



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2016

TORNARE AI FONDAMENTALI: LA SOLIDARIETÀ

Costituzionalismo.it

Rivista quadrimestrale

ANNO XIII – N. 1/2016

DIREZIONE

Gaetano Azzariti (*Direttore*)

Francesco Bilancia (*Vice-Direttore*)

Giuditta Brunelli – Paolo Caretti – Lorenza Carlassare

Elisabetta Catelani – Pietro Ciarlo – Claudio De Fiores

Alfonso Di Giovine – Mario Dogliani – Marco Ruotolo

Aldo Sandulli – Dian Schefold – Massimo Villone – Mauro Volpi

COMITATO SCIENTIFICO DI 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 – Sara Spuntarelli – Chiara Tripodina

REDAZIONE

Andrea Deffenu – Elisa Olivito – Giuliano Serges

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*.

«TORNARE AI FONDAMENTALI
LA SOLIDARIETÀ»

Indice sommario III

Abstract e notizie sugli Autori V

Saggi e articoli - Parte I
«Solidarietà»

Adriana APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità* 1

Lorenza CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico* 45

Ilenia MASSA PINTO, *Principio di solidarietà, abuso del diritto e indefettibile necessità di un ordinamento coercitivo: appunti per una riconsiderazione della dottrina pura del diritto al tempo dell'anomia* 69

Eligio RESTA, *Il racconto della fraternità* 111

Gianluca BASCHERINI, *La solidarietà politica nell'esperienza costituzionale repubblicana* 125

Saggi e articoli - Parte II

Giovanna DE MINICO, *Net neutrality come diritto fondamentale di chi verrà* 1

Chiara TRIPODINA, *La Costituzione di Duccio. Il "Progetto di Costituzione confederale europea ed interna" di Duccio Galimberti e Antonino Rèpaci a settant'anni dalla prima pubblicazione (1946-2016)* 37

Alessandra ALGOSTINO, *ISDS* (Investor-State Dispute Settlement), *il cuore di tenebra della global economic governance e il costituzionalismo* 103

Cesare PINELLI, *Oligarchie finanziarie mondiali, democrazie nazionali e la dicotomia pubblico/privato. Qualche riflessione per i giuristi* 175

Commenti - Parte III

Roberto PROSSOMARITI, *Riflessioni sul segreto di Stato a partire dal caso Abu Omar: quali prospettive dopo la condanna di Strasburgo?* 1

Massimo VILLONE, *La riforma Renzi-Boschi: governo forte, Costituzione debole* 35

Stefano ARU, *La clausola di supremazia statale nel ddl di revisione costituzionale: si scrive "interesse nazionale", si legge "indirizzo politico-governativo"* 63

Paolo CARNEVALE, *L'Ufficio centrale della Cassazione dichiara legittime le richieste di referendum costituzionale: non c'è due senza tre* 99

Rubriche - Parte IV «la forza delle idee»

Francesco BILANCIA, *Is Constitutionalism on the wane? Moving from P. Dobner, M. Loughlin (eds), The Twilight of Constitutionalism, Oxford University Press, 2010 towards an updated bibliography* 1

«sulle spalle dei giganti»

Léon DUGUIT, *Solidarietà sociale e coscienza nazionale* (a cura di Giovanna MONTELLA) 13

ABSTRACT
E NOTIZIE SUGLI AUTORI

- **Alessandra ALGOSTINO**, *Professore associato di Diritto costituzionale (Università degli Studi di Torino)*

ISDS (Investor State Dispute Settlement), il cuore di tenebra della global economic governance e il costituzionalismo

Abstract (ITA): *ISDS (Investor-State Dispute Settlement), punta di diamante della global economic governance: come e perché una materia apparentemente estranea al côté del costituzionalista, è, invece, essenziale – ed esiziale – per il costituzionalismo e la democrazia. I meccanismi ISDS esautorano gli organi giudiziari statali e con la loro forza, sanzionatoria e deterrente, comprimono la potestà decisionale degli Stati, a livello politico e normativo. È in atto un conflitto fra due prospettive, in senso lato costituzionali, differenti, che incide sul rapporto fra economia e politica, sulla sovranità (degli Stati e popolare), sui principi fondanti l'ordinamento, sulla garanzia dei diritti, sul sistema delle fonti, sul ruolo degli organi costituzionali.*

Lo studio analizza la struttura, il funzionamento e gli effetti degli arbitrati internazionali presso l'ICSID (sistema World Bank), quanto alla legittimazione, all'organizzazione, al quadro giuridico di riferimento, per poi riflettere su alcune dicotomie (pubblico-privato, government-governance) e sulla torsione che la razionalità neoliberista impone alla democrazia, alla sovranità, al diritto.

Abstract (EN): *ISDS (Investor-State Dispute Settlement) as leading edge of global economic governance: how and why a subject which apparently has nothing to do with the constitutionalist's field, is on the contrary essential – and harmful – for constitutionalism and democracy. The ISDS procedures weaken the State judicial bodies and – by their penalty and deterrent power – reduce the decision capability of the States both at political and deliberative level. We are dealing with a conflict between two perspectives which are, broadly speaking, constitu-*

tional and different. This contrast affects the relationship among economics and politics, the concept of sovereignty (popular and of the States), the founding principles of the system, the guarantee of rights, the system of sources of the law and the role of constitutional authorities.

The purpose of this study is to analyse the structure, the functioning and the effects of international arbitrations inside ICSID (World Bank system), for what concerns the legitimacy, the organization, the relevant legal framework. The resulting reflection highlights some remarkable dichotomies (public-private, government-governance) as well as the “torsion” imposed by neo-liberalism to democracy, sovereignty and law.

➤ **Adriana APOSTOLI**, *Professore associato di Diritto costituzionale (Università degli Studi di Brescia)*

Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità

Abstract (ITA): *Il saggio propone qualche considerazione su alcune delle più significative implicazioni del principio solidaristico che riguardano, da un lato, la più generale tematica della forma istituzionale dell'ordinamento e, dall'altro lato, la necessaria estensione soggettiva dei doveri, quindi la problematica della universalità delle situazioni giuridiche soggettive.*

Tale contributo ha l'obiettivo di coniugare indicazioni costituzionali e possibilità interpretative imposte dalle nuove dinamiche sociali, utilizzando, per quanto possibile, ricostruzioni che consentano di porre la tematica dei diritti in posizione di pari ordinazione rispetto a quella dei doveri, per poter almeno riuscire ad affermare che una evoluzione verso un nuovo primato dei doveri degli individui può rappresentare, oggi in misura maggiore che in passato, un fattore in grado di trascendere le differenze sociali, culturali, etniche ed indirizzare per tale via gli ordinamenti giuridici – non più solo nazionali – verso un reale soddi-

sfacimento tanto del principio d'uguaglianza quanto del concetto di cittadinanza sociale.

Abstract (EN): *The essay offers a few comments on some of the most significant implications of solidarity principle, which affect, on the one hand, the more general issue of the institutional framework of the legal order and, on the other hand, the necessary subjective extension of constitutional duties and the correlated problem of the universality of subjective legal positions.*

The aim is to combine constitutional provisions and possible interpretations imposed by new social dynamics, using, as far as possible, arguments that permit to put individual rights in a position of equality than the duties. This in order to assert that nowadays an evolution towards a new “primacy” of individual duties can help to go beyond social, cultural and ethnic differences, and to direct legal systems – not only national ones – towards a real satisfaction both of equality principle and social citizenship.

➤ **Stefano ARU**, Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche (Università degli Studi di Cagliari)

La clausola di supremazia statale nel d.d.l. di revisione costituzionale: si scrive “interesse nazionale”, si legge “indirizzo politico-governativo”

Abstract (ITA): *La clausola di supremazia statale prevista nell'art. 31 del pro-getto di revisione in esame è espressione, in astratto, di un'esigenza costituzionalmente rilevante e, per certi versi, doverosa. Tuttavia, cercheremo di mostrare come, in concreto, sia fondato il rischio per cui la clausola in oggetto, da strumento volto alla tutela dell'unità giuridica ed economica e dell'interesse nazionale, possa debordare dai fini per i quali è stata prefigurata e tramutarsi in meccanismo per il perseguimento dell'indirizzo politico-governativo.*

Abstract (EN): *The State supremacy clause established by art. 31 of the Italian Constitution's revision project now under discussion in the Italian Parliament, is an expression of a significant and compelling constitutional need: the economic and juridical unity of the Italian State. Nevertheless, this paper aims to show the risks connected to the use of the supremacy clause, particularly its transformation into an instrument to pursue the political aims of the Government rather than as a defense of the juridical-economic unity and, more broadly, the national interest.*

- **Gianluca BASCHERINI**, *Ricercatore confermato in Diritto costituzionale («Sapienza» - Università di Roma)*

***La solidarietà politica
nell'esperienza costituzionale repubblicana***

Abstract (ITA): *Fino a pochi anni fa il tema dei doveri costituzionali di solidarietà ha goduto di scarsa fortuna e solo di recente è tornato all'attenzione degli studiosi. In questa ripresa, lo specifico ambito dei doveri di solidarietà politica evidenzia la centralità delle questioni inerenti ai soggetti dei doveri, e ciò in ragione del ruolo storicamente giocato da questi nel definire soggetti e contenuti della cittadinanza costituzionale. Muovendo da tali premesse, il saggio si propone di esaminare alcune delle dinamiche che hanno interessato i doveri di solidarietà politica nell'esperienza costituzionale repubblicana e di sottolineare le necessità di un aggiornamento della riflessione sui doveri costituzionali di solidarietà politica e non solo, alla luce dei mutamenti in atto e all'altezza del valore civico che caratterizza il discorso costituzionale dei doveri di solidarietà.*

Abstract (EN): *Until a few years ago, constitutional solidarity duties haven't received much consideration and only recently have regained the attention of scholars. In this resumption, the specific scope of political solidarity duties highlights the centrality of the subjects of those duties, because of the role historically played by them in de-fining contents and*

boundaries of constitutional citizenship. Moving by this premises, this essay aims to examine some dynamics that have interested political solidarity duties in the republican constitutional experience and underline the necessity to renew the meditation over political, economical and social solidarity duties, considering the changes occurring, and keeping in mind the stature and the great civil value that characterizes the constitutional discourse over solidarity duties.

- **Francesco BILANCIA**, *Professore ordinario di Diritto costituzionale (Università «G. d'Annunzio» di Chieti-Pescara)*

Is Constitutionalism on the wane?

Moving from P. Dobner, M. Loughlin (eds), The Twilight of Constitutionalism, Oxford University Press, 2010 towards an updated bibliography.

Abstract: *Il costituzionalismo è in declino? Muovendo da questa domanda vengono sviluppate, con un'analisi critica della più recente letteratura, alcune riflessioni a partire da P. DOBNER, M. LOUGHLIN (eds), The Twilight of Constitutionalism, Oxford University Press, 2010.*

- **Lorenza CARLASSARE**, *Professore emerito di Diritto costituzionale (Università degli studi di Padova)*

Solidarietà: un progetto politico

Abstract (ITA): *L'Autrice riflette sul significato della solidarietà e sulla necessità di riaffermare il principio prescrittivo su cui si fonda l'intero sistema repubblicano. La tesi di fondo è che la solidarietà non debba essere neutralizzata, al fine di evitare che la dignità e l'uguaglianza, principi attraverso i quali la solidarietà deve essere letta, siano privati del proprio fondamento.*

Abstract (EN): *The essay deals with the prescriptive meaning of the constitutional principle of solidarity, in order to assess the prescriptive value of the constitution itself, on which is founded the republican system. Solidarity must not be neutralized in order not to deprive dignity and equality of their own foundation.*

- **Paolo CARNEVALE**, *Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico (Università degli Studi «Roma Tre»)*

L'Ufficio centrale della Cassazione dichiara legittime le richieste di referendum costituzionale: non c'è due senza tre

Abstract (ITA): *L'articolo affronta la questione della definizione del titolo della richiesta referendaria relativa al procedimento di revisione costituzionale di cui al disegno di legge Renzi-Boschi, argomentando circa la possibile via per consentirne una ridefinizione corrispondente agli effettivi contenuti della riforma.*

Abstract (EN): *The essay deals with the question of the headline of popular referendum claim about government constitutional reform bill Renzi-Boschi, arguing on the possibility to change it through a legal procedure in order to adapt it to the real contents of the constitutional reform itself.*

- **Giovanna DE MINICO**, *Professore associato di Diritto costituzionale (Università degli Studi di Napoli «Federico II»)*

Net Neutrality come diritto fondamentale di chi verrà

Abstract (ITA): *Se Internet è diventata quello che è, lo deve a chi, partendo con molte idee e poche risorse, ha saputo sfruttare le capacità espansive offerte dalla rete. Il saper innovare dei giganti della rete va*

rispettato e ancora favorito, ma la domanda è: come garantire che l'ingresso rimanga aperto per altri soggetti che ne ripetano la storia, e di nuovo con poche risorse e molte idee si mettano in campo, innovando l'offerta di servizi e di contenuti?

La formula magica è net neutrality.

Il lavoro parte dalla nozione di net neutrality per poi interrogarsi su tre questioni di fondo. È necessaria una norma imperativa a garanzia della neutralità della rete? In caso di risposta positiva, quale è il soggetto chiamato a porla? E, infine con quali contenuti?

L'Autrice individua nelle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, e principalmente nel diritto a essere informati di noi utenti finali, il parametro per rispondere agli interrogativi suindicati.

Il percorso argomentativo perviene alla conclusione che qualsivoglia disciplina, una combinazione di norme imperative con regole consensuali, si voglia dare alla net neutrality questa dovrà avere il suo centro nella persona accolta nella sua completa dimensione costituzionale e al tempo stesso dovrà riservare la capacità trasmissiva e innovativa della rete non solo a chi già c'è, ma anche a chi verrà, perché le generazioni future hanno il nostro stesso diritto di intrapresa economica e di crescita interiore.

Abstract (EN): *If the Internet has become what it is, this is due to those who, starting with many ideas and few resources, have been able to exploit the capabilities offered by the expansive network. The ability to innovate of the network giants must be respected, and still supported, but the question is how to ensure that the network remains open to new entrances who may repeat the story and again, with few resources and a lot of ideas, offer new services and content.*

The magic formula is net neutrality.

This paper starts from the notion of net neutrality and then poses three basic questions. Is a mandatory rule necessary to guarantee net neutrality? If so, who should be in charge to establish it? And, finally, what features should be assigned to it?

The author identifies in the fundamental rights involved, and basically in the right to be informed of the end users, the parameter to respond to the above questions.

The reasoning comes to the conclusion that any discipline, laid down for the net neutrality, combining mandatory provisions with consensual rules, will have to focus in the person, meant in his full constitutional dimension. Furthermore, such discipline will have to reserve the transmission capacity and the innovative features the network not only to the existing, but also to feature people. Indeed, future generations must be granted, like us, the right to undertake economic activities and to pursue human goals.

➤ **Ilenia MASSA PINTO**, *Professore associato di Diritto costituzionale (Università degli Studi di Torino)*

Principio di solidarietà, abuso del diritto e indefettibile necessità di un ordinamento coercitivo: appunti per una riconsiderazione della dottrina pura del diritto al tempo dell'anomalia

Abstract (ITA): *Le molteplici declinazioni del principio costituzionale di solidarietà, i suoi possibili sviluppi e specificazioni, la sua portata pervasiva nell'ordinamento complessivo, a fondamento di alcuni diritti e quale limite all'esercizio di altri, ivi comprese la sua declinazione "fraterna" in chiave antistatalista, che lo legherebbe al principio di sussidiarietà, e la sua declinazione "emancipante" o "inclusiva" in chiave statalista, che lo legherebbe al principio di uguaglianza sostanziale e a quello di dignità, richiedono inevitabilmente scelte politiche conseguenti, e non certo alchimie tecnico-sapientziali.*

Il linguaggio assai poco sorvegliato con il quale si chiama in causa la Costituzione nelle sue parti materiali indeterminate, ivi compreso il principio di solidarietà, di fronte alle richieste di riconoscimento sempre "nuove" che provengono dalla società (le "nuove" povertà, le "nuove" famiglie, i "nuovi" cittadini, i "nuovi" rapporti di lavoro...), o di fronte ad arretramenti di tutele precedentemente previste a livello legislativo, è ormai proprio non solo del dibattito pubblico, ma anche degli specialisti. L'osservatore non può che giungere alla conclusione che, soprattutto una volta che ci si è immessi lungo i percorsi della ragionevole

lezza dei bilanciamenti, e del riconoscimento ai principî costituzionali stessi della forza di determinare direttamente nell'ordinamento antinomie e lacune, ci si è già immessi lungo i percorsi degli universi etici, delle ideologie, dei desiderata e delle lacune assiologiche, perché ogni riconoscimento non può mai avvenire "a costo zero": qualcuno vince e qualcuno perde. E se il riconoscimento viene realizzato a colpi di sentenze che pretendono di dar fiato alle parole della Costituzione, a perdere è soprattutto la lotta politica da cui, invece, dovrebbero risultare i significati di quelle parole.

Il tentativo è quello di individuare un possibile ruolo del principio in esame quale principio formale di dottrina pura del diritto (e, dunque, quale principio strutturale di ogni ordinamento giuridico), da cui si possano ricavare alcune osservazioni in tema di "abuso del diritto"

Abstract (EN): *The principle of solidarity, its meanings, contents and developments, both in its "fraternal" version, involved with the principle of subsidiarity, and in its "inclusive" version, involved with the principle of equality, need consistent policies, and not erudite alchemy.*

Constitutional unspecified principles must be defined through political conflict and not by judgements which directly consider constitutional principles in their rational and reasonable balancing.

This essay aims at pointing out a structural statute for the principle of solidarity which permits to find out important results in terms of "abuse of law".

➤ **Giovanna MONTELLA**, *Ricercatore confermata di Diritto pubblico comparato («Sapienza» - Università di Roma)*

«Solidarietà sociale e coscienza nazionale», di Léon Duguit

Abstract: *Il testo che si presenta è tratto da una delle opere più imponenti di Léon Duguit: l'État le droit objectif et la loi positive, che venne pubblicato a Parigi per i tipi delle prestigiose edizioni Albert Fontemoing nel 1901.*

Il volume, assieme a l'État, les gouvernants et les agents, del 1903, rappresenta il frutto di un periodo appassionato e particolarmente produttivo del fondatore dell'École du Service public.

- **Cesare PINELLI**, Professore ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico («Sapienza» - Università di Roma)

Oligarchie finanziarie mondiali, democrazie nazionali e la dicotomia pubblico/privato. Qualche riflessione per i giuristi

Abstract (ITA): *L'Autore muove dalla premessa che gran parte dei giuristi impegnati nello studio dei rapporti fra costituzionalismo e globalizzazione tendono a trascurare il crescente ruolo dei mercati globali nel determinare le scelte e i processi decisionali delle democrazie. In questo scenario il saggio ricerca le ragioni di questa tendenza, con particolare riferimento ai giuristi che sostengono variamente la tesi del costituzionalismo oltre lo stato, e propone alcuni suggerimenti per inquadrare la sfida dei mercati globali al costituzionalismo.*

Abstract (EN): *The Author argues that most part of the current scholarly accounts of the globalization/constitutionalism relationship tend to neglect the increasing role of global markets in shaping the democratic choices and decision-making processes. Against such background the paper researches the reasons of such neglect, with particular respect to the 'constitutionalism beyond the state' thesis, and affords some suggestions on the comprehension of the global markets' challenge to constitutionalism.*

- **Roberto PROSSOMARITI**, *Scuola di Specializzazione per le Professioni legali («Sapienza» - Università di Roma)*

***Riflessioni sul segreto di Stato a partire dal caso Abu Omar:
quali prospettive dopo la condanna di Strasburgo?***

Abstract (ITA): *In occasione della pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso Abu Omar, l'articolo propone una ricostruzione dell'istituto del segreto di Stato nell'ordinamento italiano. A partire dalla vicenda del rapimento dell'imam egiziano, si analizzano alcuni aspetti della legge n. 124 del 2007, anche con riferimento alle diverse prospettive ermeneutiche offerte dalla giurisprudenza ordinaria e costituzionale. Gli aspetti problematici di maggior rilievo concernono le modalità del sindacato della Corte costituzionale sugli atti presidenziali di apposizione e conferma del segreto e gli ostacoli che il vincolo di segretezza è in grado di frapporre all'accertamento della verità nei procedimenti penali, specie quando ad essere lesi siano i diritti fondamentali della persona.*

Abstract (EN): *In light of the decision of the European Court of Human Rights about the Abu Omar Case, this article proposes a study of State secret institution in Italian Law. Taking the kidnapping of the Egyptian Imam as starting point, it analyzes relevant aspects of law n. 124/2007, also considering different hermeneutical points of view offered by ordinary and constitutional case-law. The central issues concern Italian Constitutional Court's control of the acts by which Prime Minister affixes and confirms State secret, and how secrecy may obstruct judicial investigation in criminal prosecution, especially when fundamental human rights are concerned.*

- **Eligio RESTA**, *Professore emerito di Filosofia del Diritto (Università degli Studi «Roma Tre»*

Il racconto della fraternità

Abstract (ITA): *Una riflessione sulle implicazioni e i paradossi della fraternità e della solidarietà, quando tali idee siano inscritte nei tessuti normativi delle Costituzioni nazionali.*

Abstract (EN): *A reflection on the implications and paradoxes of fraternity and solidarity, when such ideas are part of the normative fabric of the national Constitutions.*

-
- **Chiara TRIPODINA**, *Professore associato di Diritto costituzionale (Università del Piemonte orientale)*

La Costituzione di Duccio

Il “progetto di Costituzione Confederale europea ed interna” di Duccio Galimberti e Antonino Rèpaci a settant’anni dalla prima pubblicazione (1946-2016)

Abstract (ITA): *In questo saggio l’Autrice, ricostruita la vicenda biografica di Duccio Galimberti, eroe della Resistenza piemontese, si impegna nello studio - a settant’anni dalla prima pubblicazione - del Progetto di Costituzione confederale europea ed interna, redatto da Duccio Galimberti insieme all’amico Antonino Rèpaci tra l’autunno del 1942 e l’8 settembre del 1943. Il Progetto di Costituzione, accanto a previsioni che colpiscono per la lungimiranza e a utopie che meritano ancora di essere perseguite, presenta anche distopie e contraddizioni non ignorabili, a partire dal divieto di costituzione di partiti politici. E tuttavia merita di essere studiato come prezioso tassello di una vita spesa, sia nell’azione che nel pensiero, per la costruzione di un’Europa finalmente pacificata e unita, e un’Italia finalmente libera, democratica e repubblicana.*

Abstract (EN): *In this essay the author reconstructs the life story of Duccio Galimberti, hero of the Resistance in Piedmont, and studies - seventy years after first publication - the Progetto di Costituzione confederale europea ed interna written by Duccio Galimberti with his friend Antonino Rèpaci between the autumn of 1942 and 8 September 1943. The Progetto di Costituzione, alongside predictions striking for their foresight and utopias that still merit to be pursued, also presents distopias and contradictions that cannot be ignored. Nevertheless it merits to be studied as a precious item of a life spent both in action and in thought, for the construction of a pacified and united Europe, and a free, democratic and republican Italy.*

➤ **Massimo VILLONE**, *Professore emerito di Diritto costituzionale (Università degli Studi di Napoli «Federico II»)*

La riforma Renzi-Boschi: governo forte, Costituzione debole

Abstract (ITA): *La riforma costituzionale appena approvata è ispirata dall'intento di condurre profondi mutamenti nel sistema della Costituzione italiana del 1948. Gli esiti saranno un drastico rafforzamento del Governo e del Primo ministro a scapito di un radicale indebolimento delle istituzioni parlamentari. Esiti aggravati dai meccanismi introdotti dalla nuova legge elettorale (l. 52/2015). In conseguenza di queste scelte sono a rischio i valori costituzionali cardine della partecipazione del popolo e della rappresentanza politica.*

Abstract (EN): *The recently approved constitutional reform is aimed at a dramatic modification of the structural layout of the 1948 Constitution. It ends up in a stronger Government and Prime Minister, and a correspondingly much weaker Parliament. This is especially clear when the new electoral law (52/2015) is taken into account. As a consequence, the cornerstone constitutional values of democratic participation and political representation are at risk*

PARTE I
SOLIDARIETÀ

IL CONSOLIDAMENTO DELLA DEMOCRAZIA ATTRAVERSO LA PROMOZIONE DELLA SOLIDARIETÀ SOCIALE ALL'INTERNO DELLA COMUNITÀ

di *Adriana Apostoli*

SOMMARIO: 1. *La solidarietà come premessa - spesso presupposta o implicita - degli ordinamenti democratici;* 2. *Principio solidarista e doveri inderogabili;* 3. *Il bilanciamento tra i diritti inviolabili e i doveri inderogabili di solidarietà;* 4. *Il principio di solidarietà alla prova dei fatti, anche nell'ottica europea;* 5. *Una nuova concezione di «comunità» necessariamente oltre i classici confini nazionali.*

1. La solidarietà come premessa – spesso presupposta o implicita – degli ordinamenti democratici

Il riconoscimento dei diritti dell'uomo all'interno delle Costituzioni moderne si ricollega alla tradizione degli ideali della Rivoluzione francese, ossia alla triade *libertà, uguaglianza, fraternità*. Nonostante il concetto di *fratellanza*, riconducibile all'idea dell'ampliamento e del rafforzamento della libertà individuale attraverso la combinazione solidaristica di più sfere dei singoli, si fosse attestato in Francia già nel XVII secolo, assumendo poi il suo significato moderno solo negli anni Trenta e Quaranta dell'Ottocento, una sua puntuale definizione giuridica rimane tuttora particolarmente complessa. Eppure, anche la solidarietà si inserisce a pieno titolo nel «nucleo duro» dei valori che appartengono al costituzionalismo occidentale contemporaneo, concorrendo ad esprimere i caratteri distintivi delle organizzazioni statali.

Ciononostante, alla meticolosa attenzione con cui, soprattutto a partire dalla fine del Secondo conflitto mondiale, si è guardato in tutti gli ordinamenti giuridici all'affermazione dei *diritti dell'uomo*, non è corrisposta un'uguale insistenza sulla positivizzazione dei correlati *doveri* (e delle relative responsabilità), con un conseguente squilibrio tra elementi che presentano una indiscutibile omogeneità di fine e sono chiamati a caratterizzare, in condizione di pari ordinazione, le finalità primarie che il sistema sociale e politico ha la necessità di perseguire.

Le dichiarazioni di principio contenute nella Costituzione italiana del 1948 sono perfettamente in linea con la tradizione del costituzionalismo occidentale¹. In particolare, esiste uno stretto legame tra quanto sancito dall'art. 3 Cost. e quanto disposto dall'art. 2 in tema di diritti inviolabili e doveri inderogabili. Da un lato, l'uguaglianza formale è presupposto per l'uniformazione del regime dei diritti di libertà individuali a favore di tutti i soggetti dell'ordinamento; dall'altro lato, l'uguaglianza sostanziale coinvolge direttamente i pubblici poteri, imponendo loro di prendere atto della incidenza che le concrete situazioni sociali ed economiche hanno sulla possibilità del pieno sviluppo delle persone, e quindi di adottare misure volte a porre gli individui nelle condizioni di poter effettivamente godere dei diritti costituzionalmente previsti, di realizzare pienamente sé stessi e le proprie aspirazioni². A tal fine, un rilievo particolare è assunto dal principio solidaristico, il cui esplicito riconoscimento segna una vera e propria svol-

¹ L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, Padova, Cedam, 2001, p. 83. L'art. 2, affermando che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», accoglie, allo stesso tempo, il principio personalista, tramite il riconoscimento del primato della persona e dei suoi diritti rispetto allo Stato, il principio pluralista, che ne rappresenta un corollario, e quello solidaristico, inscindibilmente legato ai primi due. Con riguardo a quest'ultimo, la Costituzione italiana pone esplicitamente il piano dei doveri nel solco delle libertà fondamentali, giustapponendo, all'art. 2, diritti inviolabili e doveri di solidarietà. Essa, con la stessa determinazione con la quale impone ai pubblici poteri e ai consociati il massimo impegno affinché l'effettività dei diritti umani sia posta come fine ultimo dello «Stato-apparato» così come dello «Stato-comunità», allo stesso tempo invoca, da parte di entrambi, l'adempimento dei doveri di solidarietà. Il principio di uguaglianza trova invece solenne riconoscimento nell'art. 3, tanto sotto il profilo formale, eredità del costituzionalismo liberale, quanto in una prospettiva sostanziale, che segna l'evoluzione dallo «Stato di diritto liberale» verso lo «Stato sociale di diritto» (cfr. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, III ed., Padova, Cedam, 2001, p. 287). In particolare, il secondo comma dell'art. 3, rappresenta il «programma generale» dell'intero ordinamento, l'indicatore più significativo in base al quale tutti gli obiettivi costituzionali devono essere perseguiti e coordinati. Esso riguarda l'intera società e impone il maggior risultato complessivo da raggiungere, ossia il pieno e integrale sviluppo della persona umana – compito prioritario cui deve tendere l'ordinamento della Repubblica – e, come parte integrante e necessaria di questo sviluppo, la partecipazione più ampia e consapevole possibile alla organizzazione economica, politica e sociale (In questo senso, G. U. RESCIGNO, *Il progetto consegnato nel comma secondo dell'art. 3 della Costituzione italiana*, Relazione al Seminario interdisciplinare sul tema «Attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro (artt. 1, 3 e 4 Cost.)», organizzato dall'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e dall'Associazione italiana dei costituzionalisti, 11 luglio 2008).

² Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 285 ss.

ta rispetto al passato³, nonostante il tema presenti ancora gravi lacune ricostruttive nella dottrina giuridica⁴, che sovente tende a confinare il principio in commento sul piano della teoria generale o della filosofia del diritto, piuttosto che inserirlo nei formanti del diritto per riuscire ad indagarne gli effetti giuridici⁵.

Come è noto la solidarietà, che si esplica per la Costituzione italiana attraverso l'adempimento dei «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», oltre ad essere posta alla base delle relazioni intersoggettive tra i membri di una comunità, diviene un presupposto indefettibile della sua stessa esistenza, risultando altresì coesenziale, insieme al principio di uguaglianza, alla tutela della *dignità* dei singoli⁶.

Ne deriva che il sistema giuridico della solidarietà, declinato in svariate figure di doveri costituzionali nonché in previsioni di situazioni giuridiche a carattere sociale, da un lato «incorpora» il concetto di uguaglianza sostanziale e dall'altro assume una particolare rilevanza e trova una sua prima specificazione attraverso l'art. 3 Cost., che contribuisce a delinearne il principio solidaristico in termini di *integrazione* della persona nella vita dell'ordinamento e della collettività⁷.

³ Cfr. B. PEZZINI, *Dimensioni e qualificazioni nel sistema costituzionale di solidarietà*, in B. PEZZINI, C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 93. Per una sintetica rassegna delle previsioni relative ai doveri contenute nelle altre Costituzioni europee, v. G. BARONE, *Diritti, doveri, solidarietà, con uno sguardo all'Europa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, n. 6, pp. 1249 ss. Per una documentazione approfondita di fonti costituzionali nazionali, europee ed internazionali in materia di doveri costituzionali, si veda l'appendice di J. LUTHER al volume R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, Giappichelli, 2007).

⁴ Quello dei doveri, secondo parte della dottrina, è a tutt'oggi «un terreno pressoché vergine» (L. VIOLINI, *I doveri inderogabili di solidarietà: alla ricerca di un nuovo linguaggio per la Corte costituzionale*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, cit., p. 518).

⁵ C. PINELLI, *Questioni di frontiera. Cittadini, stranieri, persone*, in ID., *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti 1985-2011*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 178, osserva che «Da noi il capitolo dei doveri è stato rimosso man mano che andava declinando l'ideologia statualista, alla quale è stato associato nella percezione collettiva e forse anche in quella dei costituzionalisti, almeno a giudicare dalla loro scarsa attenzione alla materia».

⁶ Infatti, l'indirizzo programmatico di cui al secondo comma dell'art. 3, che impone alla Repubblica di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale» che limitano la libertà e l'uguaglianza – e quindi la «pari dignità» sociale – degli individui, non può realizzarsi se non mobilitando il valore della solidarietà sancito dall'art. 2 della Costituzione.

⁷ Cfr. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Democrazia e diritto*, 4/1994-1/1995, p. 51.

L'interconnessione tra questi valori imprescindibili definisce, con un sufficiente grado di precisione, un quadro nel quale la libertà, la solidarietà e l'uguaglianza concorrono a valorizzare le diversità proprie di ciascun individuo, facendole confluire ed integrandole nella società e nell'ordinamento, nei quali si deve realizzare il pieno sviluppo di ogni persona umana.

Lo stesso giudice costituzionale ha rimarcato il carattere fondamentale della solidarietà, principio supremo che, «comportando l'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente»⁸. In effetti tale principio esprime il bisogno di coesione nella comunità, che trova soddisfazione nell'apporto reciproco e nella socialità. Il suo carattere essenziale ai fini dell'integrazione e della convivenza fa sì che lo sviluppo e la promozione del principio di solidarietà rappresentino «un compito che coinvolge l'intera comunità nazionale e che, pertanto, dev'essere congiuntamente perseguito, nel rispetto delle correlative competenze costituzionali, dallo Stato, dalle regioni e dalle province autonome»⁹.

La solidarietà, inscindibilmente legata all'uguaglianza e alla giustizia, e la necessità che la comunità condivida i costi della esistenza collettiva, anche oltre i confini della statualità, rappresentano principi e chiavi di lettura essenziali rinvenibili nella nostra Carta fondamentale, in particolare in quelle disposizioni che richiamano, esplicitamente o implicitamente, i «fini sociali» dell'economia e dell'agire privato e pubblico¹⁰.

Nelle indicazioni del costituzionalismo moderno sia i diritti di libertà sia i diritti sociali corrispondono a valori e bisogni primari della persona, storicamente e culturalmente determinati, al punto che il loro grado di garanzia concorre a definire la stessa qualità di una democra-

⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 75 del 1992, in *Giur. cost.*, 1992, p. 415.

⁹ Corte costituzionale, sentenza n. 202 del 1992, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1487.

¹⁰Cfr. L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in M. NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano, Vita e pensiero, 1998, pp. 12 ss.

zia¹¹. Le Costituzioni attualmente vigenti in Occidente esprimono la necessità di estendere il principio democratico all'intera struttura complessiva della comunità statale, e quindi oltre la sfera dei tradizionali rapporti politici, al fine di attenuare le conseguenze più gravi dell'assetto economico-sociale fondato sul principio della proprietà¹². Si capisce bene, allora, come un ordinamento che si definisca democratico, «per essere realmente tale, per garantire l'effettività del principio di democraticità, deve porsi necessariamente anche quale Stato sociale», così «temperando le ingiustizie» e le relative tensioni sociali¹³.

Non si tratta di scelte casuali o “domestiche”. Le posizioni giuridiche soggettive attive e passive presentano infatti una dimensione ultranazionale da cui non è possibile prescindere, anche in virtù del fatto che gli obiettivi posti alla base di ogni ordinamento costituzionale sempre più difficilmente possono essere perseguiti unicamente dai singoli Stati, «entità divenute sempre più piccole e impotenti di fronte alla mondializzazione dell'economia».

In questo quadro, «la manutenzione ed anche il recupero dei diritti sociali non può che essere tentato e sostenuto da un'entità più grande e maggiormente attrezzata», quale è l'Unione europea¹⁴.

A questo proposito, già nella *dichiarazione Schuman*, contenente le aspirazioni e gli obiettivi posti alla base dell'integrazione europea, è rinvenibile il concetto di solidarietà, laddove si afferma che «L'Europa non si farà d'un tratto, né secondo un unico piano generale:

¹¹ Cfr. R. GRECO, *Diritti sociali, logiche di mercato e ruolo della Corte costituzionale*, in *Questione giustizia*, 1994, n. 2-3, p. 255. In altri termini, «i diritti sociali, derivazione non solo storica, ma logica, del principio di uguaglianza [...], diventano un connotato ineliminabile della democrazia, al pari dei diritti fondamentali nati nel tronco dell'idea di libertà» (M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Democrazia e diritto*, 4/1994-1/1995, p. 111).

¹² Cfr. V. CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, in ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 115 ss.; l'Autore parla esplicitamente di «contenuto sociale positivo» delle moderne Costituzioni.

¹³ C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, Cedam, 1996, p. 344. La riformulazione dei rapporti «tra singolo e comunità, tra comunità, società e Stato si realizza dunque attraverso la conservazione della garanzia dei diritti fondamentali e la contestuale introduzione del vincolo di socialità con la previsione di interventi correttivi dei pubblici poteri. *Impronta individualistica e principio di solidarietà sociale* sono i due poli intorno ai quali ruota questa trasformazione» (P. BARCELLONA, *Il declino dello Stato*, Bari, Dedalo, 1998, p. 148).

¹⁴ P. COSTANZO, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea*, in *www.giurcost.org*, 2008.

essa si farà attraverso delle realizzazioni concrete, creando anzitutto una solidarietà di fatto».

I Trattati fondativi, a partire da quello istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio del 1951 e da quello sulla Comunità Economica Europea del 1957, prevedevano fin dall'origine richiami espliciti al vincolo solidaristico e alla coesione economica e sociale¹⁵.

La versione attuale – come modificata dal Trattato di Lisbona – del Trattato sull'Unione europea contiene nel Preambolo la solenne dichiarazione che tra gli obiettivi dell'Unione vi è quello di «intensificare la solidarietà» tra i popoli degli Stati membri «rispettandone la storia, la cultura e le tradizioni»¹⁶.

Anche il Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea attribuisce rilevanza al principio solidaristico, soprattutto in materia di libera circolazione, asilo e immigrazione, affermando, già nel Preambolo, che è intenzione dell'Unione «confermare la solidarietà che lega l'Europa ai paesi d'oltremare» e «assicurare lo sviluppo della loro prosperità conformemente ai principi dello statuto delle Nazioni Unite»¹⁷.

I numerosi riferimenti al principio solidaristico all'interno dei Trattati e di altri documenti europei inducono a ritenere che il modello so-

¹⁵ Sul concetto di «coesione sociale», si veda Q. CAMERLENGO, *La dimensione costituzionale della coesione sociale*, in *www.rivistaaic.it*, n. 2/2015.

¹⁶ I Capi di Stato e di Governo dei Paesi membri non si sono accontentati, tuttavia, di porre a fondamento dell'Unione europea tali principi generalissimi di chiara natura costituzionale, ma hanno richiamato altresì i concetti di «sviluppo sostenibile», «economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale», «elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente», «progresso scientifico e tecnologico», «la giustizia e la protezione sociali», «la parità tra donne e uomini», «la solidarietà tra le generazioni», «la tutela dei diritti del minore», «la coesione economica, sociale e territoriale», «la solidarietà tra gli Stati membri» (articolo 3, paragrafo 3, TUE).

¹⁷ La solidarietà è posta altresì alla base di alcuni importanti documenti, tra cui vanno necessariamente ricordati la Carta sociale europea e la Carta europea dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, oggi esplicitamente menzionate dal Trattato di Lisbona. E ancora, la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, approvata a Nizza nel 2000, avente oggi, in virtù di una disposizione del Trattato di Lisbona, vincolatività giuridica, dedica l'intero Capo IV alla «Solidarietà», ricomprendendovi le disposizioni sul diritto al lavoro e sugli specifici diritti dei lavoratori (tra i quali il diritto all'informazione, alla negoziazione e alle azioni collettive, all'accesso ai servizi di collocamento, alla tutela in caso di licenziamento ingiustificato, a condizioni di lavoro giuste ed eque), sulla sicurezza sociale e l'assistenza sociale, sulla protezione della salute, sulla tutela dell'ambiente e sulla protezione dei consumatori.

ziale europeo si fondi su una precisa idea di diritti, solidarietà e sviluppo sostenibile che indubbiamente, quantomeno da un punto di vista formale, rappresentano elementi costitutivi della tradizione culturale e politica europea.

