivismo che è al contempo fluido, in costante mutamento (si passa agevolmente da una tipologia di partecipazione all'altra) ed intermittente (la Scarrow parla di «*in and out membership*», l'entrata e l'uscita dalle attività del partito costituiscono la normalità nell'ambito del fenomeno partecipativo contemporaneo).

⁷ M. DUVERGER, *Political Parties*, New York, John Wiley & Sons, 1954. Per uno studio sull'attivismo nell'ambito dei partiti di massa italiani si rimanda a F. ALBERONI, *L'attivista di partito*, Bologna, Il Mulino, 1967.

⁸ R. KATZ e P. MAIR, *Changing Models of Party Organization and Party Democracy: the Emergence of the Cartel Party*, in *Party Politics*, 1(1), 1995, pp. 5-28. Per l'analisi comparativa degli iscritti ai partiti politici in Europa, si veda invece I. VAN BIEZEN, P. MAIR e T. POGUNTKE, *Going, Going, Gone? The Decline of Party Membership in Contemporary Europe*, in *European Journal of Political Research*, 51(1), 2012, pp. 24-56.

FIGURA 1 – *La partecipazione nei partiti: i modelli di Duverger (sinistra) e Scarrow (destra) a confronto**



* *Tratto da S. SCARROW, op. cit., pp. 27 e 33.*

È evidente che il quadro delineato dal modello della Scarrow non richiede la presenza di organizzazioni di partito radicate sul territorio. Eppure è proprio il radicamento sul territorio ad aver contribuito per decenni a tenere vive le organizzazioni di partito nella società e ad aver svolto un ruolo cruciale nel favorire l'esistenza di un legame stabile e forte tra partiti politici e cittadini. Il rapporto tra cittadini e partiti contemporanei sembra invece giocarsi su altri piani: ed è soprattutto un rapporto di natura episodica, non diversamente dal fenomeno elettorale.

Va osservato che i partiti politici hanno loro stessi contribuito alla trasformazione dell'esperienza partecipativa nella direzione qui de-

scritta. Rientra infatti nella natura episodica e intermittente della partecipazione partitica contemporanea il ricorso, sempre più frequente in Europa⁹, a meccanismi di selezione dei candidati alle cariche elettive e *leader* attraverso elezioni (propriamente o impropriamente) dette primarie. Motivato, secondo note analisi del fenomeno, da un bisogno di legittimazione della *leadership* a fronte della crescente impopolarità dei partiti politici e dalla volontà di ricostruire un rapporto con la società¹⁰, il trasferimento del potere di selezione di candidati e *leader* dai congressi di delegati ai singoli iscritti – e in alcuni casi, tra cui quello italiano, all'intero corpo degli elettori simpatizzanti – ha determinato una sovrapposizione delle linee di demarcazione tra le tradizionali forme di partecipazione alle attività dei partiti, ma soprattutto ha svuotato del loro ruolo le strutture intermedie. Paradossalmente, rendendo più inclusivo il selettore, i partiti hanno significativamente ridotto l'importanza di quelle arene di partecipazione e deliberazione interna il cui coinvolgimento era più intenso.

3. I partiti e lo Stato

Alla crisi del partito sul territorio non corrisponde però una crisi delle sue altre facce. Al contrario, è stato evidenziato come all'indebolimento dei legami tra partiti e società corrisponderebbe un rafforzamento del partito nelle istituzioni. Indicatore centrale di questo rafforzamento – come vedremo interpretato in chiave di un vero e proprio ancoraggio tra partiti politici e Stato – è la crescente regolazione dei partiti politici negli ordinamenti giuridici nazionali. Costituzioni che fanno riferimento al fenomeno partitico e leggi che ne disciplinano le attività o le modalità di finanziamento sono un fenomeno

⁹ Per analisi comparative del fenomeno in Europa, si rimanda a *The Politics of Party Leadership. A Cross-National Perspective*, in W. CROSS e J. B. PILET (a cura di), Oxford, Oxford University Press, 2014; e a *Party Primaries in Comparative Perspective*, a cura di G. SANDRI, A. SEDDONE, F. VENTURINO, Farnham, Ashgate, 2015.

¹⁰ S. BOLGHERINI e F. GELLI (a cura di), *Elezioni primarie: controllo del partito partecipazione popolare?*, in *Partecipazione e Conflitto*, 1, 2011; A. FLORIDIA, *Partiti e partecipazione politica: modelli alternativi di "democrazia interna", tra ricerca empirica e riflessione normativa*, contributo presentato al XXIII Convegno della Società Italiana di Scienza Politica, 2009. Per una riflessione più ampia del fenomeno, S. SCARROW, *Implementing intra-party democracy*, National Democratic Institute for International Affairs, Washington D.C., 2005.

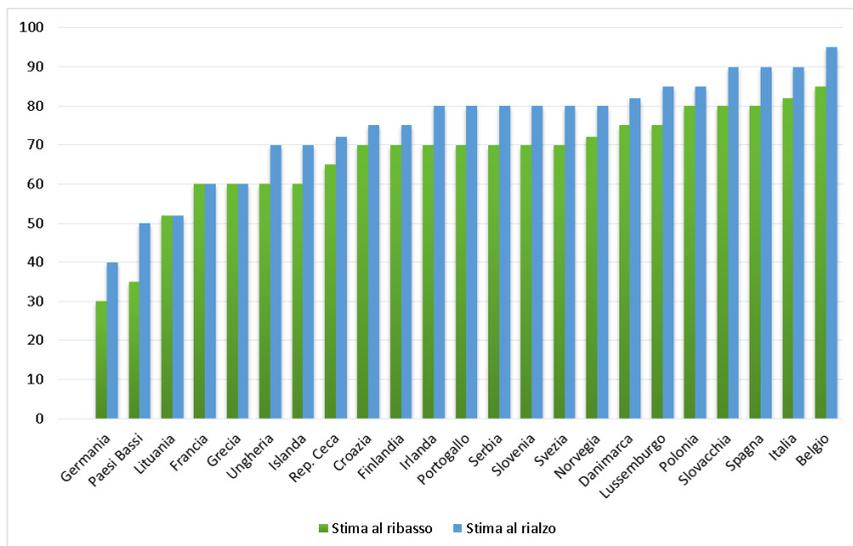
relativamente nuovo nel contesto europeo: fino al secondo dopoguerra si pensava ai partiti politici come associazioni private di cittadini rispetto alle quali lo Stato avrebbe dovuto astenersi dall'intervenire, non ultimo in nome del principio della libertà di associazione politica. Dal secondo dopoguerra in poi invece i partiti avrebbero assunto il ruolo di «utilità pubbliche»: soggetti parte integrante dello Stato e del suo funzionamento¹¹. Come più approfonditamente analizzato altrove¹², attraverso la regolazione statale le organizzazioni di partito vengono messe in sicurezza. Da una parte, viene definita *ex lege* la coesistenza tra partiti politici e democrazia. Ai partiti vengono, infatti, attribuite funzioni cruciali, sia rappresentative che istituzionali, garantendone così la piena legittimità all'interno dell'assetto istituzionale. Dall'altra, proprio alla luce di questa loro coesistenza, gli vengono attribuiti ingenti finanziamenti statali. La figura 2, i cui dati si basano sulle valutazioni del Group of States against Corruption (GRECO) del Consiglio di Europa, mostra le percentuali di dipendenza dai fondi pubblici dei partiti politici nei paesi europei¹³. Emerge – per quanto si tratti di dati aggregati che è opportuno leggere con dovuta cautela – un quadro di dipendenza statale eccezionalmente alto. La crescente regolazione dei partiti negli ordinamenti nazionali sembra dunque compensare quello che i partiti non riescono più ad ottenere da parte della società, legittimità politica e finanziamento in particolare.

¹¹ La nozione di partiti come 'utilità pubbliche' è stata avanzata da L. D. EPSTEIN, *Political Parties in the American Mold*, Madison, WI: University of Wisconsin Press, 1986; essa è ripesa da I. VAN BIEZEN, *Political Parties as Public Utilities*, in *Party Politics*, 10(6), 2004, pp. 701-22.

¹² Nello specifico, si veda D. R. PICCIO, *Party regulation as a self-legitimizing system*, in *Partecipazione e Conflitto*, 8(1), 2015, pp. 118-139. L'impianto teorico è naturalmente quello del 'cartel party' elaborato da R. KATZ e P. MAIR, *op. cit.*

¹³ Trattandosi di dati aggregati, sono qui riportate sia le stime della dipendenza statale sia al ribasso che al rialzo. Si noti che i dati fanno riferimento al periodo 2007-2011.

Le valutazioni del *Group of States against Corruption* sono consultabili qui: www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/ReportsRound3_en.asp.

FIGURA 2 – Percentuale di finanziamenti pubblico sul totale delle entrate

I partiti politici, d'altra parte, non subiscono passivamente le sfide che provengono dall'ambiente sociale. Più spesso, essi reagiscono¹⁴. Per Katz e Mair, la regolazione dei partiti costituirebbe proprio una reazione di questo tipo¹⁵. Secondo la loro analisi, i partiti si (auto)-regolamentano fondendosi con lo Stato così da garantire la propria sopravvivenza in quanto organizzazioni. In questa prospettiva, la regolazione sarebbe uno strumento di cui i partiti politici si avvalgono ai fini di compensare quel declino delle loro capacità rappresentative e all'indebolimento dei legami tra partiti e società. Si noti l'effetto a spirale: i partiti divenendo strutture quasi-pubbliche, si avvicinano o ancorano alle istituzioni statali beneficiandone dei finanziamenti e così sopperiscono al declino dei legami con società civile. Ma più il partito è saldo nelle istituzioni statali, meno gli saranno necessari i legami con il territorio e con le loro tradizionali basi di iscritti e militanti. Non sembra possibile una via di ritorno ... ma il partito politico è salvo.

¹⁴ F. RANIOLO, *Partecipazione e partiti: la prospettiva dei delegati congressuali*, in *Polis*, XXV, 2, 2011, pp. 235-262.

¹⁵ R. KATZ e P. MAIR, *op. cit.*

4. La scommessa democratica è persa?

Potremmo concludere con quanto evidenziato da Bernard Manin nel suo influente saggio sul governo rappresentativo, laddove spiega come la democrazia dei partiti non è che *una delle forme* che il governo rappresentativo ha storicamente assunto. L'emergere dei partiti di massa e la coincidente estensione del suffragio all'inizio del XX secolo hanno dato l'illusione di un avvicinamento possibile tra governanti e governati. Quella che viene da più parti identificata come crisi dei partiti non è quindi altro che la trasformazione di una delle possibili forme del governo rappresentativo, quella che più di ogni altra aveva abbagliato circa le sue effettive potenzialità. Ecco come il governo rappresentativo sopravvive malgrado il crescente divario tra governanti e governati, così come la forma-partito sopravvive malgrado lo svuotamento delle sue strutture di deliberazione ed espressione. L'approccio realista è come sempre ineccepibile. Ma come sottolinea Crouch, guardare oltre all'approccio realista aiuta se non altro a comprendere la direzione verso cui vogliamo guardare¹⁶.

Se i partiti politici di oggi faticano a svolgere le funzioni rappresentative, ci si è spesso interrogati se queste funzioni possano essere svolte da parte di soggetti politici extra-istituzionali e se questi ultimi possano riuscire a contribuire alla rinascita di una politica espressiva. Inizialmente guardata con scetticismo, la presenza di soggetti politici alternativi, critici nei confronti dei partiti politici e portatori di domande di partecipazione e cambiamento è oggi riconosciuta, proprio a fronte del suo svuotamento, come un arricchimento della democrazia elettorale. Essi presuppongono infatti la presenza di una cittadinanza attiva («cittadini e non soggetti»)¹⁷ e costituiscono elementi di «contro-democrazia», forze indirette di controllo e sorveglianza che vanno a rafforzare la democrazia elettorale all'interno di un contesto di sfiducia democratica¹⁸. Come incidono questi soggetti sulla rappresentanza politica? Se è vero (è un'ipotesi di lavoro) che lo stimolo cruciale affinché si realizzi il cambiamento partitico è lo shock elettorale e che i partiti sono principalmente orientati alla realizzazione di obiettivi elet-

¹⁶ C. CROUCH, *Postdemocracy*, London, Polity Press, 2004.

¹⁷ G. A. ALMOND e S. VERBA, *The Civic Culture: Political Attitudes and Democracy in Five Nations*, Boston, Little, Brown, 1965.

¹⁸ P. ROSANVALLON, *Counter-Democracy. Politics in an Age of Distrust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

torali¹⁹, allora la capacità di soggetti che mantengono un carattere solo extra-istituzionale di incidere sulla sfera delle istituzioni è minima. Dal momento in cui si istituzionalizzano invece la loro sfida diventa reale, e le capacità di contagio aumentano. Sono numerose in tutta Europa le forze provenienti dalla società civile che si sono istituzionalizzate, formando partiti politici, e che hanno portato in molti casi speranza di una rinascita possibile di partiti politici *eufunzionali*. Non assomiglieranno comunque ai partiti di massa.

¹⁹ Si rimanda alla nota proposizione di Downs secondo cui «i partiti formulano proposte politiche per vincere le elezioni; non cercano di vincere le elezioni per realizzare proposte politiche», cfr. A. DOWNS, *An Economic Theory of Political Action in a Democracy*, in *The Journal of Political Economy*, 65(2), 1957, pp. 135-50.

PARTE IV
RUBRICHE

INTRODUZIONE

di *Gaetano Azzariti*

Il testo di Piero Calamandrei che si presenta è del 1947, pubblicato durante i lavori dell'Assemblea costituente. Oltre al valore in sé dello scritto, che dà conto del clima del tempo e svolge alcune considerazioni che meritano di essere riproposte, esso appare di grande interesse per almeno due affermazioni.

1. La prima risulta del tutto inattuale, essa riguarda il ruolo che deve tenere il Governo durante lo svolgimento dei lavori. Scrive Calamandrei:

«nella preparazione della costituzione il governo non ha alcuna ingerenza: il governo può esercitare per delega il potere legislativo ordinario, ma, nel campo del potere costituente, non può avere alcuna iniziativa neanche preparatoria. Quando l'assemblea discuterà pubblicamente la nuova Costituzione, *i banchi del governo dovranno essere vuoti*; estraneo del pari deve rimanere il governo alla formulazione del progetto, se si vuole che questo scaturisca interamente dalla libera determinazione dell'assemblea sovrana».

Durante i lavori dell'Assemblea costituente si consumò la più radicale rottura politica tra le forze di governo, con la cacciata delle forze di sinistra e, sul piano internazionale, l'inizio della guerra fredda. Eppure i lavori proseguirono e raggiunsero un risultato accettato da tutte le maggiori forze politiche nazionali. Fu questo lo *spirito costituente*. In tal modo si è potuta configurare una costituzione pluralista e di compromesso. La non ingerenza del governo, richiamata da Calamandrei rappresentò il presupposto per ottenere tutto ciò. Oggi, all'inverso, l'intero processo di revisione parlamentare della Carta, così come la responsabilità – in primo luogo politica – del cambiamento costituzionale sono rivendicati dai governi in carica. Il progetto, la discussione, le votazioni parlamentari rispecchiano le diverse maggioranze che di volta in volta si susseguono. Una disciplina di coalizione e di partito è pretesa. Già nel 2001 s'impose la

logica delle “costituzioni di maggioranza”, nel 2016 siamo giunti all’assunzione di una piena responsabilità del governo nella riforma costituzionale. È un bene? La “libera determinazione dell’assemblea sovrana” di cui parla Calamandrei è diventata solo espressione di vuota retorica? Sia permesso dubitare.

2. Una seconda affermazione contenuta nel testo che presentiamo potrebbe invece apparire estremamente attuale. Scrive il nostro autore:

«L’atmosfera intorno alla costituente italiana è brumosa: la gente ignora la sua attività, e se ne disinteressa. I deputati (ben se ne accorgono quando viaggiano in treno e son costretti mostrar la tessera in mezzo ai viaggiatori che hanno pagato il biglietto!) sono circondati dall’ironico disprezzo del pubblico, abbeverato alla stampa qualunque, nella quale l’aula “sorda e grigia” è diventata il “teatrino di Montecitorio” ed i componenti della costituente sono apertamente rappresentati come fannulloni sfruttatori del popolo, che hanno trovato a Roma la cuccagna e cercano di prolungare più che possono questo festino.

Così il pubblico è convinto che la preparazione della nuova Costituzione vada a rilento, perché chi dovrebbe occuparsene non ha voglia di lavorare».

I deputati circondati da «ironico disprezzo». Dunque la retorica populista non è una prerogativa di questi nostri tempi. In fondo, deridere il potere – da chiunque rappresentato – è una costante della storia, sin dai tempi più antichi. Diversa però è la risposta fornita dal “potere” - dai governanti – a questa diffusa sensazione dei governati. Il potere democratico, nel nostro caso simbolicamente rappresentato da Calamandrei, replica argomentando, dimostrando il contrario: il sudato lavoro di quei «deputati malvestiti, usciti dal popolo» (come scrive alla fine del suo saggio) è valutato per quel che è, anche nel momento topico della costruzione della Repubblica, senza spocchia e con spirito auto-critico. Forse una lezione di laicità e di parsimonia per i giorni nostri, dove i toni insofferenti e urlati appaiono prevalere entro un ceto politico chiuso in un’autoreferenzialità impermeabile alla società.

3. Lo scritto di Calamandrei che presentiamo non è privo di criticità. Tra le questioni su cui riflettere sono indicate quelle che oggi dominano il dibattito politico e istituzionale: partiti, governabilità e parlamentarismo. In proposito egli lamenta una «prevedibile genericità della nuova costituzione» e una «scarsa aderenza alla situazione sociale presente». Sono parole di grande attualità. Oggi più di ieri dovremmo ricordarci che i «nodi irrisolti» della nostra storia costituzionale meriterebbero «un lungo discorso», anche se – scrive Calamandrei – «qui debbo limitarmi a porre alcune ingenuie domande».

Buona lettura.

COME NASCE LA NUOVA COSTITUZIONE*

di *Piero Calamandrei*

L'assemblea costituente, come tutti gli elettori sanno, è stata eletta principalmente col compito di dare alla repubblica italiana la sua costituzione. Il decreto del 16 marzo 1946 le ha assegnato, per assolvere questo suo altissimo ufficio costituzionale, otto mesi di vita; come rimedio estremo le ha concesso di più, ove occorra per terminare i lavori, un respiro di altri quattro mesi. Un anno in tutto, al massimo: gli otto mesi scadranno alla fine di febbraio, i quattro mesi di respiro alla fine di giugno. L'assemblea già vive da sei mesi; ha consumato già i tre quarti della sua vita normale, o la metà della sua vita prolungata, se vi si conta anche la proroga supplementare: e del suo lavoro costituzionale per ora nessuno sa nulla di sicuro, perché essa nelle sue sedute pubbliche di tutto ha discusso finora fuorché della costituzione. Da che ha origine questo ritardo? Che cosa significa questo silenzio? C'è da sperare che, dopo aver taciuto per sei mesi, l'assemblea possa recuperare, nel semestre che resta, il tempo perduto, sì da arrivare in tempo a esaurire la sua funzione entro il termine massimo assegnatole?

Se lunga gestazione è sintomo di parto felice, gli ottimisti possono pensare che la nascita della nuova Costituzione si preannunci felicissima. Ma può esservi chi, portato piuttosto al pessimismo, preveda al contrario che il parto sarà difficile e stentato: e che in questo indugio scorga uno dei sintomi di questo angoscioso senso di arresto e di desistenza, da cui sembra colpita, da più di un anno, tutta la vita politica italiana. Dopo un breve periodo di euforia e di fervore ricostruttivo che, subito dopo la liberazione, aveva fatto prevedere a breve scadenza la nascita di una democrazia sana e vitale, il ritmo dei propositi rinnovatori e degli sforzi costruttivi può sembrare rallentato e infiacchito fino a rasentare il collasso. Si direbbe, a voler rimanere nella terminologia degli ostetrici, che, dopo iniziato gagliardamente il travaglio del parto, le doglie, invece di crescere, siano improvvisamente calate fino ad arrestarsi: e il chirurgo si accorge che alla gestante sono venute meno le forze per mettere alla luce da se la

* Già pubblicato in *Il Ponte*, III (1947), pp. 1-8.

sua creatura, e che, se egli non interviene ad aiutarla, la vita di entrambi è in pericolo.

Eppure non è così. Non è vero che la costituente non lavori; e che questo ritardo significhi ristagno e impotenza.

L'atmosfera intorno alla costituente italiana è brumosa: la gente ignora la sua attività, e se ne disinteressa. I deputati (ben se ne accorgono quando viaggiano in treno e son costretti mostrar la tessera in mezzo ai viaggiatori che hanno pagato il biglietto!) sono circondati dall'ironico disprezzo del pubblico, abbeverato alla stampa qualunque, nella quale l'aula "sorda e grigia" è diventata il "teatrino di Montecitorio" e i componenti della costituente sono apertamente rappresentati come fannulloni sfruttatori del popolo, che hanno trovato a Roma la cuccagna e cercano di prolungare più che possono questo festino.

Così il pubblico è convinto che la preparazione della nuova Costituzione vada a rilento, perché chi dovrebbe occuparsene non ha voglia di lavorare. Non sa, il pubblico, che da sei mesi (e anche nei periodi in cui non è riunita l'assemblea plenaria) le commissioni siedono in permanenza senza rispettare né le otto ore né il riposo festivo; e che, se un rimprovero si può fare a quei valentuomini che le compongono, non è quello della pigrizia e della negligenza, ma casomai quello del troppo impegno e dell'eccessivo scrupolo di precisione che li ha indotti talvolta a discutere intere giornate, e magari parte della notte, delle priorità di una parola o delle collocazioni di una virgola.

Non si può confrontare il lavoro della costituente con quello di un'assemblea legislativa ordinaria: nelle camere legislative i disegni di legge sono di regola preparati dal governo e i deputati non fanno altro che approvare o respingere i testi che vengono loro proposti come temi bell'e pronti di discussione.

Ma nella preparazione della Costituzione il governo non ha alcuna ingerenza: il governo può esercitare per delega il potere legislativo ordinario, ma, nel campo del potere costituente, non può avere alcuna iniziativa neanche preparatoria. Quando l'assemblea discuterà pubblicamente la nuova Costituzione, *i banchi del governo dovranno essere vuoti*; estraneo del pari deve rimanere il governo alla formulazione del progetto, se si vuole che questo scaturisca interamente dalla libera determinazione dell'assemblea sovrana.

Fino da principio, però, si è capito che l'assemblea plenaria, con i

suoi quasi 600 componenti e con la solennità parlamentare delle sue sedute pubbliche, non era un organismo idoneo a studiare il piano della nuova Costituzione e che occorreva affidarne la preparazione, affinché poi l'assemblea poi potesse discuterlo già redatto, a una delegazione più ristretta dei suoi componenti, capaci di sedersi intorno a un tavolino e d'intendersi *de plano et sine strepitu*. È nata così, a tale scopo, la "commissione dei settantacinque", ma questa, per lavorare con più celerità e più snellezza, si è divisa in tre sotto-commissioni, ciascuna delle quali ha dato vita, a sua volta, per successive scissioni, a sempre più ristretti comitati e sotto comitati di redazione e di coordinamento.