Letture quella proposta confermata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, dalle cui affermazioni si ricava che, nonostante una certa “distanza” tra l’accezione del vincolo solidaristico utilizzata dal giudice di Lussemburgo e quella fatta propria dalla Costituzione italiana, in generale i principi di uguaglianza e di solidarietà sono indubitabilmente valori cardine non solo per gli ordinamenti interni, ma anche per quello europeo, le cui fondamenta, tuttavia, sono esplicitamente poste su un piano differente, quello, cioè, della *solidarietà tra gli Stati membri* (principio richiamato espressamente dall’art. 3, paragrafo 3, TUE e da altre disposizioni dei Trattati)¹⁸.

In tale accezione, la solidarietà costituirebbe il fondamento di tutto il sistema «comunitario» nonché la base giuridica degli obblighi sanciti per gli Stati membri dai Trattati stessi e dal diritto derivato, in particolare dai regolamenti europei. Conseguentemente, la Corte di giustizia europea ha affermato che la circostanza «che uno Stato, in considerazione dei propri interessi nazionali, rompa unilateralmente l’equilibrio tra i vantaggi e gli oneri derivanti dalla sua appartenenza alla Comunità, lede l’uguaglianza degli Stati membri dinanzi al diritto comunitario e determina discriminazione a carico dei loro cittadini, in primissimo luogo di quelli dello Stato che trasgredisce le norme co-

¹⁸ In materia di solidarietà tra Stati membri, l’articolo 122, paragrafo 1, TFUE prevede che «il Consiglio, su proposta della Commissione, può decidere, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell’approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell’energia». E ancora, l’art. 194, paragrafo 1, sancisce che «Nel quadro dell’instaurazione o del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell’esigenza di preservare e migliorare l’ambiente, la politica dell’Unione nel settore dell’energia è intesa, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, a: a) garantire il funzionamento del mercato dell’energia, b) garantire la sicurezza dell’approvvigionamento energetico nell’Unione, c) promuovere il risparmio energetico, l’efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili, d) promuovere l’interconnessione delle reti energetiche». Infine, il Titolo VII del Trattato contiene una «clausola di solidarietà» in base alla quale «L’Unione e gli Stati membri agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall’uomo. L’Unione mobilita tutti gli strumenti di cui dispone, inclusi i mezzi militari messi a sua disposizione dagli Stati membri [...]» (articolo 222 TFUE).

munitarie»; di conseguenza, «questo venir meno ai doveri di solidarietà accettati dagli Stati membri con la loro adesione alla Comunità scuote dalle fondamenta l'ordinamento giuridico comunitario»¹⁹.

Volendo costruire una sorta di parallelismo alla luce delle valutazioni espresse dal giudice europeo, si potrebbe affermare che, come a livello interno il rapporto tra libertà e solidarietà è descritto dalla formula per cui gli individui «ricevono diritti e restituiscono doveri», analogamente, a livello sovranazionale, il meccanismo per gli Stati risulta pressoché equivalente, anche se in questo secondo caso si parla di «vantaggi» e di «oneri» (o «obblighi»). Dunque, che si tratti di «diritti e doveri» in capo agli individui o di «vantaggi e obblighi» in capo agli Stati membri, le fattispecie menzionate rappresentano, in entrambi i casi, forme di reciprocità tra posizioni attive e posizioni passive.

In tema di «solidarietà tra Stati», di particolare interesse risulta una pronuncia in materia di diritto di asilo. La Corte di giustizia, dopo aver ricordato che, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le disposizioni pertinenti in materia di asilo sono rispettivamente gli artt. 78 TFUE (che prevede l'istituzione di un sistema europeo comune di asilo) e 80 TFUE (che ricorda il principio di solidarietà e di ripartizione equa delle responsabilità tra gli Stati membri), ha richiamato la direttiva del Consiglio 20 luglio 2001, 2001/55/CE. Il giudice di Lussemburgo ha sottolineato che, come risulta dal ventesimo *considerando* della direttiva, uno degli obiettivi della stessa è di «prevedere un sistema di solidarietà inteso a promuovere l'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi in caso di afflusso massiccio»²⁰. La Corte ha quindi affermato che, se «l'art. 80 TFUE prevede che la politica dell'asilo e la sua attuazione siano regolate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario», la direttiva 2001/55 costituisce un esempio del «vincolo doveroso» europeo, anche se «i meccanismi di solidarietà che essa contiene sarebbero limitati a situazioni del tutto ecce-

¹⁹ Corte di giustizia, sentenza del 7 febbraio 1973, causa 39/72, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana*, paragrafi 20-25.

²⁰ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *Domande di pronuncia pregiudiziale: Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) - Regno Unito e High Court of Ireland - Irlanda*, paragrafo 12.

zionali rientranti nell'ambito di applicazione di tale direttiva, ossia l'afflusso massiccio di sfollati»²¹.

Il principio di solidarietà, dunque, oltre che essere esplicitamente affermato nei Trattati istitutivi, è anche rinvenibile nel diritto derivato (regolamenti e direttive *in primis*), a garanzia del quale – ovunque contenuto, affermato o esplicitato – è stato posto l'organo giurisdizionale dell'Unione europea.

2. Principio solidarista e doveri inderogabili

L'assetto assiologico delle norme costituzionali determina il fondamento di ogni situazione giuridica soggettiva, tanto che il concetto di solidarietà, *ratio* dell'intera categoria dei doveri costituzionali, non può essere determinato esclusivamente sulla base dell'art. 2 della Costituzione.

Muovendo tuttavia logicamente dalla formulazione dell'art. 2, quale modello dei rapporti tra singolo e organizzazione politica, si può osservare che la funzione svolta dalla Costituzione rispetto all'individuazione di uno "statuto dei doveri" è quella di rappresentarne in taluni casi direttamente la fonte, così come, in altri casi, indirettamente, la base della legittimità di doveri imposti da fonti di diverso grado²².

La Costituzione è dunque «intrisa» del concetto di solidarietà. Le disposizioni costituzionali individuano un vero e proprio «sistema costituzionale dei doveri e della solidarietà» che, intersecando altri fondamentali principi, si estrinseca in diversi livelli e declinazioni, a seconda che si faccia riferimento al *contenuto* dei singoli doveri («politico», «economico» o «sociale») ovvero ai *soggetti* cui tali doveri si riferiscono (singoli individui ovvero istituzioni).

Da un punto di vista dommatico, l'estrema latitudine della formulazione costituzionale e la genericità ed elasticità del concetto ivi enunciato, espressione in sé di un sistema di valori che si può risolvere in

²¹ *Ivi*, paragrafo 93.

²² Fermo restando che la figura del dovere ha nel diritto costituzionale un significato diverso da quello che può avere negli altri ambiti del diritto (ed anche in teoria generale), non si indagherà, in questa sede, l'ulteriore prospettiva che pone in evidenza la distinzione tra «obbligo» e «dovere» giuridico, termini che verranno dunque considerati come sinonimi.

significati tra loro differenti, rendono necessaria una qualche ulteriore specificazione per comprendere le diverse opzioni alle quali ricollegare l'articolazione dei doveri costituzionali.

Tra gli obblighi giuridici è possibile isolare innanzitutto quelli imposti dal livello costituzionale «interno», cioè quelli contenuti in principi o comandi della Carta fondamentale, posti a presidio sia del patto di convivenza sia della tenuta democratica dell'ordinamento.

In primo luogo, la qualificazione della solidarietà attraverso i tre profili indicati dall'art. 2 Cost. fa sì che essa non si esaurisca nella mera coesione giuridica della collettività di riferimento; al contrario, la *comunità solidale* si radicalizza nella materialità dei rapporti politici, economici e sociali, che sono gli ambiti nei quali la Costituzione italiana prevede che si esprimano i doveri²³. In particolare, il principio di solidarietà economica e sociale permea l'intero ordine costituzionale, connotando la forma istituzionale in termini di democrazia sostanziale²⁴.

²³ Pur trattandosi di sfere strettamente connesse tra loro, tanto che molti autori ritengono che le tre categorie non possano essere scisse, ma vadano considerate nel loro complesso come una categoria unitaria (secondo G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 465, «i tre momenti della solidarietà, quello politico, quello economico e quello sociale [...], non possono considerarsi come tre ambiti categoriali distinti e senza reciproche interferenze»), è tuttavia possibile – come del resto emerge dalle pronunce del giudice costituzionale, che richiama talvolta i tre profili insieme, talaltra solo uno o due di essi – individuare quantomeno una bipartizione tra doveri di solidarietà «politica» e quelli di solidarietà «economica e sociale». Per A. D'ANDREA, *Solidarietà e Costituzione*, in *Jus*, 2008, pp. 194 ss., «la solidarietà economica e sociale deve intendersi – ma non unicamente – quale ricerca da parte dei pubblici poteri della coesione comunitaria attraverso il superamento delle disuguaglianze, l'abbattimento delle discriminazioni e la promozione dell'integrazione», mentre la solidarietà politica sarebbe «la dichiarata preferenza espressa dalla Costituzione italiana verso modelli organizzativi capaci di esaltare la “centralità” dell'organo supremo della rappresentanza unitaria della Comunità, il Parlamento, nel quale il processo deliberativo si dipana dialetticamente attraverso modalità che favoriscono comunque il significato solidaristico del “decidere” dopo aver discusso “insieme” ed aver illustrato i rispettivi punti di vista senza nel contempo negare il diritto della maggioranza di far valere le proprie ragioni e di vederle riconosciute e rispettate da chi maggioranza non è».

²⁴ Il principio di solidarietà economica e sociale si concretizza – senza nette divisioni – sia in una prospettiva «orizzontale», come solidarietà del cittadino nei confronti della Repubblica, nonché come necessario e reciproco soccorso tra individui, sia in senso «verticale», come modalità di intervento e azione diretta dello Stato (ovvero dei diversi livelli di governo) volti a ridurre le disuguaglianze sociali. La distinzione tra solidarietà *orizzontale* e solidarietà *verticale* è rinvenibile in S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Diritto e società*, 1996, pp. 10 ss.

In secondo luogo, la solidarietà è coordinata e collegata sia al principio personalista, direttamente nell'art. 2, sia a quello di uguaglianza sostanziale, attraverso la triplice direzione nella quale i doveri si dirigono, che corrisponde all'obiettivo perseguito dall'art. 3 della effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese²⁵.

Al principio solidarista è poi strettamente collegata la qualificazione lavorista che l'art. 1 Cost. attribuisce all'ordinamento italiano. La

²⁵ Il vincolo solidaristico trova la sua concretizzazione nell'adempimento dei doveri inderogabili, che sono, innanzitutto, quelli espressamente previsti per i consociati dalla Costituzione, in particolare agli artt. 4 (dovere al lavoro), 30 (doveri dei genitori verso i figli), 32 (dovere di sottoporsi ai trattamenti sanitari obbligatori), 34 (dovere di istruzione obbligatoria), 48 (dovere di voto), 52 (dovere di difesa della Patria), 53 (dovere di contribuire alle spese pubbliche), 54 (dovere di fedeltà alla Repubblica). Mentre queste posizioni giuridiche sono tutte riconducibili al profilo "orizzontale" della solidarietà, che implica il coinvolgimento e il ruolo attivo dei singoli e delle formazioni sociali in cui si sviluppa la personalità dell'individuo, in senso "verticale" essa si esplicherebbe invece, principalmente, nel riconoscimento del diritto d'asilo allo straniero al quale sia impedito nel Paese di appartenenza l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana (art. 10), configurato come un dovere costituzionale a tutti gli effetti; nella tutela della famiglia (art. 31); nella tutela della salute (art. 32); nella tutela della libertà di insegnamento e istituzione di scuole statali (art. 33); nel riconoscimento di borse di studio e altre provvidenze ai capaci e meritevoli (art. 34); nella tutela del lavoro (artt. 35 e 37); nella garanzia della previdenza e assistenza sociale (art. 38). In altri termini, in tutte quelle circostanze in cui sono i poteri pubblici, articolati nei vari livelli di governo – nazionale, regionale, sovranazionale –, a doversi fare carico degli obblighi di solidarietà. Con riguardo al *contenuto* dei comportamenti che le disposizioni costituzionali implicitamente (dichiarandoli «obbligatori») o esplicitamente qualificano come «doveri», con qualche semplificazione, sul piano della c.d. solidarietà «orizzontale», è possibile far rientrare nel campo della «solidarietà politica» il dovere di fedeltà alla Repubblica (art. 54), il dovere di difesa della Patria e di prestare il servizio militare nei limiti e nei modi stabiliti dalla legge (art. 52), il dovere di voto (art. 48). Alla «solidarietà economica e sociale» sarebbero viceversa riconducibili il dovere di prestazione tributaria (artt. 53 e 23), il dovere di lavoro (art. 4, comma 2), il dovere di sottoporsi ai trattamenti sanitari obbligatori nei casi previsti dalla legge (art. 32, comma 2) e il dovere di istruzione (art. 34, comma 2). Troviamo, poi, un ulteriore riferimento alla «solidarietà sociale», questa volta in un'ottica «verticale», nell'art. 119, comma 5, Cost. (come riformato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001), relativo alla destinazione di risorse statali aggiuntive in favore di determinati enti locali e Regioni. Rientrano altresì in una prospettiva di «solidarietà verticale» (che si manifesta, cioè, attraverso l'azione dei pubblici poteri e il riconoscimento dei diritti sociali) gli istituti della previdenza e assistenza sociale (art. 38) e le garanzie a tutela del diritto alla salute (art. 32, comma 1), del diritto di istruzione (artt. 33 e 34, commi 3 e 4) e del diritto al lavoro (artt. 4, 35, 36 e 37). In tali ipotesi, infatti, la Repubblica esercita una funzione attiva (sia essa di gestione diretta ovvero di regolazione e controllo dell'azione di soggetti pubblici o privati) volta a rimuovere gli ostacoli che, specialmente nell'ambito dei rapporti etico-sociali e di quelli economici, impediscono il pieno sviluppo della persona e della sua personalità.

proclamazione di una *Repubblica democratica fondata sul lavoro* «costituisce un *unicum* nel panorama delle Costituzioni democratiche europee», una «peculiarità non irriducibile, ma in grado di attestare l'originalità dell'apporto italiano alla formazione delle tradizioni costituzionali comuni ai popoli europei», originalità che «si può cogliere a maggior ragione nel diffuso riconoscimento dei diritti dei lavoratori, oltre che dei diritti sociali, nel testo stesso della Costituzione», e non, come da alcuni proposto, in un preambolo²⁶.

E ancora, il concetto di solidarietà può essere ulteriormente declinato nell'idea di un rapporto solidaristico tra le generazioni²⁷, incarnato su una sorta di patto intergenerazionale²⁸. In quest'ottica, quando si parla di posizioni giuridiche delle generazioni future, si fa riferimento non solo e non tanto alle posizioni giuridiche «classiche», quanto piuttosto ai cosiddetti «diritti di quarta generazione»: ecologici (equa redistribuzione delle risorse naturali e delle conquiste scientifiche e tecnologiche, sviluppo sostenibile, tutela dell'ambiente e del consumatore), informatici (accesso alle reti veloci), alla qualità della vita, alla pace, all'autodeterminazione.

²⁶ C. PINELLI, «Lavoro» e «progresso» nella Costituzione, in ID., *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza*, cit., p. 182. Il lavoro, espressamente richiamato anche dall'art. 4 della Costituzione italiana, rappresenta uno dei fattori di forte e qualificante caratterizzazione dei moderni Stati democratici, i quali, come è noto, intendono realizzare le condizioni per assicurare realmente, al di là degli ostacoli di ordine economico che pure sussistono, la fruizione effettiva dei diritti e delle libertà da parte della generalità dei consociati. Il diritto al lavoro, così come previsto nella Carta fondamentale, grazie al forte legame con le altre situazioni giuridiche soggettive relative ai rapporti civili, etico-sociali ed economici, va ricondotto al concetto di individuo non solo in quanto lavoratore ma, *in primis*, in quanto persona: un insieme di norme che conferiscono al diritto al lavoro «una posizione di segno distintivo dello sviluppo della personalità dell'uomo, nell'ambito della libertà e della pari dignità» (P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulino, 1984, p. 104).

²⁷ Su tale complessa tematica cfr. G. GRASSO, *L'ambiente come dovere pubblico «globale»: qualche conferma nella giurisprudenza del giudice delle leggi?*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, cit., pp. 386 ss.; G. MAJORANA, *Il dovere di solidarietà e le generazioni future*, *ivi*, pp. 403 ss.; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future*, Roma, Franco Angeli, 2008.

²⁸ In realtà, l'espressione non appare corretta, in quanto l'esistenza di una Costituzione «sottende necessariamente non tanto un patto *fra le generazioni*, quanto un patto più o meno implicito fra i consociati *viventi*, in virtù del quale non solo si riconosce *politicamente* l'esistenza di un interesse generale superiore a quelli particolari, ma si ipotizza e razionalizza *giuridicamente* talvolta il sacrificio di tali interessi» (A. SPADARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in *Diritto e società*, 2007, p. 200).

Lo studio dei doveri costituzionali nell'ottica del perseguimento dell'uguaglianza sostanziale e della garanzia di un nucleo di diritti sociali non può però essere limitato al livello ordinamentale interno. Come è noto, il costituzionalismo contemporaneo si connota per l'esistenza di un «nocciolo duro» di valori – tutela dei diritti inviolabili, uguaglianza, solidarietà, dignità, giustizia, principio di legalità, riserva di legge, riserva di giurisdizione – che presentano le caratteristiche della «indivisibilità» e della «universalità», a prescindere da qualsivoglia elemento territoriale o legame di cittadinanza con un ordinamento statale. Proprio perché si tratta di «principi universali», il tema dei diritti fondamentali e dei doveri inderogabili non può essere relegato esclusivamente ad una prospettiva nazionale.

Al di là della connotazione universale che contraddistingue le posizioni giuridiche soggettive, può essere messa in rilievo anche una prospettiva più dinamica e aperta, che è quella della «doverosità costituzionale verso l'esterno». Se, infatti, i doveri costituzionali sono prevalentemente oggetto di riflessioni giuridiche che ricadono sull'organizzazione dei poteri di un apparato statale, e dunque riferiti ai soli appartenenti all'ordinamento, è necessario ricordare che la Costituzione italiana, così come quella di altri Paesi europei, prevede anche forme di doverosità verso popoli e Paesi stranieri²⁹.

L'affermazione della concezione universalistica delle libertà e dei diritti che attengono in maniera essenziale e peculiare alla condizione umana, infatti, non può prescindere dal parallelo riconoscimento di una dimensione della solidarietà che va, allo stesso tempo, al di là dei confini territoriali e di appartenenza ad una data organizzazione statale.

In questo preciso ambito può ben rientrare la questione, oggi molto dibattuta, della possibilità di imporre obblighi anche nei confronti dei non cittadini presenti sul territorio nazionale. Nell'epoca contemporanea, infatti, è evidente come le criticità in ordine al rispetto dei valori

²⁹ Ciò è dimostrato dall'art. 10, comma 3, sui doveri di ospitalità verso lo straniero, l'art. 10, comma 4, relativo ai limiti al potere di estradizione, nonché la seconda parte dell'art. 11, con cui l'Italia «consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo» (cfr. A. SPADARO, *Sul necessario carattere «globale» (e non solo interno) dei doveri nello Stato costituzionale contemporaneo*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, cit., p. 462).

fondamentali su cui poggia un'organizzazione politica – in particolare nel rapporto tra diritti e doveri – siano rinvenibili soprattutto in contesti connotati da uno spiccato multiculturalismo³⁰.

Di poca rilevanza e utilità, soprattutto nell'attuale fase storica, sarebbe parlare di solidarietà e di coesione sociale all'interno di una comunità compatta, monolitica, che disconosce le differenze tra gli individui e tra i gruppi. Una società omogenea e indifferenziata è infatti per definizione "coesa", poiché il legame tra i suoi elementi è così forte da racchiudere in sé una compiuta integrazione, tale da precludere la possibilità di identificare significativi elementi di identità e, dunque, di discriminare. Al contrario, nelle società odierne, dove il pluralismo non solo è riconosciuto, ma è ascritto tra i valori costituzionali fondamentali, la coesione sociale e la solidarietà sono destinate ad operare quale ragionevole compensazione alla forza centrifuga esercitata da tale assetto³¹. Esse preservano le differenze, ma ne correggono l'azione disgregatrice presidiando la condivisione di comuni principi fondamentali.

3. Il bilanciamento tra i diritti inviolabili e i doveri inderogabili di solidarietà.

L'esegesi del secondo articolo della Carta fondamentale non può che risultare fortemente condizionata dall'accostamento che in essa viene fatto di contrapposte situazioni soggettive, posto che i doveri inderogabili sono attribuiti all'uomo allo stesso modo con il quale ad esso si riferiscono i diritti inviolabili.

La formula prescelta dal Costituente evidenzia una sostanziale simmetria tra le situazioni giuridiche, quantomeno sul presupposto di una omogeneità tra i soggetti titolari dei diritti e, per converso, desti-

³⁰ C. PINELLI, *Questioni di frontiera*, cit., p. 178, ricorda che «la correlazione fra diritti e doveri caratterizzò l'affermazione dell'idea di cittadinanza. In alcuni Paesi, o in alcuni più che in altri, essa è andata perdendosi, e l'attacco alla cittadinanza ha oggi maggiori possibilità di successo dove si è verificata tale divaricazione, mentre può venire contrastato dove il cittadino non si percepisce come mero titolare di prestazioni pubbliche».

³¹ Cfr. Q. CAMERLENGO, *La dimensione costituzionale della coesione sociale*, cit., p. 17, il quale osserva che «Il pluralismo può degenerare nel momento in cui le differenze rinunciano ad operare quali risorse del sistema per divenire invece fattori di disgregazione e di collasso del sistema stesso. Ciò accade quando le distanze assumono dimensioni tali da sbriciolare le comuni fondamenta sulle quali è eretta la struttura sociale».

natari del vincolo in cui si esprimono i doveri. Ne è dimostrazione la stessa specificazione operata dalla Costituzione che, nel prevedere i vari obblighi, individua l'elemento soggettivo negli individui (cittadini o stranieri), con una certa equivalenza rispetto alle posizioni individuali di vantaggio, anch'esse determinate con riferimento alla generalità dei consociati, in stretta corrispondenza con l'accostamento operato dall'art. 2. Opposte per contenuto, «le situazioni di diritto e di dovere di cui all'art. 2 postulano la persona umana [...], le une per garantirne la sfera di privata autonomia, le altre per comprimerla e circoscriverla, in funzione dei superiori interessi della collettività»³². In altri termini, il valore della solidarietà naturalmente spinge verso la condivisione delle esperienze di vita, nei benefici così come negli oneri, tra quanti stabilmente operano nell'ambito di una determinata comunità³³.

La configurazione dei doveri appare quindi indispensabile per valutare la dinamica complessiva delle situazioni individuali, nel perimetro posto dalla normativa costituzionale, dal momento che «l'esercizio di un diritto comporta sempre l'assunzione di un dovere nei confronti della società; e ogni libertà è fondamento di responsabilità»³⁴.

Le difficoltà interpretative che produce la formulazione dell'art. 2, messe in evidenza dalle diverse conclusioni a cui il dibattito della dottrina è giunto, solo in pochi casi e su specifiche questioni possono dirsi risolte. In particolare, dalla giustapposizione operata nella norma tra le situazioni giuridiche di vantaggio e quelle di dovere personale, appare indispensabile stabilire la misura e la portata delle interferenze tra le situazioni opposte riconosciute nell'art. 2, nonché individuare quali diritti inviolabili possano essere posti in rapporto di complementarietà con specifiche previsioni di doveri inderogabili.

Ciò consente di spostare l'attenzione sulla circostanza che se, da un lato, in un'ottica puntuale e concreta, non possono senz'altro considerarsi soddisfacenti le teorie che con differenti argomentazioni hanno costruito la perfetta corrispondenza tra diritti e doveri, per cui le posizioni riconosciute all'art. 2 finiscono per rappresentare due facce della

³² Cfr. G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., p. 13.

³³ Cfr. A. RUGGERI, *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, in www.giurcost.org, n.1/2015, p. 139.

³⁴ F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 209.

stessa medaglia³⁵; dall'altro lato, tuttavia, in una prospettiva più generale e sistemica, il riconoscimento dei «diritti inalienabili» è, nella Costituzione, affiancato al contestuale adempimento dei «doveri inderogabili». Senza una sorta di autonomia concettuale dei secondi risulta alquanto problematico ricostruire uno statuto giuridico dei primi.

Lo sforzo di individuare uno statuto giuridico ai doveri inderogabili trova la sua giustificazione anche nella ineludibile necessità di poter assicurare tutela al valore sotteso attraverso una garanzia di natura giurisdizionale, senza la quale l'effettività dello stesso troverebbe un debole e insufficiente sostegno unicamente sul terreno politico, già profondamente compromesso dalle conflittualità e dalle instabilità tipiche delle società eterogenee. Appare dunque indispensabile conferire ai doveri costituzionali, in virtù dell'art. 2, la stessa qualifica di «principi fondamentali» che supporta le situazioni giuridiche di vantaggio, in quanto norme *fondanti* l'ordinamento cui si riferiscono³⁶.

L'assunzione a regola giuridica della solidarietà non può ridursi a mera *conseguenza* della positivizzazione delle libertà fondamentali, bensì eventualmente porsi come una necessaria *premessa* affinché queste ultime possano essere rese effettive e pertanto garantite. Siffatta lettura conduce all'affermazione di una autonoma funzione giuridica dei doveri rispetto alle situazioni giuridiche di favore.

Pur non volendo in alcun modo alimentare ricostruzioni che pongano al centro della trama costituzionale unicamente o principalmente i vincoli doverosi, tuttavia, sul presupposto del sostanziale equilibrio tra la previsione normativa della prima e quella della seconda parte dell'art. 2, preme mettere in evidenza che la *ratio* della norma costituzionale si caratterizza per una sostanziale omogeneità nel fine da perseguire, ossia la garanzia di eguale libertà quale condizione della dignità di ciascuna esistenza individuale³⁷.

³⁵ Come è noto, infatti, non sempre diritto e dovere sono termini correlativi (cfr. S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 91 ss.).

³⁶ Cfr. le osservazioni di A. RUGGERI, *Doveri fondamentali, etica repubblicana, teoria della Costituzione*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali*, cit., p. 555.

³⁷ Su questo concetto, J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, in S. MAFFETTONE, S. VECA, *L'idea di giustizia da Platone a Rawls*, Bari, Laterza, 1997, pp. 327 ss.; ma già, P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà*, in ID., *Scritti e discorsi politici*, II, Firenze, La Nuova Italia, 1966, p. 386, per il quale libertà individuale e giustizia sociale non costituiscono termini contrapposti, bensì facce di una stessa medaglia, atteso che «la giustizia sociale è condizione della libertà individuale»; nonché, più di recente, G. PECES BARBA MAR-

Il valore cardine da cui il Patto costituzionale muove è evidentemente quello della dignità umana, riferita non all'individuo isolato, bensì alla persona considerata nella sua proiezione sociale, la quale deve essere tutelata nelle molteplici manifestazioni della sua esistenza storica e materiale. I diritti di libertà, il principio di uguaglianza e quello di solidarietà sono strettamente collegati, saldati tra loro da quel valore, che ne è altresì la base fondante.

La «pari dignità» di cui all'art. 3 della Costituzione esprime un rafforzamento della simmetria esistente fra diritti inviolabili e doveri inderogabili, dal momento che il compito della Repubblica di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale» che limitano la libertà e l'uguaglianza – e quindi la «pari dignità» sociale – degli individui non può realizzarsi se non mobilitando il valore della solidarietà³⁸. Non solo in generale l'organizzazione dello «Stato-apparato», dunque, ma anche l'adempimento dei doveri e il rispetto del principio solidaristico risultano essenziali alla tutela delle libertà dell'individuo quale membro di una collettività³⁹.

Pur non essendo sempre configurabile una perfetta corrispondenza in concreto, tuttavia, in un'ottica di sistema, «diritti» e «doveri» possono risultare due aspetti complementari del medesimo valore, per cui l'assenza di effettività degli obblighi – anche solo in forma di «dovere negativo» di astenersi dall'ostacolare il godimento dei diritti da parte

TINEZ, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 265 ss., trad. it. di L. MANCINI; G. PECES BARBA MARTINEZ, *Diritti e doveri fondamentali*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, V, Torino, Utet, 1990, trad. it. di E. ROZO ACUÑA, p. 147; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in ID., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 139; ID., *Diritti inviolabili* (voce), in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989, pp. 32 s.

³⁸ La libertà dal bisogno diviene l'obiettivo primario degli ordinamenti democratici all'indomani della Seconda guerra mondiale. L'essenza dello Stato democratico, ricordava l'on. Basso in Assemblea costituente, consiste «nella misura maggiore o minore del contenuto che sarà dato a questo concreto principio sociale», quello cioè dell'*eguale trattamento sociale*, alla quale dizione si preferì poi, in Assemblea, quella di *pari dignità sociale* (A. AMORTH, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano, Giuffrè, 1948, p. 21).

³⁹ Cfr. V. TONDI DELLA MURA, *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in *www.rivistaic.it*, p. 2. Anzi, posto che «il principio di solidarietà riveste non solo valore costituzionale, ma valore di principio supremo, fondativo della nostra costituzione, ne discende con tutta evidenza che il principio di solidarietà è coesistente all'esistenza della costituzione stessa, cioè è base della nostra convivenza democratica [...] facendo tutt'uno col principio della persona umana e dei diritti inviolabili dell'uomo» (S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, cit., p. 9).

dei loro titolari – non può non condurre ad un depotenziamento delle posizioni soggettive attive⁴⁰.

La doppia clausola di libertà e di doverosità posta nella previsione dell'art. 2 Cost., inserita nel quadro costituzionale di obiettivi e regole, in molteplici occasioni si è tradotta in procedimenti logici di bilanciamento ad opera del giudice costituzionale.

Mentre la dottrina tende in generale a negare una automatica corrispondenza – una reciprocità – tra diritti e doveri, ritenendo che il principio personalista essenzialmente imponga il primato dei diritti della persona e della loro tendenziale incomprimibilità, la Corte costituzionale, pur con una certa difficoltà iniziale nel riconoscere valore giuridico autonomo alla categoria dei doveri inderogabili⁴¹, nella sua giurisprudenza più recente pare rinvenire l'esistenza di un nesso tra diritti e doveri. In una significativa pronuncia in tema di condizione degli apolidi, la Corte ha stabilito che questi ultimi fanno parte «di una comunità di diritti la partecipazione alla quale ben può giustificare la sottoposizione a doveri funzionali alla sua difesa. Tale comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto, accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall'art. 2 della Costituzione là dove, parlando di diritti inviolabili dell'uomo e richiedendo l'adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescinde del tutto, per l'appunto, dal legame stretto di cittadinanza»⁴².

⁴⁰ Se è infatti vero che «l'art. 2 della Costituzione eleva a regola fondamentale, per tutto quanto attiene ai rapporti tra la collettività e i singoli, il riconoscimento di quei diritti che formano il patrimonio irretirabile della personalità umana e che appartengono all'uomo inteso come essere libero» (Corte costituzionale, sentenze n. 11 del 1956, in *Giur. cost.*, 1956, p. 616, e n. 102 del 1975, in *Giur. cost.*, 1975, p. 1187), lo stesso art. 2, nel riconoscere quei diritti e i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, «non può escludere che a carico dei cittadini possano essere disposte quelle restrizioni della sfera giuridica rese necessarie dalla tutela dell'ordine sociale». Del resto, «i diritti primari e fondamentali dell'uomo diventerebbero illusori per tutti, se ciascuno potesse esercitarli fuori dell'ambito della legge, della civile regolamentazione, del costume corrente, per cui tali diritti debbono venir temperati con le esigenze di una tollerabile convivenza» (Corte costituzionale, sentenza n. 102 del 1975, cit., p. 1187).

⁴¹ Corte costituzionale, sentenza n. 81 del 1958, in *Giur. cost.*, 1958, pp. 1003 ss.

⁴² Corte costituzionale, sentenza n. 172 del 1999, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1703. In tale pronuncia la Corte collega al concetto di solidarietà il dovere di prestazione del servizio militare da parte degli apolidi. L'art. 52 della Costituzione, proclamando il sacro dovere di difesa della Patria e l'obbligatorietà del servizio militare, nei limiti e nei modi stabiliti dal-

Il giudice costituzionale, pur non spingendosi fino al punto di affermare la necessità di una corrispondenza tra le situazioni soggettive dell'art. 2, propone una lettura che fa perno sull'esistenza di una relazione tra le une e le altre nella complessiva costruzione della *comunità*, la quale, tuttavia, non è fondata sui meccanismi "escludenti" della cittadinanza in senso giuridico, bensì su quelli *inclusivi* di quella che la Corte definisce la «*comunità di diritti e di doveri*», ove possono realizzarsi le condizioni per una convivenza umana responsabile.

L'esistenza di un legame tra il valore di solidarietà, quale presupposto del concetto di convivenza e di integrazione, e i diritti fondamentali si evince anche da quelle pronunce che, con riferimento al principio di solidarietà sociale, affermano trattarsi di un «criterio che, da un lato, sancisce un dovere dello Stato e, dall'altro, legittimamente impone un sacrificio (ma nei limiti funzionali allo scopo) a tutti i consociati»⁴³.

Premesso che l'art. 2 della Costituzione non fornisce un quadro cristallizzato dei rapporti economici e sociali, va rimarcato che sull'effettività del principio solidaristico è possibile misurare «non so-

la legge, si riferisce, a giudizio della Corte, ai cittadini italiani; tuttavia, «l'anzidetta determinazione dell'ambito personale di validità dell'obbligo costituzionale di prestazione del servizio militare non esclude l'eventualità che la legge, in determinati casi, ne stabilisca [...] l'estensione. La portata normativa della disposizione costituzionale è infatti, palesemente, quella di stabilire in positivo, non già di circoscrivere in negativo i limiti soggettivi del dovere costituzionale».

⁴³ Corte costituzionale, sentenza n. 506 del 2002, in *Giur. cost.*, 2002, pp. 4155 s. Si segnala all'attenzione anche la sentenza n. 51 del 1992 (in *Giur. cost.*, 1992, pp. 285 ss.), con cui la Corte ha qualificato «l'evasione fiscale» come «una "ipotesi di particolare gravità", per il semplice fatto che rappresenta, in ciascuna delle sue manifestazioni, la rottura del vincolo di lealtà minimale che lega fra loro i cittadini e comporta, quindi, la violazione di uno dei "doveri inderogabili di solidarietà", sui quali, ai sensi dell'art. 2 Cost., si fonda una convivenza civile ordinata ai valori di libertà individuale e di giustizia sociale». La Carta fondamentale, se, in alcuni casi, rinvia al legislatore la determinazione di specifiche discipline e le modalità per rendere effettive alcune posizioni giuridiche di favore, in altre disposizioni, viceversa, impone limiti precisi al libero esercizio delle libertà individuali. Pertanto, le norme costituzionali potranno concretizzarsi in precise scelte legislative finalizzate, talvolta, a rafforzare la tutela dei diritti (ad esempio, la legge deve stabilire la durata massima della carcerazione preventiva o la durata massima della giornata lavorativa), talaltra, invece, a comprimere in qualche misura il godimento di diritti individuali (è il caso dei «fini sociali» e della «funzione sociale» che devono potersi ricondurre all'iniziativa economica e alla proprietà privata).

lo la fedeltà di una politica di *Welfare* al bene comune, ma anche la cultura della solidarietà esistente nella grande convivenza sociale»⁴⁴.

A tal proposito, è necessario altresì evidenziare che la giurisprudenza costituzionale sulla seconda parte dell'art. 2 si caratterizza per un chiaro atteggiamento di *self restraint* della Corte stessa, la quale, per motivare le dichiarazioni di non fondatezza di molte censure, richiama frequentemente la doverosità dell'intervento del legislatore sia nella disciplina dei doveri di solidarietà, sia nel bilanciamento degli interessi contrapposti spesso sottesi al rapporto tra diritti inviolabili e doveri inderogabili⁴⁵.

Una simile prospettiva giurisprudenziale produce importanti ripercussioni sull'effettività del principio solidaristico che, come è noto, si gioca quasi esclusivamente sul terreno dei diritti sociali che l'ordinamento è in grado di predisporre e garantire⁴⁶. La precettività delle disposizioni costituzionali sulla solidarietà, e in certi casi la stessa possibilità di esistenza del diritto, risulterebbero quindi indissolubilmente subordinate alla predisposizione ad opera del legislatore di un idoneo complesso normativo ed organizzativo⁴⁷, con la conseguen-

⁴⁴ F. P. CASAVOLA, *Genesi e valore del Welfare State*, in *Studium*, 1994, n. 2, p. 178. Il grado di uguaglianza sostanziale che il diritto costituzionale con i suoi meccanismi di tutela può garantire deriva direttamente dall'effettività dei diritti sociali. È quindi del tutto evidente il rapporto esistente tra il principio di solidarietà e la configurazione dello Stato quale "Stato sociale". Non va infatti dimenticato che il fattore forse più determinante del modo in cui si è costruito il meccanismo universale di *Welfare State* riguarda il legame indissolubile che associa la protezione sociale e la prevenzione delle insicurezze della vita a un programma politico generale di riduzione delle disuguaglianze. Questa correlazione denuncia in modo evidente la non possibilità per gli organi di indirizzo di sottrarsi all'adempimento dei doveri di solidarietà, direttamente ovvero nella forma della loro previsione ed incentivazione.

⁴⁵ In altri termini, in materia di statuto dei doveri la giurisprudenza costituzionale ha confermato a più riprese l'indubbia necessità che, almeno nel campo della solidarietà "verticale", sia una specifica disposizione legislativa, nel rispetto della Costituzione nonché del principio di sussidiarietà, a disciplinare i casi e le modalità affinché il principio solidaristico si possa affermare. La Corte riconosce, nella sostanza, la necessità dell'*interpositio legislatoris* nella concretizzazione dei principi irrinunciabili di un ordinamento a vocazione sociale.

⁴⁶ Anche da un punto di vista teorico, peraltro, le previsioni dei diritti di prestazione, a causa della loro problematica «giustiziabilità», hanno revocato in dubbio la natura di situazioni giuridiche soggettive in senso proprio, dal momento che l'attributo dell'effettività non rappresenta solo «una condizione, per così dire ulteriore, di un diritto che già di per sé può esistere giuridicamente», ma va considerata come «condizione di esistenza stessa del diritto» (V. ONIDA, *Eguaglianza e diritti sociali*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza. Atti del convegno in ricordo di Livio Paladin*, Padova, Cedam, 2002, p. 104).

⁴⁷ V. ONIDA, *Eguaglianza e diritti sociali*, cit., p. 107.

za che soltanto l'indispensabile *interpositio legislatoris* potrà tradurre le norme relative ai diritti sociali in pretese giuridiche determinate⁴⁸.

Appare tuttavia corretto sostenere che, per tutti i diritti di prestazione inclusi nella Carta fondamentale, la garanzia costituzionale «non è una garanzia di tipo semplicemente legale o legislativo, ma è la garanzia propria dei diritti costituzionali (spesso dei diritti inviolabili) e dei valori costituzionali (spesso dei valori primari o supremi)», in quanto «il fondamento della pretesa non sta nella legge che la rende eventualmente e gradualmente possibile in concreto, ma nella Costituzione»⁴⁹.

L'affermato primato della legislazione ordinaria, quale *condicio sine qua non* per conferire effettività alle previsioni costituzionali concernenti i diritti sociali, è in realtà riferibile non tanto al *se* ed al *quid*, cioè al «contenuto» sostanziale degli stessi, dal momento che esistono nel sistema costituzionale in maniera autonoma ed indipendente dalla manifestazione di volontà dell'organo legislativo, bensì al *come*, al *quomodo*.