In questo modo, con l'attribuire a ogni sotto-commissione una sua competenza per materia, il lavoro ha potuto procedere contemporaneamente su diverse linee parallele; ma insieme sono cresciute le difficoltà di coordinamento e i pericoli di frammentarietà e di eterogeneità delle proposte uscite dai diversi cantieri, con la conseguente necessità di sottoporle poi, per armonizzarle, a ripetuti riesami e ritocchi in molteplici gradi.

Per arrivare all'assemblea plenaria bisognerà, dunque, che ogni articolo abbia percorso una lunga trafila: dalla prima formulazione dei comitati di redazione, salire all'esame approfondito della competente sotto-commissione; di lì passare al collaudo formale del comitato di coordinamento e, poi, se nasceranno dissensi di sostanza, al riesame della commissione dei settantacinque...Così, finalmente, dopo queste quattro successive operazioni, sarà maturo per la discussione pubblica finale dinanzi all'assemblea (la quale sarà padrona di rifar tutto da capo).

Questo metodo di lavoro non è stato senza inconvenienti: il rischio maggiore è stato quello di far perdere alle varie commissioni, ognuna delle quali ha dovuto lavorare per conto sua a una parte ristretta della Costituzione, la visione d'insieme dei problemi costituzionali. Se la costituente dev'essere un organismo vivo, in cui tutte le parti rispondono a un'unica ispirazione politica, è difficile fabbricarla a pezzi separati con la riserva di metterli insieme soltanto alla fine: quando si arriverà a "smontare" questi pezzi usciti da diverse officine, potrà accadere che ci si accorga che gli ingranaggi non combaciano e che le giunture del motore non coincidono: e potrà occorrere qualche ritocco per metterlo in moto. Ma come si poteva fare altrimenti? Se si fosse affidata al governo, o magari a una commissione di tecnici non

facenti parte dell'assemblea, la preparazione del piano la sovranità dell'assemblea sarebbe stata menomata: il tema delle discussioni le sarebbe stato suggerito *dal di fuori*. Così si potrà dire invece che la nuova democrazia italiana è morta per intero, senza inframmettenze e senza suggerimenti esterni, *dal di dentro* dell'assemblea popolare.

E tuttavia queste assai gravi difficoltà tecniche, non sono state l'ostacolo maggiore alla celerità dei lavori: l'ostacolo maggiore è derivato dalle difficoltà di *ordine politico*.

Non è lecito raffrontare la relativa lentezza con cui si è svolto il lavoro preparatorio della nuova Costituzione Italiana (ma sei mesi occorsi per improvvisare l'ordinamento di una libera democrazia repubblicana, dopo un secolo di monarchia e dopo la diseducazione costituzionale di un ventennio di dittatura, non si può dir che siano stati troppi) colla facilità con cui sono nate altre costituzioni in ben diverse situazioni storiche. Quando Carlo Alberto elargì lo statuto, i suoi compilatori non ebbero da faticar molto a redigerlo, perché il problema politico trovava già la sua soluzione nella volontà del sovrano, al quale solo competeva stabilire entro quali limiti dovesse contenersi la elargizione. Per tutt'altre considerazioni non ha dato luogo a problemi politici la redazione delle costituzioni che hanno segnato in Russia, fino a quella del 1936, le varie tappe della rivoluzione comunista, perché i compilatori, tutti di un unico partito, non dovevano far altro che tradurre in formule giuridiche una trasformazione sociale già consolidata nella realtà storica.

Ma in Italia la trasformazione sociale è ancora da fare: crollato il fascismo, l'unica ricostruzione rivoluzionaria finora compiuta è stata, nel campo politico, la repubblica. Ma nel campo economico tutto è ancora affidato all'avvenire: e la Costituzione democratica italiana, invece che lo specchio fedele e la "legalizzazione" formale di una rivoluzione già avvenuta nel passato, deve essere necessariamente considerata come lo strumento predisposto per rendere possibile nell'avvenire, in forme progressive e legalitarie, quella trasformazione sociale che è oggi appena agli inizi. È proprio sui limiti e sulle direttive di questa trasformazione che i vari partiti rappresentati all'assemblea non sono d'accordo: e il trovare il punto d'incontro e di equilibrio tra le varie tendenze politiche è stata la difficoltà maggiore, che ha reso lento e difficile il lavoro delle commissioni. I componenti di esse sono stati accuratamente scelti in modo da riprodurre nell'interno di ciascuna quella dosatura proporzionale di forze

politiche che è propria dell'assemblea plenaria: in ognuna di esse, come nei frammenti di uno specchio frantumato, si è potuta scorgere riprodotta in piccolo la fisionomia del "tripartitismo".

Di qui i contrasti, di qui le lentezze. Concordi, i tre grandi partiti, finché guardano verso il passato (che vuol dire ormai, per tutti, caduta del fascismo e istituzione della repubblica), si sentono diversi e sospettosi quando guardano verso l'avvenire; quando si tratta di costituire il meccanismo costituzionale entro il quale le forze politiche dell'avvenire dovranno incanalarsi, i meccanici non sono più d'accordo sulla scelta dei pezzi; e c'è chi vorrebbe un motore da corsa e chi preferirebbe invece un motore da carico, munito di soliti congegni ritardatori e di potenti freni (le estenuanti discussioni sulla seconda camera, che si sono protratte per quasi due mesi, sono state in proposito molto istruttive).

Bisogna non dimenticare mai, per intendere esattamente come nasce la Costituzione italiana, questa preoccupazione del futuro che ha ispirato più o meno consapevolmente, è spesso in sensi diametralmente opposti, i suoi compilatori. In molti articoli, invece che la registrazione di una realtà giuridica già compiuta, si troveranno consacrati timori o speranze di ciò che potrà compiersi in un futuro prossimo o remoto; molte disposizioni, per essere intese esattamente, dovranno essere lette controluce, per scoprire i propositi che vi son sottintesi: il timore che il partito avversario riesca a prevalere e il rimedio predisposto per impedirgli di abusare di questa prevalenza; l'espedito di nascondere in una formula apparentemente innocua l'arma che domani potrà dar vittoria decisiva in una lotta elettorale o addirittura in una guerra civile.

Purtroppo tutto il lavoro dell'assemblea costituente si è svolto, e sempre più si svolgerà, in un'atmosfera irrequieta di vigilia elettorale: può darsi che per qualche deputato (forse per più di uno) il più alto problema costituzionale sia quello di trovare il sistema che meglio gli assicuri di esser rieletto nelle prossime elezioni.

Così la nuova Costituzione italiana rischia di uscire, piuttosto che un documento giuridico, uno strumento politico: piuttosto che le attestazioni di una raggiunta stabilità legale, la promessa di una trasformazione sociale che è appena agli inizi. Questo spiega perché molti degli articoli che vi saranno inclusi conterranno, invece che la garanzia di diritti già acquisiti e di istituzioni già fondate, propositi e preannunci di rivendicazioni sociali che per ora sono soltanto sogni

dell'avvenire. I partiti "di massa" hanno fatto a gara nel cercar di includere nella nuova Costituzione, travestiti da norme giuridiche, i postulati ideologici dei loro programmi; e quando qualcuno ha voluto ricordare che la Costituzione è una legge e che le leggi hanno la limitata funzione di porre regole di condotta praticamente attuali e sanzionate e non quella di enunciare tesi filosofiche o credi religiosi, è intervenuto personalmente Togliatti a ricordargli, con l'immagine dantesca di colui che, portando il lume dietro, "dopo sé fa le persone dotte", che la Costituzione italiana, più che a segnare conquiste raggiunte oggi, deve servire a illuminare ai nipoti le lontane mete del domani.

La Costituzione italiana sarà dunque soltanto in parte una legge in senso tecnicamente proprio; per il resto sarà un manifesto di propaganda ed anche, un po', una predica. (Non dico che ciò sia bene: ma intendo perché questo avverrà). Solo quando una rivoluzione vittoriosa ha esaurito il suo ciclo storico, può senza residui essere fissata in leggi: una rivoluzione rimasta a mezzo bisogna che si contenti di platonici fuochi oratori.

Mentre le velleità rivoluzionarie saranno messe in serbo in queste divagazioni oratorie di tono moraleggiante e didascalico, non credo che grandi audacie rivoluzionarie saranno da attendersi nelle parti più propriamente normative della nuova costituzione. Indubbiamente, essa costituirà, di fronte allo Statuto albertino, un notevole passo in avanti, non soltanto perché metterà al posto della monarchia la repubblica, ma anche perché accoglierà in molti congegni costituzionali innovazioni suggerite dall'esperienza delle democrazie moderne: l'autonomia delle regioni, la seconda camera elettiva a rappresentanza regionale, l'autogoverno della magistratura, il controllo giuridico sulla costituzionalità delle leggi rappresenteranno certamente altrettanti punti di progresso in senso sicuramente democratico. Ma, insomma, la struttura degli organi centrali non si allontanerà di molto dagli schemi tradizionali del sistema parlamentare, quale è nato e cresciuto (e ormai invecchiato) nelle costituzioni europee del secolo scorso: e proprio su questo c'è da temere che i preparatori della nuova costituzione abbiano mancato di coraggio e di fantasia, e forse anche, sotto qualche aspetto, di sensibilità storica, quando hanno preferito orientarsi sui modelli costituzionali di cento anni fa, piuttosto che sulla realtà politica dell'Europa e dell'Italia d'oggi.

Questa prevedibile *genericità* della nuova costituzione e questa sua

scarsa aderenza alla situazione sociale presente, è un argomento che meriterebbe un lungo discorso; ma qui debbo limitarmi a porre alcune ingenuie domande.

E prima di tutto: quale posizione avranno nella nuova costituzione i partiti? È nota la posizione preminente che nelle grandi democrazie moderne hanno assunto i partiti, diventati il tramite necessario attraverso il quale il cittadino partecipa attivamente alla vita politica. Le costituzioni del secolo scorso li ignoravano; ma una costituzione che sorge oggi non può ignorare che molte attività politiche, che un tempo avevano la loro idonea sede nel parlamento, sono passate oggi nei partiti, diventati di fatto istituzioni preparatorie e complementari degli organi costituzionali. Orbene: quale riconoscimento e quale disciplina darà la Costituzione italiana a questa realtà dei partiti, dai quali è condizionato e regolato oggi il buon funzionamento della Costituzione? Quale posizione avranno essi di fronte agli organi costituzionali? Credo che la nuova costituzione non darà alcuna risposta a queste domande.

Secondo problema, anche più grave: se la vita politica italiana ed europea dovrà appoggiarsi per molto tempo ancora sul difficile equilibrio di tre o di più partiti, nessuno dei quali riesca ad avere per se la maggioranza assoluta degli elettori, quali congegni conterrà la Costituzione italiana per risolvere il problema, ignoto alle vecchie costituzioni, della formazione e delle stabilità di un governo di coalizione?

Nelle costituzioni del secolo passato (o anche oggi, nelle grandi democrazie occidentali) il buon funzionamento del sistema parlamentare aveva come sua implicita condizione la possibilità assicurata di uno stabile governo *di maggioranza*, formato attraverso l'alternarsi di due partiti, o magari fuori dai partiti. Ma un sistema costituzionale basato su questa premessa non può funzionare dove essa venga a mancare: come un aeroplano non potrebbe più reggersi in cielo, se venisse a mancargli la resistenza dell'aria, che è una delle condizioni calcolate del suo volo.

E allora, se questo è vero, quali conseguenze costituzionali la costituente italiana trarrà dall'esperienza del "tripartitismo"? Quali nuovi sistemi saranno escogitati per favorire, nella fase elettorale, o in quella della scelta del capo del governo, la formazione di stabili coalizioni che tengano il posto delle antiche maggioranze e che soddisfino la fondamentale esigenza d'ogni regime, che è quella di

dare al popolo un governo capace di governare?

E ancora. Tutti sanno che tra le cause della nascita del fascismo sta in prima linea il “parlamentarismo”: corruzioni, inframmettenze, onnipotenza della burocrazia che i ministri non riescono a dominare, stagnante lentezza dei congegni amministrativi, inutilità dei tornei oratori che ingombrano le pubbliche discussioni. Il ritorno della democrazia ha rimesso in luce questi convenienti, non solo immutati, ma decuplicati: meccanismi burocratici che potevano corrispondere alle esigenze governative di un secolo fa appaiono oggi ridicolmente inadeguati agli immani compiti che lo stato ha dovuto assumersi; e mai era apparsa come oggi la inutilità di certe discussioni parlamentari in un’assemblea dominata dai partiti, in cui i deputati non hanno bisogno di ascoltare i discorsi altrui per sapere come debbono votare. Anche qui è lecito domandarsi se la nuova costituzione italiana saprà svecchiare questi secolari ingranaggi arrugginiti e creare nuovi congegni amministrativi che corrispondano, per semplicità, onestà e serietà, all’esigenza tecnica e morale di una grande democrazia moderna...

Queste domande angosciose che da tutte le parti vengono incontro alla costituzione che sta per nascere, trovarono qualche mese fa magica risposta, in una scena che ebbe, a chi gli assisté, colore di allucinazione. I deputati che la mattina entravano nell’atrio di Montecitorio per prendere parte ai soliti lavori delle commissioni (entravano alla spicciolata, con aria dimessa e malvestiti: perché i deputati d’oggi sono povera gente) ebbero la sorpresa di vedere i corridoi occupati da crocchi di signori in tuba e soprabito, che fumavano lunghi sigari di lusso e conversavano animatamente lisciandosi le floride barbe (di varia foggia queste barbe; ma bellissime tutte e ben curate).

Discutevano di alta politica, con quel tono d’intenditori con cui alle corse gli elegantoni parlano di cavalli: “Discorso audace, quel Cortis... Un discorso che mette in pericolo il ministero...”

Si capì, dopo qualche istante di smarrimento, che si trattava di attori, per una ripresa cinematografica dal *Daniele Cortis* di Fogazzaro: una scena parlamentare d’altri tempi che il regista aveva voluto “ambientare”. Qualcuno dei deputati nuovi protestò perché quella trasformazione del palazzo del parlamento in palcoscenico gli parve, li per li, una irriverenza; ma poi capì l’intento pedagogico che aveva mosso la Presidenza della Camera a consentire quella

momentanea trasformazione.

Si, perché i veri padroni di quelle sale sono loro: quei parlamentari d'altri tempi, con tube lucide e barbe fluenti; quei deputati eletti dal collegio uninominale quando la politica era uno *sport* da gente ricca, e non c'erano i partiti di massa, e bastava un discorso per far cadere un ministero...

Risposta simbolica per i nuovi deputati malvestiti, usciti dal popolo: quasi un apologo per dimostrare ad essi, con la eloquenza del raffronto, che certi istituti e certi costumi parlamentari hanno ormai significato e dignità solo nel mondo degli attori o degli spettri; e che la nuova democrazia, se vuol sopravvivere, deve essere ormai un'altra cosa... Ma riuscirà la nuova Costituzione italiana a creare quest' "altra cosa"? E si può pretendere che a creare quest' "altra cosa" possa bastare, se non vi è stato prima, un decisivo rinnovamento sociale e un profondo rinnovamento morale, una Costituzione?

GLI INTELLETTUALI ITALIANI DAL FASCISMO ALL'ANTIFASCISMO*

di *Goffredo Fofi*

1. La mia generazione ha avuto la fortuna di potersi confrontare direttamente con i “vecchi” dell’antifascismo (nel mio caso, Bobbio, Capitini, Rossi-Doria, Levi, Ada Gobetti, Bilenchi e tanti altri, compreso lo stesso Parri) ma forse ha imparato molto di più dall’incontro con la generazione a quella successiva, che ha potuto considerare come quella dei fratelli maggiori e non dei padri. È da loro che ha appreso di più, per un rapporto diretto o indiretto con scelte condivisibili, nel contesto dell’Italia degli anni del dopoguerra. È peraltro la generazione che ha dato alla società italiana quell’impronta di vitalità e di intelligenza che, nelle scelte e nelle vocazioni individuali, non si è mai estraniata dalla cosa pubblica, che nel mentre perseguiva le sue scelte e teneva fede a vocazioni personali di artista o di studioso, non ha mai trascurato di riflettere sulla “cosa pubblica”, e di prendere posizione, nei migliori con una forte autonomia di giudizio. È questa generazione che ha dato alla storia della cultura italiana la sua vivacità, imprimendo il suo segno agli anni del dopoguerra fino agli anni Settanta e ancora agli Ottanta, quando ha cominciato a morire, in un’Italia che andava mutando radicalmente. Penso a Calvino, a Pasolini, a Fortini, a Sciascia, a Bianciardi, a Fellini, a Dolci e a tanti altri, con i quali si è potuto ragionare – nel mio caso, direttamente con molti di loro e attraverso la lettura di libri e articoli con altri – cosa era stata la loro esperienza del fascismo, che segno aveva lasciato nella loro vita e nella loro faticata conquista di un pensiero non condizionato. Io credo che si capisce il fascismo se ci si mette dal punto di vista di coloro che sono nati e cresciuti sotto il fascismo, che non hanno avuto esperienza del prima e che non hanno

* Questo testo è la rielaborazione di un intervento per un convegno dell’Istituto romano della Resistenza Irsifar, i cui atti sono stati pubblicati nell’Annale Irsifar del 2005 da Franco Angeli, con il titolo Roma 1944-45: una stagione di speranze. Seguirà un approfondimento su Vitaliano Brancati e sulle reazioni al film *Anni difficili* da lui scritto per Luigi Zampa, il cui tema fu appunto il passaggio dal fascismo alla democrazia non degli intellettuali ma del popolo, un film che suscitò molte discussioni soprattutto tra gli intellettuali comunisti.

avuto la libertà, la possibilità di confrontarsi con l'esperienza internazionale, con forme di società non autoritarie e totalitarie.

In *La generazione degli anni difficili*, l'inchiesta di una piccola rivista di provincia poi ripubblicata da Laterza, Calvino disse – all'inizio degli anni Sessanta – che “tra il giudicare negativamente il fascismo e un impegno attivo antifascista c'era una distanza che forse oggi non riusciamo più a valutare”. Questa generazione è quella che ha cercato di capire di più, è quella che si è posta i problemi in modo nuovo rispetto alla generazione precedente, perché doveva reinventarsi tutto, doveva darsi dei termini di paragone nuovi a partire dalla esperienze dirette e non dalle letture e dalle teorie.

Sentiamo ancora Calvino: «Si può dire che i primi venti anni della mia vita li ho passati con la faccia di Mussolini sempre in vista, nella scuola, negli uffici pubblici, sui giornali, il fascismo dava quest'immagine attraverso quella faccia sicura, forte prepotente del dittatore che voleva dare un'immagine di modernità, di efficienza di continuità tranquillizzante, ma tutto questo nella fiducia di una società fortemente autoritaria».

Questo lasciava ovviamente tracce molto forti. Brancati, che apparteneva a quegli scrittori del Sud che vedevano la realtà italiana di quegli anni da un altro punto di vista, anche se sul piano della tensione morale, della tensione politica, le sue esperienze pubbliche si accostavano a quelle dei coetanei centro-settentrionali con vocazioni intellettuali e artistiche, dice in un suo testo un tempo famoso uscito da Longanesi nel 1946, *I fascisti invecchiano*: «Sui vent'anni io ero fascista sino alla radice dei capelli, non trovo alcuna attenuante per questo, mi attirava del fascismo quanto esso aveva di peggio e non posso invocare per me le scuse cui ha diritto un borghese conservatore soggiogato dalle parole nazione, stirpe, ordine, vita tranquilla, famiglia ecc. Il fascismo lo reputai una religione, quel credere non si sapeva bene che cosa mentre non era moralità per il fatto che non era credere in Gesù Cristo né al bene e dunque non imponeva alcuna rinuncia, era un gradevolissimo e sicuro antidoto del pensiero. Quel credere si risolveva in sostanza nel categorico invito a non pensare. Mirabile credo per uno che si trovasse nello stato in cui mi trovavo allora io».

Con grande coraggio Brancati in questa autocritica dice: «Provai la gioia dell'animale di gregge, di essere d'accordo con milioni di persone e di conseguenza con i loro prefetti, i loro giudici, la loro

polizia ecc. e sentire con un grado in più di intensità quello che non esse, ma il loro insieme sentiva».

Questa visione un po' mistica del fascismo, questa valutazione positiva dell'immagine di forza che il fascismo voleva dare di sé, la forza del potere e una mistica del potere (il fascismo aveva imposto all'università le cattedre di "mistica fascista" e il primo ad averne assegnata una fu, mi pare, Amintore Fanfani alla Cattolica di Milano... e Alessandro Galante Garrone mi raccontò una volta che a livello popolare si era subito diffuso un nuovo proverbio: "chi non mistica non mastica"), appartennero a una parte della gioventù di allora, quella che rimase affascinala dal fascismo e che poi attraverso l'esperienza della guerra e degli anni successivi ebbe a confrontare, anche tragicamente, le idee e la realtà.

Bianciardi su tutt'altro sfondo anche all'interno di uno stesso ceto – siamo in Toscana e non in Sicilia – dice che «del fascismo mi offendeva la goffaggine pretenziosa di tutto l'apparato scenico costantemente tenuto in piedi. Anche nei rapporti umani più semplici e comuni, notavo con rammarico la fortuna, per così dire, di certi compagni di scuola intellettualmente nulli, ma vistosi, non mai abili, in ginnastica. Il fascismo incoraggiava in loro il disprezzo per la cultura e per lo studio, disprezzo assai diffuso fra gli studenti. e li invitava al facile pavoneggiamento della parata».