La questione si sposta, pertanto, sul piano della tenuta dei principi del costituzionalismo democratico che, alla prova dei fatti, evidenzia una sorta di asimmetria valoriale nella quale «i doveri, pur giustapposti nel testo dell'art. 2 Cost. ai diritti, non possono essere considerati a questi «paralleli»»⁵⁰.

Come è noto, al di là del limitato numero di doveri espressamente indicati nella Carta costituzionale, gli obblighi derivanti dall'applicazione del vincolo solidale richiedono, anche per costante indirizzo della Corte costituzionale, l'imprescindibile intervento del legislatore per la determinazione del loro contenuto e delle modalità di adempimento⁵¹.

⁴⁸ I diritti sociali, è stato sostenuto, sono una «istituzione giovane», di modo che è apparso quasi naturale che la dottrina, «nella difficoltà del loro inserimento in un corpo di principi già consolidato, traducesse i problemi legati alla concreta garanzia dei diritti sociali in problemi afferenti alla loro natura giuridica» (A. BALDASSARRE, *Diritti sociali* (voce), in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989, p. 30).

⁴⁹ F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 66.

⁵⁰ F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 224.

⁵¹ Parte della dottrina sostiene che «la previsione sul piano costituzionale dei doveri di solidarietà accanto ai diritti inviolabili non si limita [...] a preconstituire le condizioni affinché possano essere precisate in via legislativa concrete situazioni giuridiche passive dei cit-

Peraltro, alla stregua di ciò che avviene per i diritti costituzionalmente garantiti, i quali di certo non esauriscono il numero e la varietà delle posizioni soggettive che i singoli possono vedersi riconoscere, anche per quanto riguarda gli obblighi si può agevolmente rilevare come il concetto di solidarietà sia posto a fondamento di tutta una serie di specificazioni che non necessariamente trovano un fondamento esplicito nella Carta fondamentale. Mentre, tuttavia, gli “ulteriori” diritti possono non soltanto essere configurati dal legislatore, ma anche individuati e riconosciuti in via interpretativa dai giudici e, soprattutto, dalla Corte costituzionale (basti pensare alla vastità della giurisprudenza nel campo dei c.d. «nuovi diritti»)⁵², i doveri e le modalità del loro adempimento, in virtù di una lettura restrittiva dell’art. 23 della Costituzione, supportata da un orientamento pressoché consolidato della Corte, non godono della stessa capacità espansiva, e presuppongono quindi sempre una esplicita previsione legislativa.

tadini, ma individua “priorità di valore che il legislatore è tenuto a considerare” e offre, al contempo, taluni criteri di qualificazione di atti o condotte espressione di una doverosità sociale spontaneamente percepita» (F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell’ordinamento costituzionale*, cit., p. 226). Dunque, «i doveri inderogabili sono attribuiti all’uomo allo stesso modo con il quale ad esso si riferiscono i diritti inviolabili menzionati dallo stesso articolo, ma tali doveri sono *resi effettivi* attraverso l’organizzazione dei pubblici poteri: è infatti la *Repubblica a richiederne l’adempimento*, il che, ovviamente, non potrà avvenire che secondo l’ordine delle competenze costituzionalmente stabilite, precisate e determinate dalle leggi» (G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., p. 20). Si è osservato che «La nostra Costituzione non prefigura una reciprocità automatica, secondo la versione ottocentesca, fra singoli diritti e singoli doveri. I diritti dell’uomo sono “inviolabili” nel senso che alcun potere pubblico o privato può violarli; i doveri di solidarietà sono “inderogabili”, nel senso che le leggi che ne impongono l’adempimento (e che solo le leggi possono imporre secondo un costante indirizzo della Corte costituzionale) non possono essere derogate» (C. PINELLI, *Questioni di frontiera*, cit., p. 178).

⁵² In tema di «nuovi diritti», ossia con riferimento alle nuove esigenze di tutela che sempre più spesso vengono sollevate dai cittadini dinanzi ai giudici, si vedano: N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, 12° ed., Milano, Giuffrè, 2010, pp. 595 ss.; F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995; S. MORELLI, *Tecniche di tutela dei diritti fondamentali della persona: nuovi diritti nella giurisprudenza della Corte costituzionale, di Cassazione, europea di Strasburgo, tutela preventiva e risarcitoria*, Padova, Cedam, 2003; AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 2003; M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, il Mulino, 2007; L. PIROZZI, *Aspetti costituzionalistici dei «nuovi diritti»*, Roma, Aracne, 2007.

Eppure, partendo dal presupposto che «i nostri doveri corrispondono ai diritti degli altri»⁵³, una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2 Cost. dovrebbe fare riferimento ad una realtà nella quale gli individui, per utilizzare le parole della Corte, «ricevono diritti e restituiscono doveri»⁵⁴. A rigore, infatti, la tenuta del principio solidaristico dovrebbe potersi misurare sulla possibilità di affermare, in via generale, che ogni diritto garantito abbia come contraltare la parallela previsione di un dovere.

La giurisprudenza costituzionale è tuttavia costante nel ribadire che, in assenza di espressa previsione legislativa, non possa configurarsi alcun nuovo obbligo. E tanto basta per escludere che vi sia una simmetria tra diritti inviolabili e doveri inderogabili, quantomeno nella loro dimensione verticale.

Peraltro, è ormai opinione diffusa – e oggi più che mai confermata dalle attuali difficoltà economiche e sociali – che l'impostazione dell'organizzazione statale, basata «sull'aspirazione al governo della società sottraendola alla egemonia del mercato con dosi qualificanti di interventismo statale», sia entrata in una «crisi profonda» e forse irreversibile⁵⁵; la pratica della solidarietà, ispirata e diretta dallo Stato, «si svuota progressivamente di ogni significato, mano a mano che l'ideologia e l'attuazione della c.d. *privatizzazione generalizzata* distrugge gli strumenti di potere economico (le imprese e i servizi pubblici) e di legittimazione morale che avevano consentito di alimentare la solidarietà sociale con la spesa pubblica»⁵⁶.

Occorre allora capire che, laddove alcuni diritti – per ragioni di contenimento della spesa pubblica o anche più semplicemente di opportunità politica – non possano essere sufficientemente garantiti da un'azione diretta dell'autorità pubblica o attraverso un «sacrificio» normativamente imposto ai cittadini, lo Stato deve farsi carico di incentivare e valorizzare l'esercizio dei doveri di solidarietà da parte dei consociati, attraverso una legislazione promozionale che non imponga «doveri di prestazione e correlativi diritti», ma faccia in modo «che le

⁵³ A. D'ANDREA, *Solidarietà e Costituzione*, cit., p. 193.

⁵⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 172 del 1999, cit., p. 1703.

⁵⁵ B. VENEZIANI, *La crisi del Welfare state e i mutamenti del diritto del lavoro in Italia*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1996, p. 71.

⁵⁶ P. BARCELLONA, *Il declino dello Stato*, cit., p. 194.

energie sociali possano più facilmente esprimersi e realizzare interessi collettivi»⁵⁷.

Anche in questo caso, tuttavia, la responsabilità finale del soddisfacimento dei diritti deve essere comunque imputata agli organi di indirizzo politico, poiché «sarebbe contraddittorio affermare che vi sono diritti e lasciarne però la soddisfazione alla spontaneità sociale: non sarebbero più diritti»⁵⁸. Spetta, infatti, soprattutto ai pubblici poteri dare concretezza e vigilare sulla garanzia all'idea fondamentale per cui, all'interno della compagine sociale, lo scambio reciproco di prestazioni solidali conduce ad un accrescimento del benessere collettivo. Del resto, se l'appartenenza ad uno Stato è *necessaria*, e non volontaria, necessario sarà anche il rispetto dei principi fondamentali su cui la comunità statale si fonda, tra i quali vi è la solidarietà⁵⁹.

Ciò non significa, peraltro, che le categorie dell'art. 2, espresse con pari intensità e tendenziale illimitatezza, possono essere lasciate alla mercé degli organi chiamati ad esprimere l'indirizzo politico e a realizzarne la traduzione concreta mediante l'esercizio della funzione legislativa e amministrativa. Infatti, nonostante l'art. 2 non offra un sufficiente parametro valutativo agli organi di garanzia, specialmente giurisdizionali, ne risulterebbe compromessa la stessa rigidità delle previsioni costituzionali⁶⁰. In un ordinamento dotato di Costituzione rigida l'effettività di un principio fondamentale consegnata *sic et simpliciter* all'intervento discrezionale del legislatore produrrebbe la paradossale conseguenza che le limitazioni che risultano «insuperabili» al legislatore costituzionale rimarrebbero nella disponibilità di quello ordinario, dal quale dipenderebbe la scelta, giurisdizionalmente non sindacabile, se adottare o meno una determinata legislazione. Ne consegue logicamente che la previsione e la disciplina di forme di solidarietà rappresenta non una possibilità nella discrezionalità del legislatore, bensì un obbligo al quale il Parlamento *non può* sottrarsi.

⁵⁷ V. ONIDA, *Conclusioni*, in B. PEZZINI, C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, cit., p. 118.

⁵⁸ *Ivi*, p. 117.

⁵⁹ Solo in un periodo più recente, è possibile rinvenire nella giurisprudenza costituzionale una sorta di rilettura in positivo dell'ispirazione solidarista di cui è intriso il Testo costituzionale. Si vedano, tra le altre: Corte costituzionale, sentenza n. 27 del 1998, in *Giur. cost.*, 1998, p. 157; Corte costituzionale, sentenza n. 38 del 2002, in *Giur. cost.*, 2002, pp. 528 ss.; Corte costituzionale, sentenza n. 342 del 2006, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3401.

⁶⁰ Cfr. G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., pp. 15 ss.

A questo proposito, sarebbe importante individuare forme di responsabilità (anche giuridica) gravanti sui pubblici poteri in caso di mancato adempimento degli obblighi solidaristici, attraverso la garanzia di effettività dei diritti sociali, che ne costituiscono la manifestazione prima. Tali posizioni giuridiche nascono infatti non come diritti, ma come «doveri di pubblico soccorso» in capo all'organizzazione statale, cui l'ordinamento, a sua volta, fa fronte anche in forza del dovere tributario che incombe sugli individui⁶¹. In altre parole, garantire il rispetto del principio di solidarietà così come dei diritti umani è sempre responsabilità primaria degli Stati, dei parlamenti e dei governi⁶².

L'intervento doveroso dello Stato non si esaurisce con il temporaneo raggiungimento dell'obiettivo prefissato, né viene meno in caso di "supplenza" – per quanto efficace – da parte della società civile. Non c'è infatti sussidiarietà quando le formazioni sociali o i soggetti privati integrano le prestazioni dei servizi pubblici e sostituiscono l'organizzazione statale e le istituzioni, che "non arrivano"; al contrario, si può parlare di sussidiarietà quando i pubblici poteri valorizzano i corpi intermedi e gli attori della comunità locale puntando al valore costituzionale e democratico della *partecipazione* all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, per concorrere *al progresso materiale o spirituale della società*, circostanza che comunque presuppone un intervento di regolamentazione e di controllo dell'autorità e il rifiuto di un atteggiamento di disimpegno ovvero di semplice rinvio al privato da parte delle istituzioni pubbliche. Queste, infatti, restano pienamente responsabili per la garanzia dei diritti dei singoli, anche e soprattutto, vale la pena ricordare, in periodi di difficili congiunture economico-finanziarie⁶³. La stessa Corte costituzionale ha in più occasioni confermato tale impostazione, affermando che la «soli-

⁶¹ Cfr. L. VIOLINI, *I doveri inderogabili di solidarietà: alla ricerca di un nuovo linguaggio per la Corte costituzionale*, cit., p. 525.

⁶² Infatti, la tutela dei diritti sociali non è più, come in passato, un potere meramente discrezionale dell'autorità pubblica, bensì discende da un *diritto* dei cittadini derivante dalla loro uguaglianza e, soprattutto, dalla precedenza della persona umana rispetto allo Stato e dal fatto di essere quest'ultimo servente rispetto alla prima (cfr. M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 803).

⁶³ Cfr. G. RAZZANO, *Lo "statuto" costituzionale dei diritti sociali*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Trapani, 8-9 giugno 2012, p. 47.

darietà sociale costituisce una direttiva di ordine generale, vincolante per il legislatore ordinario»⁶⁴.

La circostanza che chi riceve dei diritti debba essere disposto a contraccambiare con l'adempimento di doveri mi pare elemento indeffettibile non solo dell'essenza di un ordinamento statale, ma altresì della sua stessa tenuta⁶⁵.

Appare quindi fondamentale affermare che una evoluzione verso un nuovo "primato" dei doveri degli individui può rappresentare, oggi in misura maggiore che in passato, un fattore in grado di trascendere le differenze sociali, culturali, etniche ed indirizzare per tale via gli ordinamenti giuridici – non più solo nazionali – verso un reale soddisfacimento tanto del principio d'uguaglianza quanto del concetto di cittadinanza sociale.

4. Il principio di solidarietà alla prova dei fatti, anche nell'ottica europea

Dinanzi alle problematiche concrete che oggi emergono con sempre maggiore evidenza, l'effettività del principio di solidarietà presenta numerose criticità e fa sorgere molteplici interrogativi. In primo luogo, occorre chiedersi se la crescente e drammatica centralità dei fenomeni migratori «non imponga al diritto costituzionale di rivolgersi anche alla teoria dei doveri, non tanto per argomentare semplicisticamente le condizioni di una loro pura e semplice estensione ai non cittadini», con un'operazione simile a quella che progressivamente è stata realizzata, con il fattivo contributo degli organi giurisdizionali, per ciò che concerne la maggior parte dei diritti fondamentali, «quanto piuttosto per ridefinire alcuni parametri tradizionali che gli aspetti multiculturali delle nostre società stanno mettendo in crisi»⁶⁶.

⁶⁴ Tra le altre, Corte costituzionale, sentenza n. 3 del 1975, in *Giur. cost.*, 1975, p. 12.

⁶⁵ A ciò consegue che, se il bilanciamento tra diritti e doveri non è effettivo, non può non risultare compromessa, *in primis*, l'effettività dei diritti stessi, che rischiano di non essere presi sul serio, nonché la tenuta stessa della forma di Stato, dal momento che il principio solidaristico è elemento costitutivo essenziale di quest'ultima.

⁶⁶ E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Cagliari, 2009, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 13.

I sempre crescenti fenomeni migratori, infatti, hanno determinato un profondo mutamento del quadro sociale di riferimento, che si arricchisce progressivamente di individui, molti dei quali lavoratori e “contribuenti”, ovvero persone che fuggono dalle drammatiche condizioni di vita cui sono costrette nei loro Paesi di origine, i quali non possiedono la cittadinanza. Simili fenomeni «ci costringono a fare i conti con il fondamento stesso del nostro Stato costituzionale, con i contenuti e i presupposti di riferimento relativi alla natura del diritto costituzionale e del rapporto tra diritto e legame sociale, in conseguenza delle tensioni inevitabilmente destinate a scoppiare nel momento in cui quei “fondamenti” sono costretti a confrontarsi, o comunque a entrare in contatto, con diversi e contrapposti fondamenti e con diverse e contrapposte esperienze sociali, politiche e culturali»⁶⁷.

In questo contesto, la difficoltà più evidente sta nel trovare un bilanciamento ragionevole tra il principio di solidarietà, collegato al tema dell'accoglienza, e l'esigenza di garantire la sicurezza dei cittadini, posto che l'ingresso degli “altri” nel proprio territorio viene spesso percepito (o, talvolta, rappresentato dalle forze politiche) come una minaccia.

Nella realizzazione di un tale bilanciamento è evidente il ruolo fondamentale giocato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, che, a partire dalla sentenza n. 120 del 1967, attraverso una lettura congiunta dell'art. 2, dell'art. 3 e dell'art. 10, comma 2, della Costituzione, ha sempre affermato che le disposizioni costituzionali in materia di diritti e di eguaglianza devono senz'altro applicarsi anche ai non cittadini quando si tratti di far rispettare i diritti fondamentali della persona, ancorché il testo costituzionale in molti casi faccia espressamente riferimento ai soli cittadini.

La risposta sta dunque ancora una volta e senza sorprese nelle opzioni operate dal Costituente, che, attraverso la previsione della responsabilità solidale, intendeva realizzare quella integrazione minima necessaria ad evitare forme di disgregazione all'interno della compagine sociale⁶⁸; nel momento storico in cui il rapporto tra cittadinanza e

⁶⁷ *Ibidem*. L'Autore aggiunge che «recuperando e attualizzando il ruolo che tradizionalmente i doveri hanno rivestito nella costruzione della comunità civica, si potrà forse gettare le basi per affrontare i giganteschi problemi che una società sempre più caratterizzata (*malgré soi*) da aspetti multiculturali oggi propone».

⁶⁸ Cfr. G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., p. 46.

nazionalità diventa precario, è a quelle illuminate scelte che è necessario guardare per ritrovare fattori di unità della comunità di individui.

In un contesto sociale spiccatamente pluralistico e multiculturale, taluni doveri costituzionali riconducibili alla sfera della «solidarietà economica e sociale», quali quelli di lavorare, di prestazione tributaria, di istruzione, di istruire, mantenere ed educare i figli, sono senza particolari difficoltà riferibili anche al non cittadino. A questo proposito si è anzi osservato come «la differenza essenziale tra i doveri di solidarietà politica (come la fedeltà) e quelli di solidarietà economico-sociale consisterebbe proprio nella riferibilità dei primi ai soli cittadini, e dei secondi a “tutti”»⁶⁹.

In un quadro generale di messa in discussione degli istituti statali e nazionali della cittadinanza sociale, si assiste peraltro ad un numero proporzionalmente crescente di stranieri immigrati che accede alla categoria dei “contribuenti”, concorrendo con i cittadini a far fronte alle spese pubbliche. Da questo punto di vista occorre allora domandarsi se la Costituzione non fondi un reciproco diritto dello straniero (almeno di colui che regolarmente vive sul territorio dello Stato percependo un reddito soggetto a tassazione) a godere pienamente, al pari dei cittadini, dei benefici pubblici che dall’adempimento del suo dovere fiscale derivano, sulla base dell’impostazione secondo cui l’obbligo tributario, inteso – anche – come inderogabile dovere costituzionale, presuppone l’integrazione di un soggetto in una comunità politica. Con la conseguenza, non irrilevante, ad esempio, che potrebbe essere colpita da una dichiarazione di illegittimità costituzionale, per violazione del dovere in parola, una legislazione che meccanicamente e automaticamente facesse dipendere, dalla perdita dell’attività lavorativa e dunque dalla temporanea cessazione della fonte di reddito su cui è stato fino a quel momento esercitato il prelievo fiscale, l’immediata perdita del diritto al soggiorno⁷⁰.

Sul punto, appare senz’altro condivisibile l’affermazione di chi ha sostenuto che i doveri costituzionali (indissolubilmente legati al prin-

⁶⁹ E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, cit., p. 20. L’Autore osserva che «se si afferma che, anche per lo straniero, tali doveri costituiscono – oltre che semplici obblighi giuridici stabiliti dalla legge e soggetti agli ordinari limiti negativi cui la legge è sottoposta – anche un dovere inderogabile funzionalizzato alla solidarietà, allora si attribuisce loro un significato e una valenza ulteriore rispetto a quella propria della “legislazione repressiva” cui si faceva cenno in precedenza» (*ivi*, p. 21).

⁷⁰ *Ivi*, pp. 22 e 23.

cipio di solidarietà) possono sì costituire elementi per una definizione dello *status* costituzionale del non cittadino, ma «in quanto si sia previamente ammesso che anch'egli, in qualche modo e a qualche titolo, fa parte della "comunità", della "compagine sociale" all'interno della quale ha un senso scambiarsi reciproche prestazioni solidali in funzione dell'accrescimento del benessere collettivo», nel «convincimento che l'integrazione sociale del non cittadino sia un elemento essenziale di quel complessivo "sviluppo della società" al cui perseguimento la Costituzione funzionalizza l'adempimento dei doveri inderogabili»; al contrario, se il non cittadino è «considerato come soggetto estraneo, tutt'al più destinatario di norme di "diritto repressivo" finalizzate a obiettivi di ordine pubblico, l'attribuzione in capo allo stesso di doveri costituzionali appare del tutto priva di significato»⁷¹.

Se, dunque, si ritiene pacificamente riferibile ai non cittadini la "solidarietà orizzontale", che si esplica principalmente attraverso l'adempimento del dovere di lavorare e quello di prestazione tributaria (poiché non pare contestabile che questo, in virtù della dimensione universalistica della solidarietà, possa e debba essere richiesto anche ai non cittadini), allora non si potrà negare che essi possano essere assoggettati altresì a rapporti ascrivibili alla "solidarietà verticale", con il riconoscimento, in condizioni di uguaglianza con i cittadini, della possibilità, ad esempio, di accedere a forme di protezione e assistenza sociale.

In altri termini, il non cittadino, una volta "regolare" sul territorio dello Stato, può ben essere chiamato all'adempimento dei doveri di solidarietà, ma in quanto divenuto a sua volta "membro della comunità", poiché solo in questo caso potrà legittimamente essere chiamato a «ricevere diritti e restituire doveri». A questo proposito, un'idea di reciprocità fra diritti, soprattutto se in una valenza pretensiva, e doveri di solidarietà appare come una condizione indispensabile per alimentare o, dove manchi, per far nascere, una convivenza umana responsabile. Solo ritrovando un minimo di reciprocità fra diritti e doveri le possibilità di effettiva integrazione dei non cittadini diventano realizzabili.

In quest'ottica va letta quella importante e corposa giurisprudenza costituzionale che ha progressivamente esteso tutta una serie di diritti sociali relativi a bisogni essenziali della persona, previsti dalla legisla-

⁷¹ *Ivi*, p. 7.

zione nei confronti dei soli cittadini, anche ai non cittadini. La Corte costituzionale, rifacendosi agli artt. 2, 3, 32 e 38 della Costituzione, ha ripetutamente affermato che, laddove una prestazione sociale sia destinata a consentire il concreto soddisfacimento di un bisogno primario della persona, il non cittadino deve essere equiparato al cittadino nel godimento di quella prestazione⁷².

Con riguardo, invece, ai doveri del non cittadino, in una recente pronuncia la Corte è stata chiamata ad occuparsi di una interessante questione di legittimità costituzionale relativa alla richiesta da parte di uno straniero di prestare il servizio civile. Il giudice costituzionale ha accolto la questione, estendendo così la possibilità di svolgere il servizio civile anche ai non cittadini, sulla base dell'assunto che esso, «dall'originaria matrice di prestazione sostitutiva del servizio militare di leva, che trovava il suo fondamento costituzionale nell'art. 52 Cost., [...] si qualifica ora come istituto a carattere volontario», l'ammissione al quale consente «di realizzare i doveri inderogabili di solidarietà e di rendersi utili alla propria comunità, il che corrisponde, allo stesso tempo, ad un diritto di chi ad essa appartiene»⁷³. Pertanto, «L'esclusione dei cittadini stranieri dalla possibilità di prestare il servizio civile nazionale, impedendo loro di concorrere a realizzare progetti di utilità sociale e, di conseguenza, di sviluppare il valore del servizio a favore del bene comune, comporta [...] un'ingiustificata limitazione al pieno sviluppo della persona e all'integrazione nella comunità di accoglienza»⁷⁴.

La strada dell'integrazione sociale può quindi essere efficacemente perseguita sia attraverso il riconoscimento di maggiori diritti nei confronti dei non cittadini, sia attraverso l'attribuzione a questi ultimi della possibilità di diventare soggetti attivi della solidarietà. I due percorsi non si escludono l'un l'altro, anzi, si alimentano a vicenda.

Prevedere, anche sotto la forma di principi (e non soltanto nella dimensione di norme penali incriminatrici), l'adempimento da parte di

⁷² Tra le pronunce più significative della Corte costituzionale in materia di diritti sociali dei non cittadini, ricordiamo la sentenza n. 306 del 2008 (sull'indennità di accompagnamento per invalidi civili), la sentenza n. 11 del 2009 (sulla pensione di inabilità), la sentenza n. 329 del 2011 (sull'indennità di frequenza per minori disabili), la sentenza n. 22 del 2015 (sulla pensione di invalidità per persone non vedenti), la sentenza n. 230 del 2015 (sulla pensione di invalidità per i sordi).

⁷³ Corte costituzionale, sentenza n. 119 del 2015, punto 4.1 del *Considerato in diritto*.

⁷⁴ *Ibidem*.

tutti, cittadini e stranieri, di obblighi inderogabili, ossia insistere sul valore costituzionale e universale della solidarietà, significa sensibilizzare la collettività intera sui principi della *lealtà* civica e della *responsabilità* nei confronti degli altri individui. Ciò implica, tuttavia, una trasformazione profonda delle concezioni tradizionali, e tuttora accreditate culturalmente nonché legislativamente, in materia di condizione dello straniero⁷⁵. Occorre perciò immaginare, in merito alla natura dei vincoli giuridici cui egli può essere sottoposto, non doveri puramente ispirati ad un «regime di polizia», legati a dinamiche di esclusione e a ragioni di ordine pubblico, ma obblighi radicati all'idea di una responsabilità collettiva idonea a produrre integrazione⁷⁶. Tali doveri dovranno allora essere *reciproci*, nel senso che alla pretesa del loro rispetto da parte degli stranieri, si accompagni la richiesta che i cittadini guardino al fenomeno migratorio non soltanto come ad una risorsa economica o, nella peggiore delle ipotesi, ad un pericolo da contrastare, ma come a una naturale modalità di evoluzione della società pluralistica.

In siffatto contesto, il recupero e la valorizzazione della solidarietà e della coesione sociale consentirebbero di rielaborare le inevitabili differenze esistenti di fatto all'interno di una comunità complessa e variegata, riconducendole ad una ragionevole condizione di equilibrio in vista del conseguimento di obiettivi comuni, stimolando l'instaurazione di relazioni intersoggettive forti, basate sul senso di comune appartenenza alla stessa società e alimentate da una condivisa azione di solidarietà e di corresponsabilità contro l'esclusione e l'emarginazione⁷⁷.

Questa prospettiva della solidarietà collegata alla coesione sociale è rinvenibile anche a livello sovranazionale, ed in particolare è fatta propria dalla Corte di Giustizia, la quale ha in diverse occasioni sottolineato l'esigenza di coesione sociale in relazione alle aspirazioni di inserimento degli individui in ambiti diversi da quelli di origine⁷⁸.

⁷⁵ La legislazione italiana in materia di immigrazione è costituita principalmente dal d.lgs. n. 286 del 1998 (T.U. immigrazione), dalla legge n. 189 del 2002 (c.d. legge Bossi-Fini) e dai c.d. "Pacchetti sicurezza" adottati a partire dal 2008 (in particolare, legge n. 125 del 2008 e legge n. 94 del 2009).

⁷⁶ Cfr. E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, cit., p. 35.

⁷⁷ Cfr. Q. CAMERLENGO, *La dimensione costituzionale della coesione sociale*, cit., p. 23.

⁷⁸ È il caso, ad esempio, del diritto di soggiorno permanente riconosciuto ai cittadini di Paesi terzi familiari di un cittadino dell'Unione, che, secondo la Corte di Lussemburgo,

Quello fin qui ricordato, tuttavia, non è l'unico profilo nel quale può essere declinato il principio solidaristico con riferimento ai fenomeni migratori. Vi è infatti almeno un ulteriore aspetto, che emerge in tutta la sua drammaticità, in cui la solidarietà «verso l'esterno» è in qualche modo collegata ad una sorta di «solidarietà tra Stati» nell'affrontare le emergenze attuali.

Come è noto, per far fronte all'aumento degli sbarchi nel Mediterraneo, l'Unione europea si è attivata affinché non siano esclusivamente i Paesi direttamente interessati dagli stessi (*in primis* l'Italia e la Grecia) a prendersi carico dei migranti giunti nei rispettivi territori, prevedendo l'introduzione di regole temporanee affinché anche gli altri Stati membri si accollino ciascuno una quota di migranti. La regolamentazione della suddivisione per quote prevede che ogni Stato appartenente all'Unione europea (ad esclusione di Regno Unito, Irlanda e Danimarca) accolga un numero determinato dei migranti giunti nel territorio italiano e greco durante il periodo di vigenza della normativa in esame, che è fissato in due anni dalla sua entrata in vigore. Il meccanismo di suddivisione è stato adottato con due decisioni del Consiglio dell'Unione europea, rispettivamente del 14 e del 22 settembre 2015, dove si prevede che la nuova normativa porti alla dislocazione di un totale di 160.000 migranti. La base giuridica che ha permesso al Consiglio di disciplinare la materia in esame è l'art. 78, paragrafo 3, del TFUE, il quale prevede che il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, possa adottare misure temporanee a beneficio di uno Stato membro per fronteggiare una situazione di emergenza che comporti l'afflusso improvviso di soggetti da Paesi terzi, in ossequio al principio della solidarietà tra Stati membri⁷⁹.

costituisce un essenziale elemento di promozione della coesione sociale (sent. 16 gennaio 2014, C-378/12) e che, come tale, è stato non a caso previsto dalla direttiva 2004/38 per rafforzare il sentimento di appartenenza alla cittadinanza dell'Unione europea.

⁷⁹ Va tuttavia ricordato che su tali decisioni pendono dinanzi alla Corte di giustizia due ricorsi proposti dall'Ungheria e dalla Slovacchia che, impugnando le decisioni in esame, contestano l'incompetenza del Consiglio, adducendo che l'art. 78 TFUE permetterebbe sì l'attuazione di misure temporanee in favore degli Stati membri, ma che queste devono essere di carattere non legislativo, e di conseguenza non vincolanti per tutti i Paesi membri, diversamente dalle decisioni impuginate, che hanno evidentemente portata legislativa e obbligano gli Stati a prendersi carico dei migranti.

La disciplina introdotta, oltre a prevedere l'*iter* affinché la procedura di distribuzione per quote negli Stati possa essere attuata (tempi, svolgimento delle operazioni di distribuzione dei migranti, compenso economico per lo Stato ospitante, e così via), detta altresì le regole per individuare quali siano i migranti soggetti alla redistribuzione. Tali soggetti sono individuati nei migranti provenienti da Paesi terzi che si trovino nel territorio dello Stato italiano o greco e che abbiano presentato una domanda di protezione internazionale. Secondo la normativa europea (direttiva 95/2011), il beneficiario di protezione internazionale è colui al quale è stato concesso lo *status* di rifugiato o lo *status* di protezione sussidiaria. Dunque, sostanzialmente, per poter essere soggetto alla dislocazione in un altro Stato, il migrante deve aver presentato la domanda di protezione e non esserne già beneficiario, con la conseguenza che su tale domanda deciderà lo Stato nel quale il migrante viene dislocato. Esiste però un ulteriore limite soggettivo nella disciplina in esame: i migranti richiedenti protezione devono appartenere «ad una nazionalità per la quale la percentuale di decisioni di riconoscimento della protezione internazionale [...] è pari o superiore al 75% delle decisioni sulle domande di protezione internazionale». L'identificazione nazionale del migrante è tuttavia stridente rispetto alla direttiva europea sullo *status* di beneficiario di protezione internazionale, la quale prevede che questa sia concessa sulla base dell'esistenza di una serie di atti persecutori a cui il richiedente è sottoposto nello Stato di cui esso ha la cittadinanza (o in cui ha la dimora in caso di soggetto apolide), rendendo così ininfluyente una valutazione preliminare circa lo Stato che compie tale persecuzione.

L'impressione che si ricava, in questa come in altre occasioni, è che i drammatici fenomeni cui assistiamo ormai quotidianamente siano tuttora fronteggiati, a livello interno così come a livello europeo ed internazionale, con misure inadeguate, frutto di "improvvisazione" e incertezza di orientamenti.

L'inadeguatezza di tali misure ha molto spesso indotto gli Stati, Italia compresa, ad un inasprimento del trattamento riservato ai migranti⁸⁰. Basti pensare che la legislazione italiana in materia di immigrazione è da tempo volta per lo più a respingere ed escludere, non già ad accogliere ed includere, quanti fuggono dai loro Paesi di origine alla

⁸⁰ Cfr. A. RUGGERI, *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, cit., p. 144 s.

ricerca di condizioni di vita finalmente dignitose. A questo proposito, va osservato come la nostra legislazione sia stata fortemente condizionata dalla circostanza che il fenomeno migratorio in Italia si è connotato per anni quasi esclusivamente dalla *uscita*, per motivi di lavoro, di cittadini verso Paesi esteri; fino agli inizi degli anni Settanta, pertanto, le norme in materia concernevano i flussi di cittadini verso altri Stati, mentre era pressoché assente una regolamentazione di quelli riguardanti il nostro Paese. Solo in tempi più recenti tale tendenza ha subito un'inversione; la prima disciplina legislativa che si è proposta di dare compiuta attuazione all'art. 10, comma 2, Cost., regolando organicamente la materia dell'immigrazione, è la legge n. 40 del 1998 (c.d. Turco-Napolitano), poi totalmente confluita nel Testo unico approvato con d.lgs. n. 286 del 1998 (T.U. sull'immigrazione). Le norme del Testo unico del 1998 avevano il dichiarato intento di regolare gli aspetti della vita dello straniero nel suo complesso, a partire dai diritti di cui gode e dei doveri a cui è sottoposto, nonché tutte le fasi dell'immigrazione e le diverse tipologie di ingresso e soggiorno nello Stato, al fine di controllare gli ingressi e contrastare l'immigrazione clandestina, ma anche di favorire l'immigrazione legale e l'acquisto della cittadinanza da parte dello straniero che risieda regolarmente e lavori nel nostro Paese.

Come è noto, il Testo unico sull'immigrazione è stato significativamente modificato dalla legge n. 189 del 2002 (c.d. "legge Bossi-Fini"), decisamente più restrittiva della precedente, che si è proposta di ridisegnare la disciplina dei flussi migratori scoraggiando l'ingresso degli stranieri in Italia, e di contrastare in modo più efficace l'immigrazione clandestina. In un quadro sia nazionale sia internazionale che ha visto crescere progressivamente l'attenzione degli Stati e dell'opinione pubblica nei confronti del tema della sicurezza e dell'ordine pubblico, l'analisi delle iniziative legislative portate avanti nel nostro ordinamento dopo il 2002 – ed in particolare dopo il 2007 – dimostra l'evidente spostamento dall'asse della solidarietà, dell'accoglienza e dell'integrazione a quello della sicurezza e della discriminazione, con un rilievo predominante dei profili di contrasto e di lotta al fenomeno degli ingressi irregolari. Il quadro normativo ha conosciuto, ad opera di una serie di successivi interventi (c.d. "Pacchetti sicurezza", tra cui la legge n. 94 del 2009), una "virata" verso un sostanziale e deciso indebolimento della posizione e dello *status* del non-cittadino nell'ordinamento italiano.

Il legislatore è intervenuto nuovamente a modificare la disciplina dell'immigrazione con la legge n. 129 del 2011 (di conversione del decreto-legge n. 89 del 2011), resa necessaria dall'esigenza di recepire la Direttiva 2008/115/CE sui rimpatri, nonché a seguito della sentenza della Corte di Giustizia europea che ha parzialmente bocciato le norme nazionali che introducevano il reato di clandestinità.

Alle difficoltà e alle contraddizioni della realtà ordinamentale, si aggiungono oggi ulteriori fattori di criticità, che contribuiscono a condizionare pesantemente il godimento dei diritti da parte dei non cittadini: da un lato, il terrorismo internazionale, che spesso conduce a “bilanciamenti” su basi di valore fortemente attratti verso il polo della sicurezza ed a discapito di altri beni o interessi costituzionalmente protetti; dall'altro lato, la crisi economica senza precedenti esplosa in questi anni, che già da sola è causa di una significativa contrazione dei diritti di tutti, cittadini compresi.

Ancora una volta, occorre domandarsi se, in un contesto di emergenza che coinvolge tutti in pari misura, in nome di questa stessa emergenza sia legittimo – e sia opportuno – allargare ulteriormente le distanze tra cittadini e non cittadini, e non, invece, rinvenire nel principio di solidarietà il riferimento fondativo di un «nuovo concetto di cittadinanza, intesa come l'insieme dei diritti che accompagnano la persona quale che sia il luogo dove essa si trova e il cui riconoscimento è funzione appunto di una logica solidale, che generalizza l'inclusione dell'altro rafforzando lo stesso riferimento al principio di eguaglianza»⁸¹. Questo tema emerge con chiarezza nella dimensione europea, in cui appare indispensabile riprendere il cammino verso una «universalità della cittadinanza», la cui realizzazione costituisce un imprescindibile punto di partenza per costruire un'Europa dei cittadini, e non solo dei mercati.

5. Una nuova concezione di «comunità» necessariamente oltre i classici confini nazionali

Un sistema costituzionale riflette un complesso di interessi generali intimamente collegati, e determinati principalmente dalla posizione del singolo individuo nella comunità. L'organizzazione politica di ri-

⁸¹ S. RODOTÀ, *Solidarietà*, Roma-Bari, Laterza, 2014, p. 33.

ferimento di un tale ordinamento è dunque il risultato di un costante processo di interazioni, spesso fortemente antagonista, tra bisogni che emergono dalla comunità e le determinazioni assunte dagli organi investiti del potere di indirizzo politico⁸².

Nella sua essenza, la storia dei diritti umani e della dignità dell'uomo rappresenta lo sforzo di creare uno spazio per la vita degli individui che rifletta valori e principi condivisi e renda questi ultimi effettivi e concreti nella vita sociale⁸³.

Come è noto, la salvaguardia di un nucleo di diritti dell'uomo ancorato ad un concetto di dignità della persona umana dovrebbe costituire l'obiettivo centrale di ogni organizzazione politica⁸⁴; la presenza di ordinamenti a vocazione tanto nazionale quanto universale trova giustificazione nel principio della «dignità umana», attraverso il quale l'individuo perfeziona il proprio vincolo di «appartenenza» ad una organizzazione con fini politici generali. Il riconoscimento e la garanzia dei diritti umani interessa al tempo stesso gli individui e gli Stati, le persone e le comunità, riassumendone le contraddizioni e le difficoltà⁸⁵.

Si accede qui ad un significato universale di comunità in quanto corpo politico, che passa per la negazione di qualsiasi forma di esclusione, fondata sull'uguaglianza, sulla proprietà, sulla sicurezza e in generale sui valori sottesi alla tutela dei diritti fondamentali. Dunque, è anche nella profonda trasformazione di questa concezione che matura il diritto irrinunciabile di «partecipare» democraticamente alla determinazione e alla realizzazione del «bene comune».

⁸² Cfr. le osservazioni in RIDOLA P., *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2001.

⁸³ Ampia la bibliografia su tali temi; a titolo puramente indicativo si segnalano: DE SIERVO U., *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: presupposti teorici e soluzioni nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Milano, Vita e Pensiero, 1980; BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990; HÄBERLE P., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, a cura di P. RIDOLA, Roma, NIS, 1993; CARLASSARE L., *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, n. 1, pp. 33-66; PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, Cedam, 2003; CARETTI P., *I diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2005.

⁸⁴ Rimanda a tali aspetti specifici PIZZOLATO F., *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, Giuffrè, 1999.

⁸⁵ Su tali aspetti cfr., fra gli altri, FLORES M. (a cura di), *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, Documenti, Torino, Utet, 2007.

Un ordinamento giuridico a vocazione generale, per rendere effettivo un sistema sempre più articolato di libertà fondamentali, ha la necessità di adempiere – e far adempiere – ad un altrettanto articolato sistema di doveri al fine, da un lato, di assicurare il rispetto dell'uguaglianza sostanziale e, dall'altro lato, di concretizzare sempre più il vincolo di responsabilità solidale. Il principio di solidarietà rappresenta *un primus inter pares* tra i principi costituzionali, destinato a realizzare, anche attraverso precise disposizioni legislative, quel livello minimo di omogeneità sociale.

Il riconoscimento formale di eguali diritti, in considerazione della molteplicità di bisogni anche molto eterogenei tra gruppi e tra individui, non basta certamente ad assicurare un minimo di giustizia materiale e il superamento di discriminazioni strutturali e di privilegi radicati nella società. Non a caso già Aristotele sosteneva che ciò che lega fra loro i cittadini è una norma di reciprocità dei diritti e dei doveri, e il fatto che tale reciprocità porti con sé, al tempo stesso, le limitazioni al potere dei governanti e l'accettazione delle regole da parte dei governati.

La sfera dei diritti saldamente ancorata a quella dei doveri degli appartenenti ad una comunità è, a sua volta, intrecciata alla sfera delle competenze, degli obblighi e delle garanzie che le istituzioni politiche intendono assicurare ai propri membri e a coloro che, a vario titolo, partecipano alla vita della comunità organizzata. Ciò ha reso necessario che accanto al riconoscimento dei diritti civili e, quindi, dei diritti politici, si andassero ad aggiungere progressivamente garanzie riguardanti i diritti economici e sociali, a cui hanno fatto seguito politiche di tutela delle minoranze e dei popoli, dell'ambiente e delle differenti culture.

Un sistema di libertà fondamentali, integrato con previsioni riguardanti i diritti del lavoro, il diritto alla salute, all'istruzione, all'abitazione e alla sicurezza sociale, supportato da politiche antidiscriminatorie, per l'ambiente e per le generazioni future, e con la previsione di obblighi inderogabili di solidarietà, nonché in generale con un sistema di strumenti atti a tutelare le posizioni della persona umana nel suo insieme, implica non soltanto e semplicemente il riconoscimento di un'equiparazione formale tra gli individui, ma un'uguaglianza reale e sostanziale.

La determinazione della solidarietà come obbligo costituzionale inderogabile – e non come manifestazione di benevolenza – configura

l'organizzazione statale stessa come sua estrinsecazione, soprattutto nella forma dello Stato-sociale, e prefigura, in conseguenza, una evoluzione del modo di intendere il vincolo di cittadinanza, rendendo ogni individuo potenzialmente responsabile della soddisfazione dei bisogni altrui e aperto verso l'intera compagine sociale.

Per questa via il principio di solidarietà ha in sé la capacità di concorrere a realizzare un radicale rinnovamento dell'organizzazione politica e sociale, facendo sì che gli individui avvertano il bisogno di implementare il vincolo solidaristico per il proprio sviluppo personale, in quanto consapevoli che le libertà individuali divengono possibili ed effettive solo attraverso l'adempimento degli obblighi inderogabili, e, al tempo stesso, per concorrere al soddisfacimento delle istanze collettive.

Tutto ciò rafforza enormemente l'importanza di istituzioni capaci e di normative finalizzate ad assicurare i diritti degli individui coniugati con livelli dignitosi di benessere materiale.

I principi di libertà, di uguaglianza e di solidarietà strutturano un panorama in cui la responsabilità individuale è strettamente collegata a quella collettiva, veicolata dalle istituzioni repubblicane.

La Costituzione italiana, costruita su una forte impronta sociale, in cui i diritti costituzionali degli individui non si risolvono in meri programmi di azione per il legislatore, ma in vere e proprie pretese a vedere soddisfatti i propri bisogni fondamentali, individua chiaramente anche *chi* viene chiamato a trasformare i programmi in prestazioni concrete. Si tratta, in via principale, dello Stato (o dei livelli di governo intermedi), chiamato ad attivarsi o per fornire direttamente le prestazioni stesse, o per disciplinare legislativamente gli obblighi a cui sottoporre i consociati in ragione di una esigenza solidaristica generale; solo in via sussidiaria, la Carta fondamentale pone taluni doveri direttamente in capo ai singoli, sebbene le modalità di esercizio di tali obblighi vadano comunque rese esplicite e regolamentate dal legislatore. Parlare di doveri di solidarietà, e non solo di posizioni giuridiche attive, significa dunque mettere l'accento sull'onere che essi impongono al singolo o alla intera comunità costituita in organizzazione statale, sgombrando finalmente il campo dall'idea che i diritti siano situazioni che si auto-espandono senza che nessuno ne paghi costi e conseguenze.

L'aver costituzionalizzato la solidarietà quale valore fondamentale, coniugandolo con gli altri principi inderogabili, implica rilevanti con-

seguenze sui meccanismi giuridici di controllo delle scelte che danno concretezza alla qualifica in democratico e sociale di un ordinamento. È indispensabile, infatti, così come autorevole dottrina ha posto in evidenza, individuare e predisporre, anche con riferimento alle omissioni legislative, dispositivi che, assicurando il primato della tutela giurisdizionale, consentano la realizzazione degli obiettivi primari che l'organizzazione si è posta⁸⁶. Emerge, cioè, la necessità di prevedere meccanismi sanzionatori nei confronti degli inadempimenti del legislatore, in particolare rispetto a quelle disposizioni costituzionali che necessitano di attuazione, non risultando più sufficiente il parametro della responsabilità politica per sanzionare gli organi inadempienti rispetto all'obbligo di attuazione dei principi cardine dell'ordinamento.

La previsione e la disciplina di forme di solidarietà rappresenta dunque una necessità alla quale il legislatore non potrebbe sottrarsi, anche in virtù della circostanza che i doveri incarnano fattori funzionali alla realizzazione dell'integrazione minima necessaria all'interno di una società plurale e, oggi, sempre più multiculturale. Da un punto di vista delle scelte di indirizzo politico, sarebbe di conseguenza opportuno nonché necessario "investire" sulla previsione di obblighi qualora si voglia porre l'attenzione su elementi di aggregazione tra gli individui; l'idea di solidarietà è infatti particolarmente affine a quella di coesione. Da un punto di vista giuridico, va sottolineato che coloro che effettuano prestazioni di solidarietà e i beneficiari delle stesse rivestono ruoli potenzialmente reversibili e non hanno una relazione diretta, bensì necessariamente mediata dalle istituzioni.

L'argomento del pluralismo, peraltro, rende necessaria una ulteriore riflessione sul concetto di «comunità» a cui si vuole riferire l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà, oltre che il riconoscimento dei diritti inviolabili, e in particolare sull'ipotesi di porre confini soggettivi all'estensione di tale collettività. È necessario infatti sottolineare che la cittadinanza in generale, in quanto concetto politico, comporta indubbiamente un riferimento alla comunità.

La circostanza che i diritti inviolabili, l'uguaglianza e la solidarietà siano valori che travalicano i confini nazionali, in quanto universali, e come tali riconosciuti e garantiti sempre più anche in una dimensione ultranazionale, rende incontestabile il fatto che essi, anche se riferiti al

⁸⁶ Cfr. MORTATI C., *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro italiano*, 1970, V, pp. 153-191.

solo livello statale, debbano potersi riferire all'intero corpo sociale, cittadini e non. Le stesse previsioni dei doveri dunque mettono in discussione, in modo assai più netto che in passato, le pretese dei difensori assoluti della sovranità nazionale.

L'universalità dei diritti umani, intesa al tempo stesso come uguaglianza intrinseca di tutti gli appartenenti al genere umano e come dovere di applicare nei confronti di ogni individuo i principi del diritto costituzionale, impone l'individuazione di pratiche effettive e di strumenti cogenti per realizzarla.

Come è noto, la stretta connessione esistente fra gli articoli 2 e 3 della Costituzione evidenzia un ulteriore aspetto della «pari dignità»: l'essere un ponte fra i diritti inviolabili e i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Assieme alla reciprocità fra diritti e doveri, la solidarietà esprime il bisogno di coesione nella comunità, che trova soddisfazione nell'apporto reciproco e nella socialità. La pari dignità lega i molteplici diritti umani ai doveri inderogabili e rappresenta il parametro per attribuire contenuto specifico e concreto a ciascuno di essi.

È dunque nella logica della «responsabilità sociale» e, quindi, nelle scelte legislative che possono – attraverso il principio di solidarietà – essere attenuate le disuguaglianze sociali ed economiche poste a giustificazione, ad esempio, nel nostro Paese, di irragionevoli scelte politiche di contrasto al fenomeno immigratorio, nonché di discutibili interpretazioni giurisprudenziali.

Solo in una prospettiva di continua evoluzione sulla strada dei diritti fondamentali, in particolare in rapporto alla reciprocità tra libertà del singolo e responsabilità solidale, potrà essere regolata la conflittualità derivante dalla crisi della cittadinanza sociale. La solidarietà, infatti, è funzionale all'integrazione di tutti i soggetti appartenenti ad una comunità territoriale, integrazione che si realizza senz'altro attraverso il riconoscimento e la tutela dei loro diritti, nonché il richiamo a forme di responsabilità nell'adempimento di obblighi; entrambe le posizioni, in concorso, determinano l'effettivo e universale riconoscimento della dignità umana e la valorizzazione del ruolo attivo di ciascuno all'interno della società e per il bene comune. Una misura minima di «omogeneità sociale», cioè di «omogeneità economica, culturale e convenzionale», è infatti un'irrinunciabile premessa del funzionamento di ogni collettività organizzata intorno ai principi del costituzionalismo democratico.

L'umanità nel suo insieme, così come le comunità entro le quali si articola la presenza di ognuno, avverte che scelte politiche più o meno esplicitamente orientate a creare divaricazioni nelle differenze sociali nonché esclusione di interi gruppi umani dal circuito politico-rappresentativo distruggono, in modo definitivo, l'equilibrio tra le varie categorie di diritti perfezionatesi intorno al più ampio ed esaustivo concetto di dignità umana, capace altresì di tener conto del progresso delle relazioni sociali.

Come si è cercato di evidenziare, la solidarietà travalica i confini di gruppo e di nazionalità per evolversi verso dimensioni internazionali e sempre più globali. Mentre inizialmente il vincolo solidaristico si è applicato ai componenti di un medesimo gruppo, le norme costituzionali degli ordinamenti statali del Secondo dopoguerra l'hanno progressivamente esteso dalla comune condizione di cittadinanza nazionale a quella di appartenenza al genere umano *tout court*.

Sempre più evidenti disuguaglianze e tensioni collettive, con conseguenti allarmi sociali, sono fenomeni che, se da un lato denunciano l'inadeguatezza di strumenti correttivi predisposti unicamente entro i confini nazionali, dall'altro lato, accrescendo la percezione dell'insicurezza e dell'ingiustizia, creano la consapevolezza dell'esistenza – nella coscienza collettiva del genere umano – di principi e valori che, pur nelle diverse sensibilità nazionali, sono condivisi e si concretizzano nella richiesta di un sistema universale di tutela e protezione da rischi di malattie, infortuni, perdita della capacità lavorativa e del posto di lavoro, tutela dell'ecosistema, sviluppo equo e sostenibile.

Nelle complessità del secolo presente, per garantire in modo efficace il rispetto dei diritti umani è necessario perseguire l'obiettivo di offrire a tutti, ad un livello che vada oltre quello dei confini nazionali, modelli di partecipazione all'insegna dei principi sanciti nella forma di Stato sociale. Una comunità democratica – anche su scala internazionale – deve riuscire a trovare un equilibrio d'integrazione tra solidarietà statale e sovrastatale, che è necessaria per il formarsi di una volontà politica comune e per la legittimazione all'esercizio del potere.

In quest'ottica, se, da un lato, risulta ad oggi alquanto difficile immaginare che questo livello di «integrazione» possa essere quello internazionale *tout court*, per l'estrema difficoltà di organizzare un sistema globale nel quale tutti gli Stati e le rispettive popolazioni con-

cordino su un nucleo fondamentale di principi e condividano le medesime responsabilità di carattere solidaristico, dall'altro lato, pare potersi affermare che l'ambito europeo sia quello privilegiato per tentare di raggiungere quei risultati. Se, infatti, a livello internazionale, la mancanza di una *leadership* e l'assetto dei rapporti tra i vari Paesi fanno sì che la globalizzazione possa al massimo funzionare nell'ambito economico, o in quello culturale e scientifico, ma non in campo politico, ciò non può invece essere sostenuto per il livello europeo, dove una «globalizzazione politica» ben potrebbe essere perseguita attraverso progressive e ulteriori «cessioni di sovranità» da parte degli Stati membri, capaci di sostituire la politica tecnocrate e autoreferenziale e quindi di consentire un rafforzamento delle istituzioni europee nonché un loro collegamento con il «popolo europeo».

Sulla base di queste premesse risulta pertanto ragionevole sostenere che l'Unione europea, quale forma di organizzazione politica alla quale gli Stati membri intendono delegare soluzioni di problemi che non sono in grado di risolvere da soli, possa rappresentare il livello di governo adeguato per compiere scelte politiche orientate all'armonizzazione di una società plurale e cosmopolita che si ispira ai principi del costituzionalismo del Secondo dopoguerra.

La consapevolezza che la declinazione di un principio di uguaglianza a livello europeo si caratterizzi, in un'ottica ancora marcatamente internazionalista, in obblighi e vantaggi tra Stati e non direttamente tra individui, lascia tuttavia impregiudicata la circostanza che i perduranti profili di forte debolezza dell'ordinamento europeo siano ancora oggi determinati da elementi tra loro fortemente collegati, quali quelli rappresentati dalla scarsa legittimazione popolare e dalla incapacità di ampliare le procedure democratiche oltre i confini dello Stato nazionale.

A maggior ragione, dunque, occorre soffermarsi sul rafforzamento di quei principi che più di altri consentano il consolidamento del «vincolo comunitario», al fine di evitare che l'Europa unita riproponga limiti e difetti degli Stati nazionali.

In questo specifico ambito, credo sia alquanto evidente l'impressione che tutti i Governi coinvolti si sono dimostrati privi di coraggio, impegnati unicamente in scelte politiche che si sono trasformate, alla prova dei fatti, in acceleratori del *gap* di solidarietà che va contagiando l'intera Europa, rischiando, in tal modo, di trasformare gli effetti della crisi – su vari fronti, da quello economico e finanzia-

rio, a quello dell'emergenza migranti – in una pericolosa crisi dei valori sociali di riferimento.

Continuo a credere che una equilibrata politica sociale europea potrebbe rappresentare un efficace strumento per la sopravvivenza dei principi statali della cittadinanza, anche con l'obiettivo di contrastare il *deficit* sociale dell'Unione. E, in un certo senso, potrebbe contribuire al superamento dell'attuale fase di estrema difficoltà nella salvaguardia dei valori della tradizione democratica occidentale, testimoniata dal continuo indebolimento del senso di identificazione del singolo con l'organizzazione politica di appartenenza.

Sarebbe utile, a questo proposito, insistere per un'educazione dei cittadini futuri e cosmopoliti sulla necessità di far evolvere e indirizzare la risoluzione delle questioni legate alla c.d. globalizzazione verso un nuovo universalismo quanto più possibile egualitario, capace di superare gli ostacoli legati alle discriminazioni e a nuove forme di esclusione.

SOLIDARIETÀ: UN PROGETTO POLITICO

di *Lorenza Carlassare*

SOMMARIO: 1. *Il valore prescrittivo dell'art. 2;* 2. *Solidarietà: i due versanti del concetto;* 3. *La solidarietà della Costituzione;* 4. *“Solidarietà” va insieme a “eguaglianza” e “dignità” della persona;* 5. *Solidarietà va insieme a “diritti”: rispetto della persona e libertà di coscienza;* 6. *I diritti sociali: la solidarietà negata;* 7. *I diritti-doveri di solidarietà: istruzione, lavoro, voto;* 8. *I doveri di solidarietà;* 9. *Solidarietà e democrazia.*

1. Il valore prescrittivo dell'art. 2

In Italia, apprendiamo dall'Unicef¹, il numero di bambini sotto la soglia di povertà supera di molto il milione e, sui 41 Paesi del benessere esaminati, il nostro si colloca al 34° posto per l'entità del divario esistente fra bambini poveri e ricchi. Solidarietà è oggi soltanto “parola” continuamente ripetuta ma dimenticata nei fatti?

La risposta mette in causa un principio fondamentale posto all'inizio della Costituzione e strettamente legato al valore centrale su cui si fonda la persona umana e la sua dignità². Fin dall'inizio i Costituenti ne hanno sottolineato il legame; già nella Prima Sottocommissione il testo dei relatori La Pira e Basso³ indica il *duplice fine* del riconoscimento dei diritti “inalienabili e sacri”: «assicurare l'autonomia e la dignità della persona» e «promuovere ad un tempo la necessaria solidarietà sociale». Due obiettivi distinti ma strettamente congiunti su cui poggia il sistema costituzionale; soffocando o neutralizzando la solidarietà si incrinano le radici dell'ordinamento intero.

Lo ha chiarito bene la Corte costituzionale nella sent. 75/1992 ribadendo che la solidarietà è un principio posto dalla Costituzione «tra i

¹ E' un dato recentissimo del 14/04/2016.

² Il principio personalista, conferma la Corte costituzionale, con la sentenza n. 167/1999, «pone come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana».

³ A.C., *Prima Sottocommissione*, Sedute del 9, 10, 11 settembre 1946.

valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente». Una sentenza che fissa in modo sicuro il valore e la natura del principio: indicando la solidarietà come *base della convivenza sociale* e precisando che si tratta di una convivenza «normativamente prefigurata dalla Costituzione» la Corte esclude che l'art. 2 abbia valore solo descrittivo o esprima una speranza affidata al *sentimento* di solidarietà, sottolineandone invece il valore prescrittivo: la disposizione indica un assetto *giuridicamente imposto*. La convivenza sociale *deve essere* costruita *normativamente* sulla base del principio di 'solidarietà'⁴; da questo principio deve prendere forma.

La solidarietà traversa la Costituzione: collocata fra i principi fondamentali, percorre l'intero testo, dai rapporti sociali ai rapporti familiari, dall'assistenza alla previdenza, dai doveri costituzionali⁵ ai dirit-

⁴ L'idea della *doverosità*, per la legge, di promuovere la solidarietà emerge anche dalle parole di chi voleva eliminare il richiamo alla solidarietà sociale, coll'argomento che «fino a che vi sono varie classi sociale la solidarietà è un nome vago» e «una lotta tra quelli che detengono, male o bene, la ricchezza, e gli altri che lavorano ci sarà sempre finché il mondo esiste», on. G. LOMBARDI, in A.C. *Prima Sottocommissione*, seduta dell'11/9/1946, il quale perciò dichiara di *non* poter sottoscrivere «l'affermazione che *la legge debba* promuovere la solidarietà sociale». Significativa è la risposta del Relatore, on. Basso (*ivi*) che si dichiara in posizione antitetica a quella del collega Lombardi: parlando di solidarietà sociale non si «intende affermare che non ci saranno lotte di classe, ma il *dovere* della Costituzione è quello di mirare a un massimo sforzo di solidarietà sociale. Vi sono diritti che derivano dal principio della libertà ed altri che derivano dal principio della eguaglianza e della solidarietà. Si tratta di uno sforzo verso la solidarietà in senso antindividualista. *Se si toglie questo, si rompe l'equilibrio che deve esservi tra l'esercizio degli antichi diritti della persona e l'esercizio di questi diritti in senso sociale*, accompagnati cioè dallo sforzo di creare una *solidarietà sociale*».

⁵ Sulla solidarietà di fondano anche «doveri ulteriori rispetto a quelli espressi in Costituzione» – sottolinea B. PEZZINI in *Dimensioni e qualificazioni nel sistema costituzionale di solidarietà (a proposito di eguaglianza ed effettività dei diritti e tematizzazione della differenza*, in B. PEZZINI, C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano, 2003, 102 - riferendosi ai filoni giurisprudenziali in tema di casa, assistenza sociale e indennizzo per danno alla salute derivante da vaccinazioni. Significative le sentenze della Corte cost. n. 307/1990 n. 27/1998 e n. 226/2000 nella quale - a proposito della «*ratio* costituzionale del diritto all'equo indennizzo riconosciuto in base agli artt. 32 e 2 della Costituzione» - si afferma: «ciò che conta è l'esistenza di un interesse pubblico di promozione della salute collettiva tramite il trattamento sanitario, il quale, per conseguenza, viene (e può essere) dalla legge assunto ad oggetto di obbligo legale. La giurisprudenza costituzionale alla quale il giudice rimettente si riferisce è ferma nell'individuare per l'appunto in questo interesse – una volta assunto dal legislatore a ragione dell'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio

ti-doveri (lavoro, istruzione⁶), dal patrimonio storico e artistico “della Nazione” (art.9), bene comune che insieme al paesaggio la Repubblica *deve* tutelare, ai rapporti internazionali (art.11). Alla *solidarietà* fra i popoli i Costituenti pensavano ripudiando la guerra e consentendo “limitazioni di sovranità” per un «ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni»⁷.

2. Solidarietà: i due versanti del concetto

“Solidarietà” ha diversi significati, è concetto antico dapprima espresso con “fraternità”⁸. Ed è con questo nome – una delle tre parole simbolo della Rivoluzione francese – che il concetto si lega alla nascita del costituzionalismo: *liberté, égalité, fraternité* era scritto sulle bandiere della Rivoluzione. Accostata a libertà e a eguaglianza, fraternità viene ad assumere per la prima volta una dimensione *politica*⁹; ri-

o di una politica incentivante – il fondamento dell’obbligo generale di solidarietà nei confronti di quanti, sottomettendosi al trattamento, vengono a soffrire di un pregiudizio alla loro salute. E’ dunque l’interesse collettivo alla salute la ragione determinante del diritto all’indennizzo. Non è l’obbligatorietà in quanto tale del trattamento, la quale è semplicemente strumento per il perseguimento di tale interesse».

⁶ In armonia col pensiero dei Costituenti (*supra* §1), si è sottolineato il ruolo d’integrazione che i doveri di solidarietà sono chiamati costituzionalmente a svolgere: S. NICCOLAI, *Principio di pari dignità sociale e giudizio di costituzionalità. Appunti per una ricerca*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, III, Napoli, 2012, 2242 s.; G. ALPA, *Solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, 371, «Diritti e doveri, nella cornice dell’art. 2 Cost., concorrono ... a realizzare i principi personalista e pluralista e la solidarietà, realizzandosi in doveri politici, economici e sociali per conservare coesione sociale e convivenza civile».

⁷ Nel dramma dei profughi la solidarietà internazionale è crollata; resta invece, luminosa, quella dei tanti individui, medici in testa, che generosamente continuano ad aiutarli. Uno, almeno, dei due versanti della solidarietà, quello spontaneo e non doveroso giuridicamente (*infra* §2), ha tenuto. La situazione tragica di popolazioni in fuga da guerre, miseria e morte dimostra che la solidarietà internazionale, *doverosa* per gli Stati in base a norme di tutela dei diritti umani, è del tutto assente: pochi Stati - l’Italia è tra questi - si adoperano per salvarli almeno dalla morte. Viceversa, la solidarietà volontaria, *non dovuta* di molte persone - ma non di tutte - si è dimostrata fortissima: gli abitanti di Lampedusa e i medici che si prodigano in zone rese deserte dalle armi, sono un esempio incoraggiante.

⁸ La solidarietà è la giuridicizzazione della fraternità: A. MATTIONI, *Solidarietà giuridicizzazione della fraternità*, in A. MARZANATI, A. MATTIONI, *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, città nuova, 2007, 7 ss.

⁹ A. M. BAGGIO, *La fraternité, un défi politique*, in “Nouvelle Cité”, n° 553, janvier-février 2012, 24 ss.

guarda il popolo, il cittadino nella sua relazione con lo Stato, simbolizza un programma futuro.

È un significato nuovo rispetto alla fratellanza dell'antichità greco-romana e di varie religioni ed anche rispetto al concetto cristiano che pure ha in sé, dall'origine, una novità importante: la fratellanza si allarga fino ad assumere una dimensione *universale*. Tutti gli uomini sono "fratelli" perché figli dello stesso padre¹⁰. Pur nella novità della dimensione, la "fraternità" cristiana continua per molti secoli a riferirsi ad una relazione personale fra esseri umani di ogni razza e patria¹¹, ancor oggi parte importante del concetto di "solidarietà"¹²; in questo significato di relazione umana la fraternità è menzionata nel primo articolo della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 10 dicembre 1948 «Tutti gli esseri umani nascono liberi e uguali per dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e coscienza e devono agire gli uni nei confronti degli altri in uno spirito di fraternità».

Spirito di fraternità, un sentimento, dunque, com'era anche per l'illuminismo europeo, che lo esprime in quel «tutti gli uomini saranno fratelli» del coro finale della IX sinfonia di Beethoven con testo di Schiller. La dimensione politica che la fraternità aveva acquistato nel 1789 nella Francia rivoluzionaria – dove assume, talora, anche il nome di "solidarietà"¹³ – a un secolo di distanza ritorna in modo deciso nel

¹⁰ Già la parabola del "buon samaritano" allarga la dimensione dell'azione solidale: protagonista, infatti, è uno straniero.

¹¹ Fino all'Enciclica di Leone XIII della fine dell'ottocento, come si dirà subito nel testo.

¹² Con la solidarietà sociale si intende andare oltre le solidarietà *parziali* (solidarietà familiare, di ceto, religiosa), «oltre l'esistenza di legami sociali variamente fondati, individuando un terreno dove la solidarietà assume *valenza normativa*, sintetizza una relazione particolare tra diritti e doveri». E ciò «attraverso un processo che consente di uscire dalle solidarietà *parziali*, per approdare a una solidarietà *generale*, riconosciuta come principio costitutivo dell'ordine costituzionale»: S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Bari, Laterza, 2014, 32-33.

¹³ Già Mirabeau (1789) e Danton (1793) avevano utilizzato concetti come "solidarité" e "solidaire" nell'Assemblea Nazionale e nel 1848 il Partito democratico in occasione delle elezioni politiche fondò un comitato cui diede il nome di "Solidarité républicaine". Alla fine del XIX secolo il termine solidarietà «in Francia era estremamente diffuso e impiegato in una pluralità di accezioni: all'interno del movimento operaio nel senso di solidarietà (naturale) di tutti i lavoratori salariati, nell'ambito della sociologia come sinonimo di coesione sociale, nella teoria sociale e in politica nel senso di solidarietà sociale tra i membri della collettività. Al concetto di solidarietà facevano riferimento sia economisti puri che autori marxisti ed esponenti dell'anarco-sindacalismo»: R. ZOLL, *Solidarietà*, in *Enc. sc.*

pensiero cristiano con l'Enciclica *Rerum Novarum* di Leone XIII (1891). Il nome è ancora *fraternità* ma i contenuti sono quelli della "solidarietà" nel suo significato *pubblico e sociale*, ulteriormente esplicitato da Pio XI nella Quadragesimo Anno (1931), nella quale è continuo il riferimento all'Enciclica precedente dove sono chiamate in causa nel modo più chiaro le *istituzioni* e i loro *doveri*. Il discorso è ampio: «il retto ordine dell'economia non può essere abbandonato alla libera concorrenza delle forze» da cui «sono derivati tutti gli errori della scienza economica individualistica», ferma nella convinzione che l'autorità pubblica «dovesse lasciare assolutamente libera» l'economia che ha bisogno, invece, di essere regolata. Ma il principio direttivo «non può essere la supremazia economica...una forza cieca e una energia violenta» che ha bisogno essa stessa di essere «vigorosamente e totalmente governata» secondo i principi di *giustizia e carità sociali*. Dunque è necessario che «le istituzioni dei popoli» si ispirino alla *giustizia sociale* e su questa si «costituisca un *ordine giuridico e sociale* a cui l'economia tutta si conformi».

Leone XIII – sottolinea Pio XI – insegna che il potere civile «non è puramente un guardiano dell'ordine e del diritto, ma deve adoperarsi ... con tutto il complesso delle leggi e delle politiche istituzioni» per «la pubblica e privata prosperità (enc. *Rerum novarum*, n. 26)»; e che l'autorità pubblica «nella protezione dei diritti stessi dei privati deve tener conto principalmente dei deboli e dei poveri» in quanto «il ceto dei ricchi, forte per sé stesso, abbisogna meno della pubblica difesa: le misere plebi invece, che mancano di sostegno proprio, hanno somma necessità di trovarlo nel patrocinio dello Stato». In particolare «agli operai, che sono nel numero dei deboli e bisognosi, deve lo Stato a preferenza rivolgere le cure e la provvidenza sua (enciclica *Rerum novarum*, n. 29)». Molte parole suonano familiari, come molti pensieri. Sono infatti i medesimi della nostra Costituzione.

soc. Treccani, 8, Roma, 1998, 240 ss. che fornisce un'ampia panoramica del concetto e della sua storia.

3. La “solidarietà” della Costituzione

Ricordare il pensiero sociale cristiano è importante per tre ragioni: *a)* lo ritroviamo nella Costituzione di cui costituisce la base; *b)* la solidarietà vi si presenta già come *programma vincolante* per le istituzioni; *c)* si fa chiara la distinzione tra *assistenzialismo*, fondato sul principio della *caritas* e *politica sociale* il cui fondamento è la solidarietà sociale.

Sono i due versanti della solidarietà, che comprende sia comportamenti (individuali o collettivi) *non dovuti* giuridicamente, ispirati al sentimento di fraternità e solidarietà, sia comportamenti corrispondenti a *doveri* giuridicamente imposti, dei singoli e soprattutto delle istituzioni. Nella solidarietà della Costituzione rientrano gli uni e gli altri: i comportamenti *doverosi* dello Stato, di enti pubblici o di individui; i comportamenti *non dovuti* di persone singole o associate.

Ai comportamenti solidali *spontanei e gratuiti* la Corte costituzionale fa riferimento già in due sentenze del 1992. La prima, n. 75, riguarda l'agire *individuale* e definisce il volontariato «la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale *la persona* è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per *libera e spontanea* espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa»¹⁴. La seconda, sent. n. 202, riguarda sempre comportamenti *volontari e gratuiti*, ma *collettivi*, che nella parte finale della sentenza vengono agganciati ai compiti delle istituzioni: la cooperazione sociale «rappresenta un paradigma di azione *collettiva* che può trovare attuazione in molteplici campi» (assistenza e beneficenza pubblica, agricoltura, industria) e comprende «attività di promozione umana e di integrazione sociale dei cittadini, e in particolare di quelli svantaggiati, riconducibili al principio di soli-

¹⁴ Nella sent. n. 75/1992 (riguardante la legge quadro sul volontariato del 1991) si legge: «modello fondamentale dell'azione positiva e responsabile dell'individuo che effettua spontaneamente e gratuitamente prestazioni personali a favore di altri individui ovvero di interessi collettivi degni di tutela da parte della comunità, il volontariato rappresenta l'espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell'uomo, derivante dall'originaria identificazione del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità e dal conseguente vincolo di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini. Esso è, in altre parole, la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa».

darietà sociale solennemente proclamato dall'art. 2 della Costituzione, il cui sviluppo e il cui sostegno rappresentano un compito che coinvolge l'intera comunità nazionale e che, pertanto, dev'essere congiuntamente perseguito, nel rispetto delle correlative competenze costituzionali, dallo Stato, dalle regioni e dalle province autonome»¹⁵. Il richiamo alle istituzioni facilmente si comprende ricordando che la pronuncia riguardava una legge ritenuta lesiva di competenze regionali; ma costituisce comunque un significativo richiamo perché delinea un particolare atteggiarsi dell'azione *collettiva non doverosa*: attraverso di essa possono essere svolti compiti rientranti *nei doveri* – certamente *non eludibili* – dello Stato e degli enti pubblici. È, in qualche modo, un anticipo di quello che sarà poi l'art. 118 ult. Comma Cost. nella versione del 2001¹⁶; art. 118 che, non a caso, viene ora menzionato – insieme agli artt. 2, 3 e 18 Cost. – nel primo dei criteri direttivi¹⁷ della *Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del Servizio civile universale*¹⁸, dove, insieme ad altri principi, è menzionata la “solidarietà”. E proprio a questa si riconduce, in quel testo, il fondamento del Servizio civile.

Si rafforza così una tendenza che, pur negli aspetti positivi, genera qualche interrogativo e richiede, dunque, attenzione e cautela.

¹⁵ La sent. n. 202/1992, riguarda la cooperazione sociale: «ai sensi dell'art. 1, primo comma, della stessa legge n. 381 del 1991, “le cooperative sociali hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso: a) la gestione dei servizi socio-sanitari ed educativi, b) lo svolgimento di attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate”. In generale, dunque, deve dirsi che sotto il nome di cooperazione sociale nella quale vanno ricomprese attività di promozione umana e di integrazione sociale dei cittadini, e in particolare di quelli svantaggiati, riconducibili al principio di solidarietà sociale solennemente proclamato dall'art.2 della Costituzione».

¹⁶ Su cui E. ROSSI, *art. 2*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di D. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Utet, 2006; C. MAINARDIS, *art.118*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. BARTOLE, R. BIN, Cedam, 2008, §7.

¹⁷ «Art. 2. (*Principi e criteri direttivi generali*) 1. I decreti legislativi di cui all'articolo 1 sono adottati nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi generali: a) riconoscere e garantire il più ampio esercizio del diritto di associazione e il valore delle formazioni sociali liberamente costituite, ove si svolge la personalità dei singoli, quale strumento di promozione e di attuazione dei principi di partecipazione democratica, solidarietà, sussidiarietà e pluralismo, ai sensi degli articoli 2, 3, 18 e 118 della Costituzione».

¹⁸ Approvata con modificazioni dal Senato (S.1870) e trasmessa alla Camera (C.2617-B) il 30 marzo 2016.

4. “Solidarietà” va insieme a “eguaglianza” e a “dignità” della persona

Solidarietà è una parola che non sta da sola, ma si accompagna ad altre parole da essa indissolubili, senza le quali sarebbe vuota di senso: “eguaglianza” in primo luogo¹⁹.

Eguaglianza intesa come divieto di *discriminazioni*, ma anche come divieto di *privilegi*. Eppure il nostro presente è costellato di “privilegi”: se non rimuoviamo questi due estremi – discriminazione e privilegio – di quale solidarietà possiamo parlare? E, soprattutto, di quale eguaglianza?

I Costituenti avevano ben chiaro che non bastasse affermare l’eguaglianza di fronte alla legge. La “parità di trattamento” non scalfisce la situazione di fatto dove i cittadini sono drammaticamente diseguali: di qui il richiamo costante e ripetuto alla solidarietà, alla necessità di eliminare gli ostacoli che impediscono lo sviluppo e «il raggiungimento della piena dignità della persona umana»²⁰. L’altra parola congiunta è “dignità”, un valore dell’essere umano come tale, di *ogni* essere umano. Fragile, esposta a mille rischi, la dignità esige cura e attenzione²¹. Ed esige, soprattutto, dallo Stato prestazioni e risorse per salvaguardarla e farla crescere, accompagnando ogni persona fin dall’inizio della vita, durante la delicata fase della sua formazione, e poi in tutte le fasi successive sino alla morte, il momento in cui la dignità è più che mai a rischio.

La dignità è connotato della “persona”, valore condiviso, patrimonio della tradizione cristiana e della cultura laica su cui in Assemblea Costituente trovarono l’accordo forze diverse, distanti fra loro per formazione politica e cultura²². La “persona” implica necessariamente la ‘dignità’ di ciascuno, in posizione di *eguaglianza e pari dignità so-*

¹⁹ Il discorso sull’eguaglianza, necessariamente, ritorna in tutti i paragrafi successivi.

²⁰ Così il testo della *Prima Sottocommissione* rinviato al Comitato di coordinamento (seduta pomeridiana del 19/12/1946).

²¹ «La rivoluzione della dignità sta dando vita davvero a una nuova antropologia: mette al centro l’autodeterminazione delle persone, la costruzione libera delle identità individuali e collettive, nuovi modi di intendere i legami sociali e la responsabilità individuale e collettiva. Questo riferimento, però, è sempre a rischio di essere negletto, violato e, tuttavia, io credo che sia giusto tenerlo al centro della nostra attenzione»: S. RODOTÀ, *La dignità della persona*, Padova, *Scuola di cultura costituzionale*, 14 gennaio 2011 in www.unipd.it/scuola costituzionale (materiali).

²² V. anche *infra*, §5 e nota 31 § 6.

ziale rispetto agli altri membri della collettività cui è legato da rapporti di solidarietà politica, economica e sociale che comportano corrispondenti doveri. Sono molti i luoghi in cui la Costituzione ne fa menzione: all'art. 3 richiama la «pari dignità sociale» quando proclama il principio generale di eguaglianza; all'art. 41 pone la «dignità umana» come limite all'iniziativa economica privata; all'art. 32 fissa il «rispetto della persona umana» come limite ai trattamenti sanitari²³, all'art. 37 assume la vita «dignitosa» come misura per la retribuzione dei lavoratori. È sempre in nome della persona umana e la sua dignità che la Costituzione pone il divieto di pene contrarie «al senso di umanità» (art. 27) e di «ogni violenza fisica e morale» sulle persone sottoposte a restrizioni di libertà (art. 13).

Neppure la dignità del detenuto può essere negata: la dignità «è un bene in sé medesima, indipendentemente dalla condizione personale e sociale, dai pregi e dai difetti del soggetto, di guisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua dignità sia preservata» (Corte costituzionale, sent. 13/1994). La dignità della persona «è valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo» (Corte costituzionale, sent. 293/2000); «non appartiene a chi se la merita» secondo criteri delle leggi dello Stato o della cultura dominante «ma a tutte le persone qualunque sia o sia stato il loro comportamento», sottolinea Gaetano Silvestri: «un individuo privato della dignità soffre della negazione della sua stessa identità»²⁴.

Il principio di solidarietà presuppone dunque il riconoscimento e l'adesione al principio cardine della Costituzione: il rispetto dovuto ad ogni persona in quanto tale a prescindere dai suoi meriti o demeriti, in qualunque situazione si trovi. Eppure ancora oggi esistono situazioni

²³ Sent. n. 438 del 2008: «la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione....Discende da ciò che il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute».

²⁴ G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma 1° ottobre 2007.

escluse di fatto dalla tutela: la situazione carceraria è drammatica e distruttiva di ogni dignità. La solidarietà non abita dunque in quei luoghi di degrado e illegalità? Illegalità da parte delle istituzioni, intendo, dalle quali la Costituzione è costantemente violata: a partire dall'art. 13 che punisce «ogni violenza fisica e morale sulle persone ... sottoposte a restrizioni di libertà» e dall'art. 27 «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

In Europa, l'Italia è uno degli Stati con il più alto tasso di sovraffollamento nelle carceri, più volte condannata a causa delle condizioni inumane e degradanti in cui sono lasciati i detenuti: a Strasburgo sono centinaia i ricorsi di detenuti nelle carceri italiane che denunciano la violazione dell'art.3 della CEDU. E a tragica conferma di quanto la dignità umana sia continuamente vilipesa stanno i casi di suicidio tra i carcerati, sempre più numerosi²⁵. Con quale coraggio condanniamo l'Egitto per la tragica morte di Giulio Regeni, causata da violenze e spietate torture mentre, anno dopo anno, continuiamo tranquillamente a violare nel nostro ordinamento l'obbligo internazionalmente assunto di emanare una legge sul reato di tortura?²⁶

Ma i rischi per la dignità non stanno solo all'interno del carcere, si ripropongono in ogni situazione in cui la persona sia soggetta al potere altrui, *in condizione di debolezza*. E' il caso del malato, della sua libertà costituzionalmente garantita di scegliere le cure ed eventualmente di rifiutarle, una libertà che addirittura per legge gli si vorrebbe negare. Oppure quando, viceversa, gli vorrebbero negare le cure di cui ha diritto²⁷. E' il caso dei lavoratori che, ricattati dalla minaccia di licenziamento, subiscono condizioni di lavoro inaccettabili²⁸.

Ogni situazione di debolezza cancella la dignità: dalla miseria, alla perdita del lavoro, all'ignoranza.

²⁵ M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2011; F. CORLEONE e A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena*, Roma 2012, e, da ultimo, C. MUSUMECI e A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo*, Napoli, Es, 2016, con *Prefazione* di G. SILVESTRI, il quale sottolinea il profilo della dignità.