Eppure c'è tutta una generazione che cresce in quegli anni all'antifascismo, a partire dall'esperienza della guerra, e per molti dallo sconcerto provocato in loro dalla guerra di Spagna. Ma partendo da posizioni anche molto fasciste. Forse uno dei casi più emblematici, che meriterebbe uno studio a parte, è quello di un personaggio abbastanza singolare della storia culturale del dopoguerra, Franco Calamandrei, figlio di Piero, simpatizzante fascista in reazione al padre antifascista negli anni di gioventù e poi diventato comunista, tra l'altro uno degli attentatori di via Rasella. Bilenchi, che è stato suo amico, colui che lo ha introdotto all'antifascismo, che lo ha aiutato a passare dall'altra parte, dice che il rapporto tra lui e Franco era nato sulla base di interessi comuni letterari. Ma Bilenchi era stato un noto "fascista di sinistra", uno di quelli che era partito dalla convinzione che il fascismo fosse la ripresa e continuazione del Risorgimento, dopo i duri anni di un odioso dominio borghese e classista come quello dell'Italia post-risorgimentale e sabauda, "garibaldino" nella sostanza (si rilegga *Vita di Pisto*, il suo primo libro) che attraverso

l'impressione subita dai fatti della guerra di Spagna – anche questo è singolare perché quasi tutti gli intellettuali italiani di quella generazione che si convertono lentamente all'antifascismo passano attraverso la riflessione sulla guerra di Spagna, quasi nessuno di loro attraverso la riflessione sulle guerre d'Africa, sulle guerre coloniali che sono viste ancora da tutti come un elemento di "normale" espansione del fascismo, della società italiana (fa eccezione Ennio Flaiano, autore a guerra finita di un capolavoro su quell'esperienza, *Tempo di uccidere*) – cerca di far capire a Calamandrei cosa sta succedendo. Siamo ovviamente a Firenze. «Cade Barcellona», racconta Bilenchi, «giravo inquieto, addolorato dinanzi al Bottegone quando vidi arrivare Franco dalla parte di via dei Servi, camminava svelto gesticolava, parlava fra sé, forse aveva avuto una discussione col padre, si fermò di fronte a me e disse 'Abbiamo preso Barcellona!' Mi infuriai, gli dissi: ma come, non te n'ho parlato abbastanza, tu credi che io sia ancora fascista, un fascista di sinistra? se ci pensi bene siamo stati io e i miei amici i peggiori di tutti, ma qui è tutto un porcaio, non vedi dove siamo andati a finire? A massacrare gli operai e un popolo che non aveva nulla contro di noi. Sono diventato comunista, l'alternativa a questa gente sono soltanto quelli che stanno in galera o sono costretti all'esilio, io cerco loro e se non riuscirò a trovarli dopo aver rotto con questi verrà pure un giorno in cui vedrò scritto su un portone Sezione del Partito comunista, se riuscirò a rimanere vivo entrerò dentro e dirò: io ho fatto questo di buono e questo di cattivo, giudicate se sono degno di stare con voi, e sono sicuro che capiranno tutto. E lo lasciai».

Quando uscì *Il lungo viaggio attraverso il fascismo* di Ruggero Zangrandi, un libro fondamentale per capire il passaggio dai Guf alla Resistenza – la prima edizione da Einaudi non era molto diversa da quella del '62 feltrinelliana che ebbe una grandissima eco positiva, mentre la prima, uscita subito dopo la guerra, aveva suscitato poche risposte tra le quali quella di Togliatti, ma non aveva affatto inciso nel dibattito di quegli anni – il libro venne recensito, siamo nel 1948, da Franco Fortini sull'"Avanti!" e in quest'articolo molto bello Fortini raccontò la sua esperienza del fascismo mettendo a confronto la sua esperienza con quella di Zangrandi. «Nel '36 o '37 chiesero di me due giovani, venivano da Roma vantavano conoscenze importanti, facevano nomi di ministri, di personalità altolocate. Conversammo a lungo in un alberghetto fiorentino; dai loro lunghi e confusi discorsi

riuscii a comprendere che mi si proponeva un'azione antifascista 'dal di dentro', come si diceva allora, penetrando cioè nell'organizzazione dei Guf. Io allora avevo una maledetta paura dei provocatori e benché mi dicessi antifascista ero un ragazzo e mi occupavo d'altro: leggevo poeti e teologi, discutevo freneticamente con i miei coetanei e non riuscivo a rendermi conto perché venissero considerati sovversivi certi miei articoletti di critica letteraria nei quali consideravo con giovanile pessimismo la sorte della nostra generazione che si affacciava nel mondo in mezzo alla guerra di Etiopia e di Spagna. Dovetti arrivare al mese di maggio del '38, ai Littoriali di Palermo, per comprendere come ogni nostro atteggiamento anticonformista fosse spiato da agenti fascisti e insieme da emissari dell'antifascismo: cominciava anche per me il lungo viaggio». C'è ovviamente per questa generazione anche il rapporto con il pensiero di Croce, che per molti di loro è un elemento di forte rivelazione, con le sue idee sulla storia d'Europa e la sua religione della libertà, ma è, nello stesso tempo, deludente perché non dà sbocchi, non dà indicazioni per andare oltre, per agire (e molti di loro, suoi ammiratori, dopo la liberazione gli rimprovereranno aspramente, come Franco Venturi, la sua difesa della borghesia nonostante le sue immense complicità col fascismo, le sue illusioni su una borghesia, che egli giudicava passibile di contribuire positivamente alla nuova stagione italiana, alla democrazia); per molti di loro fu molto più intensa l'influenza del liberalsocialismo di Capitini e Calogero.

Ho citato molti nomi e si potrebbe continuare: Sciascia, Cassola, tanti altri dicono e raccontano storie molto simili, di fatica per acquisire quel livello di conoscenza della realtà che permetta il formarsi e consolidarsi di convinzioni antifasciste. La tesi di Calvino è che tutto cambiò davvero non con l'Etiopia e la Spagna, ma con l'entrata in guerra dell'Italia, con la seconda guerra mondiale. «La guerra pone delle domande a tutti», dice, «anche al contadino analfabeta o semi-analfabeta. Cosa significava per l'avvenire del mondo e per l'avvenire di ciascuno di noi l'esito di quel conflitto totale che insanguinava l'Europa? E quale doveva essere il comportamento di ciascuno di noi in quella vicenda così smisurata rispetto alle nostre volontà?» Qual è il posto del singolo nella storia? E che senso ha la storia, questa storia? Queste inquietudini devono confrontarsi con l'adesso, con un'esperienza diretta della storia,

un'esperienza che costringe a uscire dall'ovatta di un'esperienza chiusa, misera, rituale.

Bianciardi viene richiamato in guerra e scopre, appunto nel Sud, che c'erano in Italia due mondi, «quello dei colonnelli e quello dei soldati, quello dei contadini e degli operai da un lato e quello dei padroni, dei cardinali e dei ragionieri dall'altro. Capivo anche, se pur confusamente, che presto o tardi avrei dovuto scegliere a quale dei due mondi appartenere. I contadini in Italia hanno sempre fatto la guerra quasi da soli, diceva mio padre, e quelle guerre di cui ci avevano parlato con lo slogan della italianità di Trieste o della conquista del posto al sole. Ma cosa ne sapeva il mio soldato contadino della Calabria», e sta parlando di un amico preciso, di una persona reale, «di Trieste, del posto al sole, della civiltà occidentale?»

Dalla guerra alla Resistenza è il passo immediato e forte. Nasce nell'esperienza della guerra un'idea, un confronto con dei soggetti storici che questi intellettuali, questi giovani borghesi non avevano ancora avuto modo di effettuare: un incontro con il popolo, un incontro con i contadini, con gli operai, con gli artigiani, con i piccoli impiegati all'interno dei battaglioni, all'interno dell'esperienza bellica. In quasi tutti gli scritti autobiografici di quegli anni o nei ricordi sulla traversata del fascismo, ci sono sempre dei personaggi di proletari, direi, che sono molto più presenti là dove la tensione etica, più etica che politica, degli intellettuali in questione è più forte, dove si esprime una tensione morale interna molto forte; c'è un'attenzione maggiore al "popolo", agli operai e ai contadini. Potrei ricordare il soldato sardo di cui parla Geno Pampaloni in un bellissimo capitolo di *Fedele alle amicizie*, o il comunista Riccardo che introduce Zangrandi alla militanza clandestina, un operaio della periferia romana al quale Zangrandi si presenta da giovane borghese molto timoroso. Finalmente incontra un proletario politicizzato, e quel proletario è iscritto al Partito comunista clandestino ed è colui che dovrà garantire per il suo ingresso nel partito e nella clandestinità. Zangrandi ha molto timore, perché già circola il mito del proletario, del proletario comunista. Ma questo proletario reale, molto saggiamente gli dice che la differenza tra gli intellettuali e i borghesi da una parte e i proletari dall'altra, forse la sola che conti veramente, è che se la polizia ci mena i giovani borghesi parlano prima dei proletari: parlano anche loro, ma i borghesi parlano prima, hanno una resistenza fisica molto minore.

Nell'ingresso nella Resistenza il passato di un giovane, che sia stato fascista o meno, non è che contasse molto. Dice ancora Calvino: «La Resistenza unifica, la Resistenza crea quella situazione di confronto nell'azione comune che non c'è stata nella guerra, nella guerra c'è stata solo la conoscenza dell'altro socialmente altro, è solo nella Resistenza che questa conoscenza diventa più forte». Ma bisogna anche tener conto delle diversità politiche, che sono da subito molto forti: la Resistenza, non è una sola, c'è una Resistenza GL, c'è una Resistenza monarchica, una cattolica, una comunista. Il Franco Calamandrei di cui parlavamo diventa comunista e incontra di nuovo Bilenchi a Firenze, e siamo già in un clima di clandestinità. Gli dice Bilenchi: «Io ho trovato il Partito comunista e ora sono tranquillo e sarò tranquillo per sempre costi quel che costi, e tu? (Franco) mi abbracciò e mi disse: lo troverò anch'io e ti ringrazio». Nel suo diario 1941-47, *La vita indivisibile*, pubblicato dagli Editori Riuniti non troppi anni fa, è impressionante vedere come un giovane intellettuale borghese resti così profondamente intellettuale borghese anche aderendo al partito più radicale in quel momento nel paesaggio politico italiano e anche passando, come un po' successe per lo stesso Bilenchi, come successe per altri – il caso forse più estremo e meno simpatico è quello di Cantimori – da un fascismo di sinistra, o da un fascismo *tout court*, non all'antifascismo generico ma al comunismo, anzi allo stalinismo. Direi che qui conta molto di nuovo il mito della forza, di un potere in grado di modificare la realtà.

Dice Calamandrei: «Finalmente ho il sentimento di essere in mezzo alla vita», lo scrive il 2 ottobre del '43, «ma forse la vita è venuta a me più di quanto io sia andato a lei». In quel periodo, il 20 marzo, annota nel diario: «Lavoro al Palazzeschi. Disperazione borghese». Il 23 marzo partecipa all'attentato di via Rasella. Registra molto onestamente delle opinioni popolari decisamente contrarie all'attentato, timorose delle conseguenze che l'attentato può avere, però non se ne cura molto. Il 27 scrive: «A casa leggo Stalin respirando con un senso di riposo la sua logica rarefatta». Il 28 scrive: «A casa traduco Diderot». Sono contraddizioni molto forti della cultura italiana di quegli anni, che resteranno contraddizioni particolarmente forti soprattutto, credo, all'interno del Partito comunista.

Nel *Lungo viaggio attraverso il fascismo*, edizione 1962, la vera variante rispetto all'edizione del 1948, che era semplicemente di

racconto, sta nelle appendici, nei documenti. Tra queste appendici c'è l'elenco di tutti coloro che hanno partecipato ai Littoriali della cultura in giro per l'Italia attraverso l'esperienza dei Guf, i Gruppi universitari fascisti. Si può, e qualcuno l'ha già fatto, osservare come non solo quasi tutta la cultura italiana ci sia obbligatoriamente passata perché i bravi, gli intelligenti per emergere rispetto alla loro realtà avevano pochissimi mezzi, se non erano di famiglie potenti, e uno di questi mezzi era appunto mettersi in luce nei Guf, nei Littoriali della cultura. Questo elenco è impressionante perché la gran parte (bisognerebbe fare dei raffronti precisi) del Comitato centrale del Pci del dopoguerra è tutta lì dentro, viene da lì. Il passaggio dal fascismo all'antifascismo in questo caso è documentabile, anche se ovviamente si trattò, per molti dei giovani che partecipavano ai Littoriali, un fascismo obbligato, un fascismo in qualche modo involontario. E però ci sono molti che dal fascismo all'antifascismo hanno fatto un salto senza traumi forti, senza mettere in discussione sino in fondo le loro convinzioni, e via via più per un nuovo conformismo o per un vecchio opportunismo che non per una "presa di coscienza" radicale. E questo inciderà sulla vita politica del dopoguerra, nonostante la straordinaria novità portata dalla guerra e dalla Resistenza: la novità della democrazia, della Repubblica, della Costituzione.

2. C'è un'esperienza più opaca nei suoi passaggi dal "prima" al "dopo" il fascismo, forse più rappresentativa e più vicina a quella delle maggioranze, che ho avuto modo di conoscere meglio l'esperienza che forse ho conosciuto meglio perché ho intervistato nel corso degli anni molti dei suoi rappresentanti, che è quella del mondo cinematografico. In essa mi sembra si esprimano meglio certi paradossi che non sono stati sufficientemente ragionati dagli storici, caratterizzati spesso da un fondo di opportunismo. La domanda che ci si è posti è : come si è arrivati nel cinema italiano alla grande esplosione del neorealismo? Il neorealismo è un movimento che non ha dato grandi opere in letteratura mentre ne ha date tante nel cinema, dove ha affermato un modo di raccontare e una scelta di argomenti e di ambienti che hanno influiti moltissimo sulle altre cinematografie. Ha ragione chi ha scritto che, nel mondo, ha fatto di più per il nostro paese (per farci perdonare l'adesione al fascismo) *Roma città aperta* di qualsiasi discorso politico. Il neorealismo segna in ogni caso la

rinascita del cinema italiano e incide sul cinema mondiale, su fino alle *nouvelles vagues* francesi e internazionali della fine degli anni cinquanta. Per una ventina d'anni, il neorealismo ha fatto scuola, all'Ovest come all'Est.

Ma vediamo l'elenco dei film usciti in Italia nel 1945, nell'anno di *Roma città aperta*. Alla lettera A il primo titolo è *Abbasso la miseria* – con la stessa attrice di *Roma città aperta*, già diva del teatro di rivista in compagnia con Totò, e in cinema di alcuni film del tempo di guerra con partner un altro grande comico, Aldo Fabrizi, di ambiente già popolare e piuttosto realistico. *Abbasso la miseria* lo ha diretto Gennaro Righelli, che fu uno dei principali registi del nostro cinema muto, e racconta la Roma dell'immediato dopoguerra, la Roma della “borsa nera” in modi da teatro vernacolare, da commedia popolare. Alla lettera V, ultimo titolo dell'elenco, troviamo *La vita ricomincia*, un altro film dal titolo molto significativo! Ne fu regista Mario Mattoli, che negli anni trenta era stato un principe del teatro di rivista con la nota Compagnia Za-Bum (in cui aveva fatto scoperto tra l'altro l'estro di attore e cantante di Vittorio De Sica, portandolo poi nel cinema) e un principe del cinema con la serie di melodrammi chiamata “i film che parlano al vostro cuore”, spesso interpretati dall'attrice numero uno dei nostri anni trenta, Alida Valli. Anche per le difficoltà tecniche dovute alla guerra (Cinecittà era stata occupata, per esempio, dagli sfollati) i due film di cui parliamo sono stati girati perlopiù in ambienti reali, come *Roma città aperta*.

Righelli e Mattoli erano entrambi registi della vecchia guardia, dei più faccendoni, dei più abili produttori di merce cinematografica di successo che ci siano stati negli anni Trenta, quando Mussolini aveva deciso che bisogna scommettere sul cinema, come industria romana particolare e privilegiata e come strumento di intrattenimento di massa, e aveva fondato Cinecittà.

Che cosa ha in comune *Roma città aperta* con i film degli anni trenta? Molte cose, per esempio la Magnani e Fabrizi, e un bel gruppo di tecnici. In *La vita ricomincia* c'era Alida Valli, ma c'era anche Fosco Giachetti, che era l'attore numero uno con Nazzari del cinema di regime, e molto più di Nazzari il modello virile che il regime aveva cercato di imporre, l'eroico soldato di film come *Bengasi* o *L'assedio dell'Alcazar*, film di propaganda bellica e nazionalista molto accentuata. C'era anche Eduardo De Filippo, che nello stesso periodo stava scrivendo *Napoli milionaria*... C'erano insieme ai loro i volti

del dopo, le storie del duro presente post-bellico, e però c'era ancora la cultura del prima, e si trattò di un passaggio in qualche modo indolore, nonostante le tragedie che ci sono state. Le stesse facce, le stesse persone. Neanche gli attori e i tecnici che avevano aderito alla Repubblica di Salò e si erano spostato a fare il cinema a Venezia seguendo il richiamo del Duce vennero toccati dall'epurazione. Le uniche vittime furono coloro, come la coppia di celeberrimi attori Osvaldo Valenti e Luisa Ferida che aveva scelto di combattere tra i repubblicani, anzi di far parte della Banda Koch. Salvo quel piccolo e ristretto gruppo di cineasti finiti a Venezia, il mondo del cinema è rimasto a Roma, si è "imboscato" – ed è nota la storia di un film come *La porta del cielo*, finanziato da gruppi vicini al Vaticano, girato da De Sica e Zavattini con dozzine di attori e tecnici imboscato come loro dentro le mura della basilica di San Paolo, dove i tedeschi non potevano entrare, nei lunghi mesi dell'occupazione. Con la ritirata tedesca, con la liberazione di Roma, il cinema – la forma di svago più diffusa tra gli anni venti e i settanta del nostro Novecento – è ripartito a buon ritmo, con pochi mezzi ma con una grande capacità di sentire e raccontare il presente del paese, gli albori della ricostruzione. I film che raccontano la realtà di quegli anni anche se in modi da commedia o di avventura sono banali e tradizionali nelle strutture narrative, ma è la realtà che hanno intorno che è cambiata: il cinema viene girato nelle strade, in ambienti reali, e molti attori presi dalla vita, e si impone, insomma, un'altra immagine dell'Italia, anche se i nomi nei titoli dei testa del film in stragrande maggioranza gli stessi di prima.

C'erano stati tra il '43 e il '45 film che avevano aperto la strada come *Ossessione* di Visconti, documentari come *Gente del Po* di Antonioni, girati in luoghi vicini e negli stessi mesi o settimane, o come quelli romaneschi con Fabrizi e la Magnani, ma ora tutto il cinema sembrava nuovo. Nuovo anche se non radicalmente diverso nelle forme, nelle strutture narrative, nella libertà dei percorsi. Questa diversità più radicale non è tanto nel cinema connotato come di sinistra che la troviamo, anche se i registi formati negli anni di guerra danno a volte film bellissimi benché intrecciati di nuovo e di vecchio – Lattuada, De Santis, Germi... La troviamo nel cinema di Rossellini, che è personaggio più singolare e più strano e originale di loro. Qui veramente il paradosso esplose perché Rossellini è il regista più nuovo e geniale prima di Fellini e Pasolini, suoi "figli" diretti o indiretti, nella storia del cinema italiano, un regista che ha reinventato

il cinema, che ha imposto un modo di guardare la realtà che prima non c'era, ha portato una novità reale nell'arte del cinema. Ha influenzato giovani registi di tanti paesi, anche se in Italia, dopo *Roma città aperta* e *Paisà*, era considerato da tutto lo schieramento della sinistra come un regista reazionario, spiritualista, democristiano, cattolico eccetera. E che per di più faceva film che non incassavano una lira, troppo diversi da quelli degli altri, anche dei più bravi, dei film dove non c'era più una narrazione tradizionale, senza le strutture narrative che invece erano molto rispettata dal cinema della sinistra. Un cinema fatto di realtà, non sulla realtà. Il cinema era tornato a molto rapidamente essere convenzionale nelle forme, cambiava la realtà che veniva raccontata ma non cambiava il modo di raccontarla. I modelli erano quelli preesistenti, degli anni trenta hollywoodiani o europei o magari sovietici.

La novità del neorealismo anche sul piano delle forme sta sostanzialmente in un regista come Rossellini. Ma Rossellini era stato vicino al fascismo al punto da aver scritto con il figlio di Mussolini, Vittorio, il soggetto di *Luciano Serra pilota*, un film ufficialissimo del regime cui dette il titolo lo stesso Duce, e di aver girato dei film di guerra, *Un pilota ritorna* o *L'uomo della croce*, di aver partecipato alla lavorazione dei film di Francesco De Robertis che era un capitano di marina che faceva film semi-documentari sui sommergibili, *Uomini sul fondo*, *La nave bianca*. Se si vedono questi film e poi si vede *Roma città aperta* e *Paisà*, si vede che il Rossellini del dopoguerra è già in nuce dentro certe immagini di *Un pilota ritorna*, che è una banale storia d'amore e di guerra, ma si vede anche che le immagini di guerra di quel film o di *L'uomo della croce* sono girate in un modo diverso, affrontano e afferrano la realtà in un modo diverso, immediato, danno un'idea della realtà già estremamente diversa. Semplicemente la mostrano. Questo è un paradosso notevole perché anche qui si scopre un passaggio, una continuità, in Rossellini che reinventa il cinema già dentro il fascismo e a partire da film di propaganda fascista. Un passaggio-continuità bensì più forte chi racconta in modi tradizionali e non innova niente anche se racconta un'Italia diversa e lancia un messaggio politico positivo di tipo sostanzialmente populista, non poi straordinariamente coraggioso, come è stato nel caso di Zavattini e di De Sica, nei casi migliori, e dei loro epigoni più esteriori.

Il neorealismo nasce dalla confluenza di molte cose, e lo stesso Rossellini ha provato ad elencarle in modo molto onesto: una è l'avanspettacolo e il cinema popolare del tempo di guerra, Magnani e Fabrizi, passati in modo indolore da *Campo de' fiori* a *Roma città aperta* (l'avanspettacolo e la rivista hanno fatto la fortuna del cinema italiano del dopoguerra, vengono di lì anche Totò, Macario, Taranto, Sordi, Tognazzi...). Ci fu anche il Centro sperimentale di cinematografia a dare al cinema volti e mani nuove, anche se era un luogo di fascisti conclamati: Luigi Chiarini, per esempio, che riceveva in orbace e che diventò rapidissimamente e tranquillamente critico cinematografico dei giornali comunisti, come Umberto Barbaro, il suo vice, ma che era di simpatie marxiste, ovviamente note a Chiarini, e che diventò il critico ufficiale e molto ideologico (stroncatore delle novità di Orson Welles, per esempio) di "Rinascita". Anche qui la contraddizione è una contraddizione evidente tra il livello di coscienza politica di Barbaro e il suo livello di coscienza artistica.

E poi c'era il gruppo che ruotava intorno alla rivista "Cinema", diretta da Vittorio Mussolini. Tutti dicono che Vittorio Mussolini era un brav'uomo certo non brillante, ma che si circondò di un gruppo di persone di che finirono per diventare tra le colonne del cinema italiano del dopoguerra, e quasi tutti futuri comunisti: Gianni Puccini, Peppe De Santis, e perfino Alicata e Ingrao tra i collaboratori più assidui, e lo stesso Visconti. Rossellini non vi scriveva ma era amico intimo di Vittorio Mussolini e ha scritto con lui, come già ricordato, *Luciano Serra pilota*.