²⁶ Sull'annosa questione, A. GIANELLI e M. P. PATERNÒ (a cura di), *Tortura di Stato*, Roma, Carocci, 2004.

²⁷ Ma la Costituzione attribuisce all'«infermo ... dignità di legittimo utente di un pubblico servizio, cui ha pieno e incondizionato diritto» (Corte costituzionale, sent. 103/1977).

²⁸ Come il lavoro festivo e gli orari prolungati (*infra*, § 6).

5. Solidarietà va insieme a ‘diritti’: rispetto della persona e libertà di coscienza

«Una solidarietà che decide di operare nel vuoto di diritti finisce per giustificare quel vuoto», mentre «non c’è solidarietà senza diritti»²⁹. La nostra Costituzione parla di solidarietà solo dopo aver parlato di diritti e richiama l’impegno dello stato e delle istituzioni a riconoscerli e a garantirli come è espressamente previsto nell’art. 2³⁰.

Nella Costituzione, non a caso, solidarietà e diritti stanno insieme: «La Repubblica riconosce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di *solidarietà* politica, economica e sociale», si legge all’art. 2. Fissando l’*invulnerabilità dei diritti*, la Costituzione, fissa anche l’*inderogabilità dei doveri*. L’intreccio appare di continuo in tutti i dibattiti della Costituente, al centro dei quali – come legame fra diritti e doveri – sta sempre la solidarietà. Fra democristiani e socialcomunisti – afferma Togliatti – il punto di convergenza sul principio che «il nostro sistema democratico si differenzia dal regime del liberalismo individualistico del secolo precedente» si può trovare nel significare che «la libertà viene garantita dallo Stato per il raggiungimento di determinati fini: il perfezionamento della *persona umana*; il rafforzamento e lo sviluppo del regime *democratico*; il continuo incremento della *solidarietà sociale*»³¹.

La solidarietà presuppone non solo rispetto della persona umana nella sua fisicità e nei suoi bisogni, ma in primo luogo rispetto della *coscienza* individuale in tutte le sue espressioni: e dunque *laicità*. L’intreccio tra i valori costituzionali è profondo, se uno viene indebolito s’indeboliscono tutti. L’intolleranza religiosa distrugge la solidarietà, la distruggono la discriminazione sul piano religioso,

²⁹ Don Ciotti titolava così il suo intervento al Festival del diritto di Piacenza nel settembre 2012 e affermava: «Oggi il problema più grave del nostro paese non è solo chi fa del male ma quanti guardano e lasciano fare e la drammatica povertà che stiamo vivendo in questo periodo è la rassegnazione, la delega, l’indifferenza e il pensare che tocca sempre agli altri fare le cose». Vale a dire la mancanza di solidarietà, «parola nobile ... divenuta nel tempo ambigua e abusata perché svuotata del suo contenuto a causa del continuo furto delle parole che stiamo vivendo ... una parola dietro la quale ... possono nascondersi superficialità, facilonerie e soprattutto operazioni eticamente ambigue».

³⁰ Per l’essenzialità di questa connessione S. RODOTÀ, *Solidarietà*, cit., 31ss., 48ss.

³¹ A.C. *Prima Sottocommissione*, 1/10/1946.

l'esclusione o la differenziazione di alcuni, singoli e minoranze. La questione del crocifisso nelle aule scolastiche, ad esempio, è grave ed emblematica: l'esposizione di un simbolo religioso isola e differenzia gli esseri umani fin dall'infanzia, fa sentire diversi ed esclusi i bambini cui quel simbolo non appartiene. Eppure il Governo ha voluto presentare ricorso contro una sentenza della Corte di Strasburgo che imponeva l'equidistanza³². E lo ha fatto nonostante la giurisprudenza della Corte costituzionale: «in materia di religione *non valendo il numero*, s'impone ormai la pari protezione della coscienza di *ciascuna persona* che si riconosca in una fede, quale che sia la confessione religiosa di appartenenza» (Sent. 440/1995); la libertà di coscienza in relazione all'esperienza religiosa «rappresenta un aspetto della *dignità della persona*, riconosciuta e dichiarata inviolabile dall'art. 2» e «spetta egualmente tanto ai *credenti* che ai non credenti» (sent. 334/1996); laicità – uno dei “principi supremi” dell'ordinamento costituzionale italiano – significa *eguale* rispetto e *pari* protezione per la coscienza di ogni persona, «in regime di pluralismo confessionale e culturale» che assicura a tutti, *senza privilegi*, libertà in materia religiosa (sent. n. 203/1989).

L'esposizione di un simbolo religioso vale a privilegiare una confessione, rinnega il pluralismo, induce negli alunni delle scuole pubbliche la convinzione che lo Stato non sia neutrale, ma si identifichi con un preciso credo. L'equidistanza è essenziale affinché lo Stato non sia percepito come *più vicino a certi cittadini che ad altri*; per chi si sente diverso, escluso fin dalla scuola, la solidarietà è parola vuota: solidarietà significa non escludere nessuno, non far sentire nessuno estraneo e diverso. Già la “fratellanza” del vangelo portava con sé l'universalità³³.

³² La sentenza della Corte europea Lautsi c. Italia del 3 novembre 2009 (in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, *Parte prima*, 1246, con nota di L. CARLASSARE, *Una prevedibile sentenza nel nome della laicità*, ivi, *Parte seconda*, 554 ss.), impugnata dal Governo italiano, fu seguita da una decisione della Grande Camera davvero sconcertante: *Corte eur. dir. uomo*, Lautsi c. Italia, 18 marzo 2011, nella stessa *Rivista*, *Parte prima*, 567, sulla quale L. CARLASSARE, *Crocifisso: Una sentenza per l'Europa «non laica»*, ivi, *parte seconda*, 291 ss.; B. CONFORTI, *Crocifisso nelle scuole, una sentenza che lascia perplessi*, in *Affari internazionali*, 24.3.2011. Da ultimo su laicità ed eguaglianza, F. RESCIGNO, *“Ite, missa est”*. *Laicità paradigma di eguaglianza*, Napoli, Ed. Sc., 2015.

³³ *Supra* §2.

È in causa qui anche un importante diritto, il *diritto all'istruzione* che a livello individuale è al contempo un *dovere* di solidarietà³⁴ e, per lo Stato, un essenziale dovere: fornirla a tutti, in condizioni di eguaglianza. Ogni differenziazione, ogni deviazioni dalla sua doverosa inclusività, produce inevitabilmente conseguenze pericolose.

6. I diritti sociali: la solidarietà negata

Troppi discorsi astratti si sono fatti e si fanno sull'art. 3, comma 2 della Costituzione, che costituisce in definitiva il “motore della solidarietà”, il presupposto per lo sviluppo della persona nella sua realtà esistenziale, diversa per ognuno. L'incontro del liberalismo col pensiero socialista e il pensiero cristiano ha dato i suoi frutti. I diritti dell'uomo da inserire in Costituzione – precisava La Pira – sono certamente «quelli indicati nella Dichiarazione del 1789», ma non solo: vi sono anche «i diritti sociali e delle comunità attraverso le quali la persona si integra e si espande». Oltre alla libertà tradizionali, per consentirne “*a tutti*” l'esercizio, è necessario assicurare “*a tutti*” condizioni minime di vita e sviluppo³⁵.

La Costituzione col suo sistema solidale assicura a «ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere» il «diritto al mantenimento e all'assistenza sociale» (art.38.1 Cost.) e a *tutti i lavoratori* il diritto «a mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso d'infornuto, malattia, invalidità e vecchiaia e *disoccupazione involontaria*» (art. 38.1). Queste norme, oggi, sembrano dimenticate, o meglio, è come se non fossero scritte; ma sono lì, e assicurano diritti, diritti costituzionali fondamentali³⁶; non si tratta di spirito di fratellanza, di generosa sollecitudine nei confronti dei fratelli bisognosi, si tratta di

³⁴ *Infra*, §7

³⁵ Sono da ricordare le parole di Aldo Moro alla Costituente: «Lo Stato veramente democratico riconosce e garantisce non soltanto i diritti dell'uomo isolato che sarebbe un'astrazione, ma i diritti dell'uomo associato in una libera vocazione sociale». Per una ricostruzione dell'*iter* attraverso il quale in sede costituente si è giunti all'affermazione della “persona”, N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, 30 ss.

³⁶ Come la Corte ha più volte ribadito. Su ciò, in particolare, 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.

un preciso *dovere* dello Stato³⁷: si tratta di *diritti* non di elargizioni caritative.

Fermo era l'intento dei Costituenti di non lasciare *nessuno* senza sostegno, senza il necessario per vivere, solo nelle sue debolezze individuali e sociali³⁸. Ma gli "ostacoli" anziché superati, sono enormemente cresciuti, cresciute le diseguaglianze. Ho parlato di "Costituzione imprigionata"³⁹ per significare che i suoi principi vitali, ricchi di prospettive e promesse, sono rinchiusi in una gabbia di indifferenza feroce, che, rendendoli sterili, ne paralizza ogni possibile sviluppo. I principi – solidarietà compresa – restano coperti dal silenzio, oppure soffocano sommersi da fiumi di parole retoriche e vuote che li privano di significato e valore. Intanto, miseria, ignoranza, malattia e nuove situazioni di disagio determinano fratture profonde nel corpo sociale che si accentuano con l'emergere di nuove povertà, e chiedono *interventi e sostegno*. E' un dovere costituzionale intervenire positivamente; lo impone alla Repubblica (Stato e altri enti) il secondo comma dell'art. 3, lo impone il principio di solidarietà nel suo valore *vincolante*⁴⁰. L'aver accostato la parola "dovere" a solidarietà – sottolinea Emanuele Rossi – la rende un *dovere* per il legislatore.

Persino nel *lavoro*, sul quale la Repubblica è fondata (art.1), la solidarietà sociale è andata in pezzi⁴¹. Attraverso espedienti normativi accortamente studiati, da tempo si è rotta l'unità di interessi all'interno della classe lavoratrice, allo scopo di privarla di potere contrattuale e di privarne le associazioni sindacali che la rappresentano. Conflitti di

³⁷ Significativo è il dibattito costituente: ad esempio, Teresa Noce in un intervento diretto ad eliminare confusioni e a tener ferma la distinzione fra "previdenza" e "assistenza" (che «va data anche a tutte le persone che non godono della previdenza»), 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», risponde: «non si tratta di assistenza sotto forma di *carità pubblica*, sia pure sociale, ma di qualche cosa che sorge *da un diritto*»: A.C. *III Sottocommissione*, 11 settembre 1946.

³⁸ «Ogni essere che ... si trovi nell'impossibilità di lavorare ha diritto di ottenere dalla collettività mezzi adeguati di assistenza» era la proposta dell'on. Togni, riformulata da Lina Merlin: «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»: A.C. *III Sottocommissione*, 9,10,11 sett. 1946.

³⁹ L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Feltrinelli, 2012: *La Costituzione imprigionata* è il titolo del Cap. 4.

⁴⁰ *Supra* §1.

⁴¹ *Infra* §7.

interesse tra lavoratori del settore privato come del pubblico impiego vengono costruiti persino all'interno di aree omogenee: basta pensare alla situazione degli insegnanti, messi deliberatamente gli uni contro gli altri. Sono cose troppo note perché ci si debba soffermare.

Vale la pena piuttosto riportare all'attenzione un fenomeno relativamente nuovo al quale abbiamo finito per assuefarci, l'orario di lavoro e il *lavoro festivo*. Un fenomeno dov'è in causa la solidarietà in tutti i suoi versanti, *collettivo, individuale, pubblico e privato*; la solidarietà come *diritto* e come *dovere*. Innanzitutto il dovere delle *istituzioni* di non cedere di fronte a interessi economici voraci, sacrificando la vita fisica e familiare dei lavoratori e sconvolgendone gli equilibri essenziali. Il dovere dei *privati*, datori di lavoro (in primo luogo della grande distribuzione che trascina i gestori dei piccoli negozi strangolati dalla concorrenza) di rispettare la vita, la salute, la *dignità* di lavoratrici e lavoratori costretti a orari che separano dai figli e distruggono la vita familiare. Ma la prima responsabilità ricade sulle *istituzioni* che apertamente violano i numerosi articoli della Costituzione a tutela del lavoro⁴², in particolare l'art. 37 Cost.: «Le condizioni di lavoro devono consentire [alla donna lavoratrice] l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una *speciale, adeguata protezione*». Sembra quasi non esserci alcuna garanzia contro la continua violazione di norme costituzionali relative a diritti fondamentali!

Oltre che come dovere la solidarietà è in causa, qui, anche come *sentimento* (*supra* §2) in primo luogo verso i bambini, separati dalle madri e/o dai padri nell'unico giorno in cui potrebbero stare insieme, un sentimento che dovrebbe coinvolgere tutti noi inducendo *ciascuno* a rifiutare la comoda possibilità offerta da aperture festive e serali. A parole in Italia siamo tutti cristiani; ma anche il comandamento di rispettare il giorno del Signore, di fronte all'economia, cede.

I più deboli e ricattabili vengono impunemente sacrificati, in ogni circostanza. La crisi economica ha contribuito a giustificare la riduzione delle prestazioni pubbliche in cui si sostanziano i diritti sociali, a partire dalla salute. Anche l'istruzione è coinvolta, i tagli alla Scuola

⁴² Agli artt. 31 «la Repubblica...protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù», 35 «la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni» e 36 su retribuzione, orario di lavoro, riposo settimanale, ferie retribuite viene, in primo piano l'art. 37 riportato nel testo.

pubblica sono ormai troppo numerosi, pesanti e noti perché ci si debba soffermare. Così non solo si travolgono i diritti delle persone e si distrugge la solidarietà, ma si tocca la stessa *democrazia* che, si ripete da sempre, non può vivere senza le condizioni indispensabili al suo funzionamento, la cultura in primo luogo⁴³. Invocare la limitatezza delle risorse o i vincoli che vengono dall'Europa⁴⁴ per annullare i diritti è una giustificazione scopertamente illusoria: di fronte alle priorità costituzionali è un alibi che non tiene, la questione deve risolversi con una diversa (e costituzionalmente corretta) *allocazione delle risorse*⁴⁵. Invero «qualora si affermasse l'idea dell'inderogabilità non più dei diritti ... o, quanto meno, del loro contenuto minimo essenziale..., bensì delle esigenze di bilancio, ci troveremmo di fronte a un radicale ribaltamento del modo di intendere la Costituzione stessa. Se a ciò si aggiunge un quadro generale in cui la solidarietà interpersonale è rattrappita da nazionale a regionale (come se a pagare le tasse fossero non le persone, ma le Regioni ...), la tenuta del “programma di solidarietà sancito in Costituzione” – secondo la bella formulazione del T.A.R. Piemonte – rischia di ritrovarsi messa seriamente in dubbio»⁴⁶.

⁴³ Sul legame fra democrazia e cultura, la letteratura è amplissima: mi limiterò a ricordare un autore settecentesco che fu il primo a ricoprire in Europa (nell'Università di Ferrara) una cattedra di diritto costituzionale: G. COMPAGNONI, *Elementi di diritto costituzionale democratico*, Venezia 1797 (rist. a cura di I. MEREU e D. BARBON, Bologna, *Analisi*, 1985).

⁴⁴ Sui quali, da ultimo, induce alla riflessione M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I contorni e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n°2 /2016, 4 ss.

⁴⁵ Per non ripetere cose già dette rinvio, anche per i riferimenti bibliografici, a L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2013, ora in *Studi in onore di Antonio D'Atena*, tomo I°, Milano, Giuffrè, 2014, 375 ss.; ID., *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2015 e in *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri* di prossima pubblicazione. Analogamente il TAR Piemonte (sentenza n. 156/2015, punto 5.3): «se davvero l'esecuzione del programma di solidarietà sancito in Costituzione (e ormai avviato anche dalla legge che ha previsto i LEA) incontra ostacoli di natura economico-finanziaria per l'obiettivo carenza di risorse stanziabili ... il rimedio più immediato non è la violazione dei LEA ma una *diversa allocazione delle risorse disponibili*, che spetta alle singole amministrazioni (nel caso, alla Regione) predisporre in modo tale da contemperare i vari interessi costituzionalmente protetti che demandano realizzazione», riportato da F. PALLANTE, *Il Consiglio di Stato: dall'inderogabilità dei diritti (sociali) all'inderogabilità dell'equilibrio di bilancio?* in *Democrazia e diritto*, n. 1, 2014, pp. 173 ss.

⁴⁶ F. PALLANTE, *ult. cit.*; ID., *Diritti costituzionali ed equilibrio di bilancio: il Consiglio di Stato torna agli anni Cinquanta*, in *Democrazia e diritto*, n. 1, 2015, pp. 88-96.

7. I diritti-doveri di solidarietà: istruzione, lavoro, educazione, voto

La solidarietà è un fatto naturale ma anche un fatto *culturale*; l'educazione alla solidarietà è perciò essenziale fin dall'inizio del percorso educativo, nella fase formativa della persona. La scuola è forse il luogo più importante; ma anche qui è violata l'eguaglianza, è violata la solidarietà, nella serie infinita di omissioni troppo spesso irrimediabili che di fatto finiscono per segnare il destino di molti, negando la possibilità di una vita libera e dignitosa e di una partecipazione consapevole. È in causa un importante diritto, il *diritto all'istruzione* che, per i singoli, è al contempo, un *dovere* di solidarietà; per lo Stato è un essenziale dovere, di *fornirla a tutti*⁴⁷. La scuola, per milioni di persone, è l'unica speranza di un futuro decente. La scarsa attenzione per l'istruzione può segnare la vita intera di giovani, in particolare delle fasce sociali più deboli e abbandonate. Chi, quando, attraverso quali vie potrà poi recuperarli?

Al danno per la corretta formazione e il corretto sviluppo individuale, si accompagna il danno, non meno grave, per la società alla quale non partecipano, restano estranei sentendosi in qualche modo espulsi. E queste pericolose marginalità – rese più acute dalla presenza di numerosi profughi stranieri – non solo privano la collettività dell'apporto attivo di molti, delle loro energie produttive, vitali e diverse, ma possono anche dar luogo a fenomeni di devianza rischiosi per la collettività. La solidarietà, alla fine paga, l'abbandono sociale mai: il libero sviluppo della persona umana cui la Costituzione tende è un *compito* da realizzare, non soltanto un *dato* da rispettare⁴⁸; ma questo è da tempo dimenticato.

In causa non è solo lo Stato, la solidarietà sociale si coniuga con la solidarietà familiare: per l'art. 30 «è *dovere* e *diritto* dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimo-

⁴⁷ La solidarietà esprime anche qui il suo valore *universale*: il diritto all'istruzione non è solo degli italiani, ma anche dei minori stranieri, come impongono le Convenzioni internazionali; da ultimo, E. ROSSI, P. ADDIS, F. BIONDI DAL MONTE, *La libertà di insegnamento e il diritto all'istruzione nella Costituzione Italiana*, Osservatorio costituzionale, *Rivista AIC*, Fasc. 1/2006.

⁴⁸ A. BARBERA, *Art.2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna 1975, 51 ss.

nio»⁴⁹. Gli intrecci sono forti, non solo fra i diritti e i doveri, ma anche fra i soggetti cui fanno capo, lo Stato e i singoli: «il diritto all'istruzione non è inteso nel sistema della Costituzione come un diritto che sia esclusivamente tale e sia perciò svincolato dall'adempimento di corrispondenti doveri da parte dei genitori. Invero, l'art. 30 addita, a proposito dell'istruzione, nella sua formula composita, il binomio dovere-diritto come operante nel campo di quei rapporti etico-sociali (tale è il titolo sotto cui la norma è ricondotta) che trovano nella famiglia il loro fondamentale ambiente e movente» (Corte costituzionale, sent. 7/1967).

Altro diritto-dovere di solidarietà è il *lavoro* che, ormai, anziché il primo dei valori sembra essere l'ultimo. Eppure è fondamentale per l'integrità stessa della persona che, attraverso il lavoro, oltre a procurarsi i mezzi per un'esistenza dignitosa sviluppa la sua personalità, si sente parte della società; se perde il lavoro, sente di aver perduto anche la sua dignità. Lo ripetono in tanti nei cortei, nelle manifestazioni, lo ripetono di continuo: ridadeci il lavoro, ridadeci la dignità, ma è un'invocazione che rimane troppo spesso inascoltata.

Mortati teneva a sottolineare che con la formula dell'art. 1 si voleva «invertire il valore ai due termini del rapporto proprietà-lavoro» conferendo la preminenza sul primo a quest'ultimo, unica fonte di dignità sociale. Cosa direbbe oggi? Mortificando il lavoro, il principio di solidarietà viene gravemente offeso: il lavoro è uno dei “doveri” in cui si concreta il principio di solidarietà, il dovere di svolgere, secondo la propria scelta «un'attività o una funzione che concorrano al progresso materiale e spirituale della società» (art. 4. co. 2). Ed è in primo luogo un diritto; il comma 1 dell'art. 4, «la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il *diritto al lavoro* e promuove le condizioni che rendono effettivo questo diritto», non è un'inutile proclamazione: impone alla “Repubblica” di *promuovere* le condizioni che lo rendono effettivo (Corte costituzionale, sent. 61/1965), è un “diritto sociale” che comporta per lo Stato l'obbligo di intervenire con una politica di sviluppo economico indirizzata a determinare «una situazione di fatto tale da aprire concretamente alla generalità dei cittadini la possibilità di procurarsi un posto di lavoro» (Corte costituzionale, sent. 105/1963).

⁴⁹ E art. 30, comma 2 «nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che sia assolti i loro compiti». L'intreccio, dunque tra pubblico e privato continua.

Anche il diritto di *voto*, essenza della democrazia, è al contempo un “dovere civico” (art. 48) espressione della solidarietà politica⁵⁰ e, come il lavoro su cui la Repubblica si fonda, entra nel nucleo centrale dell’art. 1, nell’essenza della Repubblica. Votare per l’elezione dei propri rappresentanti è la prima condizione perché di democrazia si possa parlare, la più elementare espressione della sovranità del popolo, la quale – se di certo non si esaurisce nel momento elettorale potendo essere esercitata dai cittadini anche *individualmente*⁵¹ – trova nel voto la sua più significativa manifestazione. Ma, da noi, ora, è ancora vero?

La sovranità del popolo è sempre più evanescente; come *dovere* di solidarietà politica il voto si considera ormai desueto: chi è al potere non ne incoraggia l’esercizio se non quando gli conviene, altrimenti gradisce, e palesemente incoraggia, l’astensione. Come *diritto*, il voto è praticamente svuotato di contenuto e di efficacia. C’è poco da aggiungere a ciò che ha detto la Corte costituzionale nella sent. n. 1 del 2014: a causa di leggi elettorali che sacrificano la rappresentanza e alterano i risultati della consultazione elettorale, persino questo diritto è sempre più mortificato, ridotto nell’estensione e nello spessore. Il “po-

⁵⁰ D. BORGONOVÒ RE, *I doveri inderogabili di solidarietà*, in D. FLORENZANO, D. BORGONOVÒ RE, F. CORTESE, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza*, Torino, Giappichelli, 2012, 81 ss.

⁵¹ Secondo il pensiero dei Maestri del costituzionalismo, a partire da C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, 10-11 dove spiega che per la democrazia non basta che il popolo abbia il “potere di votare”, ma che abbia il continuo esercizio della sovranità, «che possa riunirsi e formare associazioni per discutere liberamente ogni atto dei governanti, possa iscriversi a partiti che influiscono sulla vita dello stato, e che esista libertà di stampa», insistendo sull’importanza dell’attribuzione ai partiti «della positiva funzione di strumento perché i cittadini concorrano a determinare la politica nazionale». I cittadini (*non il solo corpo elettorale*) sono il popolo che esercita la sovranità mediante i diritti a ciascuno spettanti a *ciascuno*: la sovranità «non si esaurisce in manifestazioni unitarie di volontà», ma spesso si articola «in una serie di atti parziali» perché «non è attribuita al popolo come unità indivisibile, ma a tutti i cittadini, membri del popolo». V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Studi in memoria di V. E. ORLANDO*, Padova 1955, 439, 454. Per una riflessione su queste posizioni L. CARLASSARE (*a cura di*), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, Cedam, 2004. Alla voce dei costituzionalisti si aggiunge la voce del filosofo: la democrazia moderna deve essere correttamente definita «non...come il “potere del popolo”, ma degli individui presi uno per uno, di tutti gli individui che compongono una società». Il popolo «è un’astrazione che è stata spesso usata per coprire una realtà molto diversa», e, «dopo il nazismo la parola *Volk* è diventata impronunciabile»: N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, 128 ss.

polo sovrano” conta sempre meno, il potere tende a affievolirne, se non a soffocarne, la voce.

8. I doveri di solidarietà

Sul principio di solidarietà, oltre ai diritti-doveri, si fondano precisi doveri delle persone costituzionalmente stabiliti. Tutti di grande rilievo⁵²: il dovere di difendere la Patria (art. 52), di essere fedeli alla Repubblica e «di osservare la Costituzione e le leggi» (art. 54, co. 1) e, per coloro cui sono “affidate” funzioni pubbliche, «il dovere di adempierle con disciplina ed onore» (art. 54, co. 2). Una formula in cui il senso di appartenenza alla “comunità” in nome della quale si esercitano le funzioni, assume il massimo rilievo. Già nel richiamo alla *fides* si percepisce l’importanza del ruolo della comunità verso la quale i cittadini, cui le funzioni pubbliche sono *affidate*, assumono un preciso dovere che travalica la sfera esterna e, oltre la doverosità giuridica, li impegna nel profondo del loro essere, chiamando in causa l’*onore*. Parola forte, la cui forza antica risuona oggi indebolita, quasi dimenticata⁵³. Senza “etica repubblicana” le istituzioni non possono funzionare, qualunque sia la legge che le regola.

Tutt’altro che dimenticato invece, anzi presentissimo ai troppi che si studiano di aggirarlo, è un altro fondamentale dovere posto dall’ art. 53, comma 1: «Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva» in un sistema tributario «informato a criteri di progressività» (art. 53.2). Mai come ora se n’è avvertita l’importanza di fronte all’entità dell’evasione che travolge il bilancio dello Stato, al danno gravissimo che ne consegue, alle pesanti ricadute sulla collettività.

L’art. 53 impone il dovere di contribuire alle spese comuni *non* in maniera eguale, ma in ragione, ciascuno, della propria capacità contributiva. Le entrate pubbliche sono il mezzo indispensabile per lo svolgimento delle attività dello Stato e degli altri enti che, senza le risorse necessarie fornite da ciascuno, non potrebbero realizzare i loro compi-

⁵² Si ritiene trovino fondamento e giustificazione nel principio di solidarietà anche altri doveri non espressamente previsti in Costituzione: *supra*, nota 4.

⁵³ M. GIAMPIERETTI, *L’onore nell’esercizio di funzioni pubbliche*, Lezione del 26 aprile 2013, *Scuola di cultura costituzionale*, Università di Padova ([www.unipd.it/scuola costituzionale](http://www.unipd.it/scuola-costituzionale)).

ti, essenziali per la vita della comunità. Tutti coloro che ne fanno parte devono contribuire, in nome della solidarietà, ciascuno secondo la capacità propria, in applicazione del principio di *proporzionalità* (anche questo dimenticato)⁵⁴.

La solidarietà del *singolo* entra qui in gioco nel suo *duplice* significato: come sentimento di condivisione, di comunione con gli altri membri della società, di appartenenza alla comunità; e come *dovere* giuridicamente imposto di contribuire alla vita comune⁵⁵. È la comunità che l'evasore danneggia. sottrae risorse, sfrutta servizi e prestazioni pubbliche pagate dagli altri: ruba risorse e paralizza la realizzazione del principio di solidarietà, rendendo ancor più difficile farlo diventare effettivo. Ruba in particolare ai più deboli limitando illegalmente le risorse destinate ai loro bisogni: come diceva l'Enciclica ottocentesca⁵⁶ «il ceto dei ricchi, forte per sé stesso, abbisogna meno della pubblica difesa: le misere plebi invece, che mancano di sostegno proprio, hanno somma necessità di trovarlo nel patrocinio dello Stato». Ma l'evasore ruba a tutti noi, facendo gravare sulle spalle della collettività un carico che andrebbe equamente diviso e, se diviso fra tutti, per ciascuno sarebbe ben più lieve da portare. Manca l'educazione alla solidarietà, la coscienza dell'essenzialità del contributo di ciascuno alle necessità comuni. Sfugge la percezione che il *dovere*, giuridicamente imposto, si basa sulla solidarietà come *sentimento* di appartenenza, di condivisione; manca, in definitiva, il senso della *democrazia* che è "partecipazione" dei cittadini alle decisioni politiche ed anche alla gestione dello Stato nel concreto svolgersi della vita collettiva, nel soddisfacimento dei bisogni comuni.

9. Solidarietà e democrazia

Per la democrazia la solidarietà è una condizione necessaria; per funzionare – sottolineava Mortati – la democrazia richiede un «sistema di rapporti associativi da cui siano *eliminate le antitesi radicali di interessi* fra parte e parte della consociazione, poiché la loro presenza

⁵⁴ Sul quale, di recente, G. MOSCHETTI, *Il principio di proporzionalità come "giusta misura" del potere nell'evoluzione del diritto tributario*, Padova, Cedam, 2015, in particolare, 136 ss. che considera la persona «sintesi tra libertà e solidarietà».

⁵⁵ *Supra*, § 3.

⁵⁶ *Supra*, §2.

renderebbe estremamente ardua la formazione della volontà comune secondo la pacifica dialettica richiesta dal regime democratico». Un ammonimento grave oggi che la solidarietà sfuma e le fratture sociali profonde rendono le “antitesi di interessi” sempre più radicali e, di conseguenza, sempre più difficile la «formazione della volontà comune secondo la dialettica pacifica richiesta dal sistema democratico».

Le differenze di fatto mantengono i cittadini profondamente *diseguagli* con danno non solo dei soggetti più deboli e svantaggiati, ma del sistema intero il cui funzionamento complessivo è distorto: rimuovere le diseguaglianze è necessario per dare base e sostanza alla democrazia, fortemente a rischio quando le fratture sociali crescono a dismisura. Con l’eguaglianza sostanziale (art. 3, co. 2) la Costituzione vuole ridurre il pesante divario esistente in fatto a un *duplice* scopo: dare ad ogni persona *dignità* e possibilità di realizzarsi; raggiungere l’*omogeneità sociale* indispensabile al corretto funzionamento della democrazia⁵⁷. L’obiettivo dei Costituenti – creare un mondo più umano e consentire a ciascuno di vivere una vita “dignitosa”, di essere parte cosciente della società, di concorrere alle decisioni comuni – è fallito? L’emarginazione è cresciuta con l’estendersi di nuove e antiche povertà; lo Stato sociale è una realizzazione incompiuta.

Ma il percorso non è chiuso, restano ancora tante risorse, risorse umane potentissime: le coscienze sembrano risvegliarsi dal torpore in cui interessi convergenti le vorrebbero mantenere. I segnali non sono pochi, la società civile è in fermento, si muove, riprende coscienza della sua forza. L’acquiescenza supina e rassegnata a una situazione insistentemente descritta come prodotto *inevitabile* di forze che ci sovrastano, comincia ad incrinarsi. Le persone vogliono riprendersi la vita, schiacciata o addirittura travolta in nome di interessi che hanno sempre l’odore sordido del denaro. Lottano per la terra contro la cementificazione, per l’acqua pubblica bene comune, per la tutela del patrimonio artistico, contro la distruzione del paesaggio e la mercificazione della cultura⁵⁸. E hanno un potente strumento nelle loro mani,

⁵⁷ Che non significa - e *non deve* significare - omologazione, negazione delle identità culturali, delle differenze che invece arricchiscono la società democratica; un rischio dal quale mette giustamente in guardia V. ANGIOLINI, *Sulla rotta dei diritti*, Torino, Giappichelli, 2016.

⁵⁸ Solo limitandoci agli ultimi giorni, significativa è la mobilitazione, in varie città - culminata nella manifestazione di Roma del 7 maggio 2016 - in difesa del nostro patrimonio culturale, a difesa, dunque, di un interesse della comunità intera, di un interesse solida-

la Costituzione con le sue intelligenti previsioni: solo *esigendone* con forza l'applicazione potremmo finalmente uscirne, ristabilendo l'equilibrio sociale ed esistenziale profondamente turbato. E ha voci potenti che reclamano solidarietà e rapporti fraterni, tra le persone e tra i popoli⁵⁹. Il valore normativo vincolante del principio di solidarietà va riaffermato con forza perché è su di esso, e sui principi strettamente connessi, che si regge il sistema costituzionale repubblicano. E, dunque, se quel principio viene del tutto neutralizzato, privato del fondamento, il sistema costituzionale si sgretola, perde senso, coerenza e vigore⁶⁰.

La posta in gioco è alta: una vita diversa per tutti nella società solidale sognata dai Costituenti. Ed è persino possibile che, modellando l'organizzazione sociale secondo il suo "fine ultimo", «*lo sviluppo di ogni singola persona umana*»⁶¹, in una convivenza migliore si raggiunga anche l'omogeneità necessaria alla "governabilità" (primo, se non unico obiettivo della politica dominante) altrimenti irrealizzabile se non forse – ma solo provvisoriamente – attraverso forzature dall'acre sapore autoritario.

le. Simile, in questo, alla mobilitazione per l'acqua - che condusse a vincere un referendum, poi incostituzionalmente disconosciuto dai nostri governanti – ma forse ancor più significativa perché rivolta a difendere beni neppure legati ad esigenze materiali o a bisogni della sopravvivenza.

⁵⁹ Risuona forte la voce di Papa Francesco davanti ai vertici europei nella cerimonia per il premio "Carlo Magno" (6 maggio 2016) che invoca il ritorno alla *solidarietà* e alla generosità: «cos'è successo all'Europa umanistica, paladina dei diritti dell'uomo, della democrazia e della libertà?» è la sua domanda angosciata».

⁶⁰ Il discorso è già chiaro nelle parole dell'on. Basso alla Costituente, *supra*, nota 4.

⁶¹ Corte costituzionale, sent. 167/1999.

PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ,
ABUSO DEL DIRITTO E INDEFETTIBILE
NECESSITÀ DI UN ORDINAMENTO COERCITIVO:
APPUNTI PER UNA RICONSIDERAZIONE DELLA
DOTTRINA PURA DEL DIRITTO AL TEMPO DELL'ANOMIA

di *Ilenia Massa Pinto*

SOMMARIO: 1. *Premesse: alla ricerca di uno statuto del principio di solidarietà in un contesto di pluralismo conflittuale.* 2. *Il principio di solidarietà esprime (solo) l'indefettibile necessità di un ordinamento coercitivo: la critica kelseniana alla teoria politica del marxismo sulla progressiva estinzione dello Stato.* 2.1. *Lo Stato può servire a scopi molto diversi e anche opposti fra loro.* 2.2. *Il concetto di un ordinamento costrittivo non contiene neanche la traccia di un interesse solidale.* 2.3. *Non esiste divergenza d'opinioni che non possa diventare un contrasto di vita o di morte.* 3. *Principio di solidarietà, indefettibile necessità di un ordinamento coercitivo e abuso del diritto.* 3.1. *La critica antikelseniana, la costituzione per principi e l'auspicio per un ritorno a un istituzionalismo solidaristico.* 3.2. *L'abuso del diritto.* 4. *Conclusioni.*

«Tutti gli uomini sono (...) per natura provvisti di notevoli lenti di ingrandimento (cioè le loro passioni e l'amor proprio) attraverso le quali ogni piccolo pagamento appare un grande gravame, ma sono privi di quei cannocchiali (cioè la scienza morale e civile) per vedere a distanza le miserie che sono sospese sopra di loro e che non si possono evitare senza pagare»

T. HOBBS, *Leviatano*, a cura di G. MICHELI, La Nuova Italia, Firenze, 1976, XVIII, p. 180

«Io affermo soltanto che una realizzazione astattuale del socialismo, tenendo conto della natura umana a noi nota, è impossibile, e con nessuna parola ho messo in dubbio la possibilità della teoria economica del socialismo. Anzi, credo addirittura che si faccia solo un buon servizio al socialismo quando lo si liberi dall'attesa utopistica di una società anarchico-solidale, in cui tutti gli uomini saranno un popolo di fratelli»

H. KELSEN, *Sozialismus und Staat* (1923), trad. it., *Socialismo e Stato*, De Donato, Bari, 1978, p. 102

1. Premesse: alla ricerca di uno statuto del principio di solidarietà in un contesto di pluralismo conflittuale

Uno studio avente a oggetto il principio costituzionale di solidarietà¹ potrebbe essere condotto, dal punto di vista giuridico, nel modo seguente: poiché esso è per lo più considerato un principio costituzionale di giustizia materiale, e, anzi, uno dei principî fondamentali della Costituzione², l'interprete potrebbe cimentarsi nella definizione del suo contenuto, così come procede, del resto, quando illustra i significati che possono essere assegnati alle diverse disposizioni che enunciano gli altri principî di giustizia scritti nella Costituzione. Intrapresa questa strada, l'interprete si troverebbe di fronte alla nota difficoltà di determinare/concretizzare i contenuti dei principî indeterminati, appunto, cioè i loro possibili sviluppi e le loro possibili specificazioni, i loro svolgimenti e, per così dire, le loro "spremiture", derivanti dalla loro «eccedenza assiologica»³, nella consapevolezza, peraltro, che tale determinazione/concretizzazione non potrebbe, a sua volta, che essere

¹ Il ricorso all'espressione «principio di solidarietà» è motivato dalla ovvia considerazione che essa compare nell'art. 2 della Costituzione italiana (oltre che in altri documenti costituzionali nazionali, sovranazionali e internazionali), ma le riflessioni che seguono possono riferirsi altresì alle diverse espressioni con le quali alcune teorie e/o dottrine, nella storia del pensiero politico, hanno risposto alla questione centrale del diritto costituzionale – come si integra il pluralismo sociale in unità politica e, dunque, come si mantiene l'unità del corpo politico – invocando l'esistenza di un principio in forza del quale gli uomini sarebbero reciprocamente legati – per inclinazione naturale o per sforzo razionale – da un vincolo di collaborazione, che si manifesterebbe attraverso comportamenti benevoli, oblativi. Come si accennerà anche nel testo, è soprattutto con riferimento al principio di fraternità che la dottrina ha tentato di argomentare la differenza di significati tra le diverse espressioni (sul punto sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Costituzione e Fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: "come se" fossimo fratelli*, Jovene, Napoli, 2011, spec. pp. 46 ss.); tuttavia, nella consapevolezza della rilevanza, nella storia del pensiero politico, della distinzione tra le diverse espressioni (si pensi alla *fraternité* rivoluzionaria, all'interpretazione che di questa venne data nella prima metà dell'Ottocento, all'abbandono dell'espressione a seguito degli eventi costituzionali del 1848 e alla profonda delusione che a questi seguì, e che determinò la sua sostituzione con l'espressione «solidarietà» per dare una risposta alla drammatica questione sociale del XIX secolo), dal punto di vista giuridico, le considerazioni che seguono nel testo prescindono dalle matrici culturali che sostengono le diverse declinazioni del principio in esame.

² Come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale nella nota sent. n. 75 del 1992. Da ultimo, A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, n. 1.

³ Secondo la nota espressione di E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1949), Giuffrè, Milano, 1971, II ed., pp. 152 ss.

il frutto, nella maggior parte dei casi, di ragionevoli bilanciamenti con altri principî costituzionali. Nel caso del principio di solidarietà, l'interprete sarebbe poi chiamato a chiarire il significato dell'attributo della «inderogabilità» che l'art. 2 aggiunge ai «doveri» che della solidarietà costituiscono altrettante declinazioni necessarie. E dovrebbe altresì chiedersi se tali declinazioni siano esaustive o se, invece, il catalogo dei doveri «inderogabili» abbia natura aperta, al pari di quello che si va predicando da tempo a proposito dei diritti «inviolabili»⁴. E sorgerebbe ancora la questione se esiste un “contenuto massimo”, per così dire, dei doveri inderogabili, così come esiste un “contenuto minimo” dei diritti inviolabili⁵. A ciò si aggiunga ancora la problematica relativa alla titolarità delle situazioni giuridiche di svantaggio, e dunque il tema della titolarità dei doveri costituzionali da parte dei non cittadini⁶. Non potrebbero mancare, in questo percorso di studio, i riferimenti alla giurisprudenza, specie costituzionale (anche sovranazionale), a supporto della fondatezza delle tesi sostenute dall'interprete: il richiamo della disposizione costituzionale di riferimento quale parametro di giudizio delle leggi contribuirebbe via via ad accumulare e a consolidare significati possibili da attribuire agli enunciati costituzionali indeterminati.

⁴ Sulla critica all'«art. 2 della Costituzione come fonte di produzione di norme costituzionali amministrata dalla giurisdizione», cfr. M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, in M. FIORAVANTI, *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 51. La letteratura sul punto è sterminata, a partire, ovviamente, da A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1975, che per primo propose la configurazione della Costituzione come aperta al riconoscimento di diritti non scritti.

⁵ E' evidente che il “contenuto massimo” dei doveri inderogabili non potrebbe che coincidere col “contenuto minimo” dei diritti inviolabili altrui... Anche sulle problematiche relative al “contenuto minimo” dei diritti la letteratura è assai vasta: cfr., almeno, A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici comuni*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Cedam, Padova, 1990, pp. 110 ss.; O. CHESSA, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, in *Giur. Cost.*, 1998, pp. 1170 ss.; I. MASSA PINTO, *Il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e la concezione espansiva della Costituzione*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, pp. 1095 ss.; M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. M) della Costituzione*, in *Politica del Diritto*, 2002, pp. 352 ss.

⁶ Su cui v. in particolare E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*. Atti del XXIV Convegno annuale, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Jovene, Napoli, 2010, pp. 229 ss.

Nihil sub sole novi. E questo, del resto, è il mestiere dello scienziato di fronte ai documenti costituzionali che enunciano principî di giustizia materiale. Tuttavia una (neppure troppo approfondita) osservazione dello stato dell'arte in materia dimostra che i risultati non sono sempre proporzionati agli sforzi: il linguaggio assai poco sorvegliato con il quale si chiama in causa la Costituzione nelle sue parti materiali indeterminate, di fronte alle richieste di riconoscimento sempre “nuove” che provengono dalla società (le “nuove” povertà, le “nuove” famiglie, i “nuovi” cittadini, i “nuovi” rapporti di lavoro...), o di fronte ad arretramenti di tutele precedentemente previste a livello legislativo, è ormai proprio non solo del dibattito pubblico, ma anche degli specialisti. L'osservatore non può che giungere alla conclusione che, soprattutto una volta che ci si è immessi lungo i percorsi della ragionevolezza dei bilanciamenti, e del riconoscimento ai principî costituzionali stessi della forza di determinare direttamente nell'ordinamento antinomie e lacune⁷, ci si è già immessi lungo i percorsi degli universi etici, delle ideologie, dei *desiderata* e delle lacune assiologiche, perché ogni riconoscimento non può mai avvenire “a costo zero”: qualcuno vince e qualcuno perde. E se il riconoscimento viene realizzato a colpi di sentenze che pretendono di dar fiato alle parole della Costituzione, a perdere è soprattutto la lotta politica da cui, invece, dovrebbero risultare i significati di quelle parole. Proprio quella parte della Costituzione che richiama il lato gradevole, per così dire, del diritto, quella che ci impegniamo a insegnare anche ai più piccoli nelle scuole, soprattutto attraverso il richiamo ai diritti e ai doveri, quella che si usa per far spettacolo alla televisione o nei teatri, è in realtà la parte che suscita le più complesse questioni giuridico-costituzionali che hanno a che vedere con l'uso dei principî costituzionali materiali nelle epoche successive alla loro approvazione. In questi tempi di crisi, alla quale nessuno sembra in grado di fornire risposte adeguate, i ripetuti appelli alla Costituzione, al ritorno a una sua concezione prescrittiva, ai suoi diritti inviolabili e ai suoi doveri inderogabili di solidarietà, se, da un lato, sono profondamente comprensibili, dall'altro, appaiono del tutto inefficaci, asettici, per la irrilevanza che dedicano alla realtà attuale e passata: *quale* Costituzione? *Quale* solidarietà?

⁷ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 1, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 10-124; 151-157; ID., *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari, 2016, p. 68.

E' tutto ciò inevitabile? E' comprensibile che nel discorso pubblico «chi si batte per i diritti (...) fa con il linguaggio una politica del diritto, adoperandosi ad influenzare il diritto positivo a vantaggio di classi di soggetti»⁸. Ma lo scienziato che, dopo aver svolto il suo compito di comprensione dei fenomeni sociali in atto e di avervi fornito delle persuasive risposte sul piano della interpretazione delle leggi e della ricostruzione della giurisprudenza e della precedente tradizione scientifica, si spingesse a proporre innovazioni, dovrebbe quanto meno dichiarare di aver assunto, per questa parte, le vesti del “politico del diritto”. E questo, a maggior ragione, in un contesto fortemente conflittuale, in cui le disposizioni costituzionali che enunciano principî di giustizia materiale dovrebbero essere “maneggiate” da tutti con molta cautela, nella consapevolezza che manifestare il volere della Costituzione, specificarne, di volta in volta, il contenuto a fronte delle domande, sempre nuove, che provengono dalla società, non significa affidare a degli esperti altamente qualificati il compito di dirimere questioni tecnico-giuridiche, come si affida a degli oracoli il compito di svelare responsi ricavati oggettivamente, con una scienza e con una tecnica sapienti, da una fonte superiore. Significa piuttosto assegnare al testo costituzionale determinati significati che si sono scelti e voluti, in quanto corrispondenti al modello di società che si vuole realizzare⁹.

Quanto appena affermato vale forse a maggior ragione per il principio di solidarietà: le sue possibili declinazioni, i suoi possibili sviluppi e specificazioni, la sua portata pervasiva nell'ordinamento complessivo¹⁰, a fondamento di alcuni diritti e quale limite all'esercizio di altri, ivi comprese la sua declinazione “fraterna” in chiave antistatali-

⁸ U. SCARPELLI, *Diritti positivi, diritti naturali: un'analisi semiotica*, in S. CAPRIOLI – F. TREGGIARI, *Diritti umani e civiltà giuridica*, Pliniana, Perugia, 1992, p. 41.

⁹ I. MASSA PINTO, *Veritas constitutionis: quis interpretabitur? Il problema dell'assenza insuperabile e insopportabile del titolare ultimo del potere, il concetto teologico secolarizzato di «rappresentanza» e le questioni fondamentali del diritto costituzionale del nostro tempo*, in M. DOGLIANI, *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 261. Sul giudizio di illegittimità costituzionale delle leggi come «operazione logica» cfr. L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, cit., p. 63, il quale, criticando l'estraneità alla teoria kelseniana del diritto della nozione di diritti fondamentali, afferma che «Quando Kelsen parla dei diritti fondamentali non ne parla mai in termini formali, come fa con tutti i concetti della teoria del diritto, ma sempre con riferimento ai loro contenuti storicamente ed empiricamente determinati» (p. 59).

¹⁰ Cfr., da ultimo, A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in L. VENTURA – A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2015, spec. p. 309.

sta, che lo legherebbe al principio di sussidiarietà¹¹, e la sua declinazione “emancipante” o “inclusiva” in chiave statalista, che lo legherebbe al principio di uguaglianza sostanziale e a quello di dignità¹², richiedono inevitabilmente scelte politiche conseguenti, e non certo alchimie tecnico-sapientziali. Scelte politiche, appunto, e, dunque, universi etici, visioni del mondo. L’interprete non potrebbe allora che concludere nel senso che le «formule imprecise» del testo costituzionale sono, anche nel caso del principio di solidarietà, «susceptibili di interpretazioni diverse», e che «il compito di definire ciò che rimase incompiuto o di far valere uno fra i vari significati attribuibili ad una stessa disposizione» non può che essere lasciato «ai successivi spostamenti delle forze ed alle evoluzioni delle idee politiche»¹³.

Certo, la crisi della rappresentanza politica, nel suo significato proprio di crisi della capacità di riconduzione a unità politica del pluralismo conflittuale, potenzialmente micidiale, fa apparire le considerazioni che precedono quanto meno come illusorie, vane, sterili, finanche oziose: ma non bisogna confondere, di nuovo, il carattere tragicamente e oggettivamente reale della crisi della rappresentanza politica con la delusione di non riuscire a veder realizzate, per opera della rappresentanza medesima, i proprî *desiderata*.

Il riconoscimento della drammatica crisi in atto non può, in ogni caso, mettere in discussione la considerazione che l’ipotesi di ricerca sopra tratteggiata, anche rispetto allo studio del principio di solidarie-

¹¹ Cfr. F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale*, in R. BALDUZZI – M. CAVINO – E. GROSSO – J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Giappichelli, Torino, 2007, spec. p. 29; ID., *La solidarietà nell’ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, spec. pp. 63 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in *Rivistaaic.it*, 2010, n. 4; F. PIZZOLATO – P. COSTA, *Principio di fraternità e modernità giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 2013, n. 1.

¹² Cfr. S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014, spec. pp. 31 e 37; A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all’interno della comunità*, cit., p. 2.

¹³ C. MORTATI, *La Costituente* (1945), in Id., *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello stato*, Milano, 1972, p. 304. Per questo, come noto, Kelsen aveva espresso il suo ammonimento rispetto alle formule imprecise: per evitare uno «spostamento di potere (...) dal parlamento a un organo estraneo e che può diventare il rappresentante di forze politiche ben diverse da quelle che si esprimono nel parlamento, la costituzione deve, specie quando crea un tribunale costituzionale, astenersi da questa fraseologia e, se intende porre principi relativi al contenuto delle leggi, li deve formulare nel modo più preciso possibile» (H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1981, p. 254).

tà, non sembrerebbe, almeno allo stato attuale, portare molto lontano dal punto di vista scientifico, e ogni sforzo in tal senso, nel tempo in cui il sentimento che domina i popoli europei è la preoccupazione, l'insicurezza, la paura, il disorientamento, in una parola: l'anomia, non potrebbe che rivelarsi, infine, come l'ennesima "politica del diritto".

Proprio per evitare questo approdo, vorrei allora pormi dal punto di vista della dottrina pura del diritto, quella dichiaratamente più distante dagli universi etici, e, dunque, anche da un (quale che sia) contenuto materiale del principio di solidarietà. Il tentativo è quello di individuare un possibile ruolo del principio in esame quale *principio formale di dottrina pura del diritto* (e, dunque, quale principio strutturale di ogni ordinamento giuridico). Sarà questa anche l'occasione per esprimere qualche osservazione sulle caratteristiche del diritto costituzionale del nostro tempo attraverso una riflessione su un istituto in qualche modo, come si vedrà, legato al tema centrale che ci occupa: l'abuso del diritto.

2. Il principio di solidarietà esprime (solo) l'indefettibile necessità di un ordinamento coercitivo: la critica kelseniana alla teoria politica del marxismo sulla progressiva estinzione dello Stato

Nel tentativo di delineare uno statuto del principio di solidarietà, quale principio strutturale di ogni ordinamento giuridico, a partire dal fatto del pluralismo conflittuale, mi è parso opportuno riprendere la lungimirante critica kelseniana alla teoria politica del marxismo sulla progressiva estinzione dello Stato: da un lato, perché la sua attualità appare davvero sconcertante, e, dall'altro, perché «il filo conduttore dei lavori di Kelsen sul marxismo è altresì il filo conduttore di tutta l'opera teorica, giuridica e politica kelseniana: la rigorosa distinzione tra ciò che è e ciò che deve essere; tra discorsi intorno alla realtà e discorsi intorno ai valori; tra la descrizione della realtà e la valutazione di essa; tra la spiegazione causale del mondo com'è, e la progettazione (o, in senso lato, prescrizione) di un mondo ideale a venire; tra il futuro probabile e il futuro desiderato»¹⁴.

¹⁴ R. GUASTINI, *Introduzione*, in H. KELSEN, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, Il Saggiatore, Milano, 1981, p. 9.

Dunque non è evidentemente l'oggetto preso di mira dalla critica kelseniana che qui interessa, quanto piuttosto le limpide argomentazioni alle quali la critica ricorre, in quanto perfettamente riferibili all'epoca presente e al disorientamento collettivo che la contraddistingue. La rilettura di alcune significative pagine dei lavori di Kelsen sul marxismo vorrebbe altresì contribuire a riconsiderare, nel discorso scientifico, l'opera dell'Autore preso a bersaglio dalla retorica antipositivistica, costruita prevalentemente intorno alla ritenuta impossibilità dell'«adeguamento delle categorie normativiste al dato nuovo delle costituzioni lunghe»¹⁵, e alla ritenuta impossibilità della «pretesa della

¹⁵ M. PROSPERO, *Hans Kelsen. Normativismo e diritto privato*, Franco Angeli, Milano, 2012, p. 274. Secondo l'Autore, «il contributo di Kelsen mette capo ad alcune difficoltà teoriche ben visibili alla luce degli stessi sviluppi del costituzionalismo. Il diritto come norma pura costruisce la sfera dell'eguaglianza e legittima le condizioni di diseguaglianza civile accettate. In Kelsen non esiste un fondamento inclusivo che neghi discriminazioni e posizioni privilegiate. La differenza fisica può essere la base di una diversità nel diritto. La rinuncia all'idea di un'eguaglianza fondata su elementi come la natura o la ragione lascia traballare la nozione di inclusione nella cittadinanza che è invece un punto cardine nell'odierno costituzionalismo. Che l'eguaglianza non sia naturale ma sempre artificiale non comporta la discrezionalità della politica di porre condizioni diseguali nell'accesso ai diritti. Questo divieto non è esplicito nello schema del normativismo che dichiara di essere privo di presupposti di valore. La legge istituisce l'eguaglianza (di contro alla pretesa giusnaturalistica) ma la mancanza in Kelsen di una nozione inclusiva di umanità (che coinvolge ogni corpo) pregiudica l'eguaglianza nel godimento dei diritti che è considerata la grammatica della modernità. Ogni individuo o corpo proprio nella sua empiricità è parte della città (umana universalità) che con una norma generale e astratta proclama diritti civili e politici, assicura una tutela preventiva o inibitoria contro ogni lesione del diritto del corpo (con danni non solo patrimoniali ma ambientali, biologici)» (p. 94). E ancora: «Con questa definizione astratta e generale del diritto, presentato come regola supportata dalla coercizione, sfuggono tutte le determinazioni storiche più significative del fenomeno giuridico e un maldestro principio analogico tende a riassorbire ogni elemento sanzionatorio quale invariante contenuto in qualsiasi ordine giuridico. I punti di forza dell'argomento di Kelsen sono evidenti quando consentono di cogliere le debolezze teoriche del diritto di natura e anche le sofferenze dell'istituzionalismo giuridico. Nondimeno il canone della coercibilità lo conduce a una teoria generale del diritto molto legata a una congiunturale fase evolutiva dello Stato moderno. Sfuggono al normativismo i processi più innovativi dello Stato costituzionale che fissa una duplice riserva legislativa e giurisdizionale alle inviolabili libertà personali, pone la differenziazione dei suoi fini sociali, stimola l'espansione di un ampio settore pubblico per rispondere ai problemi dei bisogni sociali materiali. Nello Stato costituzionale non esiste un diritto forma che risulti indifferente al diritto sostanza o interesse umano ritenuto essenziale al punto da obbligare il legislatore e gli organi dello Stato ad adottare certe linee di intervento. L'implicazione puramente formale-procedurale si incastra con implicazioni del tutto materiali e sostanziali. Non si dà un sistema formale che non sia anche una costituzione materiale. Oltre la mera tecnica coercibile, nel corso del '900 sono apparsi dei processi politici in grado di determinare una profonda curvatura del

legge di essere, essa sola, diritto»¹⁶. Su tale «concezione duale del diritto», ossia sul «diritto a due lati, formale e materiale», si tornerà più avanti accennando al tema dell'abuso del diritto. Si propone qui solo la rilettura di alcune pagine, tra le meno note, dell'opera kelseniana, con l'auspicio che possano servire a riaccendere l'interesse per uno degli Autori più malintesi del Novecento¹⁷.

2.1. Lo Stato può servire a scopi molto diversi e anche opposti fra loro

La critica di Kelsen alla teoria marxista origina dal rilievo della erroneità del concetto di Stato presupposto dalla teoria della sua estinzione, derivante dalla confusione tra i fini politico-ideologici dello Stato positivo e la natura dello Stato in quanto ordinamento coercitivo.

diritto per opera di domande sociali (...). Tutto ciò prevede il ricorso a “norme sui generis” indispensabili per regolare questa complessa macchina pubblica che entra nella vita sociale con forme giuridiche diverse da quelle puramente sanzionatrici previste da Kelsen. In tali norme di nuova confezione, l'elemento sanzionatorio è solo un meccanismo indiretto nel senso che i provvedimenti orientati a fini redistributivi contengono un incentivo positivo. Si tratta di misure e condizioni agevolate per chi versa in certe condizioni sociali considerate meritevoli di tutela. Queste norme sono peculiari perché, mentre accordano posizioni di vantaggio a talune differenze riconosciute, di riflesso, sviluppano un meccanismo di penalizzazione per altri ceti economici socialmente più avvantaggiati. Nella società complessa e differenziata, alla pura norma generale e al sistema unitario dei codici si affiancano leggi speciali, clausole particolari per regolare parti specifiche e interessi settoriali» (pp. 112-113).

¹⁶ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 380. Secondo l'Autore, «il riduzionismo legalista kelseniano si traduce, nella sua nomodinamica e nella sua teoria della giustizia costituzionale, nell'esigenza di rispetto delle forme, cioè delle procedure. Un aspetto di questa impostazione è la riduzione dei vizi “materiali” (cioè per ragioni di contenuto) delle leggi a vizi “formali” (cioè per ragioni di procedimento). I vizi materiali si risolverebbero nei secondi, poiché solo questi ultimi avrebbero consistenza, nella teoria dell'incostituzionalità della legge. Gettando uno sguardo sui presupposti di questa concezione, possiamo mettere in luce la distanza dai nostri, in base ai quali la riduzione della sostanza alla forma ci appare una forzatura alquanto stravagante» (pp. 381-382).

¹⁷ In Germania si è intrapresa una vera e propria *Kelsen-Renaissance* grazie al progetto dei curatori dell'edizione dell'opera omnia nella Hans-Kelsen-Forschungstelle di Freiburg (www.hans-kelsen.org). La letteratura sull'influenza di Kelsen in Italia è vastissima. La ricostruisce di recente sinteticamente J. LUTHER, *La dottrina generale di Kelsen in Italia semper docet?*, in H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, a cura di J. Luther e E. Daly, Giuffrè, Milano, 2013, pp. XVII ss.

Per la dottrina pura del diritto, «l'ordinamento della convivenza umana, che si è soliti definire come Stato, è un ordinamento costrittivo, e (...) questo ordinamento costrittivo coincide (...) con l'ordinamento giuridico». Kelsen chiarisce che «lo Stato è caratterizzato come ordinamento costrittivo in un doppio senso: innanzi tutto, viene con ciò espresso il fatto che la validità di questo ordinamento, ovvero – ciò che è la stessa cosa – l'appartenenza alla comunità costituita attraverso questo ordinamento, è indipendente dai desideri e dalle volontà soggettive di coloro per i quali l'ordinamento statale esige validità e i quali costituiscono quindi la comunità statale. Inteso in quanto comunità, lo Stato è una comunità costrittiva, un'associazione costrittiva. In secondo luogo, però, il “dominio”, essenziale per lo Stato, viene esercitato, in base alla concezione corrente, attraverso la comminazione di atti *costrittivi* specifici. Relazioni di dominio ce ne sono di molteplici. L'associazione di dominio dello Stato è definita dal fatto che esso si costituisce in un sistema di norme che ordinano la costrizione». Ma, ecco il punto: «è ovvio che ogni dominio, ogni costrizione dell'uomo sull'uomo, viene esercitato non come scopo in sé, ma a causa di uno scopo estraneo, rispetto a cui dominio e costrizione sono presi in considerazione solo come mezzo; e questo mezzo può essere giustificato – poiché è in contraddizione con il valore di libertà – solo in quanto venga riconosciuto come inevitabile, necessario per il raggiungimento dello scopo dell'ordinamento posto *al di là* del valore di libertà. Il dominio chiamato “Stato” o “ordinamento giuridico”, questo cosiddetto “apparato costrittivo”, non è caratterizzato dal suo *scopo* sociale, ovvero – il che è lo stesso – dal suo *contenuto*. Si tratta di una forma specifica della vita sociale, che può assumere contenuti molto variabili, di un *mezzo* di tecnica sociale, con cui possono essere perseguiti gli scopi più diversi. Sicuramente lo Stato moderno può essere considerato come un mezzo per lo scopo dello *sfruttamento* economico di una classe da parte dell'altra. Ma sarebbe scorretto definire lo sfruttamento economico o il mantenimento dell'opposizione di classe come l'essenza dello Stato in generale. Poiché in primo luogo vi sono degli Stati, cioè delle organizzazioni di dominio, in cui non è possibile mostrare lo sfruttamento economico come loro contenuto essenziale; in secondo luogo, lo sfruttamento economico non è neanche affatto l'unico scopo dello Stato moderno. Innanzi tutto, però, è pensabile un'organizzazione statale che non solo mostri un contenuto completamente diverso da quello dello sfruttamento economico, ma addirittura

ra abbia come scopo quello di *impedire* lo sfruttamento economico». Anzi, sostiene Kelsen, «si può affermare che *soltanto* un ordinamento costrittivo è in grado d'impedire quella condizione di sfruttamento. Non si dimentichi che l'ordinamento economico capitalistico è nato sul terreno della teoria del liberalismo, ostile allo Stato, e che confina da vicino con l'anarchia, ed è cresciuto nella sfera *a-statale* dello sviluppo delle forze economiche. Sicuramente, anche l'ordinamento giuridico dello Stato liberale, ridotto al minimo, ha la funzione di garantire una classe dominante nello sfruttamento del proletariato. Ma, quanto più profondamente la organizzazione statale del dominio, durante l'ultimo secolo, è penetrata nel corpo della società, quanto più certe relazioni sociali, prima lasciate al libero arbitrio, sono divenute contenuto dell'ordinamento costrittivo giuridico, tanto più grande è divenuto anche il contrappeso che è stato creato all'opposizione di classe, che nel libero gioco delle forze economiche si acuiva senza freni. Certamente neanche la legislazione politico-sociale degli ultimi decenni ha potuto sconfiggere al fondamento l'opposizione di classe e lo sfruttamento economico. Ma essa mostra che il mezzo politico, cioè lo Stato, è atto ad agire *nella direzione* del superamento dell'opposizione di classe, che dipende solo dal contenuto dell'ordinamento costrittivo statale fino a che livello l'ordinamento economico capitalistico – che, in base alla sua essenza, è di origine extrastatale – può essere rimosso e sostituito con un altro...»¹⁸.

2.2. Il concetto di un ordinamento costrittivo non contiene neanche la traccia di un interesse solidale

Partendo propriamente dalla differenza concettuale tra ordinamento giuridico/costrittivo e altri ordinamenti, Kelsen chiarisce in modo inequivocabile il ruolo del principio di solidarietà nell'ordinamento giuridico.

Egli afferma, infatti, che in tutti i tempi si può riscontrare la presenza di «ordinamenti o associazioni anarchici» quali ordinamenti contrapposti allo Stato: «se il concetto di Stato viene essenzialmente ridotto a quello di un ordinamento costrittivo – sovrano – nel senso appunto sviluppato, e se, in questo, si fa astrazione da ogni configura-

¹⁸ H. KELSEN, *Sozialismus und Staat* (1923), trad. it., *Socialismo e Stato*, De Donato, Bari, 1978, pp. 17-20.

zione contenutistica dell'ordinamento costrittivo – con l'unica eccezione del momento costrittivo – e da ogni possibile scopo, al cui servizio quest'ordinamento costrittivo si presenta, ciò non si può giustificare semplicemente per il fatto che soltanto un concetto così esteso è in grado di abbracciare le comunità, definite come “Stati”, esistenti nei diversi tempi, e così diverse sia per il loro contenuto sociale sia per il loro scopo. Ché un tale concetto potrebbe correre il rischio di essere troppo esteso. Il definire lo Stato come null'altro se non un ordinamento *costrittivo* – sovrano – è fondato, in altissima misura e nel senso della più fruttuosa formazione dei concetti, nel fatto che, con questo concetto, viene espresso il momento decisivo per ogni teoria sociale: la distinzione fondamentale fra libertà e costrizione, fra anarchismo e statalismo [*Etatismus*]. Nel concetto di Stato, che non contiene nient'altro che l'idea di un ordinamento costrittivo superiore o di una comunità costrittiva, questo contenuto viene sovrapposto a tutti gli altri ordinamenti o comunità sociali, che rinunziano al momento costrittivo, a quegli ordinamenti, la cui validità è condizionata dalla volontà di coloro che sono sottomessi alle norme, a quelle comunità, di cui i membri fanno parte solo grazie alla loro propria volontà, e il cui comportamento, conforme all'ordinamento o alla comunità, non viene sanzionato da una comminazione costrittiva. Ciò che è decisivo non è il fatto se tali ordinamenti o associazioni anarchici in generale sono possibili o fino a che punto essi siano reali, bensì solo il fatto che, in tutti i tempi, è esistita la fede nella loro possibilità, che in tutti i tempi essi sono stati postulati e sono stati contrapposti allo Stato in quanto ordinamento costrittivo»¹⁹.

Ed è proprio in riferimento al concetto di Stato quale organizzazione di un interesse generale superiore rispetto agli interessi delle società particolari, volontarie, che Kelsen nega un qualunque ruolo al principio di solidarietà quale principio di giustizia materiale all'interno di un ordinamento giuridico: «Ovviamente, bisogna essere d'accordo completamente con la critica marxista nel fatto che ogni determinazione concettuale, che presenta lo Stato essenzialmente come organizzazione di un interesse complessivo o di una volontà complessiva, in breve, in qualsiasi modo come espressione di una *solidarietà* fra tutti gl'individui messi insieme attraverso l'organizzazione, è una *finzione*». Infatti «l'unità dello Stato è l'unità di un ordinamento costrittivo

¹⁹ *Ibidem*, p. 21.

normativo e non l'unità di interessi di fatto, di contenuti fattuali delle volontà di coloro che sono sottomessi all'ordinamento. Solo in quanto lo Stato viene concepito *normativamente*, cioè come unità fondata sul *dovere*, esso può essere pensato – senza cadere in contraddizione – insieme con l'opposizione reale [*Seinsgegensatz*], da esso non superata, dei conflitti nazionali, economici e religiosi. E proprio per il fatto che si riduce il concetto di Stato a quello di un ordinamento costrittivo e si rifiuta di assumere in questo concetto la relazione rispetto a qualsivoglia interesse fattuale, si evita poi la finzione del carattere solidale dello Stato. La dissoluzione di questa finzione, la dimostrazione che quanto a questo si tratta di una falsificazione teorica, che, consapevolmente o meno, persegue lo scopo di mantenere obbedienti coloro *contro* i cui interessi esiste di volta in volta l'ordinamento statale costrittivo, tuttavia, non è stata conseguita affatto per la prima volta da teorici socialisti, bensì già da teorici “borghesi”. La critica marxista in questo caso ha sfondato soltanto porte aperte. [Proprio in riferimento alla *mia* definizione del concetto di Stato! Il concetto di un ordinamento costrittivo non contiene neanche la traccia di un interesse solidale]»²⁰.

2.3. Non esiste divergenza d'opinioni che non possa diventare un contrasto di vita o di morte

A questo punto Kelsen entra nel vivo della sua critica rispetto all'ipotesi marxista dell'estinzione dello Stato una volta che sia stato eliminato lo sfruttamento di classe.

Il Manifesto comunista perviene alla conclusione secondo la quale «se non c'è più alcuna opposizione di classe, non ci può più essere uno Stato». Rispetto a questa conclusione, sostiene Kelsen, «non viene cercata neanche l'ombra di una dimostrazione per il fatto che insieme con lo sfruttamento economico e con l'opposizione di classe scompariranno anche tutti quei fenomeni sociali che – del tutto indipendentemente dal mantenimento o dall'eliminazione dell'opposizione di classe e dello sfruttamento – rendono necessario un ordinamento costrittivo, un potere pubblico ovvero un dominio politico. Così il *Manifesto*

²⁰ *Ibidem*, pp. 24-25. E' noto come la demifisticazione kelseniana delle teorie borghesi del diritto e dello Stato sia culminata nella *Allgemeine Rechtslehre* e nella *Reine Rechtslehre*. Su tale demifisticazione si tornerà più avanti.

esige – poiché deve scomparire il guadagno senza lavoro – un uguale *obbligo* [Zwang] di lavoro per tutti. Ovviamente, in un primo momento, solo per il primo stadio del socialismo, il cosiddetto Stato di classe proletario. Ma l’eliminazione di ogni sfruttamento muterà la natura umana in maniera così profonda che ognuno apprenderà spontaneamente il lavoro, che gli sarà assegnato sulla base di un piano di lavoro, elaborato evidentemente solo in maniera centralizzata, e quindi verosimilmente senza particolare riguardo ai suoi bisogni individuali? Perfino se la spontanea sottomissione all’ordinamento del lavoro può essere assunta come regola, non può non essere prevista la costrizione per l’inevitabile eccezione – in tutte le circostanze – allo stesso modo in cui, anzi, anche l’ordinamento dello Stato borghese si rivolge, con i suoi mezzi costrittivi, per lo più contro eccezioni; ma un ordinamento costrittivo deve esistere a causa di queste eccezioni!». E, infatti, continua Kelsen, «un ordinamento della società, che non può essere semplicemente un ordinamento economico, non dovrebbe forse essere protetto per mezzo di minacce costrittive contro tali turbamenti, i cui motivi non si radicano affatto nei rapporti di produzione, o dovrebbero forse scomparire, insieme con lo sfruttamento economico e con le opposizioni di classe, anche gli affetti sessuali e religiosi, la gelosia e l’ambizione, e, quindi, le numerose fonti extraeconomiche del turbamento dell’equilibrio sociale? Una tale supposizione non sarebbe forse l’esempio scolastico di una utopia “non scientifica” poiché non fondata su alcuna esperienza? Se per l’abolizione dello sfruttamento classista è necessario un dominio politico, un apparato costrittivo, non dovrebbe essere ugualmente necessario per impedire in maniera durevole la nascita primaria di rapporti di sfruttamento? In una condizione di libertà da ogni costrizione statale la disuguaglianza naturale degli uomini – quest’ultima fonte soggettiva di ogni sfruttamento, non soltanto dello sfruttamento economico – si affermerebbe senza inibizioni. Lo “sfruttamento sfacciato, diretto, crudo”, la “irresponsabile libertà di commercio” del capitalismo, caratterizzati dal Manifesto comunista in maniera così appropriata, non si sono trovati tanto meglio quanto più la società si sviluppava in forma a-statale, quanto più la libertà – così lodata dal liberalismo capitalistico – ha lasciato libero gioco all’armonia naturale di tutte le forze sociali? Non è una contraddizione incomprensibile, quando il socialismo stringe gli ambiti più estesi della vita sociale, che prima erano abbandonati all’anarchia, cioè al libito dei singoli, nel suo saldo ordinamento dell’*uguaglianza* e, allo stesso

tempo, vorrebbe aprire la prospettiva di un ideale di *libertà*, cioè però appunto di quella anarchia, cui esso vuol sottrarre innanzi tutto l'economia? E' possibile che un ordinamento sociale pianificato, razionale, per niente "naturale", nella stessa misura in cui cresce quanto a contenuto e a estensione, e si complica, possa rinunciare – per realizzarsi – alla costrizione? Non è più che paradossale il fatto che lo Stato che, nella sua trasformazione dell'apparato costrittivo borghese in quello proletario, aumenta in maniera insospettata quanto a potenza e competenza, proprio nell'istante in cui raggiunge l'apice di questo sviluppo, debba scomparire, dissolversi misteriosamente nel nulla? L'idea pervenuta a se stessa si rovescia qui nel suo opposto? No, qui c'è un miracolo: abbiate solo fede! Ma forse è più prudente, nell'ambito della scienza sociale empirica – soprattutto se si tratta di una profezia – fondarsi non sulla speculazione della dialettica, ma sull'esperienza positiva»²¹.

L'indefettibile necessità di un ordinamento costrittivo deriva dal fatto del pluralismo conflittuale, il quale tuttavia – e questo è un punto essenziale, che spesso viene dimenticato nel dibattito intorno alle questioni eticamente sensibili e al ruolo delle dottrine comprensive nel dibattito pubblico – non viene superato, nel senso di eliminato, dall'ordinamento costrittivo medesimo, ma solo, per così dire, disarmato. Kelsen lo dice in modo assai chiaro a proposito della religione: «Lo "Stato" libera dalla religione quando rende l'esercizio dei diritti politici indipendente dalla confessione religiosa, sebbene il cittadino rimanga ciononostante religioso»²².

Commentando criticamente la separazione marxista tra "forza sociale" e "forza politica", Kelsen afferma: «Che cos'altro è lo Stato se non l'espressione del fatto che l'uomo, come *membro del genere umano*, ha riconosciuto e organizzato le sue "*forces propres*" in quanto forze *sociali* (...), che cos'altro è se non un'organizzazione completamente determinata dalle forze sociali dell'uomo? La scissione della "forza politica" dalla "forza sociale" può significare altro se non il fatto che soltanto una parte delle forze sociali è organizzata politicamente? e può la scissione essere superata in altro modo se non per il fatto

²¹ *Ibidem*, pp. 48-49. Sul punto cfr. altresì H. KELSEN, *Il diritto come specifica tecnica sociale* (1941), in ID., *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, cit., pp. 94 ss. e spec. pp. 102 ss.

²² *Ibidem*, p. 55.

che o ogni forza sociale diviene politica o ogni organizzazione specificamente politica delle forze sociali scompare, cioè o la società nell'insieme si statalizza o lo Stato si socializza, cioè ogni ordinamento costringitivo si dissolve?»²³.

E' sulla base di tali premesse che Kelsen arriva a sostenere che una società *solidale* è in realtà una società anarchica in cui il concetto di democrazia coincide con quello di libertà individuale. Sempre dialogando con Marx ed Engels a proposito della forma statale che deve assumere il dominio del proletariato, Kelsen afferma: «Sarebbe (...) privo di senso il concedere la democrazia soltanto per un gruppo *solidale*, cioè per una molteplicità di individui, i quali, dotati di una disposizione solidale in tutti i rapporti che vanno regolati attraverso l'ordinamento comunitario, volontariamente concordano. Prescindendo completamente dal fatto se possa esistere un gruppo del genere, non vi sarebbe qui bisogno di alcun principio di maggioranza, non vi sarebbe qui affatto il problema di ogni forma statale: quello di unificare volontà contrapposte. Poiché questa unità è già presupposta. E questo presupposto – la sua ammissibilità rimane qui fuori discussione – in generale non può condurre ad alcuno *Stato*, può condurre soltanto a una società *anarchica*. Definire “democrazia” la società solidale-anarchica, significa identificare il concetto di democrazia con quello di “libertà” individuale. Il concetto di democrazia, però, nasce proprio attraverso la modificazione che è necessaria nel concetto di libertà, per rendere possibile quest'ultimo nella sfera del politico, cioè nella sfera delle opposizioni fra gli interessi e fra le volontà»²⁴.

²³ *Ibidem*, p. 57.

²⁴ *Ibidem*, p. 65. E subito prima aveva detto chiaramente: «Poiché per “democrazia” bisogna intendere quella forma statale, in cui la volontà dello Stato, cioè l'ordinamento giuridico, viene formata da quelli stessi, per cui l'ordinamento statale esige validità, e, in vero, in modo tale che la volontà della *maggioranza* sia decisiva. Questo principio di maggioranza è perciò essenziale per la democrazia. Perché, se l'ideale di libertà, che senza dubbio sta anche alla base dell'idea democratica, fosse completamente realizzato, cioè, se l'ordinamento coesivo potesse realizzarsi solo attraverso le volontà concordi di *tutti* coloro che sono sottoposti alle norme, in modo tale che anche ogni singolo rimanga legato a questo ordinamento solo nei limiti in cui non muti la sua volontà consenziente, se quindi ognuno fosse completamente libero, perché sarebbe suddito soltanto della propria volontà, sarebbe con ciò tolta l'idea in generale di un ordinamento statale, anzi di ogni norma in generale. Poiché il principio: tu hai il dovere di fare ciò che corrisponde alla tua volontà, è una norma soltanto per l'apparenza linguistica. Si ha una norma, si può parlare sensatamente di un “dovere”, soltanto quando sussiste una possibile differenza fra il contenuto

E Kelsen entra nel vivo della critica della società *solidale* richiamando la indefettibilità necessità di un ordinamento coercitivo in riferimento a tematiche che oggi sono affrontate per lo più sotto l'etichetta dei "diritti": dei diritti sociali e dei diritti civili in particolare.

Rispetto ai diritti sociali, Kelsen si domanda retoricamente come potrebbe essere realizzato il motto marxista "ciascuno secondo le sue capacità, a ciascuno secondo i suoi bisogni" senza «un *ordinamento giuridico*, che obbliga ognuno a impegnarsi secondo le sue capacità e autorizza ognuno a soddisfarsi, secondo il bisogno, con la quantità di beni – presupposta come illimitatamente abbondante – della comunità (...); un ordinamento che, proprio per questo, non può non funzionare come ordinamento *giuridico*, cioè come ordinamento costrittivo!». Infatti «anche se il lavoro – per qualsiasi motivo – è divenuto bisogno per tutti, è pur sempre aperta la possibilità che per uno non sia bisogno proprio il lavoro che gli viene attribuito, che sussistano delle differenze fra le "capacità" assunte da ogni singolo e i bisogni della produzione comunitaria, differenze la cui armonizzazione può aversi solo e in ultima analisi *in maniera autoritaria*, cioè attraverso costrizione, se non viene presupposta un'armonia prestabilita delle forze naturali, cioè delle forze che si sviluppano liberamente. E, pur ammesso che tutte le fonti della ricchezza scorrano con tanta abbondanza, il diritto di trovare soddisfazione secondo i propri bisogni non può estendersi fino al punto che non vi sia alcun pericolo di un travalicamento, di un abuso»²⁵.

E, analogamente, rispetto al tema delle questioni eticamente sensibili, non ricorre a scorciatoie Kelsen quando presagisce la società *solidale* senza Stato: «Soltanto lo *Stato* è sufficientemente forte (...), non possono non essere costituite delle dighe potenti contro l'indistruttibile pulsione della natura umana, contro la volontà di potenza...»²⁶.

Infatti «se ci si apre alla speranza che la società del futuro – per mezzo del superamento della proprietà privata dei mezzi di produzio-

del dovere e quello della volontà individuale di colui che è sottoposto alla norma» (*Ibidem*, p. 64).

²⁵ *Ibidem*, p. 87.