Il cinema trova la sua gloria attraverso una generazione che aveva attraversato il fascismo ed era stata molto coinvolta nel fascismo, Rossellini, tra i grandi, quello più coinvolto di tutti, e però quello che non abiurò mai e che seppe essere amico dopo la guerra sia dei democristiani che di molti comunisti (altri lo detestarono, ma ai suoi funerali c'erano cattolici e comunisti, c'era forse qualche post-fascista e c'era perfino il '68). Uno spregiudicato, certo, un avventuriero, anche. Ma autore di alcuni film-chiave nella storia del cinema, e molto più rivoluzionari e nuovi nei contenuti dei film di sinistra di quegli anni. *Europa 51*, girato tra il '49 e il '50, è un film dedicato a Simone Weil, e chi era Simone Weil nel '49 in Italia? chi la conosceva a parte Olivetta e Franco Fortini? Anche questo è un paradosso. Queste sono le contraddizioni vere della cultura italiana le cui opzioni mi pare non

siano cambiate nei secoli. Che è nata, dicevano i nostri vecchi maestri, nelle corti e nelle curie, e che è rimasta per la gran parte cortigiana o curiale. Ma proprio per questo ha prodotto grandi eretici, grandi e anche piccoli eretici. Diceva Salvemini che abbiamo avuto la Controriforma senza avere avuto la Riforma, altro paradosso! E anche questo spiega, mi pare, il continuismo (“il fascismo come autobiografia della nazione”, secondo Gobetti, e non come “parentesi” secondo diceva Benedetto Croce). Ma la continuità è fatta per sbalzi, per scatti imposti dalla storia, e quello del '45 è stato nella nostra storia post-risorgimentale quello più forte. E diciamo pure più entusiasmante, anche se è bene vederne le contraddizioni. Il più entusiasmante perché la generazione dell'antifascismo ci ha pur dato la Repubblica, la Democrazia, la Costituzione! Il meglio che abbiamo avuto e vissuto. Anche se, cito ancora Gobetti, il substrato culturale che possiamo, molto genericamente, chiamare fascismo, continua a essere una presenza, una costante: “Il fascismo non è una rivoluzione ma una rivelazione degli antichi mali d'Italia”. È una frase di prima o degli inizi del fascismo e non di dopo, ma riguarda una storia che continua.

Si tratta pur sempre, per la parte più viva e rispettabile della nostra storia, di un discorso di minoranze responsabili. Nella recensione del 1948 al libro di Zangrandi, dice Fortini: «Bisognerebbe che ce ne fossero molti di libri come questo in Italia, bisognerebbe che molti italiani raccontassero il loro lungo viaggio e si potesse fare la storia della generazione di mezzo, di coloro che non giunsero all'antifascismo per una visione politica ma piuttosto per una rivolta morale o religiosa e non potranno mai più staccarsi da quelle loro prime esperienze».

Parla di una minoranza, è evidente, l'idea di una rivolta morale o religiosa non era dominante neanche negli anni del dopoguerra. «La frattura tra i venti anni del fascismo e l'epoca odierna si perpetua nei mille equivoci contemporanei, sì può ben dire che un'altissima percentuale di italiani non abbia neppure capito che cosa il fascismo effettivamente sia stato. Non c'è stata una elaborazione del lutto, una riflessione sulla colpa, no, in Italia non c'è stata. Questa impressione si rinnova dolorosamente ogni volta che ci capitano sott'occhio vecchie pagine di Gobetti o di Gramsci dalla cui estrema e quasi incredibile attualità siamo in condizione di valutare il vuoto in cui siamo vissuti e viviamo. Nel libro di Zangrandi è anche riportata una

lettera di un mio compagno di scuola, intelligente ed onesto, che all'avvicinarsi della guerra si evitò per patriottismo ogni critica al regime e cadde combattendo volontariamente in Libia. Si chiamava Salvatore Menotti [ma corregge Zangrandi: non Salvatore ma Sivieri Menotti], lui credeva nel fascismo, io no, ma fin da allora eravamo accomunati dall'odio contro i politici professionali, contro gli importanti, contro i mentori ufficiali. Oggi, se fosse vivo, forse saremmo uniti a schernire col nostro non ancora spento calvinismo dei vent'anni, insieme alla letteratura dei letterati, la politica che ci circonda e che ci insulta, la politica dei politici».

**CON LA SCUSA DELLA CRISI.
IL NEO-LIBERISMO E LE TRASFORMAZIONI
DELLO STATO COSTITUZIONALE
RIFLESSIONI A PARTIRE DA DUE RECENTI VOLUMI
DI PIERRE DARDOT E CHRISTIAN LAVAL**

di *Antonello Ciervo*

SOMMARIO: 1. *“Più Stato, più mercato”*: l’irresistibile ascesa del neo-liberismo; 2. *Requiem for a dream: dal “Welfare State” allo “Stato neo-liberale”*; 3. *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio come primo passo verso la nascita dello “Stato neo-liberale”*; 4. *“Precarizzare il precarizzabile”*: la dimensione costituzionale del lavoro ai tempi del neo-liberismo; 5. *Osservazioni conclusive: la solitudine del cittadino nello “Stato neo-liberale”*.

*Dove c'è discordia, porteremo armonia.
Dove errore, la verità. Dove il dubbio, la fede.
E dove c'è disuguaglianza, porteremo speranza*

M. THATCHER

1. *“Più Stato, più mercato”*: l’irresistibile ascesa del neo-liberismo¹

Nel corso dell’ultimo decennio, il dibattito scientifico italiano ed europeo ha incominciato a prestare grande attenzione ad un nuovo oggetto di studio, il neo-liberismo, inteso in un’accezione ampia, non soltanto quindi come teoria economica, ma anche come attività di governo concretizzatasi in una serie di decisioni politico-istituzionali, da parte della quasi totalità dei Governi europei, all’indomani del crollo del muro di Berlino. I saggi e le monografie dedicati a questa

¹ Questo lavoro prova a dare forma scritta ad una serie di riflessioni teoriche sui rapporti tra pensiero neo-liberale e costituzionalismo che ho meditato nel corso degli ultimi anni e che, nel prossimo futuro, mi auguro possano concretizzarsi in una monografia. Di molte di queste riflessioni sono debitore a Lorenzo Coccoli, Adriano Cozzolino e Giuseppe Micciarelli, che qui ringrazio, perché mi hanno consentito di riflettere sulle mutazioni in atto nel presente in una prospettiva teorica non soltanto giuridica.

particolare teoria – e all’analisi delle riforme politico-istituzionali ad essa ispirate – si sono moltiplicati in maniera esponenziale, soprattutto con lo scoppio della crisi economica causata dalla diffusione, nei mercati finanziari globali, dei cc. dd. “titoli *sub-prime*”².

I volumi apparsi sugli scaffali delle librerie e delle biblioteche, in molte lingue e a firma di studiosi di formazione diversa, sono ormai difficili da catalogare e chi volesse provare, oggi, a stilare una bibliografia esaustiva in questo ambito di studi, correrebbe il rischio di rimettere continuamente mano al proprio lavoro, in quanto si troverebbe di fronte una vera e propria fatica (intellettuale) di Sisifo.

Agli studi degli economisti, che hanno messo in evidenza il ritorno dello “Stato minimo” e delle teorie economiche liberali fiorite alla fine del XIX secolo – seppur riviste ed aggiornate alla luce degli sviluppi del capitalismo globale contemporaneo³ –, si sono immediatamente sovrapposti i lavori di sociologi e politologi, che hanno scandagliato a fondo gli effetti istituzionali delle politiche di matrice neo-liberista, adottate in Europa e in tutto il continente americano a partire dagli anni Ottanta del XX secolo, in particolare da Ronald Reagan negli

² Molti sono stati i giuristi che hanno evidenziato lo stretto legame intercorso tra le politiche di *deregulation* del settore bancario-finanziario e le teorie economiche neo-liberiste: sul punto si rinvia, per tutti, a R. A. Posner, *A Failure of Capitalism. The Crisis of '08 and the Descent into Depression*, Harvard, 2009, trad. it. *Un fallimento del capitalismo. La crisi finanziaria e la seconda Grande depressione*, Torino, 2011.

³ Cfr. P. A. Samuelson, W. D. Nordhaus e C. A. Bolino, *Economia*, XX ed., Milano, 2014, un manuale che ha formato almeno due generazioni di studenti (e di studiosi) ai dogmi del neo-liberismo globale. Ma si vedano anche O. Blanchard, D. R. Johnsons, *Macroeconomics*, VI ed., New York, 2013, consulenti del Fondo Monetario Internazionale e primi teorici delle politiche di *austerity* della UE.

Si veda, altresì, C. M. Reinhart, K. S. Rogoff, *Questa volta è diverso. Otto secoli di follia finanziaria*, Milano, 2010, che con questo lavoro hanno fornito un sostegno scientifico al piano di salvataggio della Grecia da parte della c. d. “troika”. Nel marzo del 2013, tuttavia, un dottorando della Amshert University del Massachusetts, tale Thomas Herndon, ha dimostrato, confutando i dati utilizzati dai due economisti di Harvard, che non esiste alcun rapporto di causalità tra un basso livello di debito pubblico e la maggiore (o minore) crescita economica, in termini di PIL, di uno Stato.

Nel corso dell’ultimo decennio, inoltre, numerose sono state le riedizioni italiane di alcuni classici del pensiero neo-liberista americano: per tutti, si vedano F. A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell’economia pianificata*, trad. it. a cura di P. G. Monateri, Milano, 2010; Id., *Contro Keynes. Presunzioni fatali e stregonerie economiche*, Istituto Bruno Leoni, Torino, 2010; M. Friedman, *Capitalismo e libertà*, Istituto Bruno Leoni, Torino, 2010.

Stati Uniti⁴, e da Margaret Thatcher, prima, oltre che da Tony Blair, dopo, in Gran Bretagna⁵.

Da ultimo, la svolta “ordoliberal” dell’Unione Europa – quanto meno a partire dalla formulazione dei cc. dd. “Parametri di Maastricht”, fino all’adozione della moneta unica e alle più recenti politiche di *austerity*, in concomitanza con la crisi economica del 2007/2008 –, ha spinto una parte della dottrina a focalizzare la propria attenzione sulle ricadute istituzionali delle teorie economiche neo-liberiste anche nel “Vecchio continente”⁶.

4 Sulla c. d. “Reaganeconomics” si vedano V. A. Canto, D. H. Joines, A. B. Laffer, *Foundations of Supply-Side Economics. Theory and Evidence*, New York, 1982, ma soprattutto A. B. Laffer, *The Ellipse: An Explication of the Laffer Curve in a Two-Factor Model*, in *The Financial Analyst’s Guide to Fiscal Policy*, 1986, pp. 1–35.

La c. d. “curva di Laffer”, che prende il nome dall’omonimo economista americano, è una teoria macro-economica che venne applicata da Ronald Reagan nel corso del suo primo mandato presidenziale: essa consiste nel mettere in relazione la distribuzione del gettito fiscale nazionale con la pressione fiscale esercitata dallo Stato nei confronti dei contribuenti. Ad avviso di Laffer, una volta superata un certa soglia limite “t*”, a cui corrisponde il gettito fiscale massimo “Tmax”, ulteriori aumenti dell’imposta causerebbero un aumento di evasione ed elusione da parte dei contribuenti, tale da ridurre il valore del gettito totale del fisco. Tuttavia, il valore “t*”, oltre il quale non sarebbe opportuno aumentare il livello della pressione fiscale da parte dello Stato, non risulta empiricamente calcolabile, in quanto dipende da un numero troppo elevato di fattori (tra l’altro di tipo psicologico).

Questa teoria economica – che un premio Nobel dell’economia ha definito “*uno scarabocchio su un foglio di carta*” (cfr. J. E. Stiglitz, *I ruggenti anni Novanta*, Torino, 2005, p. 32) – ha però avuto un grande successo nell’opinione pubblica americana, prima, ed europea, dopo, grazie anche al celebre slogan “meno tasse per tutti”, coniato per giustificare politiche neo-liberiste finalizzate alla riduzione della progressività del sistema fiscale, sull’assunto (mai dimostrato) della validità scientifica della “curva di Laffer”.

⁵ Tra i tanti lavori apparsi al riguardo, si vedano almeno D. Harvey, *Il capitalismo contro il diritto alla città: neoliberalismo, urbanizzazione, resistenze*, Verona, 2012; Id., *Breve storia del neoliberalismo*, Milano, 2007. Sulla formazione di una nuova classe lavorativa, quale conseguenza delle politiche di *deregulation* e flessibilizzazione del mercato del lavoro, nel Regno Unito e non solo, si rinvia a G. Standing, *Precari: la nuova classe esplosiva*, Bologna, 2014. Si vedano, sul punto, anche gli importanti scritti di Z. Bauman, *Dentro la globalizzazione: le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari, 2002 e di S. Sassen, *Espulsioni: brutalità e complessità nell’economia globale*, Bologna, 2015.

⁶ Sui principi dell’ordoliberalismo tedesco, costituzionalizzati nel *Grundgesetz* all’indomani del secondo conflitto mondiale, ed oggi posti a fondamento dell’assetto istituzionale europeo, si rinvia ad A. Somma, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma, 2014, il quale parla di una vera e propria “circolazione occulta o inconsapevole” del modello di “economia sociale di mercato” all’interno dello spazio giuridico dell’Unione.

Infatti, al contrario di un’opinione diffusa in dottrina – che vuole l’economia sociale di mercato funzionale all’intervento dello Stato nell’economia –, in verità i presupposti

In questo contesto di studi, così ricco di suggestioni e così fortemente legato alle vicende di stretta attualità, resta forse di più ampio respiro e di maggiore visione prospettica l'analisi del neo-liberismo – e delle sue concrete applicazioni economiche da parte dei Governi della UE –, elaborata nel corso dell'ultimo decennio dai filosofi politici di lingua francese. Un interesse questo, per le tecniche di *governance* dei fenomeni sociali ed istituzionali, ravvivato nel dibattito filosofico d'oltralpe dalla pubblicazione di due corsi tenuti da Michel Foucault al *Collège de France* nella seconda metà degli anni Settanta del secolo scorso⁷, oltre che da un ripensamento delle trasformazioni del capitalismo occidentale, sia alla luce dell'avvento delle nuove tecnologiche informatiche e digitali⁸, sia a seguito della caduta del blocco sovietico e dell'affermarsi, a livello globale, del modello di mercato neo-liberista⁹.

teorici dell'ordoliberalismo avrebbero come obiettivo, secondo l'autore, di realizzare una “... funzionalizzazione delle libertà economiche per finalità immediatamente concernenti l'equilibrio dell'ordine proprietario e solo di riflesso l'emancipazione individuale. [...] La circolazione dell'economia sociale di mercato si è insomma appalesata come sostanziale condivisione dell'idea che l'inclusione nel mercato possa coincidere con l'inclusione sociale” (ivi, p. 179).

Sulla questione, mi sembra indispensabile rinviare, ai lavori di C. Joerges, *Sozialstaatlichkeit in Europe? A Conflict of-Laws Approach to the Law of the EU and the Proceduralisation of Constitutionalisation*, in *German Law Journal*, 2009, pp. 335 ss. e Id., *Rechtsstaat and Social Europe: How a Classical Tension Resurfaces in the European Integration Process*, in *Comparative Sociology*, 2010, pp. 65 ss.

Per una critica all'art. 20 GG, in quanto norma meramente programmatica e priva di una concreta valenza sociale, si veda E. Forsthoff, *Concetto e natura dello Stato sociale di diritto*, in Id., *Stato di diritto in trasformazione*, trad. it. a cura di C. Amirante, Milano 1973, pp. 31 ss. Sulla deriva ordoliberalista dell'Unione Europea, a partire dalla seconda metà degli anni Settanta del secolo scorso, si rinvia all'importante lavoro di S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012.

⁷ Si tratta di M. Foucault, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, trad. it. a cura di P. Napoli, Milano, 2005 e di Id., *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, trad. it. a cura di M. Bertani e V. Zini, Milano, 2005.

⁸ Sulla c. d. teoria del “capitalismo cognitivo”, si vedano per tutti Y. Moulier Boutang, *Le capitalisme cognitif: la nouvelle grande transformation*, Paris, 2007; G. Colletis et B. Paulré (dir.), *Les nouveaux horizons du capitalisme. Pouvoirs, valeurs, temps*, Paris, 2008, oltre all'importante lavoro di L. Boltanski et E. Chiapello, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, 1999, recentemente tradotto anche in italiano (op. cit., Mimesis, Milano-Udine, 2014).

⁹ Al riguardo, si veda S. Audier, *Néo-libéralisme(s). Une archéologie intellectuelle*, Paris, 2012, che è anche una critica alla ricostruzione del neo-liberismo nell'opera di Foucault.

Al riguardo, devono essere tenuti in grande considerazione, soprattutto per gli studiosi di Diritto costituzionale, i due recenti volumi a firma di Pierre Dardot e Christian Laval, pubblicati rispettivamente nel 2009 e nel 2013 in Francia – quindi, proprio nel periodo più buio della crisi economica globale – e tradotti in italiano a pochi anni di distanza l’uno dall’altro: si tratta de “*La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*”¹⁰ e “*Del Comune o della Rivoluzione nel XXI secolo*”¹¹.

In particolare, la prima di queste due opere sollecita il costituzionalista per l’originalità dell’analisi: pur ponendosi, infatti, nell’ambito della ricerca politico-filosofica, il testo formula un’ipotesi davvero accattivante che merita di essere sviluppata nel corso di queste pagine. Infatti, contrariamente ad un’opinione diffusa nel dibattito scientifico italiano (e non solo) – che vorrebbe il neo-liberismo globale come un mero ritorno in auge dell’ottocentesco *laissez-faire*, della teoria dello Stato come “guardiano notturno” del mercato, oltre che dell’idea di mercato come sistema autonomo ed auto-ordinante –, il neo-liberismo contemporaneo non sarebbe affatto improntato ad un “ritiro dello Stato” dall’economia.

Al contrario, ad avviso dei due autori, sono “... *gli Stati – soprattutto quelli più forti – ad aver introdotto e universalizzato nell’economia, nella società e finanche al proprio interno, la logica della concorrenza e del modello dell’impresa. [...] Il mercato moderno non funziona da solo, è sempre stato sorretto dallo Stato, [...] è una stessa logica normativa a presiedere alle relazioni di potere e alle modalità di governo*”¹².

Dardot e Laval, quindi, pur ponendosi sulla scia di studiosi critici della modernità del calibro di Karl Marx, Max Weber e Karl Polanyi, ne ribaltano completamente la prospettiva teorica: per questi pensatori, infatti, il capitalismo – in quanto “modo di produzione” – necessitava comunque di regole istituzionali che restavano ad esso estranee ed indipendenti (ed infatti, come ci dimostra la storia europea

¹⁰ Cfr. P. Dardot, C. Laval, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, Paris, 2009, trad. it. a cura di R. Antoniucci e M. Lapenna, con una prefazione di P. Napoli, Deriveapprodi, Roma, 2013.

¹¹ Cfr. P. Dardot, C. Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXI siècle*, Paris, 2014, trad. it. e postfazione a cura di A. Ciervo, L. Coccoli e F. Zappino, con una prefazione di S. Rodotà, Deriveapprodi, Roma, 2015.

¹² Così P. Dardot, C. Laval, *La nuova ragione del mondo, op cit.*, pp. 10-11.

del secondo dopoguerra, il Diritto costituzionale ha svolto proprio questa funzione di freno e limitazione, sia del potere politico che di quello economico)¹³.

Il neo-liberismo, invece, produce le proprie regole giuridiche e crea le proprie istituzioni, ovvero modella quelle esistenti a proprio uso e consumo: nella logica neo-liberista, pertanto, il giuridico è sin da subito parte dei rapporti di produzione economica. Il Diritto, in breve, plasma “dall’interno” l’economia e, in questo modo, “produce” il mercato come istituzione artificiale, perdendo però al contempo il proprio *status* di scienza autonoma, in quanto si funzionalizza alle logiche del mercato, ossia alla logica del profitto, dell’efficacia e dell’efficienza¹⁴.

Per citare un passaggio di Dardot e Laval, che sintetizza felicemente questa “metamorfosi del giuridico”, si può affermare che: *“La forma del capitalismo ed i meccanismi della sua crisi sono l’effetto contingente di alcune regole giuridiche [... ed è questo] ciò che in ultima istanza giustifica l’interventismo giuridico rivendicato dal neoliberalismo: [...] piuttosto che un modo di produzione economico, il cui sviluppo sarebbe presieduto da una logica agente alla stregua di un’implacabile «legge naturale», il capitalismo è un «complesso economico-giuridico» che ammette una molteplicità di figure singolari”*¹⁵.

Si potrebbe replicare a questa affermazione, sostenendo che, in fin dei conti, una tesi simile non è proprio nuova né, tutto sommato, originale: è un dato di fatto ormai consolidato nella letteratura scientifica, infatti, che i rapporti tra Diritto ed economia si siano sempre caratterizzati per una dialettica che vede ora l’uno ora l’altra

¹³ Per approfondimenti sul punto, si rinvia al classico lavoro di J. R. Commons, *I fondamenti giuridici del capitalismo*, Bologna, 1982, la cui prima edizione è datata 1925. Sulla tendenza anticipata da Commons – ossia del Diritto come punto-limite dell’espansione del dominio dell’economia –, oggi messa radicalmente in discussione dalla globalizzazione neo-liberista, si veda G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, p. 8, dove si osserva come *“La sofferenza dei sistemi costituzionali è determinata molto più dai processi esterni prodotti dalla globalizzazione dei rapporti giuridici, dalla mondializzazione delle economie e dei sistemi politici, che non dalle trasformazioni interne degli ordinamenti giuridici e politici nazionali”*.

¹⁴ Aveva già colto lucidamente questo cambio di prospettiva, nel dibattito dottrinale italiano, N. Irti, *L’ordine giuridico del mercato*, IV ed., Roma-Bari, 2008.

¹⁵ Così P. Dardot, C. Laval, *La nuova ragione del mondo*, op. cit., p. 17.

prevalere, in determinate circostanze storiche ed in particolari contesti politici e sociali¹⁶.

Tuttavia, a mio avviso, lo scarto che il neo-liberismo determina (e in questo, indubbiamente Dardot e Laval colgono una discontinuità profonda rispetto al passato, in particolare rispetto alla “teoria critica” di area tedesca) consiste nel fatto che non soltanto il giuridico è diventato un momento dell’economico, ma che le istituzioni politico-costituzionali al tempo del neo-liberismo vengono ormai utilizzate dai gruppi di potere economico-finanziario, al fine di aprire nuovi spazi sociali alla libera concorrenza ed alla *governance* aziendalistico-imprenditoriale.

Compito delle istituzioni al tempo del neo-liberismo, insomma, per parafrasare il capoverso dell’articolo 3 della nostra Costituzione, non è più quello di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona e l’effettiva partecipazione dei lavoratori all’organizzazione politica ed economica del Paese, al contrario, il compito delle istituzioni è diventato quello di dare fondamento e copertura giuridica alla libera azione degli attori economici, di creare cioè un *framework* regolamentare indispensabile a questi ultimi per massimizzare i loro profitti, anche in quei settori della società (oltre che della Pubblica Amministrazione) non ancora plasmata dalla logica libero-concorrenziale.

Il mercato, infatti, al contrario di quanto vorrebbe un luogo comune proprio della scienza economica, ha bisogno di uno Stato forte, di uno Stato cioè che abbia come priorità quella di intervenire all’interno delle dinamiche libero-concorrenziali al fine di garantire la *rule of law* ed agevolare le imprese, per privatizzare quei servizi pubblici che non sono ancora stati messi a profitto dal Capitale, ma soprattutto per rendere più efficace ed efficiente la macchina amministrativa statale, attraverso processi di *competition*, *process reengineering*, *benchmarking*, valorizzando *best practices* e tenendo in considerazione innanzitutto i *performance indicators* delle agenzie di *rating*¹⁷.

¹⁶ Sui rapporti tra Diritto ed economia, in una prospettiva storico-filosofica non appiattita alla dogmatica giuridica, si vedano per tutti, A. Giuliani, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, 1997 e P. Ciocca, I. Musu (a cura di), *Economia per il diritto*, Torino, 2006.

¹⁷ Cfr. P. Dardot, C. Laval, *La nuova ragione del mondo*, op. cit., pp. 402 ss. La trasposizione acritica dei principi del *management* aziendale alle Pubbliche

Il neo-liberismo, in sintesi, non è più soltanto una teoria economica (come poteva esserlo il liberismo della fine del XIX secolo), ma una teoria giuridico-economica, in quanto si pone come obiettivo di “creare un proprio diritto”, funzionale alla diffusione del modello libero-concorrenziale e dell’impresa in tutti i settori della società e della macchina statale e, di conseguenza, si pone anche l’obiettivo di rimodellare le istituzioni pre-esistenti, ovvero di crearne di nuove, purché esse perseguano gli stessi obiettivi dei privati¹⁸.

La conferma della validità della tesi di Dardot e Laval la si trova semplicemente leggendo alcuni passaggi delle opere del capo-scuola della teoria neo-liberista, ossia Friedrich August von Hayek, il quale ha più volte evidenziato come il Diritto debba limitarsi a fornire delle semplici regole di condotta agli attori economici: “*Al diritto non interessa chi, fra le varie persone, sarà colui cui appartengono certi beni, ma interessa semplicemente rendere possibile accertare i confini di situazioni di appartenenza che si sono determinati mediante le azioni individuali avvenute entro i limiti tracciati dalle regole*”¹⁹.

In breve, il Diritto deve garantire la certezza delle relazioni giuridiche e degli scambi commerciali, deve dire chi è proprietario di questo o di quel bene, deve garantire – ad esempio – che nel caso di inadempimento di un’obbligazione, Tizio ha diritto a questa somma di denaro, Caio ad una forma di compensazione reale o pecuniaria. Questa visione del Diritto – che von Hayek trae da un’astratta teoria dell’ordine spontaneo del mercato e da un’astorica visione organicista del *Common law*²⁰ – è al cuore della concezione del giuridico in

Amministrazioni statali trova in James M. Buchanan uno dei primi teorici a livello globale (cfr., al riguardo, J. M. Buchanan, *Libertà nel contratto costituzionale*, Milano, 1990). Le teorie dell’economista statunitense sono ritornate in auge anche in Italia, spesso rilette però, a mio avviso, in maniera acritica: al riguardo, si rinvia a G. Napolitano e M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, Bologna, 2009.

¹⁸ Il pensiero va subito alle Autorità amministrative indipendenti, moltiplicatesi significativamente, anche nel nostro Paese, a partire – e non è un caso – dall’inizio degli anni Novanta del secolo scorso. Per una lettura critica della nascita di questo nuovo “arcipelago istituzionale”, cfr. S. Nicolai, *I poteri garantiti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996. Da ultimo si veda anche M. Giachetti Fantini, *Le autorità amministrative di regolazione e di vigilanza*, in F. Angelini, M. Benvenuti (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica. Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012*, Napoli, 2012, pp. 491 ss.

¹⁹ Così F. A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, op. cit., p. 137.

²⁰ Per una critica all’organicismo astorico del *Common law* di von Hayek, si vedano proprio P. Dardot, C. Laval, *Del comune*, op. cit., pp. 226 ss.

quanto funzionale alle esigenze del mercato: un Diritto “addomesticato”, degradato a mera regola di condotta che fissa i diritti di proprietà, gli obblighi e le pretese dei soggetti economici, ma che non può (*rectius*, non deve) ordinare la società ed orientarla al perseguimento di scopi collettivi, di tipo equitativo o – peggio – redistributivo.

Proprio per questo motivo, von Hayek si è scagliato più volte nelle sue opere contro i costituzionalisti e, in generale, contro gli studiosi di Diritto pubblico, in quanto teorici di norme ontologicamente incompatibili con l’ordine spontaneo del mercato. Per il nostro autore, infatti, le Costituzioni altro non sono che “... *superstrutture erette sopra un sistema preesistente di norme e volte ad organizzare la sanzionabilità l’implementazione di quelle norme medesime*”, un insieme di norme, quindi, che rischia di perturbare l’ordine “spontaneo” del mercato, orientandolo al perseguimento di scopi sociali ad esso estranei²¹.

2. Requiem for a dream: dal “Welfare State” allo “Stato neo-liberale”

Alla prospettiva giuridica neo-liberale – che, come abbiamo visto, poggia su fondamenta teoriche assai fragili – Dardot e Laval contrappongono il recupero della tradizione istituzionalista francese di fine XIX secolo, mediata dalla lettura del ruolo simbolico delle istituzioni sociali, di un autore a loro molto caro ossia Cornelius Castoriadis. Per Castoriadis, infatti, le condizioni in cui tutte le generazioni umane si trovano a vivere non costituiscono un contesto indifferente all’azione degli individui, un contesto vissuto da questi ultimi in maniera passiva, al contrario: “... *agendo in condizioni date, gli uomini agiscono anche su queste stesse condizioni in modo da «porne» di nuove*”²².

²¹ La citazione è tratta sempre da F. A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, op. cit., pp. 168-169.

²² Cfr. P. Dardot, C. Laval, *Del comune*, op. cit., p. 343. Sulla *renaissance* dell’istituzionalismo giuridico nel dibattito culturale transalpino, sin dalla metà degli anni Settanta del secolo scorso, si veda proprio C. Castoriadis, *L’institution imaginaire de la société*, Paris, 1975.

Ogni generazione, infatti, pone in essere una propria specifica – perché storicamente determinata – “azione istitutiva”, locuzione questa che Dardot e Laval intendono in un’accezione ben precisa, nel senso cioè che “istituire” significa sempre immaginare e forgiare nuove norme di diritto, norme che non si creano *ex nihilo*, ma che neppure nascono all’improvviso nella società²³.

Emerge, allora, nel ragionamento dei nostri autori, la necessità di focalizzare la riflessione teorica sulla “prassi istitutiva” che è sottesa alla nascita ovvero al mutamento delle funzioni originarie di ogni istituzione giuridica: se da un lato, infatti, istituire nuove regole di diritto equivale a creare nuove istituzioni, ovvero a trasformare istituzioni già esistenti, dall’altro, è proprio questa “prassi istitutiva” “... *ad anticipare consapevolmente e dall’inizio l’esigenza di modificare e reinventare l’istituto, che essa ha posto col solo obiettivo di farla vivere più a lungo possibile*”²⁴.

Il pensiero va subito alle riflessioni di Georges Gurvitch: per il sociologo del diritto, infatti, la società è costituita giuridicamente (e moralmente) da una molteplicità di contratti che corrispondono a “scambi sociali” i quali altro non sono che delle *constatazioni giuridiche* in grado di strutturare le relazioni sociali²⁵. In quanto elemento della costituzione sociale, pertanto, il contratto è sempre una *constatazione giuridica* di un diritto comune informale che può esprimersi sia a livello consuetudinario, sia nel diritto economico tradizionale che organizza le pratiche e le relazioni lavorative e professionali.

Da ciò discende una differenza sostanziale rispetto alla prospettiva classica dello statualismo ottocentesco, ossia che il diritto positivo – proprio perché trova il suo fondamento in uno o più fatti sociali – altro non sarebbe che la constatazione formale dei rapporti sociali sorretti da un diritto informale. Il diritto positivo, in sintesi, è sempre espressione della volontà di individui particolari, volontà che in un determinato momento storico assume a norma generale ed astratta, in

²³ Così ancora P. Dardot, C. Laval, *Del comune*, op. cit., p. 346.

²⁴ P. Dardot, C. Laval, *Del comune*, op. cit., p. 349.

²⁵ Cfr. G. Gurvitch, *L’Idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu’à la fin du XIX^e siècle*, Aalen, 1972, p. 353, secondo il quale “... se la vita sociale è innanzitutto un tessuto di relazioni le più disparate possibili, il diritto, che è qualcosa di molto importante per la società, è il punto di partenza di ogni trasformazione sociale” (traduzione dal francese mia).

ragione di un processo di astrazione normativa che parte dal basso, piuttosto che da un'astratta "volontà generale" del legislatore, calata dall'alto dei Parlamenti nazionali²⁶.

Questo passaggio dell'analisi di Dardot e Laval appare come una sorta di *déjà vu* per lo studioso di Diritto costituzionale: il ricordo dell'istituzionalismo francese della seconda metà dell'Ottocento – corrente teorica che aveva scandagliato a fondo le potenzialità trasformative delle istituzioni politiche dal basso –, fa tornare alla mente le riflessioni di quella giuspubblicistica italiana che, consolidatasi la fase di transizione costituzionale tra Fascismo e Repubblica, iniziava a porre il problema del fondamento giuridico del nuovo regime statale.

Il pensiero va, in particolare, alle acute riflessioni di Massimo Severo Giannini che, nella seconda metà degli anni Settanta del secolo scorso – in una fase storica cioè in cui già si iniziavano ad alzare le prime voci critiche nei confronti dello "Stato sociale", a causa anche della crisi di legittimità che esso stava attraversando nel corso di quegli anni²⁷ –, Giannini, dicevo, si domandava provocatoriamente in che cosa consistesse davvero il significato di questa nozione e se, in realtà, la dottrina giuridica non fosse di fronte ad una locuzione meramente connotativa di un certo assetto istituzionale, piuttosto che ad una categoria dogmatica dai contenuti ben definiti, ontologicamente riconducibile alla forma di Stato liberal-democratica²⁸.

La conclusione a cui giungeva l'autorevole studioso era che quella di "Stato sociale" fosse una espressione meramente connotativa, al pari di locuzioni come "Stato di Diritto" ovvero "Stato

²⁶ Per un approfondimento di questa impostazione, si rinvia ai lavori di G. Gurvitch, *Sociologia del diritto*, Milano, 2014, oltre che Id., *Determinismi sociali e libertà umana*, Roma, 1969.

²⁷ Si rinvia, nella sterminata letteratura sul punto, al saggio di C. Offe, *Alcune contraddizioni del moderno Stato assistenziale*, in A. Baldassarre, A. A. Cervati (a cura di), *Critica dello Stato sociale*, Roma-Bari, 1982, pp. 101 ss., oltre che, in una prospettiva più ampia, al celebre lavoro di J. Habermas, *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, Roma-Bari, 1982.

²⁸ Il riferimento è al celebre saggio di M. S. Giannini, *Stato sociale: una nozione inutile*, in AA. VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale*, I, Milano, 1977, pp. 141 ss. Per ulteriori sviluppi di questo ragionamento, in particolar modo sulla celebre definizione dello Stato sociale come "Stato pluri-classe", si veda anche Id., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986.

costituzionale”, in quanto riconducibile sostanzialmente ad un “diverso rapporto giuridico” che si era storicamente determinato tra le articolazioni burocratico-amministrative dello Stato ed i cittadini²⁹, in ragione della costituzionalizzazione dei “diritti sociali”.

Più precisamente, ad avviso di Giannini, era nel perseguimento di questo nuovo compito da parte delle istituzioni pubbliche, che andava indagato il ripensamento dell’originaria funzione dell’apparato amministrativo liberale, inteso quale insieme di istituzioni di “polizia”, finalizzate alla mera tutela dell’ordine pubblico e della pubblica incolumità: era in questo nuovo “patto sociale” tra istituzioni e cittadini, insomma, che si doveva individuare l’effettivo significato della locuzione “Stato sociale”³⁰.

In breve, secondo il nostro autore, ciò che effettivamente avrebbe determinato una mutazione effettiva dello Stato liberale, era il diverso ruolo che le istituzioni statali hanno dovuto iniziare a svolgere nel momento in cui la Costituzione repubblicana le ha individuate quali garanti dell’erogazione di servizi pubblici, necessari alla concreta vita sociale dei propri cittadini, oltre che alla concreta attuazione e garanzia dei “nuovi” diritti sociali, in senso stretto.

Pertanto, l’autorevole studioso concludeva che non fosse stata tanto la costituzionalizzazione dei diritti sociali in sé, quanto piuttosto l’istituzionalizzazione del sistema di protezione sociale, ad avere determinato una discontinuità nell’evoluzione dello Stato costituzionale: tale istituzionalizzazione, infatti – afferma Giannini – trovava il proprio fondamento, ancor prima che nel testo normativo della Carta, in questo nuovo “patto sociale” che legava la creazione delle nuove istituzioni “... *alla collettività generale dello Stato, brevemente allo Stato comunità, in quanto [le istituzioni] dispongono che i componenti della collettività generale fruiscano di servizi che lo Stato organizzazione è obbligato ad organizzare, direttamente o mediante altri organismi di pubblico potere*”³¹.

²⁹ Così M. S. Giannini, *Stato sociale: una nozione inutile*, op. cit., p. 154.

³⁰ Cfr. M. S. Giannini, *Stato sociale: una nozione inutile*, op. cit., p. 158. Per una ricostruzione storica dell’evoluzione delle funzioni dello Stato liberale, si vedano, da due prospettive metodologiche identiche, ma che giungono a conclusioni teoriche diametralmente opposte, P. Napoli, *Naissance de la police moderne. Pouvoir, normes, société*, Paris, 2003 e F. Ewald, *L’État providence*, Paris, 1986.

³¹ Così M. S. Giannini, *Stato sociale: una nozione inutile*, op. cit., p. 162, il grassetto nel testo è mio.

Questo a me pare uno snodo teorico molto importante: infatti, non è tanto la costituzionalizzazione dei diritti sociali a determinare una mutazione – se vogliamo anche soltanto semantica –, della forma Stato, quanto piuttosto l'ancoraggio delle nuove istituzioni di protezione sociale alle nuove esigenze dello Stato-comunità. Un ancoraggio questo che determina un obbligo sociale, ancor prima che normativo, ad adempiere all'erogazione di determinati servizi da parte dello Stato-apparato, proprio al fine di rimuovere – per riprendere ancora una volta il capoverso dell'art. 3 Cost. – quegli ostacoli di tipo economico (e non solo) che impediscono il perseguimento dell'effettiva uguaglianza sostanziale dei cittadini nei confronti (e da parte) dello Stato stesso³².

La riflessione di Gianni ci spinge ad affrontare la questione posta da Dardot e Laval, quella cioè del ruolo delle istituzioni e del loro mutamento storico: a me sembra che questo ancoraggio tra istituzioni e Stato-comunità sia davvero la connotazione peculiare dello Stato sociale europeo, a partire quanto meno dal secondo dopoguerra. È questo nesso inscindibile tra istituzioni e comunità sociale, infatti, che ha determinato una discontinuità rispetto ai precedenti regimi (quello liberale prima, e quello fascista, poi) ed è proprio da questo legame-vincolo che nasce l'obbligo per le istituzioni di adempiere alle proprie funzioni sociali e, quindi, alle proprie prerogative pubbliche.

Ma questo legame-vincolo non è dato una volta per tutte: esso vive, per l'appunto, nella storia e, quindi, è soggetto a fluttuazioni, a mutamenti che si verificano con il variare delle condizioni economiche, sociali e politiche in cui le istituzioni sono date e operano³³.

Del resto, è lo stesso Gianni ad evidenziare come nello Stato costituzionale, inteso come Stato-comunità, questo legame-vincolo

³² Il pensiero va evidentemente, ancora una volta, al capoverso dell'art. 3 Cost., redatto in sede di Assemblea Costituente da Lelio Basso, proprio con la consulenza giuridica di Massimo Severo Gianni. Al riguardo, per una ricostruzione dei rapporti tra i due studiosi, nella fase di elaborazione di questo fondamentale articolo della nostra Carta costituzionale, si veda C. Giorgi, *Un socialista del Novecento. Uguaglianza, libertà e diritti nel pensiero di Lelio Basso*, Roma, 2015, pp. 174 ss.

³³ Sulla necessità di valutare le istituzioni nella loro dimensione diacronica, si veda ancora C. Castoriadis, *L'institution imaginaire*, op. cit., pp. 112 ss. Questi temi, a me sembra, siano stati ben colti nel dibattito costituzionalistico italiano, in una prospettiva storico-comparativa, da A. A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, 2009.

tenda a consolidarsi all'interno di una dialettica bipolare che vede ai propri estremi, da un lato, l'autorità delle istituzioni e, dall'altro, la libertà dei consociati, perché “*Nelle comunità statali attuali (Stato comunità), da un lato vi sono le autorità pubbliche, che si esprimono nello Stato organizzazione, dall'altro le persone, o soggetti privati, o cittadini [...] le quali possiedono alcuni diritti fondamentali. Vi sono, perciò, nelle comunità statali, due forze, l'autorità e la libertà, le quali hanno dei centri di appoggio e di espressione*”³⁴.

In breve – e qui mi sembra che il ragionamento di Giannini possa ben collegarsi alla riflessione sviluppata da Dardot e Laval su questo punto –, le istituzioni possono, in un determinato momento storico, assumere il compito di far progredire il benessere generale della popolazione (il “*Welfare State*”), ma possono anche darsi dei processi istituzionali di tipo regressivo, delle dinamiche di arretramento o di involuzione dei diritti e del benessere economico-sociale connesso al loro godimento, proprio perché quelle stesse istituzioni incominciano a perseguire obiettivi diversi da quelli fissati a livello costituzionale. Le istituzioni democratiche, *rectius*, iniziano ad essere gestite dalle classi dirigenti e politiche in maniera autoritaria, limitando gli spazi di libertà conquistati dai loro cittadini nel corso dei decenni, spazi che, a questo punto, vengono drasticamente ridimensionati, utilizzando a pretesto fattori endogeni allo Stato-comunità.

Un esempio concreto di questa possibile mutazione della forma Stato – non necessariamente collegata ad un evento storico preciso e traumatico, come è accaduto in Europa con il secondo conflitto mondiale e la sconfitta dei regimi fascisti, quanto piuttosto, per restare fedeli al ragionamento di Giannini, da un affievolirsi del legame-vincolo che intercorre tra le istituzioni statali e lo Stato-comunità –, un esempio concreto, dicevo, di una simile mutazione può essere individuato nella recente ed ormai nota lettera della Banca Centrale Europea al Governo italiano del 5 agosto 2011, nel momento forse più drammatico della crisi economica che ha vissuto il nostro Paese, nel corso degli ultimi anni.

Come è stato efficacemente evidenziato in dottrina³⁵, al di là delle valutazioni concernenti l'ingerenza nelle decisioni sovrane da parte di

³⁴ Così M. S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 51.

³⁵ Si vedano per tutti, E. Olivito, *Crisi economico-finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della BCE al Governo italiano*, in *Rivista AIC*, n.

un'istituzione sovranazionale, priva di qualsiasi legittimazione democratica, la lettera sollecitava l'allora Governo in carica a porre in essere una serie di interventi legislativi che andavano ad intaccare non soltanto le scelte di politica economico-finanziaria, ma anche a ridefinire completamente il ruolo e le funzioni delle istituzioni pubbliche.

In questa sede, vorrei soffermarmi su due richieste specifiche formulate dalla BCE al Governo italiano, richieste che poi, nel corso degli anni successivi, sono state prontamente attuate dagli Esecutivi che si sono succeduti alla guida del Paese.

Da un lato, infatti, la Banca Centrale Europea chiedeva il raggiungimento del c. d. "pareggio di bilancio" statale entro il 2013, anticipando di fatto una serie di misure economiche che sarebbero diventate vincolanti per l'Italia a partire proprio dal mese di gennaio di quello stesso anno, con la ratifica e l'entrata in vigore del c. d. "*Fiscal compact*"³⁶. Dall'altro, la BCE formulava altresì la richiesta di

1/2014, 21. 02. 2014. Ma su questi temi, per un inquadramento più generale, è d'obbligo il rinvio a G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti de potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012 e di I. Ciolli, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma, 2012.

³⁶ Per "*Fiscal compact*", in senso lato, deve intendersi l'insieme delle normative europee che, quanto meno a partire dalla prima metà degli anni Novanta del secolo scorso, hanno dato vita ad una vera e propria "Costituzione finanziaria" dell'Unione. Si tratta cioè dei cc. dd. "*Parametri di Maastricht*" del 1992; del Patto di stabilità e crescita (PSC), sottoscritto nel 1997; dell'art. 121 del TFUE (nella versione vigente nel Trattato di Lisbona) sulla sorveglianza multilaterale delle finanze pubbliche; del c. d. "*Six pack*", composto da 5 Regolamenti ed una Direttiva (rispettivamente, i Regolamenti nn. 1173, 1174, 1175, 1176 e 1177 del 2011 e la Direttiva n. 85 dello stesso anno sulle regole di bilancio degli Stati nazionali); oltre che, infine, del c. d. "*Two pack*" del 2013, composto da due Regolamenti aventi efficacia in tutta l'"area euro", ossia i nn. 472 e 473, rispettivamente sulla sorveglianza rafforzata agli Stati in difficoltà e sul monitoraggio rafforzato delle politiche di bilancio degli Stati.

In un'accezione più ristretta, invece, per "*Fiscal compact*" deve intendersi il *Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione economica e monetaria*, firmato il 2 marzo 2012 da tutti gli Stati membri della UE – ad eccezione del Regno Unito, della Croazia e della Repubblica Ceca –, il cui obiettivo, come previsto al primo comma dell'art. 1, è quello di "... rafforzare il pilastro economico dell'unione economica e monetaria adottando una serie di regole intese a rinsaldare la disciplina di bilancio attraverso un patto di bilancio, a potenziare il coordinamento delle loro politiche economiche e a migliorare la governance della zona euro, sostenendo in tal modo il conseguimento degli obiettivi dell'Unione europea in materia di crescita sostenibile, occupazione, competitività e coesione sociale".

In particolare, l'art. 3 del Trattato stabilisce il c. d. "patto di bilancio", in base al quale le parti contraenti applicano le seguenti regole finanziarie, ai fini della tenuta di un corretto ed equilibrato bilancio statale: a) la posizione di bilancio della Pubblica

riformare significativamente sia la contrattazione salariale – al fine di incentivare gli accordi a livello d’impresa, in deroga alla contrattazione collettiva nazionale –, sia la normativa concernente l’assunzione ed il licenziamento dei lavoratori dipendenti, al fine di superare quella “rigidità del mercato del lavoro” italiano che, secondo alcuni analisti e studiosi, sarebbe il principale ostacolo alla ripresa dell’occupazione³⁷.