²⁶ *Ibidem*, pp. 126-127.

ne e del superamento, a ciò legato, delle opposizioni di classe, cioè delle opposizioni d'interessi – sarà una società *solidale*, al cui interno non ci saranno opposizioni vitali, ma soltanto innocue diversità di opinioni, sicché ognuno obbedirà spontaneamente, anzi con entusiasmo, all'ordinamento di questa comunità, poiché ad ognuno sarà comandato, dagli organi di questa comunità, soltanto ciò che egli già vuole, in questo caso, ma *soltanto* in questo caso, si può credere che il rapporto dei singoli con la comunità, rispettivamente con i suoi organi, non sarà un rapporto di “dominio”, non sarà un rapporto di comando e di subordinazione, poiché non sarà un rapporto *costrittivo*, bensì un rapporto paritario fra compagni che hanno volontà comuni. Da questo punto di vista, il “dominio”, comunque, nel senso di potere costrittivo, si rivolgerebbe soltanto contro la “natura”. Proprio questa è la rappresentazione dell'anarchismo, e proprio questa rappresentazione sta alla base della teoria engelsiana, secondo cui al posto del governo sugli uomini subentrerà l'amministrazione di cose. Ma che cosa mai al mondo autorizza un tale presupposto? Pure ammesso che l'ordinamento sociale comunista produce vantaggi economici così chiari che si può supporre esclusa ogni opposizione di principio contro di esso, e pure ammesso che circa il modo della sua realizzazione saranno possibili solo divergenze di opinioni: l'ordinamento sociale comunista non vuole e neanche può essere soltanto un semplice ordinamento economico, ma, già per realizzare completamente i suoi fini economici, non può non diventare un ordinamento culturale che s'inserisce in quasi tutte le relazioni della vita sociale! Il suo atteggiamento circa i problemi religiosi, artistici e, innanzi tutto, erotici, però, non darà luogo semplicemente a divergenze di opinioni, non può non condurre a conflitti violenti. Non occorre neanche molta fantasia per immaginarsi come proprio dalla sfera dell'esperienza [*Erleben*] religiosa si solleverà l'opposizione più forte contro una società completamente atteggiata verso l'al di qua, completamente atteggiata verso la felicità terrena. E il problema della crescita della popolazione, nella maniera più stretta collegato a quello della produzione economica, non può non costringere, in certi casi, proprio un ordinamento comunista, a delle disposizioni, da cui può essere provocata la reazione più appassionata. Perfino una perfetta solidarietà sotto il punto di vista economico, che può essere apprezzata non, positivamente, come una volontà generale verso la comunità, ma soltanto, negativamente, come un'eliminazione di un'opposizione, per molto tempo ancora non è

identica a una solidarietà *tout court*, cioè a una solidarietà in tutte le tendenze della volontà umana. Ciò può essere contestato solo da chi pensi, in tutta serietà, che società e economia siano identiche. Proprio qui si palesa la pericolosa esagerazione della concezione materialistica della storia, che si preclude la comprensione di importanti processi storici per il fatto che tenta di spiegarli completamente a partire dai rapporti di produzione ed è cieca per il dato di fatto che anche momenti del tutto diversi hanno condotto ai conflitti più sanguinosi. E, allo stesso modo che la conoscenza del passato, anche lo sguardo verso il futuro viene fatalmente offuscato per il fatto che non ci si può rappresentare seriamente altre opposizioni, che non siano quelle economiche, come opposizioni vitali»²⁷.

E l'ammonimento di Kelsen – che si fa oggi profezia – non tarda ad arrivare, e coinvolge anche il dibattito attuale intorno ai “diritti civili”: «sarebbe un'incomparabile miopia il voler liquidare, come mere divergenze fattuali d'opinione fra compagni, le difficoltà che si pongono alla società comunista del futuro in campo religioso, artistico ed erotico; poiché non esiste divergenza d'opinioni che non possa diventare un contrasto di vita o di morte. E questa possibilità è tanto più grande, proprio in campo religioso, artistico ed erotico, quanto più l'opposizione economica, cioè il problema della pancia, sono eliminati, quanto più si è liberata energia per dei problemi, cui oggi essa è sottratta dalla lotta contro la necessità economica. Sarebbe un'incomparabile miopia il credere che, nella società del futuro, nel caso di questi contrasti, possa trattarsi solo dell'opposizione fra singole persone asociali [*Eigenbrödler*], che non si possa pervenire, per un principio religioso, artistico o erotico, alla potente formazione di gruppi, forse perché solo le classi possono essere tali gruppi, che quindi devono essere “repressi” unicamente dal punto di vista di un ordinamento che genera l'opposizione di classe. E' questo, anzi, chiaramente, il pensiero di Engels: se non ci sono più “classi”, non c'è più nulla da “reprimere”. Ma questi gruppi, che si oppongono all'ordinamento della società comunista dovranno essere “oppressi” come oggi lo è il proletariato, e interpreteranno la società comunista altrettanto poco come solidale, interpreteranno il suo ordinamento come ordinamento costrittivo, come apparato oppressivo, come “Sta-

²⁷ *Ibidem*, pp. 98-99.

to», esattamente come oggi fa la sociologia “proletaria” rispetto alla società capitalistica e al suo ordinamento costrittivo»²⁸.

E continua: «Il motivo ultimo di questa esternità [*Fremdheit*] rispetto alla varietà delle possibilità sociali, questa cecità di una teoria sociale, che vede tutto soltanto nel grigio dell'economico, sta nel fatto che essa, per spiegare i rapporti esterni, non ricorre alla natura spirituale dell'uomo, ma, al contrario, rende responsabili della inadeguatezza di questa natura i rapporti esterni, i rapporti di produzione. Il capitalismo malvagio rende l'uomo cattivo, ne fa un delinquente, una persona socialmente dannosa: così insegna il marxismo. Solo che, forse, il capitalismo è possibile solo perché questo riprovevole sistema di sfruttamento corrisponde tuttavia in qualche modo alla natura dell'uomo, perché c'è un impulso indistruttibile dell'uomo a far lavorare altri per sé, anzi, in generale, a utilizzare altri uomini come mezzi per i propri scopi. E questo impulso trova, nello sfruttamento economico, solo una tra molte possibilità. L'ozio è un vizio che, per esperienza, scompare quando è garantita la soddisfazione dei bisogni economici dell'uomo, o non è forse press'a poco al contrario? La società comunista potrà fare a meno di guardare con sospetto a questo male, che minaccia la sua intera esistenza, in maniera altrettanto rigorosa come l'attuale ordinamento statale guarda con sospetto al furto? Anzi, l'ozio, in generale, è qualcosa di diverso dal furto? La società comunista non dovrà essere un ordinamento costrittivo già per il fatto che la presunzione, la gelosia, l'ambizione, o come altri si manifesta la volontà di potenza, non può non mettere in pericolo la sussistenza dell'ordinamento economico più giusto? Ognuno di questi affetti, singolarmente, - affetti che non stanno in alcun rapporto essenziale con l'economia - non deve rompere la solidarietà anche della società del

²⁸ *Ibidem*, pp. 99-100. Cfr. altresì H. KELSEN, *Il diritto come specifica tecnica sociale* (1941), in *Id.*, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, cit., p. 107: «Se non sono i bisogni economici insoddisfatti dell'individuo che possono condurre a violazioni dell'ordinamento, devono essere altri bisogni: bisogni derivanti dal desiderio di prestigio, dalla libido, e - non ultimo - dal sentimento religioso. Si può discutere se questi bisogni siano giustificati, e in che misura se ne debba consentire il soddisfacimento, ma non se ne può negare l'esistenza. E inoltre non si può negare che questi bisogni saranno sentiti tanto più fortemente, quanto più saranno soddisfatti i bisogni economici. Dall'idea del socialismo economico non ci si può aspettare alcuna soluzione a questo genere di problemi. Il desiderio di prestigio, la libido, e il sentimento religioso sono fattori rivoluzionari non meno della fame e della sete. Solo chi identifichi la società con l'economia può non vedere i grandi pericoli che minacciano un ordinamento sociale da questa direzione».

futuro, allo stesso modo in cui già oggi rompono la solidarietà di comunità che non hanno alcun contenuto economico? La fede nella possibilità di una comunità solidale, in cui tutti hanno *una sola* e, quindi, una *buona* volontà, si fonda o su una ignoranza della natura umana, oppure sulla fede nella possibilità di un suo cambiamento radicale. *L'uomo*: è *questo* il materiale con cui deve essere costruita anche la casa di un futuro ordinamento sociale; è il medesimo materiale di cui è fatto già lo Stato di oggi e di ieri, e che certamente è insieme un motivo per cui questa casa lascia tanto a desiderare, anche se non per questo si deve assumere che, appunto con questo materiale, non si potrebbe costruire molto meglio. Chi però crede di poter costruire il palazzo del futuro con altro materiale, chi fonda la sua speranza su una natura diversa da quella che conosciamo, va a finire senza salvamento nel paese nebuloso dell'*utopia*²⁹.

E conclude: «Io affermo soltanto che una realizzazione *astatauale* del socialismo, tenendo conto della natura umana a noi nota, è impossibile, e con nessuna parola ho messo in dubbio la possibilità della teoria economica del socialismo. Anzi, credo addirittura che si faccia solo un buon servizio al socialismo quando lo si liberi dall'attesa utopistica di una società anarchico-solidale, in cui tutti gli uomini saranno un popolo di fratelli»³⁰.

In fondo, secondo Kelsen, la teoria socialista da lui criticata non differisce, sotto il particolare profilo che qui interessa, rispetto alle dottrine istituzionaliste, nelle loro varie versioni (e di cui oggi vengono riprese le idee fondamentali, specie negli studi sulle c.d. comunità intermedie³¹ e proprio sul principio di solidarietà³²).

²⁹ *Ibidem*, p. 101.

³⁰ *Ibidem*, p. 102. Sul rapporto di Kelsen con la socialdemocrazia – rapporto di natura non solo politico-morale, ma anche «intellettualmente determinante» – v. M. DOGLIANI, *Kelsen*, in F. SBARBERI (a cura di), *La forza dei bisogni e le ragioni della libertà. Il comunismo nella riflessione liberale e democratica del Novecento*, Diabasis, Reggio Emilia, 2008, pp. 155-165.

³¹ Cfr. P. GROSSI, *Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno*, Marietti, Genova, 2015 (dove peraltro vengono ripresi temi precedentemente affrontati in modo sistematico: v. soprattutto ID., *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 1995; ID., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano, 2006; ID., *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007; ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007; ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2012).

³² F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, cit., soprattutto p. 25. Sul punto sia consentito il rinvio all'analisi svolta in I. MASSA PINTO, *Costituzione e Fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: "come se" fossimo fratelli*, cit., pp. 46 ss., dove si fa

Osserva Kelsen: «Dottrina analoga è quella della “solidarietà sociale” (*solidarité sociale*) come creatrice del vero diritto, il “diritto oggettivo” (*droit objectif*), sostenuta all’inizio del ventesimo secolo dalla scuola sociologica francese, il cui giurista più eminente fu Leon Duguit. Secondo la sua dottrina, gli organi legislativi e giudiziari dello Stato non creano il diritto, ma semplicemente accertano (*constatent*) e fanno rispettare un diritto preesistente, che ha origine nella “solidarietà sociale”. Il diritto positivo è vincolante solo se è conforme al diritto “oggettivo”. L’autorità chiamata “solidarietà sociale” è non meno misteriosa della “volontà generale” di Rousseau e dello “spirito del popolo” della scuola storica tedesca. La dottrina, secondo cui il diritto positivo, per essere vincolante, deve essere conforme al “diritto oggettivo” creato dalla “solidarietà sociale”, è utilizzabile solo ove fornisca una risposta a questa domanda: chi è competente a decidere se, in un caso concreto, il diritto positivo sia o non sia conforme al diritto “oggettivo”, al diritto vero e giusto? E’ questa ovviamente la questione decisiva. Ed è assai significativo che Duguit neppure la discuta. Egli dice che il diritto oggettivo, originato dalla solidarietà sociale, “è il diritto dell’uomo in quanto essere sociale... L’uomo lo sente e lo pensa, lo studioso lo formula, il legislatore positivo lo accerta (*constate*) e ne assicura il rispetto”. Ma qual è il “diritto oggettivo”, se i sentimenti o le idee di un uomo al riguardo differiscono da quelli di altri, se uno studioso lo formula diversamente da un altro, se il legislatore positivo accerta come “diritto oggettivo” delle regole che, secondo le idee e i sentimenti dei loro destinatari, non sono “diritto oggettivo”? E’ ben difficile che un individualista e un socialista possano essere d’accordo su ciò che è richiesto dalla “solidarietà sociale”, o su quale sia il “diritto oggettivo”, il diritto vero e giusto (...).» E conclude Kelsen: «Questi esempi sono forse sufficienti a spiegare perché la teoria pura del diritto insista sopra una chiara separazione del concetto di diritto da quello di giustizia, sia essa chiamata diritto naturale, diritto vero, o diritto oggettivo; e perché la teoria pura del diritto rinunci a giustificare il diritto positivo mediante un qualche genere di super-diritto, lascian-

riferimento alla dottrina solidarista di Léon Bourgeois. In argomento cfr. altresì F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità: itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Città Nuova, Roma, 2012.

do questo compito discutibile alla religione o alla metafisica sociale»³³.

La riflessione kelseniana è un attualissimo ammonimento per il tempo presente: l'idea dell'istituzionalismo, secondo la quale il diritto è l'ombra, il rispecchiamento di una realtà sociale «viva e vitale» (oggi: di una realtà che avanza pretese di riconoscimento in termini di diritti), è ingenua perché non di vitalità si tratta, ma piuttosto di decomposizione, di anomia. Di qui la consapevolezza del ruolo parziale e ambivalente delle formazioni sociali, che se, da un lato, possono essere insostituibile strumento per fertilizzare e strutturare il discorso pubblico, dall'altro, possono essere la prima causa dell'anomia medesima. Di qui, conseguentemente, l'essenziale ruolo della politica (dell'arte regia nell'immagine platonica dell'arte della tessitura)³⁴.

3. Principio di solidarietà, indefettibile necessità di un ordinamento coercitivo e abuso del diritto

3.1. La critica antikelseniana, la costituzione per principî e l'auspicio per un ritorno a un istituzionalismo solidaristico

Come si è anticipato, e come è del resto sotto gli occhi di tutti, i fondamenti della teoria kelseniana – l'identificazione di Stato e diritto e l'assenza di fini connaturati al diritto medesimo – sono stati travolti dal successo del (neo)costituzionalismo imperante, teorizzato dalla dottrina e praticato dalle corti. Il positivismo kelseniano è stato infatti per lo più ritenuto incompatibile con le «costituzioni vigenti dello Stato costituzionale pluralista odierno», poiché tali costituzioni non sarebbero «testi normativi nel senso del positivismo giuridico. Esse sono infatti ricche, precisamente, di quelle proposizioni che Kelsen invitava

³³ H. KELSEN, *Diritto, Stato, e giustizia nella teoria pura del diritto* (1948), in ID., *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, cit., pp. 160-163.

³⁴ Sul punto sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Religioni e costituzioni: il principio della tutela dei fondamenti culturali extra-statali dell'ordinamento giuridico*, in I. ZUANNAZZI (a cura di), *Da Costantino a oggi. La libera convivenza delle religioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, pp. 83-123.

a evitare, e lo sono non per capriccio o insipienza degli autori delle costituzioni stesse, ma per necessità costituzionali materiali»³⁵.

Non sembra discostarsi da questa critica antinormativistica anche la posizione di coloro che si richiamano a un paradigma «*costituzionale*», distinto da quello di natura «*procedurale*», per la soluzione dei conflitti sociali. Secondo tale posizione, «questa particolare modalità di soluzione dei conflitti, in realtà, ne prospetta la loro semplice legittimazione. Il conflitto trova la sua *soluzione* nella convivenza all'interno degli ordinamenti. In questo caso si tende non tanto a un *superamento* del conflitto quanto alla loro coesistenza entro una società plurale. Ciò è reso possibile dall'accettazione da parte di tutti di quelle particolari regole giuridiche (costituzionali) che definiscono i principî in base ai quali le diversità, anche radicali, sono legittimate a operare. Da questo punto di vista le costituzioni rappresentano il momento unificante all'interno del quale opera la divisione del conflitto. Alle costituzioni democratiche contemporanee è affidato questo essenziale compito di tenere unite le diversità»³⁶.

Ebbene, vien da domandare, quali sarebbero queste «particolari regole giuridiche (costituzionali) che definiscono i principî in base ai quali le diversità, anche radicali, sono legittimate a operare»? Perché delle due l'una: o sono le regole sulla produzione del diritto, e allora il paradigma «costituzionale» non differisce da quello «procedurale», o sono le disposizioni sui principî di giustizia materiale, e allora non si vede come queste possano essere la fonte della soluzione (nel senso

³⁵ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 379. Cfr. altresì M. FIORAVANTI, *Fine o metamorfosi?*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 57 ss., il quale ha osservato come sia «stupefacente quanto poco si sia compreso, nella storiografia, nelle scienze giuridiche e sociali, nella cultura politica, nelle consapevolezze comuni e diffuse, la portata di questa svolta», realizzata attraverso l'emanazione delle nuove costituzioni democratiche del secondo Dopoguerra, a partire dal «controllo di costituzionalità derivante dalla nuova supremazia della Costituzione». Sul punto la letteratura è ovviamente sterminata. Cfr. almeno F. BILANCIA, *Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2010, n. 2 (e in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012), e il dibattito e la bibliografia ivi illustrati; M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Mucchi, Modena, 2012; O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2014. Di una «rimaterializzazione» del diritto positivo a seguito della costituzionalizzazione del secondo Dopoguerra parla M. LA TORRE, «Finché la società sarà questa». *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico: Gustavo Zagrebelsky e Luigi Ferrajoli*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2010, n. 1, p. 210.

³⁶ G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2016, p. 34.

detto della convivenza) dei conflitti tra coloro che sono *radicalmente* diversi, i quali, evidentemente, pretendono di assegnare significati diversi a quelle medesime disposizioni: se la premessa è il conflitto, anche micidiale, tra diversi *realmente* diversi, la risposta non può essere la riproposizione di un ingenuo istituzionalismo³⁷, magari da realizzarsi per via giudiziaria (l' "io sociale" precede il diritto, e ribolle in mille pretese, ed è il giudice che lo riconosce come soggetto di diritto)³⁸. Un trasferimento (quasi) diretto tra "modo d'essere" della società e diritto è pensabile solo in situazioni stabili, in cui l'effettività delle norme appare come un dato (quasi) spontaneo. La considerazione secondo la quale il paradigma kelseniano dovrebbe essere oggi abbandonato in quanto inadeguato allo scopo per il quale era stato teorizzato – ossia la «risoluzione del conflitto politico»³⁹ –, a causa della crisi dei partiti e della rappresentanza politica⁴⁰, non pare condivisibile: se il paradigma procedurale ha perso di senso a causa del «venir meno dei [suoi] presupposti legittimanti»⁴¹, non è certo l'abbandono del paradigma che darà nuova vitalità a tali presupposti. Anzi, l'abbandono del paradigma kelseniano, e la sua inevitabile sostituzione con paradigmi che finiscono per trasferire altrove la funzione rappresentativa – che, in ultima analisi, non è altro che la funzione di riconduzione a unità del conflitto per rendere possibile la convivenza tra coloro che sono *davvero* diversi – è proprio ciò che la Costituzione – attraverso le sue disposizioni meno altisonanti⁴² – vieta. La questione, in fondo, sta nel

³⁷ «L'unità dell'ordinamento viene ricercata guardando cosa c'è oltre la pura *norma* (la procedura legale), ma anche oltre il mero *fatto* (la decisione legittima), nel tentativo di fornire una "esatta valutazione della realtà in cui il diritto si estrinseca": G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., p. 45, il quale cita alla lettera l'insegnamento di Santi Romano).

³⁸ In tal senso cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, spec. pp. 47 ss.

³⁹ G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., p. 42.

⁴⁰ «L'incapacità dei partiti di rappresentare le divisioni sociali si coniuga con la loro afasia rispetto alla direzione dei processi politici. Oggi la politica è muta, non sapendo più narrare il futuro»: G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., p. 226.

⁴¹ *Ibidem*, p. 42.

⁴² ...nella consapevolezza tuttavia che «dietro ogni sistema giuridico si cela sempre un *principio politico normativizzato*, nel senso di *positivizzato*, che ne costituisce il fondamento, sul presupposto che la produzione del diritto, anche laddove si svolga nel rispetto delle norme sulla produzione vigenti in quel dato momento, nel rispetto cioè del diritto positivo vigente in quello specifico ordinamento, esprime comunque la concreta relazione storica della politica con il diritto»: così F. Bilancia, *Positivism giuridico e studio del diritto costituzionale*, cit., p. 4. In argomento G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla*

riconoscimento che la democrazia, di per sé, non produce alcun contenuto materiale buono, e se non ci sono forze politiche che immettono tali contenuti nelle procedure non si potrà mai innescare un processo virtuoso. Il problema è che oggi la dottrina dominante pensa che si possa fare a meno della funzione rappresentativa esercitata dai partiti politici, e che si debba tornare a porre al centro il rapporto diretto tra rappresentanti e rappresentati: «Hans Kelsen aveva visto giusto quando aveva individuato nell'allargamento del suffragio e nell'imporsi dei partiti di massa le cause principali di trasformazione del sistema parlamentare; non può dirsi altrettanto quando aveva cercato di accentrare sul partito ogni funzione di rappresentanza, cancellando in tal modo uno dei termini essenziali del rapporto, il rappresentante, sostituito *in toto* dall'organizzazione politica (...). In fondo la questione che ancora oggi ci interroga è quella dell'impatto che i partiti politici moderni hanno esercitato – e ancora esercitano – sul rapporto di rappresentanza. Un rapporto fin lì caratterizzato da due termini esclusivi, il rappresentante e il rappresentato, ed ora invece mediato da un terzo, il partito. La vera domanda che allora si pone è la seguente: può il mediatore sostituire il mediato (il rappresentante, ma alla fine anche il rappresentato) assorbendo in sé l'intera potenzialità della rappresentanza politica? (...) Se poi l'ordinamento costituzionale di riferimento si pone nell'ambito delle forme di Stato democratiche pluraliste e conflittuali, la conservazione di un'effettiva responsabilità tra elettori ed eletti appare definirsi come un elemento costitutivo e qualificante il “governo rappresentativo”». Di qui la proposta di sfruttare «le virtualità del libero mandato in una democrazia pluralista e conflittuale» e «di garantire la rappresentanza politica e sociale *oltre* i partiti»⁴³. In questa proposta, «alla ricerca di un rapporto di effettiva rappresentanza – alla ricerca del “rappresentato assente” – il divieto di mandato imperativo può costituire un utile strumento. Per via della sua *strutturale ambiguità*, ma anche in considerazione delle sue potenzialità a porsi come specifico *dispositivo di sistema*, il divieto di mandato imperativo può rappresentare un'apertura possibile di collegamento con le istanze vive

norma giuridica, Feltrinelli, Milano, 2006 (che parla esplicitamente della Costituzione in termini di «normativizzazione di un principio politico»: p. 242), e ID., *Diritto soggettivo, diritto oggettivo. Uno sguardo sugli apici del giuridico*, in *Costituzionalismo.it*, 2008, n. 3.

⁴³ *Ibidem*, pp. 208-209 e 217.

del pluralismo sociale e conflittuale. In presenza di un progressivo declino della capacità progettuale e rappresentativa dei partiti, il divieto di mandato imperativo può contribuire a mantenere aperto un canale di comunicazione fra organo istituzionale (il Parlamento), organo politico (il partito di appartenenza) e pluralismo sociale»⁴⁴. Ed ecco di nuovo l'accento posto sulle «istanze vive del pluralismo sociale»: «la rappresentanza deve anche riuscire a guardare fuori dai palazzi (...). Movimenti sociali, associazioni culturali e politiche, esperienze sociali non istituzionali devono trovare la propria legittimazione entro la Costituzione. Anche in questo caso invertendo la tendenza in atto. Non può proseguire la crisi radicale dei partiti politici, ma anche delle organizzazioni sindacali, che hanno rappresentato nel corso del Novecento lo strumento tramite cui i cittadini potevano concorrere a determinare la politica nazionale. E' necessario ripensare a fondo le forme e i modi della soggettività politica»⁴⁵.

La fiducia e l'auspicio in (un ritorno) a un ingenuo istituzionalismo solidaristico non possono che essere il sintomo di una mentalità anti-partitica. Ma «solo l'illusione o la ipocrisia può credere che la democrazia sia possibile senza partiti politici»⁴⁶.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 239-240.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 253-254.

⁴⁶ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* (1929), in ID., *La democrazia*, con Introduzione di M. Barberis, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 64 («Ancora oggi non si ha abbastanza coscienza che l'ostilità (...) verso i partiti e che il contrasto intimo costruito fra i partiti e lo Stato (...) significano una mal celata ostilità contro la democrazia. E' chiaro che l'individuo isolato non ha, politicamente, alcuna esistenza reale, non potendo esercitare un reale influsso sulla formazione della volontà dello Stato. La democrazia può quindi esistere soltanto se gli individui si raggruppano secondo le loro affinità politiche, allo scopo di indirizzare la volontà generale verso i loro fini politici, cosicché, fra l'individuo e lo Stato, si inseriscono quelle formazioni collettive che, come partiti politici, riassumono le uguali volontà dei singoli individui. Non si può mettere in dubbio che il discredito dei partiti (...) fosse un attacco, ideologicamente mascherato, contro l'attuazione della democrazia»). E ancora: «...gli stati storici appaiono in gran parte, ad uno sguardo realista che penetri attraverso la nube delle apparenze ideologiche che ogni organizzazione di forza diffonde intorno a sé, come funzionanti, innanzi tutto, nell'interesse di un gruppo dominante. Presentarli come strumenti dell'interesse generale di una comunione solidale significherebbe, nella migliore delle ipotesi, prendere il dovere per l'essere, vedere l'ideale invece della realtà e, in regola generale, idealizzare, cioè tentare di giustificare la realtà per motivi politici. Del resto, l'ideale di un interesse generale superiore e trascendente gli interessi dei gruppi e perciò partiti, l'ideale di una solidarietà di interessi di tutti i membri della collettività senza distinzione di confessione, di nazionalità, di ceti, etc., è un'illusione metafisica; più esattamente parlando, questo ideale è una illusione che chiameremo "metapolitica" che si è soliti esprimere, abitualmente, con una terminologia estremamente oscura di un essere

3.2. *L'abuso del diritto*

L'assai nota questione del conflitto tra politica e giurisdizione nella determinazione/concretizzazione delle disposizioni costituzionali materiali di principio – *Veritas constitutionis quis interpretabitur?* –, che non è un episodio marginale della più ampia crisi di cui si è sinora detto, ma ne costituisce il culmine istituzionale, potrebbe essere concettualizzata anche attraverso (un uso corretto del)la figura dell'abuso del diritto: *data la premessa del principio di solidarietà quale indefettibile necessità di un ordinamento coercitivo che s'identifica con l'ordinamento dello Stato, al di fuori del diritto prodotto da tale ordinamento, in conformità alle sue regole sulla produzione, non può eserci diritto, ma solo suo "abuso", appunto.*

Come noto, con l'espressione "abuso del diritto" s'intende generalmente fare riferimento a quei casi in cui «un soggetto, pur esercitando un proprio diritto espressamente riconosciuto dalla legge o da un contratto, non stesse in realtà perseguendo un fine meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, ed anzi realizzasse un obiettivo (o comunque un effetto) ad esso contrario, e che quindi non gli dovesse essere riconosciuta tutela in sede giurisdizionale». Per questo si parla di «abuso del diritto, o meglio [di] divieto dell'abuso del diritto (dove

“organico” collettivo o di una struttura “organica” di questo essere, ed opporre al cosiddetto Stato di partiti, alla democrazia meccanica. Ma quando si tratta di dire quali altri gruppi sociali debbano sostituire i partiti politici come fattori della formazione della volontà dello Stato, appare subito il carattere assai problematico di tutta questa argomentazione diretta contro i partiti politici (...). Data l'opposizione degli interessi, che è di esperienza e che qua è inevitabile, la volontà generale, se non deve esprimere esclusivamente l'interesse di un solo gruppo, non può che essere che la risultante, il compromesso fra interessi opposti. La formazione del popolo in partiti politici è, in realtà, un'organizzazione necessaria affinché questi compromessi possano venir realizzati, affinché la volontà generale possa muoversi lungo una linea media. L'ostilità alla formazione dei partiti e quindi, in ultima analisi, alla democrazia, serve – consciamente o inconsciamente – a forze politiche che mirano al dominio assoluto degli interessi di un solo gruppo e che, nello stesso grado in cui non sono disposte a tener conto degli interessi opposti, cercano di dissimulare la vera natura degli interessi che esse difendono, sotto la qualifica di interesse collettivo “organico”, “vero”, “bene inteso”. La democrazia, proprio perché, in quanto Stato di partiti, vuole che la volontà generale sia soltanto la risultante della volontà dei partiti stessi, può rinunciare alla finzione di una volontà generale “organica” superiore ai partiti» (pp. 68-70).

ovviamente “diritto” deve intendersi come espressione ellittica per “diritto soggettivo”). Il problema dell’abuso del diritto può essere considerato dunque come una ipotesi in cui l’attribuzione di un certo diritto, effettuata in via generale ed astratta dall’ordinamento, finisce per disattendere nel caso concreto le finalità che la giustificano, o comunque finisce con il determinare una situazione che l’ordinamento non dovrebbe tollerare (in considerazione di qualche criterio di valutazione)⁴⁷. Si parla, dunque, di abuso del diritto nel senso di abuso del diritto soggettivo, e «la funzione della figura è di riporre un duttile strumento nelle mani dei giuristi (dei giudici e, con modalità diverse, dei dogmatici) al fine di introdurre un correttivo “*extra ordinem*” nella trama del diritto puramente legale, e ciò in forza di una delega che viene attribuita all’interprete dal legislatore oppure, a seconda dei casi, che l’interprete si auto-attribuisce»⁴⁸. Non è un caso, infatti, che, «nel corso del Novecento, l’attenzione verso questa figura è stata risvegliata da quanti si sono fatti portatori di progetti di metodologia giuridica in senso ampio antiformalistici»⁴⁹.

Abuso del diritto *soggettivo*, dunque. Ma, a dispetto di ogni uso politico del linguaggio, è noto che è stato lo stesso Kelsen a demistificare i risvolti ideologici della distinzione tra diritto soggettivo e diritto oggettivo (che, in fondo, deriva dalla più generale distinzione tra diritto

⁴⁷ G. PINO, *L’abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l’uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 116.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 117. La letteratura in argomento è assai vasta. Tra le opere più recenti, cfr. almeno P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1965, I, pp. 205 ss.; ID., *L’abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sez. civile, vol. I*, UTET, Torino, 1987, pp. 1-9; R. SACCO, *L’esercizio e l’abuso del diritto*, in G. ALPA – M. GRAZIADEI – A. GUARNERI – U. MATTEI – P. G. MONATERI – R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, UTET, Torino, 2001, pp. 281-373; M. MESSINA, *L’abuso del diritto*, ESI, Napoli, 2004; G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell’abuso del diritto*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2004, n. 1, pp. 25-60; ID., *L’esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell’abuso del diritto*, in *Ragion Pratica*, 2005, n. 24, pp. 161-180; M. ATIENZA – J. R. MANERO, *Illeciti atipici. L’abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Il Mulino, Bologna, 2004; M. P. MARTINES, *Teorie e prassi dell’abuso del diritto*, Cedam, Padova, 2006; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell’abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007; F. LOSURDO, *Il divieto dell’abuso del diritto nell’ordinamento europeo*, Giappichelli, Torino, 2011; V. VELLUZZI (a cura di), *L’abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, ETS, Pisa, 2012; G. LEVI, *Abuso del diritto e libertà religiosa*, Giuffrè, Milano, 2014; G. MERONE (a cura di), *L’abuso del diritto nel dialogo tra corti nazionali e internazionali*, ESI, Napoli, 2014.

⁴⁹ G. PINO, *L’abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l’uso)*, cit., p. 117.

to e Stato), perfezionando quella lunga tradizione secondo la quale l'accertamento di un diritto soggettivo non può essere altro che l'accertamento di un insieme di norme di diritto oggettivo: «la funzione ideologica di tale [distinzione] in sé interamente contraddittoria è facile da comprendere: si tratta di tener ferma l'idea che il diritto soggettivo, ma più propriamente la proprietà privata, sia una categoria *a priori* e trascendente rispetto al diritto oggettivo, sia una istituzione, nella quale la conformazione di contenuto dell'ordinamento giuridico trovi una insormontabile barriera. Il concetto di un diritto soggettivo diverso e indipendente dal diritto oggettivo diviene molto più importante, se il diritto oggettivo è riconosciuto come un ordinamento, mutabile e in continua trasformazione, creato dall'arbitrio umano e non poggiante sulla volontà eterna della divinità o della natura; tanto più se la creazione di questo ordinamento ha luogo secondo un procedimento democratico. Il pensiero di un diritto diverso e indipendente nella sua esistenza dal diritto oggettivo, che non solo sia più importante ma, forse, persino più "diritto" del diritto oggettivo, deve proteggere l'istituzione della proprietà privata da una abolizione tramite l'ordinamento giuridico. Non è difficile capire perché l'ideologia del diritto soggettivo è strettamente collegata al valore etico della libertà individuale e della personalità autonoma, se in questa libertà è sempre ricompresa anche la proprietà. Un ordinamento, che non riconosce l'uomo come personalità libera in questo senso, cioè un ordinamento che non garantisce il diritto soggettivo, un tale ordinamento non dovrà affatto valere come ordinamento giuridico»⁵⁰. E ancora: «i sostenitori

⁵⁰ H. KELSEN, *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung* (1931), trad. it., *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1979, pp. 122-123. Scrive ancora Kelsen: «Quando la teoria generale del diritto sostiene il proprio oggetto, il diritto, come dato non solo in un senso oggettivo, ma anche in un senso soggettivo, essa immette così alla base del suo sistema una contraddizione di principio – e cioè il dualismo di diritto oggettivo e soggettivo. Con ciò essa infatti sostiene che il diritto sia – in quanto diritto oggettivo – norma, complesso di norme, ovvero ordinamento, e nello stesso tempo – in quanto diritto soggettivo – sia qualcosa di completamente diverso da questo, quindi non sussumibile sotto nessun superiore concetto comune, cioè interesse o volontà. Questa contraddizione non può neanche essere abolita col fatto di asserire l'esistenza di un rapporto tra il diritto oggettivo e il diritto soggettivo e col fatto di definire il diritto soggettivo come l'interesse protetto dal diritto oggettivo o come la volontà riconosciuta e garantita dal diritto oggettivo. Secondo la sua intenzione originaria il dualismo di diritto oggettivo e soggettivo esprime il pensiero che il diritto soggettivo preceda tanto logicamente quanto cronologicamente il diritto oggettivo. Determinante è l'idea che prima nascono i diritti soggettivi, innanzi tutto la proprietà, questo pro-

dell'ideologia borghese sottolineano il carattere primario dell'attribuzione di un diritto, identificandola addirittura con il diritto, con il diritto in senso soggettivo. La seconda forma del diritto soggettivo, il dovere giuridico, è trattata dalla teoria generale del diritto con manifesta trascuratezza. Talvolta si sostiene finanche che il dovere non sia affatto un concetto giuridico, che esistano soltanto doveri morali e nel diritto soltanto diritti, nessun dovere giuridico. Ma la funzione essenziale di un ordinamento e, a maggior ragione, di un ordinamento coercitivo come l'ordinamento giuridico pure non può consistere in altro che nel vincolo normativo degli individui ad esso sottoposti, e questo vincolo normativo non può essere indicato altrimenti che attraverso la parola "dovere"⁵¹. Anzi, «il dovere giuridico è riconosciuto come l'unica funzione essenziale del diritto oggettivo»⁵².

Abuso del diritto (soggettivo) è dunque espressione coincidente con quella di abuso del diritto (oggettivo) e, in ultima analisi, con quella di lacuna assiologica: infatti l'interprete che in un caso concreto rileva l'abuso di un diritto (soggettivo) da parte di un soggetto, in realtà rileva l'esistenza di una lacuna assiologica, e cioè di una norma (*che non c'è ma che si desidera*) che vieta il comportamento messo in atto dal soggetto in quel caso concreto. L'interprete cioè ritiene valida una norma (di diritto oggettivo) che in realtà non esiste: in questo senso "abusa" del diritto oggettivo. Detto altrimenti, l'abuso del diritto si ri-

totipo del diritto soggettivo (e precisamente per via dell'appropriazione originaria), e più tardi sopravviene il diritto oggettivo come ordinamento statale che protegge, riconosce e garantisce i diritti soggettivi nati indipendentemente da esso» (pp. 118-119). E ancora: «Si insiste nella medesima direzione ideologica anche quando si vede il rapporto di diritto e società, in particolare di diritto e economia, come un rapporto di forma e contenuto, e si interpreta il rapporto giuridico come una relazione stante al di dentro del materiale sociale, come un "rapporto vitale", che esperisce attraverso il diritto soltanto la sua esterna determinazione. E' in particolare un indirizzo "sociologizzante" della giurisprudenza borghese, che con questa concezione persegue, in verità, soltanto tendenze giusnaturalistiche» (pp. 123-124).

⁵¹ *Ibidem*, p. 125.

⁵² *Ibidem*, p. 128. Per una discussione di queste tematiche cfr. M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 191-244; B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 218-238; L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, cit., pp. 36 ss. e pp. 52 ss.

solve «nella sovrapposizione dell'ordinamento quale esso è ad un diverso ordinamento che corrisponde ai *desiderata* dell'interprete»⁵³.

Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero hanno ben spiegato la figura in questione: l'abuso del diritto «presuppone una struttura normativa a due livelli, secondo cui le azioni abusive sono azioni *prima facie* permesse, ma in ultima istanza risultano, *considerati tutti gli elementi*, proibite. Secondo la definizione, il carattere delle azioni permesse *prima facie* proviene da una regola permissiva sotto la quale tali azio-

⁵³ G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, cit. Cfr. altresì R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., p. 319: «la ragione per invocare la repressione dell'abuso risiede normalmente in una lacuna delle regole puntuali»; M. COSTANZA, *Brevi note per non abusare dell'abuso del diritto*, in *Giustizia civile*, 2001, I, pp. 2443-2445: «l'abuso del diritto presuppone in un certo senso una lacuna, cosicché la repressione della condotta avviene non già attraverso la determinazione degli interessi già tutelati dall'ordinamento, bensì con l'individuazione di esigenze ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge e rispetto alle quali si rinviene l'esigenza di salvaguardia». Sulle "lacune" che non possono essere colmate per mezzo dell'interpretazione cfr. ovviamente ancora H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000, p. 126: «Se (...), in certi casi, si parla di "lacuna", questo non significa, come erroneamente risulta dall'espressione, che per mancanza di una norma sia logicamente impossibile una decisione, ma soltanto che la decisione logicamente possibile, che approva o respinge, viene ritenuta come troppo inadatta allo scopo o come troppo ingiusta dall'organo chiamato alla decisione, cioè all'applicazione della legge; talmente inadatta allo scopo e talmente ingiusta da lasciar supporre che il legislatore non abbia pensato a questo caso e che, se vi avesse pensato, avrebbe deciso diversamente da quanto dovrebbe esser deciso in base alla legge. Questa supposizione può essere o no esatta, ma la sua esattezza, nella maggior parte dei casi, non può essere facilmente dimostrata; questa stessa supposizione è però irrilevante relativamente all'obbligo stabilito dalla costituzione di applicare la norma che il legislatore ha emanato di fatto, e non quella che presumibilmente avrebbe emanato. Bisogna applicare anche la legge che è cattiva secondo l'opinione di chi applica il diritto, prescindendo dal fatto che ciò che appare cattivo all'uno può sembrar buono all'altro. La così detta "lacuna" non è quindi altro che la differenza fra il diritto positivo e un ordinamento ritenuto migliore, più giusto, più esatto. Soltanto perché si paragona tale ordinamento al diritto positivo, e si trovano quindi in questo dei difetti, si può sostenere l'esistenza di alcunché di simile a una lacuna. Che una tale lacuna non possa essere colmata per mezzo dell'interpretazione è di per sé comprensibile non appena si sia riconosciuta la natura della lacuna. L'interpretazione non ha qui il compito d'applicare la norma che deve essere interpretata, ma, al contrario, quello di eliminarla per mettere al suo posto una norma migliore, più giusta, più esatta, in breve, quella desiderata da colui che applica il diritto. Con l'apparenza di essere completata, la norma originaria, nell'applicazione, viene soppressa e sostituita da una nuova. Si tratta di una finzione di cui ci si serve specialmente quando la modificazione per legge delle norme generali è difficile o impossibile per un motivo qualsiasi; ad esempio, quando si tratta di un diritto consuetudinario che generalmente non può essere modificato con un procedimento razionale, o quando le leggi vigenti sono ritenute di origine sacra o divina, o quando il meccanismo legislativo, per altra qualsiasi ragione, non può assolutamente essere messo in movimento, o, tutt'al più, lo può con difficoltà».

ni risultano sussumibili. Il loro carattere di azioni proibite in ultima istanza, *considerati tutti gli elementi*, deriva da una restrizione all'applicabilità della regola, richiesta dai principî che determinano l'ambito giustificato della regola stessa. Alla luce di questi principî, la regola risulta (...) sovra-inclusiva, comprende cioè casi che non dovrebbe comprendere. La figura dell'abuso del diritto viene ad essere, in questo modo, un meccanismo di autocorrezione di diritto, ossia di correzione dell'ambito delle regole giuridiche permissive che hanno come destinatario il titolare di un certo diritto soggettivo in quanto tale, quando l'applicabilità delle stesse si estende a casi in cui la sua applicazione risulta ingiustificata alla luce dei principî giuridici che determinano l'ambito giustificato delle regole»⁵⁴.