Queste richieste che, come vedremo, sono state diligentemente eseguite dalla nostra classe politica nel corso degli ultimi cinque anni, a mio avviso hanno determinato una ri-funzionalizzazione delle istituzioni del nostro Paese ai dogmi del neo-liberismo: dalla loro attuazione pratica, infatti, ne è conseguita una mutazione epocale dello

Amministrazione di una parte contraente deve essere in pareggio o in avanzo. Tale principio si considera rispettato se il saldo strutturale annuo della Pubblica Amministrazione è pari all’obiettivo di medio termine specifico per il Paese, quale definito nel patto di stabilità e crescita rivisto, con il limite inferiore di un disavanzo strutturale dello 0,5 % del PIL ai prezzi di mercato; b) è possibile derogare temporaneamente a tale obiettivo di medio termine solo in circostanze eccezionali; c) se il rapporto tra il debito pubblico e il PIL è “significativamente inferiore” al 60 % – e i rischi sul piano della sostenibilità a lungo termine delle finanze pubbliche sono bassi –, il limite inferiore per l’obiettivo di medio termine può arrivare fino ad un disavanzo strutturale massimo dell’1,0 % del PIL.

Per una critica al “*Fiscal compact*” e, più in generale, alla “Costituzione finanziaria” dell’Unione, si rinvia innanzitutto al dibattito svoltosi in questa *Rivista*: si vedano, pertanto, G. Guarino, *L’Europa imperfetta. UE: problemi, analisi, prospettive*, in questa *Rivista*, n. 3/2011; L. Patrino, *La “teologia economica” dell’Europa e il “banco da macellaio” (Schlachbank) della Storia*, *ivi*; G. Bucci, *Le fratture inferte dal potere monetario e di bilancio europeo agli ordinamenti democratico-sociali*, *ivi*, n. 3/2012. Tra i molti altri interventi nel dibattito costituzionalistico italiano, si vedano almeno, E. Mostacci, *La sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo democratico*, in *Politica del Diritto*, 2013, pp. 492 ss.; R. Dickmann, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in www.federalismi.it, n. 14/2012; G. Cataldo, *Il Fiscal Compact e le problematiche della sovranità condizionata*, in *Osservatorio costituzionale*, www.rivistaaic.it, gennaio 2015.

³⁷ Per una critica alle politiche europee in materia di deregolamentazione del “mercato del lavoro”, a partire dal modello danese, improntato ai principi della c. d. “*flexi-security*”, si rinvia per tutti in dottrina a G. Allegri, G. Bronzini, *Libertà e lavoro dopo il Jobs Act. Per un garantismo sociale oltre la subordinazione*, Roma, 2015, in particolare pp. 43 ss.; L. Corazza e R. Romei (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, 2014; G. Forges Davanzati e G. Pauli, *Precarietà del lavoro, occupazione e crescita economica: una ricostruzione critica del dibattito*, in questa *Rivista*, n. 1/2015. D. Ashiagbor, *The European Employment Strategy. Labour Market Regulation and New Governance*, Oxford, 2005; S. Giubboni, *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution. A Labour Law Perspective*, Cambridge, 2006; B. Hepple, B. Veneziani, *The Transformation of Labour Law in Europe. A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*, Oxford and Portland, 2009.

Stato costituzionale che, al momento in cui scriviamo, incomincia a delinarsi in maniera più nitida anche nel dibattito scientifico italiano.

Incominciano così a concretizzarsi i presupposti per il manifestarsi di quella “nuova ragione del mondo” – di cui parlano Dardot e Laval nei loro saggi – che sta trasformando il nostro Stato costituzionale da “Stato sociale liberal-democratico”, in un vero e proprio – sia consentito in questa sede coniare un neologismo – “Stato neo-liberale”.

3. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio come primo passo verso la nascita dello “Stato neo-liberale”

Nel corso dei prossimi paragrafi, vorrei evidenziare come le tesi formulate da Dardot e Laval nei loro ultimi lavori risultano estremamente stimolanti per gli studiosi di Diritto costituzionale italiani, soprattutto se si considerano le più recenti riforme poste in essere nel nostro Paese, nel corso per lo meno degli ultimi cinque anni, in ragione delle sollecitazioni provenienti dalle istituzioni europee, a partire dalla già citata lettera della BCE del 2011.

Al riguardo, possiamo affermare sin da subito che una serie di tesi formulate dai due filosofi francesi siano state acquisite ormai come un dato di fatto dalla dottrina costituzionalistica italiana e, in particolare: a) il fatto che il neo-liberismo non debba essere considerato soltanto come una teoria economica, bensì “giuridico-economica”; b) che l’applicazione concreta dei principi di questa teoria “giuridico-economica” abbia ormai determinato una mutazione strutturale del ruolo delle istituzioni nel nostro Stato costituzionale.

La prova di questa nuova consapevolezza scientifica è, a mio avviso, da individuare nella crescente attenzione, da parte degli studiosi di Diritto pubblico, sul fatto che la costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio (uno dei capisaldi, come abbiamo visto, del neo-liberismo come teoria “giuridico-economica”³⁸) abbia inciso profondamente sulla forma di Stato italiana³⁹.

³⁸ Si veda, al riguardo, per approfondimenti, M. Nardini, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio secondo la teoria economica. Note critiche*, in www.amministrazioneincammino.it, 02. 04. 2012.

³⁹ Ci si limita in questa sede, a citare i lavori di due autorevoli costituzionalisti che, pur da prospettive teoriche diverse – e pur giungendo a conclusioni diametralmente opposte

Sia chiaro, il tema del rapporto tra contenuto ed approvazione della legge di bilancio statale – oltre che del ruolo che in questa procedura svolgono, rispettivamente, Governo e Parlamento –, è uno dei temi classici della riflessione costituzionalistica europea, da almeno un paio di secoli. Il pensiero va immediatamente al dibattito ottocentesco, di area tedesca, sulle leggi meramente formali tra cui, per l'appunto, la dottrina faceva rientrare le leggi di approvazione del bilancio statale, intese o come leggi di approvazione *stricto sensu*, da parte del Potere legislativo, di un'attività impolitica dell'Esecutivo⁴⁰, ovvero – in una diversa ricostruzione dottrinale coeva a quel dibattito – come una copertura legale ad una decisione squisitamente politica, posta in essere dall'Esecutivo, immanente all'amministrazione ed al buon andamento della macchina statale⁴¹.

Ricostruzioni queste che, pur nelle loro differenti sfaccettature, erano sintomatiche di una rimessa in discussione del ruolo dell'Esecutivo, quale baricentro della forma di Stato liberale, a favore del prevalente ceto borghese e, quindi, del suo ruolo di rappresentante della sovranità popolare, un nuovo tipo di sovranità questo – in contrapposizione a quella del monarca – che si concretizzava nella rivendicazione di un maggior potere decisionale (e, quindi, del

tra di loro –, nel merito, tuttavia partono da un dato di fatto assolutamente incontrovertibile, ossia che la costituzionalizzazione del pareggio di bilancio abbia inciso sulla forma di Stato repubblicana: cfr. M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in AA. VV., *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, III, Milano, 2015, pp. 1673 ss.; A. Morrone, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, *ivi*, pp. 2097 ss.

Altra parte della dottrina, invece, non si è spinta oltre una valutazione dell'impatto della riforma costituzionale rispetto alla forma di governo (cfr. R. Perna, *Costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed evoluzione della forma di governo italiana*, in *Il Filangieri. Quaderno 2011-Costituzione e pareggio di bilancio*, 2012, pp. 19 ss.) ovvero, più tradizionalmente, rispetto al sistema delle fonti (cfr. N. Lupo, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, *ivi*, pp. 89 ss.)

⁴⁰ Cfr. il classico lavoro sul tema di P. Laband, *Il diritto del bilancio*, Milano, 2007, pp. 5 ss.

⁴¹ Il riferimento è ad un altro degli scritti fondamentali del costituzionalismo del XIX secolo, ossia R. Gneist, *Legge e bilancio*, Milano, 1997, pp. 70 ss. Ma si vedano, al riguardo, le riflessioni successive a questo dibattito teorico, come sempre, estremamente lucide di C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981, p. 118: “*Se per un atto amministrativo come il bilancio preventivo dello Stato si chiede una cosiddetta legge formale, si dimostra con questa formalizzazione nient'altro che la politicizzazione del concetto: il potere politico del Parlamento è abbastanza grande per ottenere per un verso che una normativa abbia validità come legge soltanto quando vi abbia cooperato il Parlamento [...]; questa formalizzazione esprime quindi soltanto il successo politico della rappresentanza popolare rispetto al Governo, della società rispetto allo Stato monarchico e burocratico*”.

controllo effettivo sulla spesa pubblica) da parte del Parlamento nei confronti dell'Esecutivo, *longa manus* della Corona⁴².

Certo è che questo dibattito – manifestazione sintomatica dell'alterazione degli equilibri di potere inter-organici all'interno dello Stato liberale – è sostanzialmente rimasto invariato nel corso dei decenni successivi e, anche nel dibattito costituzionale novecentesco, il tema non ha registrato alcun significativo ripensamento, soprattutto nella prospettiva di analisi della mutazione della forma di Stato⁴³.

⁴² Per le trasformazioni dello Stato liberale, si vedano, in una prospettiva storica, C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia*, II ed., Bari, 1977; R. Martucci, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto Albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma, 2002; G. Poggi, *La vicenda dello stato moderno. Profilo sociologico*, Bologna, 1978, specificamente sull'evoluzione ottocentesca dello Stato liberale. Per una prospettiva filosofica più ampia della mutazione in senso effettivamente liberale dello Stato europeo nel corso del XIX secolo, è d'obbligo il rinvio a G. De Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo*, Bari, 1984.

⁴³ Si veda, per tutti, nel dibattito dottrinario italiano, V. Onida, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano, 1969 il quale, facendo propria una concezione di tipo keynesiano, consolidatasi sin dai primi anni del secondo dopoguerra, evidenziava come, da un punto di vista costituzionale, il pareggio di bilancio non fosse un obbligo giuridico, ma un obiettivo politico. Questa tesi trovava il proprio sostegno nel quarto comma dell'art. 81 Cost. (allora in vigore), il quale, ad avviso dell'autorevole studioso, aveva il solo scopo di responsabilizzare gli attori istituzionali nel prendere singole decisioni politiche che sarebbero andate inevitabilmente ad impattare sul bilancio dello Stato.

Tale impostazione, inoltre, era già stata fatta propria dalla Corte costituzionale, sin dalla sentenza n. 1/1966. In quella circostanza, infatti, il Giudice delle leggi aveva rigettato l'interpretazione del quarto comma dell'art. 81 Cost. che voleva inclusa in questa disposizione una precisa "appropriazione" di un'entrata a fronte di una spesa nel bilancio dello Stato, "... laddove, invece, l'indicazione dei mezzi che essa richiede per fronteggiare spese nuove o maggiori, si riduce a determinare e individuare un incremento dell'entrata che, in una visione globale del bilancio, nel quale tutte le spese si confrontano con tutte le entrate (effettive, straordinarie o per movimento di capitali che siano), assicuri il mantenimento dell'equilibrio complessivo del bilancio presente e di quelli futuri, senza pretendere di spezzarne l'unità".

Pertanto, come è possibile leggere chiaramente al punto 8 del "Considerato in Diritto" di questa sentenza – che ha segnato profondamente tutta la giurisprudenza successiva della Corte costituzionale italiana –, "... l'obbligo della «copertura» deve essere osservato dal legislatore ordinario anche nei confronti di spese nuove o maggiori che la legge preveda siano inserite negli stati di previsione della spesa di esercizi futuri. È evidente che l'obbligo va osservato con puntualità rigorosa nei confronti di spese che incidano sopra un esercizio in corso, per il quale è stato consacrato con l'approvazione del Parlamento un equilibrio (che non esclude ovviamente l'ipotesi di un disavanzo), tra entrate e spese, nell'ambito di una visione generale dello sviluppo economico del Paese e della situazione finanziaria dello Stato. È altresì evidente che una puntualità altrettanto rigorosa per la natura stessa delle cose non è richiesta dalla ratio della norma per gli esercizi futuri. Rispetto a questi, del resto, la legge di spesa si pone come autorizzazione al Governo, che la esercita non senza discrezionalità, nel senso che, nella predisposizione del bilancio, le spese possono essere ridotte o addirittura non iscritte nei capitoli degli stati di previsione della spesa, salvi sempre l'approvazione e il giudizio politico del

Come è stato evidenziato da un'autorevole dottrina, infatti, gli studiosi di Diritto costituzionale, anche nel secondo dopoguerra, hanno tralasciato di approfondire le questioni concernenti il bilancio statale, forti del consolidamento di una serie di principi in materia che ponevano la questione del bilancio, dal punto di vista teorico, sul terreno della forma di governo, ma che – quanto meno a partire dagli anni Settanta del secolo scorso – “... era destinata a spostarsi, assumendo non minore centralità, su quello della forma di Stato: dei diritti – cioè – e dei doveri dei cittadini nei loro rapporti reciproci e con le istituzioni pubbliche”⁴⁴.

Non deve essere un caso allora se, proprio in questo lasso di tempo, incomincia a porsi il problema dell'indebitamento statale, legato all'aumento esponenziale delle spese connesse all'erogazione dei servizi dello Stato sociale: il c. d. “debito pubblico” inizia, infatti, a diventare oggetto di analisi dottrinale, ma anche di regolamentazione giuridica. Si incomincia così a notare come, se da un lato è vero che “... il fine, o meglio la stessa ragion d'essere, dell'organizzazione statale coincide con la soddisfazione dei bisogni primari dei cittadini, in virtù di quanto previsto nelle carte costituzionali”⁴⁵, dall'altro lato, tuttavia, in questa prospettiva, ogni fase recessiva dell'economia pubblica si tramuta per lo Stato in una crisi del proprio “debito sovrano”.

Nel breve periodo, infatti, una riduzione del PIL costringe le istituzioni statali a contrarre la spesa per servizi ed investimenti, al fine di stanziare maggiori risorse economiche di bilancio per il risanamento del proprio debito pubblico, nel rispetto dei vincoli sovranazionali, oltre che per assicurare la fiducia dei mercati che, a loro volta, finanziano il *deficit* sovrano acquistando titoli del debito pubblico⁴⁶.

Parlamento, quante volte l'esigenza dell'equilibrio finanziario e dello sviluppo economico-sociale consiglino una diversa impostazione globale del bilancio e la configurazione di un diverso equilibrio”.

⁴⁴ Così M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti*, op. cit., p. 1677.

⁴⁵ Così A. Scognamiglio, *Soluzioni negoziali della crisi del debito pubblico e clausole di azione collettiva*, in M. R. Mauro e F. Pernazza (a cura di), *Il debito sovrano tra tutela del credito e salvaguardia della funzione dello Stato*, Napoli, 2014, p. 303.

⁴⁶ Sulle conseguenze giuridiche delle politiche neo-liberiste di *austerità* finalizzate a fronteggiare una grave esposizione debitoria dello Stato rispetto ai mercati finanziari globali, a loro volta finanziatori del debito sovrano, si veda M. R. Mauro, *Debito sovrano estero, tutela dei diritti umani e salvaguardia degli interessi essenziali dello Stato debitore*, in

In breve, il bilancio statale non rappresenta più la cartina di tornasole dell'evoluzione dei rapporti di potere e degli equilibri politici tra organi dello Stato – tra Governo e Parlamento, per intenderci –, esso non è più l'istituto a cui guardare per comprendere l'evoluzione della forma di governo di uno Stato, come era avvenuto a metà del XIX secolo nel dibattito dottrinale tedesco. A ciò si aggiunga poi il fatto che la decisione sul bilancio statale oggi non rappresenta più, all'interno del sistema delle fonti, quella legge che anche simbolicamente sancisce la supremazia della decisione politica del Parlamento – che in quanto espressione della sovranità popolare ne garantiva una copertura legale, effettivamente democratica – sulle scelte di politica economica dell'Esecutivo.

Al contrario, la procedura di bilancio si sta tramutando nel luogo ideale in cui lo Stato costituzionale inizia a cambiare pelle, il luogo ideale cioè in cui avviene silenziosamente una ristrutturazione istituzionale epocale: la trasformazione dello Stato costituzionale da “Stato sociale” a “Stato neo-liberale”.

La normativa europea, al riguardo, ha certamente determinato un'accelerazione in questo senso, sebbene, come è stato notato, il principio del pareggio di bilancio – quale indicatore di uno Stato “sano” sotto il profilo della propria contabilità e, di conseguenza, credibile agli occhi dei mercati globali, in quanto catalizzatore e destinatario affidabile degli investimenti provenienti da esso –, non è certo un vincolo inderogabile del processo di integrazione europea, né una cessione di sovranità obbligata per gli Stati membri dell'Unione⁴⁷.

M. R. Mauro e F. Pernazza (a cura di), *Il debito sovrano, op. ult. cit.*, pp. 168 ss.; per un'analisi critica della definizione, da parte delle cc. dd. “agenzie di rating” dei giudizi sul livello di indebitamento degli Stati, si rinvia a F. Pernazza, *Il rating del debito sovrano: profili giuridici, ivi*, pp. 87 ss.

⁴⁷ Al riguardo, si vedano alcuni recenti lavori di Diritto pubblico comparato sul tema, tra cui X. Contiades (ed.), *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*, Farnham, 2013; I. Ciolli, *I Paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari*, in *Rivista AIC*, n. 1/2012, 29. 02. 2012; F. Fabbrini, *Il pareggio di bilancio nelle Costituzioni degli Stati membri dell'UE*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, pp. 933 ss. Per un'analisi delle trasformazioni del Diritto costituzionale italiano, messo a dura prova dalla crisi economica del 2007/2008, si vedano i saggi raccolti nell'importante volume di F. Angelini, M. Benvenuti (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica, op. cit.*

In questa prospettiva, che in verità non si discosta affatto dagli approdi consolidati della dottrina italiana sul punto⁴⁸, il pareggio di bilancio non può essere considerato come un obbligo giuridico, semmai come un obiettivo politico: proprio per questo motivo, esso è suscettibile di essere sempre messo in discussione, sia al variare della congiuntura economica, sia al mutare dell'indirizzo politico dei Governi che si succedono alla guida del Paese.

Certo è che politiche di austerità improntate al perseguimento del pareggio di bilancio a tutti i costi, in una fase storica come quella che stiamo vivendo in questi anni, ossia di recessione economica senza precedenti (per taluni aspetti neppure paragonabile a quella del 1929), non sembra certo favorire politiche di redistribuzione della ricchezza e neppure l'erogazione effettiva (quanto meno) dei livelli minimi essenziali dei servizi sociali da parte dello Stato.

Ciò trova conferma nel fatto che, nonostante alcuni Stati europei appartenenti all'“area euro” – come la Germania e la Spagna –, abbiano ritenuto di dover riscrivere le loro Costituzioni per introdurre esplicitamente il principio del pareggio di bilancio tra le norme di rango costituzionale⁴⁹, altri Paesi membri dell'Unione, invece, nel

⁴⁸ Cfr. il già citato lavoro di V. Onida, *Le leggi di spesa, op. cit.*, pp. 437 ss.; per un quadro del dibattito dottrinario in materia, si veda l'esautiva monografia di G. Rivosecchi, *L'indirizzo politico-finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, 2007 che proprio negli anni in cui scoppiava la crisi economica globale, ha in qualche modo anticipato una serie di questioni concernenti la procedura di approvazione parlamentare del bilancio statale, alla luce in particolare dei vincoli europei che, con l'entrata in vigore del “*Fiscal compact*”, sarebbero diventati estremamente invadenti per i singoli ordinamenti giuridici nazionali. Non a caso, questo volume ha aperto un importante dibattito nella dottrina italiana sebbene, ancora una volta, la discussione si sia poi spostata sulla questione dei rapporti inter-organici tra Governo e Parlamento (cfr. G. Bognetti, *Costituzione e bilancio dello Stato. Il problema delle spese in deficit. Note ispirate dalle letture di un libro di G. Rivosecchi*, in www.forumcostituzionale.it, 01. 06. 2010), ovvero sulla possibilità di un impiego giurisdizionale del principio del pareggio di bilancio, soprattutto in sede di giudizio di legittimità costituzionale (cfr. G. Scaccia, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Il Filangieri, Quaderno 2011, op. cit.*, pp. 211 ss.).

⁴⁹ Cfr. A. Morrone, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale, op. cit.*, pp. 2099 ss.; R. Bifulco, *Il pareggio di bilancio in prospettiva comparata: un confronto tra Italia e Germania*, in *Il Filangieri, Quaderno 2011, op. cit.*, pp. 249 ss.; Id., *Il pareggio di bilancio in Germania: una riforma costituzionale postnazionale ?*, in *Rivista AIC*, n. 3/2011, 20. 09. 2011; A. Di Martino, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Meccanismo europeo di stabilità e sul Fiscal Compact: una lettura alla luce della giurisprudenza precedente*, in www.federalismi.it, n. 18/2012, 26. 09. 2012; L. P. Feld, T. Baskaran, *Federalism, Budget Deficits and Public Debt: On the Reform of Germany's Fiscal Constitution*, in *Review of Law & Economics*, 2010,

momento in cui hanno recepito il “*Fiscal compact*”, forti anche dell’autorevole opinione giuridica delle rispettive Corti costituzionali, hanno (a mio avviso correttamente) ritenuto di non dover revisionare il testo delle loro Costituzioni per adempiere a questo “obbligo” comunitario⁵⁰.

L’Italia, invece, ha deciso di intraprendere una strada intermedia e, se vogliamo, non del tutto lineare: da un lato, infatti, il Parlamento ha ritenuto di dover modificare in tempi estremamente rapidi l’articolo 81 Cost., con un accordo politico che ha visto sostanzialmente tutti i gruppi parlamentari votare a favore della revisione costituzionale, in questo modo evitando la possibilità di attivare la strada del referendum, quasi a voler scongiurare la possibilità che i cittadini potessero esprimessero su una decisione così delicata ed importante per le sorti dello Stato. Dall’altro lato, tuttavia, la riforma dell’art. 81 Cost. – oltre a quella di altri importanti articoli della Carta, come ad esempio l’art. 97 Cost. –, hanno portato alla costituzionalizzazione, non tanto del principio del pareggio di bilancio, quanto piuttosto di quello dell’ “equilibrio del bilancio” che, evidentemente, al di là anche del mero dato letterale, non è proprio la stessa cosa dal punto di vista giuridico, oltre che economico⁵¹.

pp. 365 ss.; C. Decaro, *La limitazione costituzionale del debito in prospettiva comparata: Francia e Spagna*, in *Il Filangieri, Quaderno 2011, op. cit.*, 267 ss.; M. Media Guerrero, *La riforma del artículo 135 CE*, in *Teoria y Realidad Constitucional*, 2012, 131 ss.

⁵⁰ È il caso della Francia che, a seguito della decisione n. 653 del 9 agosto 2012 del *Conseil constitutionnel*, ha escluso la necessità di una modifica della Costituzione, al fine di recepire il “*Fiscal compact*” nel proprio ordinamento giuridico, in ragione del fatto che l’art. 3 del Trattato prevede esplicitamente la clausola di libertà sulle forme del proprio recepimento nei singoli ordinamenti statali.

La sentenza del *Conseil*, come prevedibile, ha dato vita ad un vivace dibattito nella dottrina francese: si vedano, al riguardo, per tutti, X. Magnon, *La ratification du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance dans l’Union économique et monétaire (TSCG) peut ne pas exiger la révision constitutionnelle préalable*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2012, pp. 854 ss. e J. Roux, *Le Conseil constitutionnel et le Traité sur la stabilité, la coordination et le gouvernance au sein de l’Union économique et monétaire*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012, pp. 855 ss.

⁵¹ Per approfondimenti sul punto, in particolar modo sulla legge di attuazione dell’art. 81 Cost., si rinvia a M. Nardini, *La legge n. 243/2012 e l’adeguamento dell’ordinamento nazionale alle regole europee di bilancio*, in www.osservatoriosullefonti.it, n. 1/2013; E. Griglio, *Il “nuovo” controllo parlamentare sulla finanza pubblica: una sfida per i “nuovi” regolamenti parlamentari*, *ivi*; Id., *Il protocollo sull’Ufficio parlamentare di bilancio: una “fuga” dai regolamenti parlamentari?*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, pp. 116 ss.

Si tratta, come dicevo, di una posizione compromissoria, finalizzata in qualche modo a stemperare la svolta neo-liberista imposta dall'Unione, almeno da un punto di vista formale e semantico, per provare a ricondurla negli argini ben più saldi della giurisprudenza costituzionale pregressa e di quel dibattito dottrinale che – come abbiamo visto – si era assestato su posizioni keynesiane. Questa scelta di compromesso, tuttavia, non sembra mutare più di tanto la sostanza del problema, in quanto non si può dire esclusa l'eventualità di una funzionalizzazione dell'erogazione dei servizi pubblici (in ragione del rango costituzionale dei diritti sociali) alle esigenze di bilancio ed alle congiunture economiche di breve periodo.

Quale che sia la formula normativa accolta dal nuovo art. 81 della Costituzione, in ogni caso gli effetti di questa revisione della Carta sulla forma di Stato non tarderanno certo a manifestarsi: ancora una volta, allora, tornando alle riflessioni di Dardot e Laval sulla mutazione neo-liberale degli Stati contemporanei, la costituzionalizzazione del pareggio di bilancio inevitabilmente condurrà ad un ripensamento del ruolo dello Stato, da intendersi sempre più come un attore del sistema economico, un attore che – come tante aziende e/o individui – opera sul mercato per perseguire obiettivi sostanzialmente simili a quelli di un'impresa privata.

Ma per poterlo fare, appunto, anche lo Stato dovrà dimostrare – come un qualsiasi altro attore economico – di essere effettivamente legittimato ad operare, di avere cioè il bilancio “in ordine” e, quindi, di essere degno della fiducia degli investitori internazionali che, soltanto allora, lo potranno premiare, acquistandone i titoli di Stato e finanziandone così il debito pubblico.

La concezione che ne emerge è allora quella di uno Stato inteso “... non più come un'entità «esogena» all'ordine commerciale, vincolata da limiti esterni, ma come un'entità completamente integrata nello spazio degli scambi, nel sistema di interdipendenza degli agenti economici”⁵², uno Stato attento ad infondere fiducia nei finanziatori privati, piuttosto che a garantire i diritti ai propri cittadini, ad intraprendere (o soltanto ad annunciare di intraprendere) riforme legislative – al solo scopo di abbassare il livello dello *spread* dei propri titoli del debito pubblico –, piuttosto che a garantire quegli

⁵² P. Dardot, C. Laval, *La nuova ragione del mondo, op. cit.*, p. 387.

obiettivi di redistribuzione della ricchezza e di garanzia dei diritti sociali, come prevede invece la Costituzione.

4. “Precarizzare il precarizzabile”: la dimensione costituzionale del lavoro ai tempi del neo-liberismo

Come abbiamo visto, la lettera della BCE del 2011 chiedeva al Governo italiano di riformare profondamente l'intero assetto legislativo in materia di tutela del lavoro subordinato – con particolare riferimento alla contrattazione tra le parti sociali, nel senso di un ampliamento dell'efficacia e della rilevanza giuridica del sistema di contrattazione aziendale, in deroga alla contrattazione collettiva nazionale –, oltre che un ripensamento radicale della normativa concernente l'assunzione ed il licenziamento dei lavoratori subordinati, anche del settore pubblico.

Entrambe le riforme venivano considerate dalla BCE come prioritarie e da attuare in tempi stretti, al fine di superare quelle “rigidità” che da sempre caratterizzerebbero il “mercato del lavoro” italiano e che sarebbero ormai divenute, in tempi di recessione economica, un ostacolo al raggiungimento della tanto auspicata “piena occupazione”.

Anche questa richiesta della Banca Centrale Europea non deve meravigliare – nei contenuti, ancor prima che nei toni –, in quanto risulta perfettamente in linea con uno dei pilastri teorici del neo-liberismo che vuole il “mercato del lavoro” – formula questa quanto mai ossimorica – fondato su principi regolativi libero-concorrenziali⁵³.

Come aveva già evidenziato Karl Polanyi – e come sottolineano anche Dardot e Laval, riprendendo l'elaborazione teorica del sociologo austriaco –, la “grande trasformazione” degli anni Trenta e Quaranta del XX secolo, in risposta alla crisi delle politiche economiche dello Stato liberale improntate al *laissez-faire* ottocentesco, è sostanzialmente consistita in una “risocializzazione violenta dell'economia” da parte dello Stato, nel senso cioè che in questo specifico lasso temporale “... sono stati sottratti al mercato concorrenziale le regole di definizione del prezzo del lavoro, della

⁵³ Cfr. per approfondimenti P. Dardot, C. Laval, *La nuova ragione del mondo*, op cit., pp. 454 ss.

*terra e della moneta, per rimmetterli ad una logica politica volta alla «difesa della società»*⁵⁴.

In effetti, è proprio in questo settore dell'ordinamento giuridico che emerge con maggiore evidenza il nuovo ruolo attivo dello Stato nell'economia che, assunta la sua postura neo-liberale, ha ormai il compito di modellare interi settori della vita sociale alle logiche libero-concorrenziali del mercato. Pertanto, se la storia del diritto del lavoro in Italia – ma il ragionamento potrebbe essere tranquillamente allargato a tutti gli altri Paesi europei – è stata caratterizzata da interventi legislativi volti a perequare la debolezza del lavoratore subordinato rispetto al potere – economico e sociale – del datore di lavoro, questa tendenza con l'affermarsi del neo-liberismo su scala globale subisce una metamorfosi significativa⁵⁵.

Le riforme del “mercato del lavoro” italiano, quanto meno a partire dalla c. d. “Legge Biagi” del 2003 – che di fatto ha posto in essere una vera e propria liberalizzazione delle tipologie contrattuali attraverso le quali assumere i lavoratori dipendenti –, rappresentano un'accelerazione significativa di questa contro-tendenza storica dell'intervento statale nella (de-)regolamentazione di un settore nevralgico dell'ordinamento giuridico⁵⁶.

L'adeguamento, in verità soltanto teorico, ai principi della c. d. “*flexi-security*” – così come richiesto dalla UE, che ha individuato in questo particolare modello regolativo del “mercato del lavoro”,

⁵⁴ Così P. Dardot, C. Laval, *La nuova ragione del mondo*, op. cit., p. 160. Il riferimento nel testo è ovviamente a K. Polanyi, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino, 1974, ma si vedano anche gli scritti successivi di questo autore, recentemente tradotti e raccolti in volume a cura di Giorgio Resta e Maria Vittoria Catanzariti: K. Polanyi, *Per un nuovo Occidente. Scritti 1919-1958*, Milano, 2013.

⁵⁵ Una metamorfosi lucidamente analizzata, sotto il profilo sociologico, da R. Castel, *La metamorfosi della questione sociale. Una cronaca del salariato*, Avellino, 2007. Per una ricostruzione, in chiave storica, dell'evoluzione del diritto del lavoro in Italia e delle opzioni di politica del diritto sottese alle riforme normative succedutesi nel corso dei decenni, si vedano, tra i tanti, G. Cazzetta, *Leggi sociali, cultura giuridica ed origini della scienza giuslavoristica in Italia tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1988, pp. 155 ss.; P. Ichino, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2012, pp. 59 ss.; U. Romagnoli, *Giuristi del lavoro: percorsi italiani di politica del diritto*, Roma, 2009; G. Allegri, G. Bronzini, *Libertà e lavoro dopo il Jobs Act*, op. cit., pp. 11 ss.

⁵⁶ Per una efficace sintesi, si rinvia a P. Vesani, *Breve storia delle politiche del lavoro in Italia*, in F. Berton, M. Richiardi, S. Sacchi (a cura di), *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, Bologna, 2009, pp. 73 ss.

sviluppatosi in Danimarca alla fine del XX secolo, la *best practice* da seguire da parte di tutti gli Stati membri dell'Unione⁵⁷ –, ha provocato una vera e propria destrutturazione dell'apparato di garanzie e diritti, consolidatosi nel corso di quasi mezzo secolo di elaborazione giuridica, tanto a livello di legislazione ordinaria, quanto a livello di contrattazione collettiva.

Posto che nessuna effettiva riforma del sistema di protezione sociale è seguita alla liberalizzazione dei contratti lavorativi del 2003 – né sembrano esserci all'orizzonte interventi normativi sistemici, volti cioè a dare anche soltanto parzialmente attuazione ad un modello effettivo di *flexi-security*⁵⁸ –, il risultato è stato che, da un lato, la

⁵⁷ Per un quadro normativo del mercato del lavoro danese e dei principi giuridici che reggono il modello di *flexi-security*, si rinvia all'importante manuale di O. Hasselbalch, *Labour Law in Denmark*, III ed., Alphen aan den Rijn, 2013. Per una critica al recepimento di questo modello in tutti gli altri Stati membri dell'Unione, si vedano P. Vesan, *Flessibilità, sicurezza e precarietà*, in F. Berton, M. Richiardi, S. Sacchi (a cura di), *Flex-insecurity*, op. cit., pp. 23 ss.; M. V. Ballestrero, *Declinazioni di flexisecurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *Lavoro e diritto*, 2012, pp. 441 ss. e L. Zoppoli, *La flexisecurity dell'Unione Europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, in *WP "Massimo D'Antona"*, n. 141/2012. Sull'assetto delle tutele e delle garanzie dei lavoratori nell'ordinamento dell'UE, alla luce dei vari "libri bianchi" dell'Unione, si rinvia a S. Borrelli, A. Guazzarotti, S. Lorenzon (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali*, Napoli, 2012.

⁵⁸ Ad avviso di G. Allegri e G. Bronzini, *Libertà e lavoro dopo il Jobs Act*, op. cit., pp. 52 ss., piuttosto che impegnarsi in esercizi di uniformazione legislativa degli ordinamenti nazionali ai principi della *flexi-security*, l'Unione europea avrebbe dovuto rivalutare il c. d. "Rapporto Supiot" del 1999 – rapporto che prende il nome dal celebre giuslavorista francese, il quale aveva diretto i lavori di una Commissione di studio *ad hoc* – per porre in essere una ridefinizione effettiva della *governance* del "mercato del lavoro" comunitario. Questa Commissione, infatti, aveva proposto un ripensamento importante dell'idea di cittadinanza sociale, attraverso una rimodulazione generale del concetto di "lavoratore", all'interno di un'economia di tipo post-fordista.

In questa prospettiva, ad avviso della "Commissione Supiot", sarebbe stato necessario provare ad immaginare, a livello europeo, un nuovo sistema di protezione sociale "per cerchi concentrici", con l'obiettivo: a) di riconoscere trasversalmente ad ogni lavoratore alcune garanzie fondamentali, proprie del lavoro subordinato fordista; b) di predisporre specifiche tutele, mutate a partire dalla particolare tipologia contrattuale prescelta dal datore di lavoro, in termini di regolamentazione contrattuale inderogabile, come nel caso del tradizionale rapporto di lavoro subordinato standard; ed infine, c) di garantire un pieno ed attivo accesso di ogni lavoratore al sistema di *welfare* nazionale, con l'obiettivo di promuovere la libertà individuale di scelta di ciascuno al "proprio contributo lavorativo", a partire dalle *capabilities* specifiche dei singoli.

Per approfondimenti, sul punto, si rinvia direttamente al testo elaborato dalla Commissione: cfr. A. Supiot, P. Barbieri (a cura di), *Il futuro del lavoro. Trasformazioni dell'occupazione e prospettive della regolazione del lavoro in Europa*, Roma, 2003.

flessibilità si è trasformata in precarietà lavorativa, dall'altro, che i tanto decantati benefici connessi ad una maggiore flessibilizzazione dei rapporti contrattuali, non hanno prodotto né maggiore occupazione, né tanto meno un miglioramento del benessere economico dei lavoratori.

Al di là delle statistiche sulla disoccupazione (ormai) strutturale italiana – che, in effetti, ci vedono ai primi posti nell'Unione per il livello altissimo di senza lavoro, con cifre che da molti anni si assestano persino al di sopra del 40 %, per quanto concerne la popolazione lavorativa al di sotto dei 35 anni –, in realtà, i Governi che nell'ultimo lustro si sono succeduti alla guida del Paese hanno pensato di poter comunque frenare questo dato vertiginoso, ponendo in essere un processo di radicale *deregulation* del diritto del lavoro nel suo complesso.

Da un lato, la riforma dei licenziamenti inaugurata dalla c. d. “*Legge Fornero*” – ed ulteriormente consolidatasi, da ultimo, con il c. d. “*Jobs Act*”⁵⁹ –, si è di fatto limitata ad abrogare definitivamente la possibilità per il lavoratore subordinato di ottenere, in caso di licenziamento senza giustificato motivo o giusta causa da parte del datore di lavoro, la reintegrazione al proprio posto di lavoro⁶⁰. Dall'altro lato, inoltre, l'introduzione del c. d. “contratto a tutele crescenti”, quale contratto-base di primo inserimento – non supportato, tuttavia, dalle tradizionali garanzie di cui godevano i

⁵⁹ Sulla riforma del “mercato del lavoro” e, in particolare, della legislazione in materia di licenziamenti, a seguito dell'entrata in vigore della c. d. “*Legge Fornero*”, si vedano S. Niccolai, *Alla ricerca di un innesto virtuoso tra divieto di discriminazioni e principio di eguaglianza: una proposta di interpretazione costituzionalmente orientata della nuova disciplina dei licenziamenti individuali (legge n. 92/2012 cd. “Riforma Fornero”)*, in AA. VV., *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, op. cit., pp. 2173 ss.; U. Romagnoli, *Il diritto del lavoro davanti alla crisi*, in *Lavoro e diritto*, 2012, pp. 399 ss.; 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, 23. 10. 2012.

Sulla recente riforma governativa, il c. d. “*Jobs Act*”, si rinvia alle prime analisi della dottrina, tra cui si vedano almeno G. Ferraro (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, *Quaderni di Argomenti di Diritto del lavoro*, Padova, 2015 ed E. Paparella, *La flessibilità della prestazione lavorativa e l'incerta legittimità costituzionale del demansionamento nel Jobs Act e nella normativa delegata*, in questa *Rivista*, n. 3/2015, 14. 11. 2015.

⁶⁰ Cfr. L. Nogler, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d. lgs. n. 23 del 2015*, in G. Ferraro (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, op. ult. cit., pp. 33 ss.

lavoratori subordinati, quando era in vigore la vecchia formulazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori –, ha determinato un arretramento significativo dello spettro, sia quantitativo che qualitativo, dei diritti dei lavoratori subordinati⁶¹.

Se a ciò si aggiunge poi il fatto che, da un lato, con la contrattazione aziendale è possibile derogare, anche in peggio, le tutele dei singoli contratti collettivi nazionali di categoria – così come stabilito dall'art. 8 della legge n. 148 del 2011⁶² – e, dall'altro, che una recente sentenza della Corte di Cassazione ha esteso il sistema dei licenziamenti della “*Legge Fornero*” anche al settore del pubblico impiego⁶³, ritengo che si possa affermare che, nel corso degli ultimi

⁶¹ Si vedano, S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in questa *Rivista*, n. 1/2015, 25. 03. 2015 e F. Angelini, *Il Governo, il lavoro e la Costituzione nel c. d. “Jobs Act”*, *ivi*, 03. 06. 2015.

⁶² La disposizione in questione, al primo comma, prevede che “*I contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda [...], possono realizzare specifiche intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali, finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività*”.

Il successivo comma 2-bis, invece, prevede specificamente che i succitati contratti collettivi aziendali, fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali in materia di lavoro, possano operare “... *anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate [...] ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro*”.

Per una critica all'art. 8 della legge n. 148/2011, si vedano in dottrina A. Algostino, *Diritti flessibili nell'era dei feudi aziendali. Considerazioni intorno all'accordo su democrazia e rappresentanza del 28 giugno 2011 e all'art. 8 della manovra finanziaria-bis (l. 148 del 2011)*, in questa *Rivista*, n. 3/2011, 02. 01. 2012 ed A. Tursi, *L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge ed autonomia collettiva*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2013, pp. 958 ss.

⁶³ Si tratta della sentenza n. 24157 del 1° dicembre 2015, la quale ha stabilito che l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, così come riformato dalla legge n. 92/2012, trova applicazione anche nei confronti del personale pubblico “contrattualizzato”, ad esclusione dei magistrati, dei professori universitari, del personale militare e di quello della carriera prefettizia. Un'estensione questa, ad avviso della Suprema Corte, chiaramente desumibile dalla lettura in combinato disposto della legge n. 92/2012 con l'art. 51 del Decreto legislativo n. 165/2001, laddove quest'ultima disposizione afferma il principio del parallelismo tra lavoro privato e lavoro pubblico “privatizzato”, da un lato, e che lo Statuto dei lavoratori, con tutte le sue successive modificazioni ed integrazioni, si applica

cinque anni, abbiamo assistito al sostanziale smantellamento del diritto del lavoro, così come lo abbiamo conosciuto in Italia, da oltre un secolo a questa parte.

Per comprendere questo stravolgimento normativo, sul piano teorico, ci possono venire in aiuto, ancora una volta, Dardot e Laval quando osservano che: *“Ciò che noi chiamiamo «Stato sociale» è anche, indubbiamente, una realtà giuridica che ha trasformato lo statuto del lavoro e del lavoratore. Questo quadro normativo fa del lavoro un'altra cosa che non una semplice merce negoziata sul mercato. Esso, mediante la legge, gli accordi collettivi e le forme di protezione che accompagnano lo sviluppo dei «diritti sociali», rincestra il lavoro nella società”*⁶⁴.

Tuttavia, proprio questa contro-tendenza regolativa posta in essere dal legislatore italiano, nel senso cioè di una ristrutturazione in chiave neo-liberale del nostro “mercato del lavoro”, ha sollecitato il dibattito dottrinale sulla rilevanza costituzionale del diritto del lavoro, un dibattito che – nel corso degli ultimi decenni – si era sostanzialmente quietato. Su questi temi, infatti, si era ormai consolidata una letteratura scientifica che rispecchiava una realtà sociale e produttiva – quella strutturata intorno alla fabbrica fordista, che si era andata definendo nell'immediato dopoguerra e che si era poi assestata, anche dal punto di vista giuridico-istituzionale, negli anni Settanta del secolo scorso – ormai molto lontana dal nostro presente⁶⁵.

Evidentemente la dottrina italiana si è resa conto del fatto che, in questo ambito di studi, non vi erano stati dei ripensamenti teorici significativi rispetto alla riflessione precedente e che ormai la Costituzione si trova in grande sofferenza rispetto a questo settore

sempre anche alle Pubbliche Amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti afferenti al loro organico, dall'altro.

⁶⁴ Così P. Dardot, C. Laval, *Del Comune*, op. cit., p. 401.

⁶⁵ Al riguardo, si vedano, per tutti, C. Esposito, *Commento all'articolo 1 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, pp. 1 ss.; V. Crisafulli, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1951, pp. 154 ss.; C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, in Id., *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, pp. 225 ss.; Id., *Art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, pp. 1 ss.; G. F. Mancini, *Art. 4*, *ivi*, pp. 199 ss.; C. Smuraglia, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milano, 1958; M. S. Giannini, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1951, pp. 1 ss.; M. Mazziotti, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956; Id., *Lavoro (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, 1973, pp. 338 ss.

dell'ordinamento giuridico, in quanto le mutazioni in chiave neo-liberista del “mercato del lavoro” si sono sviluppate “al di là”, se non “al di fuori”, del perimetro costituzionale.

Si è dunque voluto riconsiderare – e non è un caso, a me sembra, che questo processo di ripensamento sia stato posto in essere da una nuova generazione di studiosi – la dimensione costituzionale del lavoro, alla luce delle trasformazioni epocali che hanno investito il diritto del lavoro *stricto sensu*, in particolare alla luce del processo di deregolamentazione contrattuale e di precarizzazione delle tutele in atto, oltre che alla luce dell'esautoramento della contrattazione collettiva nazionale, come strumento di composizione giuridica del conflitto sociale⁶⁶.

Le tendenze teoriche del presente dibattito dottrinale sembrano, ad avviso di chi scrive, molto feconde, in quanto si registrano – tra i tanti – due nuove filoni di ricerca, tra loro in qualche modo complementari e che devono in questa sede essere tenuti in grande considerazione.

Un primo filone, infatti, tende ad indagare nuovamente il dibattito svoltosi in sede di Assemblea costituente – in particolare con riferimento alla genesi degli artt. 1 e 4 Cost. –, al fine di recuperare l'originaria portata contenutistica delle scelte compiute dai Padri costituenti, così da poter misurare la “differenza ontologica” tra ciò

⁶⁶ Si vedano per lo meno E. Paparella, *Il lavoro e la sua dimensione costituzionale*, in F. Angelini, M. Benvenuti (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi*, op. cit., pp. 61 ss.; M. Benvenuti, *Lavoro (principio costituzionale del)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XX, Roma, 2010, in particolare pp. 14 ss. sull'esplosione della precarietà lavorativa, al di fuori dello schema previsto dall'art. 4 Cost.

Ma in questa sede, si rinvia soprattutto a F. Fontanarosa, *La riforma del mercato del lavoro tra flessibilità e sicurezza*, op. cit., p. 16, che coglie lucidamente la mutazione neo-liberista in atto, quando sottolinea come “... i numerosi richiami all'ordinamento comunitario presenti nella l. n. 92/2012 e, nello specifico, l'intenzione di voler «definire il diritto di ogni persona all'apprendimento permanente», sembrano indicare un orientamento politico sempre più volto a ridimensionare la concezione del diritto al lavoro, come pretesa che i pubblici poteri «creino» occasioni di lavoro per tutti (diritto alla piena e stabile occupazione), valorizzando, per contro la più generica libertà di lavorare, intesa come pretesa ad essere «attivo» ed «occupabile» nel mercato. Da ciò deriva un modello di tutela del lavoro che rivolge l'azione dello Stato affinché i propri cittadini possano dotarsi di una «sicurezza attiva» contro i rischi e le incertezze (attraverso interventi mirati, da un lato, sull'offerta di lavoro e, dall'altro, sul miglioramento della qualità dei servizi per l'impiego), confidando che il mercato del lavoro, «finalmente» libero dalle «costrizioni normative» che tutelano il rapporto, possa (per ciò soltanto) generare una maggiore domanda di lavoro”.

che è stato scritto e voluto in quella sede e l'attuale stato dell'arte in materia di legislazione ordinaria del lavoro⁶⁷.

Nonostante l'importante riapertura del dibattito sulla questione, a me pare che questo primo filone di indagine della dottrina – pur assolutamente condivisibile sotto il profilo metodologico –, non riesca ancora a dare conto delle trasformazioni in atto nel nostro ordinamento giuridico, in quanto ancora troppo focalizzato sul dato normativo costituzionale, da cui certamente non si può prescindere, ma che in questa particolare fase storica, a mio avviso, necessita di una ri-contestualizzazione e, quindi anche di una re-interpretazione, alla luce delle profonde mutazioni sociali che caratterizzano il presente.

Al di là degli importanti riferimenti culturali all'idea di *vita activa* – di chiara ascendenza arendtiana⁶⁸ – a cui molti di questi autori (implicitamente o esplicitamente) si richiamano, la dottrina in questione – pur cogliendo la necessità di legare tra di loro i valori assiologici desumibili dal testo costituzionale – si pone comunque nel solco di una riflessione consolidatasi nel corso degli anni Settanta del secolo scorso, a fronte di una composizione tecnica e sociale della forza lavoro profondamente diversa da quella presente oggi in Italia⁶⁹.

⁶⁷ Si vedano, per tutti, M. Luciani, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2010, pp. 628 ss.; Id., *Unità nazionale e struttura economica. Le prospettive della Costituzione repubblicana*, reperibile al seguente URL: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/relazione-luciani.html>; G. Zagrebelsky, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*, Torino, 2013; G. U. Rescigno, *Lavoro e Costituzione*, in *Diritto pubblico*, 2009, pp. 21 ss.

⁶⁸ Il riferimento è all'importante saggio di H. Arendt, *Vita activa. La condizione umana*, Milano, 2000, uno scritto questo, tra l'altro, profondamente criticato proprio da Dardot e Laval in quanto, a loro avviso, troppo ancorato ad una idea di lavoro qualitativamente assai diversa da quella forgiata dalle teorie neo-liberiste. Per approfondimenti sul punto, si rinvia direttamente a P. Dardot, C. Laval, *Del comune, op. cit.*, pp. 185 ss.

⁶⁹ Le tabelle occupazionali del 2013, pubblicate dall'Istat il 18 aprile 2014, ad esempio, rilevano come il 69 % della forza lavoro del nostro Paese sia occupata nel settore dei servizi, appena il 27 % nell'industria e soltanto il 4 % nel settore agricolo. La composizione tecnica e sociale della forza lavoro nel nostro Paese, quindi, è profondamente mutata rispetto al momento storico in cui entrava in vigore la Costituzione repubblicana.

Nel 1951, ad esempio, l'Istat rilevava come il 42,2 % della forza lavoro attiva lavorasse nel settore agricolo, il 32,1% in quello industriale e soltanto il 25,7 % nel settore dei servizi. Se si continuano ad indagare le serie storiche, però, si deve registrare come, a partire dai primi anni Ottanta del secolo scorso, la percentuale degli occupati nel settore dei servizi toccasse per la prima volta quota 50 %, sul totale degli occupati, una percentuale questa in costante incremento sino ad oggi, quando, come evidenziato, nel

Di fatto, si continua, ancora una volta, da un lato ad invocare l'intervento statale al fine di porre in essere politiche economiche "per" il lavoro, finalizzate cioè al raggiungimento della piena occupazione; dall'altro, si prova nuovamente a recuperare quella dimensione etica del lavoro, inteso come "dovere" ma anche quale estrinsecazione del principio di solidarietà sociale – così come desumibile dal capoverso dell'art. 4 Cost. –, la cui concretizzazione contribuirebbe, in questa prospettiva, a rinsaldare quei legami civili che sarebbero poi il cemento simbolico dello Stato-comunità, legami che però sono stati sfilacciati dalla crisi economica e dalla globalizzazione dei mercati⁷⁰.

A me pare che i limiti di questo approccio dottrinale consistano nel fatto che, rivolgendo lo sguardo soltanto al testo della Costituzione, al fine di riattualizzarlo, non venga tenuto nel dovuto conto la mutazione che ha subito, nel corso degli ultimi decenni, l'intero assetto economico-produttivo del Paese. Viceversa, mi sembra che nel medio periodo un testo costituzionale come il nostro, pensato cioè innanzitutto per tutelare e garantire i lavoratori nelle fabbriche e nei campi, oggi si trovi in una situazione di oggettivo "spaesamento giuridico", in quanto i destinatari di quelle norme non esistono più o comunque, se ancora esistono, rappresentano una parte sicuramente minoritaria del mondo del lavoro.

Pensare, insomma, di tutelare le nuove tipologie di lavoro "atipiche" e precarie, sempre più ingabbiate in forme contrattuali di tipo para-subordinato o falsamente autonomo, limitandosi ad un recupero del significato autentico (ma decontestualizzato) del testo costituzionale, provando magari a dare nuova linfa e vitalità normativa al testo degli artt. 1 e 4 Cost., a me pare una soluzione inadeguata rispetto alle sfide del presente. Ciò non significa che il testo costituzionale debba essere considerato come un "ferro vecchio", uno strumento normativo a cui non è più possibile sostenersi per provare a

2103 abbiamo raggiunto il picco del 69 % del totale degli occupati in questo settore produttivo.

⁷⁰ Al riguardo, per un inquadramento teorico più ampio sulle tendenze costituzionali in atto, ma coerenti a questa impostazione, si veda M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in G. Brunelli e G. Cazzetta (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale" ? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana. Materiali dell'incontro di studio*. Ferrara, 24-25 gennaio 2013, Milano, 2013, pp. 31 ss.

tutelare le nuove forme di lavoro “precario”, fiorite all’indomani della svolta neo-liberale dello Stato costituzionale.

Non a caso, infatti, un’altra parte della dottrina, come detto, è ritornata a riflettere sulla dimensione costituzionale del diritto del lavoro, ma lo ha fatto focalizzando la propria attenzione non tanto sui principi fondamentali dell’ordinamento repubblicano, quanto piuttosto su quegli articoli della Costituzione – in particolar modo sugli artt. 35 e seguenti Cost. –, per far emergere un’altra diversa eccedenza di contenuto assiologico presente nel testo costituzionale e che meglio potrebbe legarsi, in chiave garantista, alle attuali (e profonde) mutazioni del mondo del lavoro⁷¹.

Personalmente trovo molto convincente l’idea che un’estensione dei diritti e delle garanzie a favore dei lavoratori cc. dd. “atipici” possa trovare fondamento nel testo costituzionale, a partire proprio da una lettura estensiva del primo comma dell’art. 35 Cost. il quale, nell’introdurre il titolo III della prima parte della nostra Carta, esordisce con un principio la cui eccedenza assiologica andrebbe valorizzata ulteriormente all’interno della legislazione ordinaria, ossia che “*La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni*”.

È forse proprio questa disposizione l’architrave giuridico intorno a cui costruire un nuovo sistema di garanzie sociali a tutela del lavoro (*rectius* dei “lavori”), un nuovo sistema di garanzie cioè che, trovando ancora una volta il proprio ancoraggio nel testo costituzionale, provi a scardinare quella dicotomia su cui si è completamente appiattita la

⁷¹ Si fa qui riferimento ad un filone di analisi che, se vogliamo, può apparire minoritario in dottrina, ma che ha in qualche modo provato ad indirizzare il dibattito verso percorsi teorici, forse impervi, ma certamente assai suggestivi e immaginifici. Si vedano, tra questi autori, almeno M. D’Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1998, ora in Id., *Opere, I. Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, a cura di B. Caruso e S. Sciarra, Milano, 2000, pp. 221 ss.; G. Prosperetti, *Dall’art. 3 agli artt. 35 e seguenti Cost.*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 25. 07. 2008; G. Azzariti, *Brevi notazioni sulle trasformazioni del diritto costituzionale e sulle sorti del diritto del lavoro in Europa*, in E. Ghera, A. Pace (a cura di), *L’attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Napoli, 2009, pp. 147 ss.; F. Pizzolato, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Milano, 2004; E. Paparella, *Riforma del mercato del lavoro e “livelli essenziali delle prestazioni” in materia di politiche attive del lavoro e servizi per l’impiego*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2012, 19. 06. 2012; G. Allegri, G. Bronzini, *Libertà e lavoro dopo il Jobs Act*, op. cit., pp. 79 ss.

riflessione teorica sulla rilevanza costituzionale del diritto del lavoro, ossia quella tra lavoro subordinato e lavoro autonomo.

Questa dicotomia, per riprendere l'importante riflessione di Massimo D'Antona, si poggiava su di una serie di pilastri teorici che sono ormai completamente stati messi in crisi dal neo-liberismo e dalla globalizzazione, ossia lo Stato-nazione, la "grande fabbrica" fordista ed il perseguimento della piena occupazione da parte dello Stato che, con le sue politiche attive di ispirazione keynesiana, si impegnava a perseguire questo fondamentale obiettivo politico, ancor prima che economico⁷².

Insomma, se questi pilastri su cui si fondava la dimensione costituzionale del diritto del lavoro sono ormai diventati – sia consentito il gioco di parole – "precari", ciò non significa che non si possa provare a ricostruire attorno alla figura dei nuovi lavoratori "atipici" una serie di tutele e garanzie, magari provando a modellarle sullo schema costituzionale, che pure si riferiva ad un altro tipo di soggettività lavorativa, ossia al lavoratore della "grande fabbrica" fordista.

La capacità della dottrina di misurarsi con la ristrutturazione istituzionale del "mercato del lavoro" da parte dello Stato neo-liberale, in una prospettiva teorica che trovi ancora un radicamento forte nel testo costituzionale e che, in questo modo, si estenda anche a tutto quell'arcipelago di nuovi lavori che sono nati nell'alveo produttivo del c. d. "terziario avanzato", a mio avviso, è la vera sfida scientifica (oltre che politica e sociale) che dovrà essere affrontata nel prossimo futuro.

Si tratta, in sintesi – per utilizzare una felice (e suggestiva) formula della dottrina –, di provare ad andare "oltre la subordinazione"⁷³, di non abbandonare cioè le garanzie che storicamente sono state elaborate dalla dottrina gius-lavoristica e costituzionale a tutela del lavoro subordinato, per estenderle al lavoro "in tutte le sue forme", in uno sforzo immaginifico che, ai tempi della concezione unidimensionale del lavoro come merce, propria del neo-liberismo, è forse ancora più necessaria che in passato.

⁷² Così M. D'Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo*, op. cit., pp. 222-229.

⁷³ Il riferimento è ancora una volta a M. D'Antona, *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in AA. VV., *Lavoro subordinato e dintorni*, a cura di M. Pedrazzoli, Bologna, 1989, pp. 43 ss.

5. Osservazioni conclusive: la solitudine del cittadino nello “Stato neo-liberale”

Molti altri ancora potrebbero essere i settori dell’ordinamento giuridico da indagare, al fine di misurare la validità delle tesi di Dardot e Laval, oltre che delle mutazioni in atto nello Stato costituzionale: non è certo questa, tuttavia, la sede in cui sviluppare una ricerca di così ampia portata, che ci porterebbe troppo lontano e che necessiterebbe di uno spazio maggiore di quello che abbiamo qui a disposizione. Mi limiterò, pertanto, ad evidenziare come la mutazione dello Stato sociale in “Stato neo-liberale” abbia determinato, per così dire, una vera e propria mutazione antropologica anche dei singoli cittadini che lo abitano.

Non a caso, la volontà di plasmare la società attraverso il modello dell’impresa – che, come abbiamo più volte rilevato nel corso di questo saggio, sembra essere l’obiettivo ultimo dello “Stato neo-liberale” –, non comporta soltanto un decadimento del ruolo sociale del cittadino-lavoratore a mera merce da scambiare sul mercato del lavoro, ma anche la creazione di una sorta di “cittadino neo-liberale” che assume sempre più le fattezze dell’*homo oeconomicus*, piuttosto che dell’*homo juridicus* ovvero dell’*homo dignus*, per riprendere una recente (ed estremamente suggestiva) definizione di antropologia giuridica⁷⁴.

L’*homo oeconomicus*, infatti, è una figura eterogenea e non sovrapponibile a quella dell’*homo juridicus*, in quanto la “costituzione” di entrambi questi tipi umani parte da presupposti sociali completamente differenti tra di loro. Mentre ogni cittadino è parte integrante della propria comunità di appartenenza, in maniera paritaria e solidale rispetto agli altri, attraverso anche una dialettica sociale di riconoscimento reciproco, “*L’uomo economico, invece, si integra all’insieme economico attraverso una moltiplicazione spontanea dei propri interessi. Non rinuncia al proprio interesse. Al contrario, è solo perseguendo il proprio interesse egoistico che c’è*

⁷⁴ Così S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2013, in particolare, si veda il capitolo VI, intitolato per l’appunto “*Homo dignus*”, pp. 179 ss.; ma, più in generale, si rinvia anche a R. Sacco, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007.

*moltiplicazione e soddisfazione dei bisogni dell'insieme*⁷⁵, all'interno della società in cui vive.

In questa prospettiva, il processo di individualizzazione o – per meglio dire, di atomizzazione – e, conseguentemente, di frantumazione della società, può essere considerato come uno degli obiettivi principali perseguiti dallo “Stato neo-liberale”: si tratta di un vero e proprio processo di trasformazione della società dall'alto, finalizzato a creare posizioni di disuguaglianza economica e sociale diffusa, con il pretesto della sollecitazione dell'autonomia individuale e del “fare da sé”, tipico della mentalità imprenditoriale⁷⁶.

Questa declinazione “manageriale” dell'azione pubblica, finalizzata a plasmare anche i singoli cittadini alla figura dell'imprenditore, o comunque dell'individuo attivo ed intraprendente che può (e deve) fare volentieri a meno dell'intervento invasivo ed invadente dello Stato, mina alle fondamenta la logica democratica della cittadinanza sociale: “... *aggravando le diseguaglianze nella distribuzione delle prestazioni e nell'accesso alle risorse in materia di occupazione, sanità e istruzione e [...] consolida, al tempo stesso, le logiche sociali di esclusione che producono sempre più «sotto-cittadini» e «non-cittadini»*”⁷⁷.

In breve, lo “Stato neo-liberale” sta rimettendo completamente in discussione quell'idea di “cittadinanza sociale” che era il fondamento del sistema welfaristico e su cui era improntato l'intero assetto istituzionale dello Stato europeo, nato all'indomani del secondo conflitto mondiale⁷⁸.

In conclusione, a me pare che l'analisi del più recente dibattito costituzionale italiano, alla luce delle trasformazioni significative che il nostro ordinamento giuridico sta subendo a causa delle conseguenze della crisi economica, sembra dare ragione alle riflessioni di Dardot e Laval sull'emersione in atto di un nuovo tipo di Stato costituzionale.

⁷⁵ Così M. Lazzarato, *Il governo delle disuguaglianze. Critica dell'insicurezza neoliberista*, Verona, 2013, p. 16.

⁷⁶ Cfr. P. Dardot, C. Laval, *La nuova ragione del mondo*, op. cit., pp. 414 ss., sullo Stato neo-liberale come “fabbrica” in cui viene prodotto un nuovo tipo antropologico, il “cittadino neo-liberale” per l'appunto.

⁷⁷ Così P. Dardot, C. Laval, *La nuova ragione del mondo*, op. cit., p. 472.

⁷⁸ Il riferimento è al classico lavoro di T. H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, a cura di S. Mezzadra, Roma-Bari, 2002.

Per provare a svolgere una prima (ed ancora approssimativa) definizione dei caratteri dello “Stato neo-liberale”, allora, vorrei provare ad individuare almeno quattro tendenze di fondo che caratterizzano l’intervento di questo nuovo tipo di Stato, sia nell’economia che nella società. Innanzitutto: a) lo “Stato neo-liberale” considera il mercato non come un dato naturale, ovvero come un’istituzione pre-esistente al Diritto, ma come un’istituzione ontologicamente giuridica, che non ha nulla a che vedere, quindi, con un astratto ordine naturale dello scambio, ma con un “progetto costruttivista” di tipo giuridico che, proprio perché effetto diretto della legislazione interna ed internazionale, trova in questa stessa legislazione il proprio fondamento e la propria legittimazione⁷⁹;

b) lo “Stato neo-liberale” ha come obiettivo principale quello di diffondere il modello dell’impresa e della libera concorrenza a livello sociale, al limite sollecitando anche i singoli individui ad agire e comportarsi come imprenditori di sé stessi, tanto in ambito lavorativo, quanto nella sfera pubblica e privata. Ciò, del resto, è strettamente connesso, a quanto si è affermato *sub a*): se, infatti, il mercato è un “progetto costruttivista” dello Stato, allora lo Stato non potrà più limitarsi a svolgere una funzione di “guardiano notturno” dell’economia, ma dovrà assumere un ruolo di “costruttore attivo” di quei presupposti giuridici (e sociali) che consentano ai principi libero-concorrenziali di estrinsecare quanto più è possibile le proprie logiche e, di conseguenza, il proprio dominio sulla società nel suo complesso⁸⁰;

c) lo “Stato neo-liberale”, pertanto, non soltanto non svolge più il ruolo di “guardiano notturno” del mercato, non soltanto facilita l’estrinsecazione delle logiche concorrenziali e imprenditoriali a livello sociale, ma soprattutto è esso stesso sottoposto alle regole del mercato e della concorrenza. Ciò determina un auto-modellamento delle proprie articolazioni interne e sovrane (amministrative ed istituzionali) alle logiche del *management* imprenditoriale: il perseguimento del “pareggio di bilancio” statale e la costituzionalizzazione di questo principio, come abbiamo visto, sono un esempio concreto di questo auto-modellamento.

⁷⁹ Cfr. P. Dardot, C. Laval, *La nuova ragione del mondo*, op. cit., p. 468.

⁸⁰ *Ibidem*.

Ma se, in questa prospettiva, per così dire, lo Stato corre il rischio di “auto-privatizzarsi”, allora per “Stato neo-liberale” noi dobbiamo intendere, più precisamente, quello Stato fondato sul primato assoluto del Diritto privato, sull’esautoramento progressivo del Diritto pubblico (oltre che della normatività del testo costituzionale) e, di conseguenza, sull’auto-smantellamento del sistema di protezione sociale che aveva caratterizzato le Costituzioni europee della seconda metà del XX secolo⁸¹.

Infine, d) la generalizzazione a livello sociale dei principi della libera concorrenza e dell’impresa, determina una mutazione antropologica degli individui che, all’interno dello Stato neo-liberale, non sono più *homines juridici*, ma si trasformano in *homines oeconomici*, in quanto “... lo Stato imprenditoriale, come gli attori privati della governance, deve condurre indirettamente gli individui a gestire se stessi come imprenditori. [...] L’impresa è promossa al rango di modello di soggettivazione: siamo tutti impresa da gestire e capitali da far fruttare”⁸².

Se dunque questi potrebbero essere i primi elementi caratterizzanti la nuova forma di Stato che emerge nel nostro presente, allora sembra davvero che il costituzionalismo contemporaneo sia di fronte ad una nuova – forse epocale – sfida rispetto alla quale misurare le proprie capacità di resilienza (oltre che conflittuali). Come sempre avviene, infatti, alcuni passaggi storici epocali mettono in crisi gli approdi concettuali della dogmatica giuridica che, per definizione, essendo essi stessi prodotti storici e culturali, sono (anzi, devono in qualche

⁸¹ Lo “Stato neo-liberale”, in pratica, realizza quella che von Hayek chiama “*l’ideale di una società di diritto privato*” allo stato puro: cfr. Id., *Legge, legislazione e libertà*, op. cit., pp. 143-144: “Spesso si interpreta il diritto come uno strumento per l’organizzazione di scopi particolari, un’interpretazione che naturalmente è abbastanza vera per un tipo di diritto, cioè il diritto pubblico, ma che è completamente inadeguata rispetto al «nomos», cioè al diritto privato creato dai giuristi. Il predominare di tale interpretazione è divenuto una delle principali cause della progressiva trasformazione dell’ordine spontaneo di una società libera nell’organizzazione di un ordine totalitario. [...] Con ciò non intendo suggerire che l’ordine complessivo della società sia sostenuto dalle regole di mera condotta è un soggetto esclusivo dell’economia. Ma finora solo l’economia ha sviluppato tecniche teoriche adatte a trattare tali ordini spontanei, le quali soltanto ora, lentamente e gradualmente, vengono applicate anche a ordini diversi da quello del mercato. L’ordine del mercato è probabilmente anche il solo ordine che copra un intero campo della società umana”.

⁸² Così P. Dardot, C. Laval, *La nuova ragione del mondo*, op. cit., p. 469.

modo) essere continuamente (ri)messi in discussione da parte della dottrina stessa⁸³.

A ben vedere, si tratta di provare a recuperare una dimensione storica e critica che da sempre il costituzionalismo ha esercitato rispetto al presente: si tratta cioè di verificare, ancora una volta, se attraverso il prisma del Diritto costituzionale si possa, in qualche modo, provare ad immaginare nuove tutele e nuove garanzie (individuali e collettive) contro l'egemonia della cultura economica e mercatistica, che immagina la società come un enorme *super-market* e gli individui come dei meri imprenditori di sé stessi, ovvero come delle merci da acquistare e vendere sul "mercato del lavoro". Si tratta, in conclusione, una volta provato a ricostruire il quadro teorico ed il contesto sociale entro cui si inscrivono le mutazioni presenti dello Stato costituzionale, di recuperare quella dimensione immaginifica che è iscritta da sempre nel DNA del Costituzionalismo moderno (e contemporaneo) e che, in fin dei conti, consiste nel provare a comprendere il proprio tempo, spesso pensando anche contro di esso.

⁸³ Si rinvia, al riguardo, all'importante lavoro di E. Paresce, *La dinamica del diritto. Contributi ad una scienza del diritto*, Milano, 1975, oltre che a Id., voce *Dogmatica giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, pp. 678 ss..

Finito di comporre nel mese di aprile 2016
da *Costituzionalismo.it* – Roma
I contributi contenuti in questo fascicolo sono stati pubblicati
tra il 21 ottobre 2015 e il 4 aprile 2016
www.costituzionalismo.it – info@costituzionalismo.it



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 **SANDULI**
Massimo **VILLONE**
Mauro **VOLPI**

Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca **BASCHERINI**, Marco **BETZU**, Gaetano **BUCCI**, Roberto **CHERCHI**, Giovanni **COINU**, Andrea **DEFFENU**, Carlo **FERRAJOLI**, Luca **GENINATTI**, Marco **GIAMPIERETTI**, Antonio **IANNUZZI**, Valeria **MARCENO'**, Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA PINTO**, Elisa **OLIVITO**, Luciano **PATRUNO**, Laura **RONCHETTI**, Ilenia **RUGGIU**, Giuliano **SERGES**, Sara **SPUNTARELLI**, Chiara **TRIPODINA**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)