Rispetto a questa definizione dell'abuso del diritto è necessario procedere con due precisazioni.

La prima riguarda il riferimento alle azioni abusive come, *prima facie*, permesse, ossia permesse sulla base di una norma giuridica. In realtà, la figura dell'abuso del diritto può ricorrere anche quando si presenti l'ipotesi inversa, ossia l'ipotesi nella quale la norma giuridica preveda un divieto: in questo caso, l'azione "abusiva" risulta *prima facie* vietata, ma, in ultima istanza, *considerati tutti gli elementi*, permessa. Infatti, come detto, è l'abuso della norma di diritto oggettivo che rileva, in entrambe le ipotesi. In questo secondo caso, la regola risulta, secondo i *desiderata* dell'interprete, "sotto-inclusiva"⁵⁵. Un

⁵⁴ M. ATIENZA – J. R. MANERO, *Illicitos atípicos*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, trad. it., *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 61-62.

⁵⁵ Si pensi alla notissima vicenda della bimba Serena Cruz, portata in Italia illegalmente da una coppia al fine di ottenerne l'adozione in violazione delle norme vigenti: coloro che sostenevano la possibilità di estendere, nel caso concreto, nell'interesse superiore del minore, la normativa vigente sull'adozione in casi particolari, in realtà non facevano altro che desiderare la vigenza di una norma che includesse tale caso nella disciplina vigente sull'adozione in casi particolari, rilevando dunque l'esistenza di una lacuna assiologica, in presenza di una regola "sotto-inclusiva" (come noto, la vicenda è ricostruita in G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 192 ss.: «La situazione legislativa lasciava margini di manovra all'interprete. Chi aveva agito illegalmente per inserire un minore estraneo nel nucleo familiare perdeva per ciò stesso il diritto di richiedere l'adozione. Tuttavia, come possibilità residuale e con effetti più limitati, era prevista la "adozione in casi particolari", che consentiva di superare le limitazioni dell'adozione ordinaria quando il minore, per vari motivi, si fosse trovato in condizioni obiettive che di fatto impedivano l'adozione ordinaria. Questa possibilità (prevista per ragioni di età, di handicap, ecc. dei minori) era stata oggetto di applicazioni estensive. Le esigenze dei casi concreti avevano spinto in questa direzione. Incorrendo nelle critiche di chi paventava un incoraggiamento

esempio di “sotto-inclusione” è stato ancora rilevato di recente da un Tribunale per i minorenni che ha ritenuto di dover “includere” nella disciplina dell’adozione in casi particolari (ai sensi dell’art. 44, primo comma, lett. d), della legge n. 184 del 1983, come modificata dalla legge n. 149 del 2001) anche l’ipotesi, non prevista, della c.d. *stepchild adoption*, ossia dell’adozione, da parte del ricorrente, del figlio del *partner* avuto da quest’ultimo attraverso il ricorso alla maternità surrogata, in un Paese dove tale pratica è consentita, e attraverso il successivo riconoscimento di paternità. La sentenza in commento appare ancor di più sconcertante, sotto lo specifico profilo che qui interessa, in quanto pronunciata nel pieno dello scontro politico sul tema⁵⁶.

del traffico dei minori, si era eccezionalmente ammessa l’adozione da parte degli adulti che avessero violato la legge quando si fossero ormai determinati legami affettivi così profondi con il bimbo che la loro interruzione sarebbe stata per lui fonte di grave turbamento. In questo caso, si considerava che la protezione dei minori facesse aggio sull’illegalità del comportamento dei maggiori». L’A. richiama poi espressamente il principio di solidarietà (p. 198): «A volerne trarre conseguenze concrete, questa un poco dolciastra espressione mostra tutta la sua crudezza e la sua tragicità. Il dovere di solidarietà significa che si può accollare a qualcuno un peso in vista del bene di un altro. In fondo, la decisione del “caso Serena” ha comportato proprio questo: per la protezione di tanti bimbi si è ammesso un pericolo per il bene di una bambina»).

⁵⁶ Si tratta della sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma, depositata il 23 dicembre 2015 e resa pubblica il 21 marzo 2016. La motivazione si segnala per una pluralità di argomenti, ma quello che interessa in questa sede è quello con il quale il giudice ritiene di dover “includere” il caso concreto nella norma citata poiché l’ipotesi astratta ivi prevista – l’impossibilità dell’affidamento preadottivo di un minore in stato di abbandono – deve essere letta come riferentesi non solo a una «impossibilità di fatto», ma anche a una «impossibilità di diritto». Una ammissione a tutti gli effetti: con sentenza si rende possibile ciò che per il diritto non è possibile! Al più il giudice avrebbe dovuto sollevare la questione d’incostituzionalità alla Corte per ottenere quanto meno una decisione *erga omnes* di tipo additivo. Il problema, in questo caso, sarebbe stato quello dell’individuazione del “vero” parametro in questione: la motivazione del Tribunale, infatti, sovrappone e confonde, anche alla luce dei precedenti giurisprudenziali nazionali e sovranazionali richiamati, il principio del preminente interesse del minore con i «diritti delle coppie dello stesso sesso» a vivere liberamente la loro condizione di coppia. Quanto alla «circostanza che sia attualmente oggetto di esame al Parlamento l’approvazione di una disciplina specifica regolante la materia, la quale preveda e disciplini *ad hoc* anche l’ipotesi della *stepchild adoption*», non sembra impensierire il giudice, che ritiene che tale circostanza «non esclude che nelle more che questa venga approvata ed entri in vigore, si possano e si debbano applicare le norme in vigore». Perché mai si dovrebbe innescare una lotta politica in materia se esiste già una norma sul punto?

Ad analogo risultato conduce l’ordinanza della Corte d’Appello di Napoli, depositata il 5 aprile 2016, che accoglie la richiesta avanzata da due madri coniugate in Francia (peral-

La seconda precisazione riguarda il riferimento ai «principî» che consentirebbero di superare la norma giuridica che *prima facie* permette o vieta. E' questa ovviamente la questione fondamentale intorno alla quale ruota tutto: si tratta dei «principî generali dell'ordinamento giuridico dello Stato» (art. 12 Disposizioni sulla legge in generale) e dei principî costituzionali (...che comunque richiedono di essere determinati!) oppure di principî che rispondono all' «esigenza di una forte pressione sociale, riflessa attraverso la normatività spontanea o la coscienza giuridica collettiva che aspira ad una modificazione del diritto positivo vigente»⁵⁷? Si tratta cioè di principî il ricorso ai quali consente di parlare dell'abuso del diritto come di un meccanismo di autocorrezione dell'ordinamento giuridico, oppure si tratta di principî che fanno dell'abuso del diritto una figura, in ultima analisi, di eterocorrezione dell'ordinamento giuridico? Nel primo caso non si dovrebbe neppure parlare di «abuso» del diritto, nel secondo sì.

La questione è allora sempre la medesima: coloro che ritengono che l'abuso del diritto sia in fondo un modo per consentire al giudice di creare diritto sono coloro che aderiscono a «una concezione generale del diritto che vede la dimensione regolatrice composta esclusivamente da regole e che, così, abbandona all'universo dell'extragiuridico tutto ciò che non sia riducibile ad esse»⁵⁸.

Coloro che invece sostengono la «concezione duale del diritto», ritengono che tutto ciò che non sia riducibile alle regole, non debba essere abbandonato all'universo dell'extragiuridico, poiché è pienamente *dentro* il diritto, e, in particolare, *dentro* le norme costituzionali indeterminate: «Se oltre la legge vi è altro diritto, la convinzione positivista, secondo la quale dove non c'è legge (o dove la legge è vaga,

tro con avvenuta trascrizione del matrimonio in Italia) di procedere alla trascrizione dell'adozione coparentale incrociata del figlio biologico della coniuge (entrambe le madri, attraverso la fecondazione eterologa, avevano avuto un figlio biologico, ed entrambi i minori erano stati adottati in Francia rispettivamente dall'altra coniuge).

Si veda anche, con medesima decisione, la sentenza della Corte d'Appello di Torino, depositata il 27 maggio 2016, che riforma la decisione con la quale il Tribunale di Torino aveva invece respinto la domanda della madre non biologica, sostenendo la natura «eversiva» dell'interpretazione dell'art. 44 lett. d) della legge n. 184.

⁵⁷ L. A. WARAT, *Abuso del derecho y lagunas de la ley*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 60.

⁵⁸ M. ATIENZA – J. R. MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, cit., p. 63.

imprecisa, indeterminata) c'è solo politica, cade necessariamente. Dove manca la legge ci può essere politica, la politica che, fisiologicamente, è destinata a elaborarsi in legge, ma ci può anche essere diritto non legislativo, cioè diritto materiale. Questo diritto materiale trova oggi espressione nella Costituzione la quale, a sua volta, è un insieme di principî che operano rinvii e ricezioni a un diritto materiale prepositivo. A questo ci porta il dualismo del diritto, il suo doppio lato»⁵⁹.

Dunque, in ultima analisi, il problema resta sempre quello dell'interpretazione delle disposizioni costituzionali indeterminate. Non si risolve certo la questione affermando che «i casi di abuso del diritto possono essere visti (...) come casi di lacuna assiologica a livello delle regole», ossia «di casi che le regole del sistema risolvono permissivamente, ma senza che, per questa soluzione, si consideri rilevante una qualche proprietà che, *d'accordo con l'ipotesi di rilevanza che deriva dai principî*, dovrebbe invece prendersi in considerazione per risolvere proibitivamente il caso»⁶⁰. E' la stessa «*ipotesi di rilevanza che deriva dai principî*» ad essere infatti oggetto di conflitto (interpretativo)!

Allo stesso modo, non si risolve il problema attraverso la solita apodittica invocazione dei principî costituzionali, con la quale si pretenderebbe di rendere l'abuso del diritto un rassicurante strumento au-

⁵⁹ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 381. E questa è in fondo anche la posizione di M. ATIENZA – J. R. MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, cit., p. 65: «La nozione di lacuna assiologica può, invece, essere riformulata in modo che in essa si integri la distinzione tra regole e principî, e l'affermazione che un certo caso costituisce una lacuna assiologica non sia una critica esterna, bensì interna al sistema giuridico. La nozione di lacuna assiologica rimarrebbe riferita, allora, alle regole di un certo sistema giuridico e l'ipotesi di rilevanza cesserebbe di essere esterna al sistema per derivare, invece, dai principî di questo sistema giuridico. Otterremmo, così, la nozione di lacuna assiologica a livello delle regole, che potremmo definire così: un certo caso costituisce una lacuna assiologica al livello delle regole di un certo sistema giuridico, se le regole di questo sistema giuridico risolvono il caso, però senza che queste regole considerino rilevante per questa soluzione una certa proprietà che, d'accordo con l'ipotesi di rilevanza derivata dai principî di questo sistema giuridico, dovrebbe invece considerarsi come rilevante. I casi di abuso del diritto possono essere visti, così, come casi di lacuna assiologica a livello delle regole: si tratta di casi che le regole del sistema risolvono permissivamente, ma senza che, per questa soluzione, si consideri rilevante una qualche proprietà che, d'accordo con l'ipotesi di rilevanza che deriva dai principî, dovrebbe invece prendersi in considerazione per risolvere proibitivamente il caso».

⁶⁰ M. ATIENZA – J. R. MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, cit., p. 65 (corsivo mio).

tocorrettivo dell'ordinamento⁶¹: infatti, si ripete, *veritas constitutionis quis interpretabitur?*

La questione allora si sposta inevitabilmente sul tema della rappresentanza, nel suo significato proprio di condizione di colui che sta al posto dell'assente o di chi è incapace di agire: chi oggi svolge la funzione rappresentativa? *Chi oggi dice ciò che la Costituzione vuole?*⁶² Su che cosa si fonda la legittimazione dei giudici a svolgere questa funzione?

A questo proposito, rispetto al ruolo assunto dalla Corte costituzionale, è stato detto che «la configurazione e l'estensione del suo ruolo non deve (...) essere considerata come il frutto della volontà di un potere di esorbitare a danno di un altro, ma come il risultato di una tendenza obbiettiva, che ha progressivamente condotto a esaurimento l'esperienza dello Stato liberale di diritto del XIX secolo sostituendovi lo *Stato costituzionale*, che come nuova forma di Stato è caratterizzata proprio dalla *pari dignità costituzionale* di legislazione e giurisdizione, entrambe direttamente riconosciute, con le loro rispettive peculiarità, alla Costituzione»⁶³.

⁶¹ Cfr. G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, cit., secondo il quale «in un ordinamento giuridico dotato di costituzione rigida, nella quale sono esplicitamente recepiti determinati valori politico-morali, una lacuna assiologica di tipo interpretativo potrà essere determinata dalla ingiustizia, inadeguatezza, incongruenza ecc., di una norma infracostituzionale rispetto a uno o più principi desumibili dalla costituzione: l'abuso del diritto è uno strumento di auto-integrazione del diritto (ovvero di interpretazione sistematica e adeguatrice)».

⁶² In argomento M. DOGLIANI, *La rappresentanza politica come rappresentanza del "valore" di uno Stato concreto*, in *Democrazia e Diritto*, 2014, n. 2, pp. 7 ss.

⁶³ M. FIORAVANTI, *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in ID. (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 32. Del medesimo Autore, cfr. anche *Legge e Costituzione. Il problema storico della garanzia dei diritti*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2014, pp. 1077 ss.; *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. Trim Dir. Pubbl.*, 2014, n. 2, pp. 295 ss.; *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 2016, n. 1, pp. 7 ss.. Pone sullo stesso piano giurisdizione e politica, nella «funzione di costante correzione e trasformazione del diritto vigente, in attuazione del progetto giuridico disegnato dai diritti fondamentali [dalle costituzioni] stipulati e dai limiti e dai vincoli che ne sono le garanzie», anche L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, cit., pp. VII-VIII, il quale critica «la persistente estraneità alla teoria del diritto della nozione di diritti fondamentali, concepita come appartenente alla filosofia politica o morale; sulla base, evidentemente, di una concezione del diritto ancorata al vecchio paradigma legislativo, quando tali diritti non erano stati ancora tramutati, dalle costituzioni rigide del secondo dopoguerra, in limiti e vincoli di diritto positivo imposti al potere legislativo e garantiti dal controllo giurisdizionale di costituzionalità» (p.

La pari dignità costituzionale di legislazione e giurisdizione, e il loro legame egualmente diretto con la Costituzione, aprono tuttavia le porte a una concezione irenica del diritto costituzionale, e della Costituzione stessa, ossia a una concezione che, di fronte all'eterno problema di ciò che sta dietro il diritto positivo confida nella formazione di un diritto costituzionale cosmopolita, di «un minimo comune denominatore costituzionale ultrastatale, “amministrato” da giurisdizioni costituzionali locali, dove si possano trovare risposte comuni a questioni aventi ripercussioni generali»⁶⁴.

Ma, a parte il paradosso secondo il quale da un lato si sostiene che le costituzioni tutelino il pluralismo, e dunque le differenze, anche radicali, e, dall'altro, si pretende poi che tutti si riconoscano in quei pre-

61). Alle medesime conclusioni giunge altresì P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, in A. CARDONE – F. DONATI – M. C. GRISOLIA – G. TARLI BARBIERI (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*. Lectio magistralis di Paolo Caretti, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 11: «l'interrogativo di fondo che l'analisi dell'evoluzione del rapporto tra giudice e legislatore pone al costituzionalista [è] quello di stabilire se il profondo mutamento che tale rapporto sta subendo sia da intendersi come una deviazione dalle regole costituzionali di riferimento (e, più in generale, dai principi di fondo che reggono le democrazie contemporanee), dunque come una patologia, o se, piuttosto, non vada inteso come uno sviluppo, in larga misura fisiologico, dell'impianto dello Stato sociale costituzionale e delle radicali novità che esso presenta rispetto al vecchio Stato legislativo di diritto. (...) sono personalmente convinto che sia la seconda la risposta più convincente da dare a questo interrogativo». In senso contrario cfr. M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivistaic.it*, 2012, n. 3 e ID., *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2013, n. 1.

⁶⁴ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 397 («Con riguardo a questo strato di diritto costituzionale posto al di là della sovranità statale, si è parlato di *supra-costituzionalità*, una nozione controversa, eterogenea, risultante da principi di *ius gentium* (il diritto internazionale non pattizio), da convenzioni internazionali multilaterali, dalla partecipazione degli stati a organizzazioni sopranazionali, da principi proclamati intangibili dalle stesse costituzioni nazionali, da principi del cosiddetto “diritto umanitario”, da motivi di giustizia inscritti nel diritto naturale ecc. In definitiva, il fondamento di questo diritto costituzionale non potrebbe essere costituzionale (nel senso della “Costituzione posta”), ma dovrebbe essere ricercato in qualche regione pre-positiva del diritto, nella quale molti elementi materiali possono confluire a formare una cultura della Costituzione essenziale, che condiziona la legittimità delle costituzioni scritte e delle loro interpretazioni»: p. 398). Cfr. altresì P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, cit., p. 28: il giudice «è sempre più giudice non solo della *lex*, ma anche dello *jus*, inteso come l'insieme dei principi sui quali riposa la pacifica convivenza di una comunità, della quale esprimono l'identità condivisa».

cisi significati che le Corti assegnano, di volta in volta, alle disposizioni indeterminate – come se tali significati derivassero da un diritto naturale superiore, che può essere reso intelligibile con sapienza e tecnica –, sta di fatto che gli eventi nazionali, sovranazionali e internazionali ai quali assistiamo in questi tempi di anomia sembrano dimostrare che «la questione che alimenta il diritto naturale è l’eterno problema di cosa si celi dietro il diritto positivo. Ma chi cerca una risposta trova – temo – non la verità d’una metafisica o l’assoluta giustizia d’un diritto naturale. Chi solleva il velo e non chiude gli occhi incrocerà lo sguardo fisso della testa di Gorgone del potere»⁶⁵.

4. Conclusioni

La lezione di Kelsen è di un’attualità sconcertante. Il diritto costituzionale come il diritto sul dominio, il diritto che pretende di dare forma a quel fenomeno sociale che è il dominio di alcuni uomini su altri uomini, è un’idea che sembra oggi passata in secondo piano. E invece la questione del limite, e dunque del riconoscimento della rappresentanza democratica come insostituibile strumento per la costruzione di un potere, o meglio, di una *auctoritas*, cui tutti si sottopongono in nome di un presente accettabile e di un futuro migliore, è ineludibile, pena il caos o la dittatura.

E’ proprio questa disponibilità – questa unica, certa e indefettibile solidarietà⁶⁶ – ad accettare i faticosi meccanismi della rappresentanza democratica, l’obbligazione politica e i doveri che essa presuppone, che oggi è palesemente oggetto di diffidenza. Come si è detto, le frizioni tra potere politico-rappresentativo e potere giurisdizionale non sono affatto un episodio marginale di questa più ampia crisi, ma anzi, ne sono il culmine istituzionale. Concepire il diritto costituzionale solo come un canale attraverso il quale le pretese, individuali e collettive,

⁶⁵ H. KELSEN, Intervento nel dibattito su E. Kaufmann/H. Nawiasky, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Artikels 109 der Reichsverfassung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 3, 1927, pp. 54-55 (cit. in J. LUTHER, *La dottrina generale di Kelsen in Italia semper docet?*, cit., p. XXXVII).

⁶⁶ Altrove ho cercato di dimostrare le implicazioni giuridico-costituzionali del principio di solidarietà/fraternità in un contesto di costituzionalismo conflittuale: sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Costituzione e Fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: “come se” fossimo fratelli*, cit., pp. 130 ss.

scorrono – come l’acqua dentro i tubi – per raggiungere il punto in cui verranno “riconosciute” da una sentenza, è sbagliato. La Costituzione non è solo il limite al potere e la fonte dei diritti, ma anche il punto in cui *lex et potestas convertuntur*, cioè il luogo in cui il potere si converte nel diritto, e, attraverso il diritto, può farsi democratico. In altri termini, «occorre rifuggire (...) i rischi di un *costituzionalismo irenico* che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione (anzi: alle giurisdizioni) e tornare a un *costituzionalismo polemico* che si misuri con il potere»⁶⁷.

Mai come in questo periodo la pretesa di un istituzionalismo ingenuo, da realizzarsi per via giudiziaria, è astratta e lontana dal poter sfociare, dal potersi quietare, nella produzione di un ordinamento. Un trasferimento (quasi) diretto tra “modo d’essere” della società e diritto è pensabile solo in situazioni stabili, in cui l’effettività delle norme appare come un dato pressoché spontaneo. Ma il dato di oggi è l’anomia, la babele dei linguaggi, l’incertezza del futuro. E Kelsen aveva visto bene: «quanto più gravi sono i problemi, quanto più è forte lo scontro di interessi o lo scontro ideologico, tanto più emerge la virtù della legge intesa come disciplina politica che non deriva la sua validità da alcun ordinamento morale o da alcuna costellazione di valori e che, soprattutto, è aperta alla continua ridiscussione. Le buone ragioni della ragione ermeneutica sono state, fino ad un recente passato, indiscutibili (il prezzo del non-silenzio della Costituzione). Ma di fronte all’acuirsi dello scontro ideologico, in un orizzonte nel quale i diritti fondamentali appaiono non tanto come “valori” da attuare quanto (anche) come pretese generatrici di scelte tragiche da affrontare, torna ad essere realistica la prospettiva della valorizzazione dell’idea kelseniana di legge intesa come disciplina provvisoria e reversibile dei problemi posti dalla vita collettiva: la legge “senza valore” di Kelsen, valida solo per la sua procedura di approvazione (in democrazia, compromissoria), approvata a maggioranza semplice perché ne sia garantita la più facile reversibilità...riprende profili di interesse e di fascino dopo la stagione della critica al giuspositivismo e della sottovalutazione della dignità della legislazione. Sempre che si continui a credere, o a scommettere, che i benefici di una discussione pubblica, destinata ad

⁶⁷ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2006, n. 2, p. 1668.

essere arbitrata in Parlamento, siano superiori a quelli di qualunque altra forma di decisione»⁶⁸.

Forse, come è stato di recente osservato, non siamo davanti alla fine della storia costituzionale⁶⁹.

⁶⁸ M. DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, cit., p. 59. Cfr. altresì N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. Cost.*, 2015, n. 4, pp. 919 ss.

⁶⁹ M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivistaic.it*, 2016, n. 2.

IL RACCONTO DELLA FRATERNITÀ

di *Eligio Resta*

SOMMARIO: 1. *Metamorfosi*; 2. *Fratelli nemici*; 3. *Spartire l'incommensurabile*; 4. *Nascita e Stato*; 5. *Con-iuratio*; 6. *La fraternità e le sue leggi*.

Come per la “comunità di coloro che non hanno comunità”, la solidarietà, nel suo punto più alto, si esplica fra “estranei”. Valeva anche per l’idea degli “amici”, “conosciuti e non conosciuti” (scrive Blanchot) a ribadire che vi è sempre una quota in-confessabile, in-visibile, che fa insieme da fondamento e da cornice all’idea di “comunità politica”. In un linguaggio più semplice la domanda che si pone è fra chi si è (e si deve essere) solidali o fra chi si è amici. E questo, come è noto, è anche l’interrogativo che precede ogni discorso sulla fraternità. Il discorso scivola dal piano strettamente speculativo a quello più apertamente normativo. Cosa vi è dietro l’idea dei doveri di solidarietà (rigorosamente al plurale) delle nostre costituzioni moderne o cosa si nasconde dietro il “dovere di fraternità” richiamato nell’art. 1 della Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo del 1948? Si sa, del resto, che quella delle Costituzioni è una delle ultime “grandi narrazioni” del moderno e che ogni dottrina della Costituzione implica una antropologia di fondo e persino un modello cognitivo, come il costituzionalismo tedesco ci ha insegnato. In questo complesso racconto, spesso dimenticato o tradito, un posto singolare è occupato dall’enigma della solidarietà fraterna o dalla fraternità solidale; da prendere sul serio a patto che se ne rendano visibili problemi e paradossi di cui sono cosparse. Ha ragione S. Rodotà quando ne parla come di uno dei “modi di declinare l’universale”, così cariche di forme simboliche e di progetti politici concreti.

Ma nel gioco normativo delle Costituzioni il quadro si complica: la passione fredda del diritto si rivolge alle passioni calde delle relazioni umane che la comunità coltiva e conserva sempre in maniera ambivalente. Vale per la solidarietà che si nutre di dimensioni di ambivalen-

za. A partire dal suo nome tutto ruota intorno a meccanismi di inclusione e di esclusione, a giochi spaziali e temporali non univoci: vi è la figura geometrica del solido, ma vi è anche la solitudine, la *consolatio*, il soldato. Alla sua origine vi è la cogenza di un *solari*, di un pagare e di un *ri-pagare*. Come nel “cristallo di massa” la coesione solidale interna è tanto più forte quanto più è lontana e isolata dall’esterno; include quanto più esclude. In quella ottica condivisa da solidarietà e fraternità emerge una spazialità etica, così la potremmo definire, che finisce per essere una sonda potente per quell’idea di “comunità politica” disegnata dalle nostre Costituzioni.

L’ottica, allora, deve essere quella di una severa de-costruzione dei tessuti normativi che definiscono tanto la solidarietà quanto la fraternità, per capire quale concreto progetto si possa coltivare all’interno di questo “grande racconto”. Soprattutto in questo difficile presente che, nelle forme più diverse, richiama con forza la cogenza e, nello stesso tempo, la fragilità di quella solidarietà. Da quando esse hanno fatto ingresso nelle Costituzioni, sembra quasi che esse finiscano per prescrivere quello che interdicono e per interdire quello che prescrivono. Si pensi al modo in cui la scena tragica delle relazioni internazionali oggi ritorni alle forme più classiche dei “fratelli nemici”. *Guerre civili planetarie*; l’espressione di C. Schmitt ci riporta con tutta la sua durezza a questo difficile presente, alla scena contemporanea in cui i conflitti si presentano nella scena internazionale sempre più aspri. Si usa nel senso comune l’espressione “guerra fratricida” e gli esempi sono tanti, ognuno più duro dell’altro. Il “globale” attraversa dimensioni antropologiche inattese. Ci riporta ad una dimensione tragica in cui in discussione vi è la formula biblica dei “nemici perché fratelli” e “fratelli perché nemici”. Quanto più nella realtà del conflitto quello che separa è esattamente quello che unisce, tanto più la scena ci riporta a quella condizione di comunità originaria che si replica nella forma planetaria. In discussione viene la consapevolezza aristotelica della virtù pubblica legata all’essere in “amicizia con se stessi”. La rivalità e il conflitto non sono esterni ma tutti interni al “se stessi”. Ora il se stessi può essere la piccola patria, ogni comunità artificiale (la famiglia, il gruppo di amici, le società locali, lo stato, le nazioni, perfino l’Europa, e così via) ma appare evidente che il se stessi si sta sempre più avvicinando alla sua forma estrema, alla sua dimensione inevitabilmente planetaria. Questo vale per le risorse (clima, cibo, aria) ma anche, se non soprattutto per i conflitti. Questi hanno smesso da tempo

di essere confinati in ambiti locali e vanno scoprendosi sempre più nella loro natura planetaria. Per questo bisogna guardare ad essi come “guerre civili” nella loro forma più tragica. Tale dimensione ci spinge a ripercorrere il paradigma della “fraternità” e della sua traduzione giuridica, attraversandone tutti i paradossi, ma anche le possibili linee di emancipazione che in esso si possono celare.

1. Metamorfosi

Quando la fraternità fa il suo ingresso nel lessico giuridico politico dell’Illuminismo, essa aveva già proiettato la sua lunga ombra sui sistemi sociali. La sua è stata da sempre, in controluce, la storia della *polis*; destinata certo a cambiare di nome e a scegliere i riferimenti più diversi, la sua è una “storia di metamorfosi” destinata a riscoprire in ogni tempo la sua centralità. Le oscillazioni sono continue, ma il suo asse è ben saldo, imperniato com’è in una dimensione del *bios*. Lungo quell’asse scivola dalla dimensione biologica a quella religiosa, dall’appartenenza biografica a quella politica.

Dunque la sua storia presenta in controluce interrogativi e questioni che ogni riflessione di antropologia politica si troverà di fronte.

In quella storia di oscillazioni la modernità segna un’improvvisa accelerazione in cui l’appropriazione da parte del linguaggio giuridico politico svela una traccia inconfondibile. Fatto il suo ingresso nelle Costituzioni moderne scopre una dimensione normativa che ancora, nel bene e nel male, pone a noi contemporanei forti interrogativi. Basta per questo ricordare il recupero della fraternità operato dalla teoria della giustizia come un requisito della “società ben ordinata” (J. RAWLS) o al gioco dell’*affratellamento* che H. Jonas vede nel gioco della “responsabilità totale” che spetta al governante nei confronti del governato; o, ancora, alla lettura che Pasolini aveva fatto delle istituzioni che, nella loro “divina volgarità”, affratellano. Rimane peraltro tutto da discutere il diverso equilibrio che si determina oggi, nella vita quotidiana di questo difficile presente, fra uguaglianza, libertà e fraternità. Senza poi dimenticare le istituzioni concrete che coinvolgono, e mettono decisamente in discussione, categorie come sovranità e cittadinanza in un mondo che revoca costantemente gli orpelli delle separazioni prepotenti e ingiuste. Il *bios*, nelle sue varie sfaccettature ripropone sempre la questione della fraternità.

Dispositivo *biopolitico* per eccellenza, la fraternità conserva, forse in maniera più visibile, tutte le forme e i paradossi con i quali i sistemi sociali si sono descritti e rappresentati.

Oscillando tra dimensioni opposte di concretezza e di astrazione, la *fraternità* si è posta sin dalle origini come un insieme di condizioni e di esperienze intese a designare appartenenza, condivisione, identità comuni; essa, dunque, designa il luogo in cui i sistemi sociali condensano le loro pratiche di inclusione e di esclusione. Nata sul terreno concreto del legame biologico tra coloro che discendono da uno o due genitori comuni (dall'indo-europeo *bhrāter*), ha finito per indicare tanto un presupposto quanto un destino comune tra tutti coloro che sono (sono stati, saranno) chiamati a condividere una nascita. L'essere ("questi", o "i") fratelli designa quindi da sempre lo spazio estremamente variabile di un *legame* che da strettamente biologico e familiare si allarga a sociale e universale. La variabilità dipende dal modo in cui le diverse esperienze (biologiche, sociali, etiche, religiose, ideologiche) hanno rappresentato tanto «l'estensione», dal piccolo gruppo parentale a quello tribale più ampio, a quello largamente comunitario (nelle diverse forme che questo assume), quanto «la natura» di tale legame, biologico, geografico, sessuale. Ogni rappresentazione rimanda ovviamente ad una serie di fattori ad alto grado di complessità che si riversano integralmente, e sono tuttora riconoscibili, nel vasto arco dei significati attribuiti alla *fraternità*. Esempio di tale complessità è quella offerta dalla differenziazione semantica cui si assiste in Grecia quando accanto al *phrater* (che designa appartenenza mistica alla *phratria*) compare il termine *adelphos* (*adelphé* al femminile) che indica tanto discendenza dalla madre quanto legame di sangue.

2. Fratelli nemici

Una differenziazione di questo genere, osserva E. BENVENISTE ne *Il vocabolario delle lingue indoeuropee* (1976, 164) non può essere considerata un semplice accidente; è, al contrario, dettata da una crescente complessità in cui la biologia comincia a separarsi dalla biografia e le forme dell'appartenenza si fondano su identificazioni e non più su identità. Non è peraltro trascurabile la dimensione di «genere» che qui interviene, quando il carattere femminile irrompe e comincia a decomporre il modello maschile della comunità fraterna su cui, come è

noto, si fermerà l'analisi freudiana dell'assassinio fondatore. Si potrebbe più in generale ricostruire la storia della fraternità nei sistemi sociali come una storia attraversata e segnata ogni momento da continue spinte paradossali alla differenziazione crescente della comunità e alle altrettanto crescenti tendenze alle ricomposizioni unitarie. La ragione sta nel fatto che la fraternità è apparsa da sempre come un dispositivo «ecologico» di descrizione della società (dentro la società stessa), come il luogo dentro il quale identità e differenze si realizzano nello stesso momento. Questo spiega, tra l'altro, perché l'*essere-incomune* (J.L.NANCY, 2000, 73) dei fratelli che condividono la nascita, venga rappresentato nello stesso tempo come il luogo della pace e della guerra, della concordia e del conflitto, dunque, come luogo dell'ambivalenza per eccellenza. Rappresenta tanto lo spazio della solidarietà quanto quello dell'inimicizia e della rivalità, quello di Antigone e quello di Caino: l'espressione biblica «fratelli nemici» può essere intesa tanto nel senso che si è nemici nonostante che si sia fratelli, quanto che si è nemici proprio perché fratelli. In tale ambivalenza si sono condensate tutte le rappresentazioni delle guerre, il cui prototipo è quello della guerra civile, in cui l'instabilità tragica (*stasis*), dipende da quella singolare isogonia (*gleichgewicht*) dei confliggenti che condividono esattamente quello li separa. Anzi nelle scienze sociali la forma più tipica di comunità è offerta proprio dalla comunità dei confliggenti in cui la rivalità mimetica (R. GIRARD, 1980, 190) è data dall'essere uniti esattamente da quello che divide. Non è un caso che oggi il paradigma ritorni forte a proposito della cosiddetta guerra civile planetaria in cui, è stato detto, il crimine contro l'umanità è il peggior tradimento del fratello (J. DERRIDA, 1995 e 2003, 89). Torna qui il nodo centrale intorno a cui ruota il problema della *pace perpetua*: parafrasando Kant che si interrogava sul *Menchenfreund* (amico dell'umanità), ci si dovrebbe chiedere chi è il fratello quando la comunità fraterna è divisa in fratelli e nemici.

Riconoscere il carattere ambivalente e paradossale della fraternità è alla base della consapevolezza più lucida che la dimensione «emancipativa» e pacifica della fraternità passa necessariamente per un suo svuotamento metafisico. La comunità fraterna non è per definizione il luogo irenico della bontà e dell'oblatività e che, come soltanto la comunità dei fratelli può minacciare la fraternità, è sempre e soltanto la stessa comunità che può coltivarla e realizzarla. Non basta essere fratelli per avere fraternità, come non basta essere uomini per avere uma-

nità e questo ha posto i *fratelli*, in tutte le dimensioni geopolitiche e in tutte le epoche storiche, sempre e soltanto di fronte alle loro concrete responsabilità. Il sintomo di questa scomposizione è ancora nelle pratiche linguistiche che accompagnano questa esperienza della comunità fraterna; in primo luogo quella che differenzia la fraternità (come sentimento) dalla fratellanza (come condizione) dall'affratellamento (come progetto) e che M. Weber aveva descritto, a partire dalla comunità dei vicini, come tipica delle diverse etiche della *Brüderlichkeit*, della *Brüderschaft* (*brotherness*) e della *Verbrüderung* (affratellamento), prodotto di culture religiose e di politiche universalistiche capaci di coltivare, se non di creare, dimensioni fraterne (1974, I, 366 e II, 504).

3. Spartire l'incommensurabile

Ha ragione quindi J.L.Nancy quando riparte da una precisa idea della fraternità come la forma della comunità caratterizzata dalla «dismisura assolutamente comune» che racconta la storia di una perdita (di un'immunizzazione, ha scritto R. ESPOSITO, 2002). La fraternità, spiega Nancy, non è un rapporto tra coloro che sono uniti da una stessa famiglia, bensì un rapporto tra coloro che hanno perso la “sostanza comune” e “vengono abbandonati alla loro libertà e all'uguaglianza che questa libertà impone”.

La fraternità è, allora, “uguaglianza nella spartizione dell'incommensurabile”, che, quando viene tradotta quasi inevitabilmente in uno specifico fondamento dai nomi più diversi (un padre, un Dio, una natura, un sentimento universale) si espone al gioco rischioso del nichilismo. L'incommensurabile è appunto il cuore dell'essere-in-comune dove un “noi” del plurale è anteriore all'“io” «non perché sia un soggetto primo, ma perché è la spartizione o la partizione che permette di iscrivervi “io”». La nascita che accomuna i fratelli espone ognuno alla dismisura della libertà e dell'uguaglianza che, sottolinea Nancy, è assolutamente condivisa; se è la nascita nella sua concretezza biologica (con tutte le sue differenze) che libera, il legame tra fraternità, libertà e uguaglianza è molto più fondativo di quanto le retoriche politiche non riescano a rendere. Si intersecano e si richiamano in un gioco infinito in cui il luogo e l'estensione di libertà e uguaglianza sono sempre definiti dalla comunità dismisurata dei fratelli. Detto in termini più semplici si è liberi ed uguali rispetto alla cerchia ristretta di una famiglia

più o meno allargata, di un gruppo, di una razza, di una “patria”, di qualche “cristallo di massa” (E. CANETTI), o proprio quella dimensione della “nascita che libera” è incommensurabile e proprio per quello accomuna? I fratelli non finiscono alle porte di casa, di uno Stato o dei suoi confini, se non riducendo l’incommensurabilità dell’uguaglianza e della libertà alla semplice caricatura di se stesse. Per rendersene conto non c’è bisogno di ricorrere a quel concetto da grande magazzino che è la *globalizzazione*.

4. Nascita e Stato

Questa lettura spiega perché sia stata la forma della politica moderna il luogo in cui il paradosso della fraternità è divenuto visibile. Esso consiste nel fatto di ridare all’uguaglianza e alla libertà il carattere dismisurato del confine entro il quale di esse si possa fare esperienza e di farla, peraltro, esclusivamente grazie alla dimensione puramente biologica, concreta della *nascita*; non dunque del sesso, di immaginarie razze, geografie, coscienze, ideologie ma di quella dimensione concretissima, biologica, della nascita. Appare immediatamente paradossale la condizione in cui gli *Stati Nazione* moderni si trovano quando, di fronte all’immigrazione, aggiudicano “libertà” e “uguaglianza” di vite di individui concreti sulla base del confine, tutto artificiale, entro il quale l’evento singolare della nascita si è realizzata. Chi non è nato dentro i confini è come se non fosse “nato”: l’incommensurabilità dell’essere-in-comune si svela commensurabile, troppo commensurabile, per un atto di prepotenza più che di arbitrio o di decisione (che non è un caso sia il codice della sovranità che aggiudica secondo “stati di devozione” che coltivano amicizie contro inimicizie). E ognuno vede quanto artificioso e fragile sia stato il meccanismo finora usato dagli Stati moderni per rendere sopportabile il paradosso: quello della *cittadinanza* che ha fatto circolare i diritti (politici, sociali e persino civili) sulla base della nascita nel *territorio*, e quello della *reciprocità* che estende agli stranieri nati in altri Stati quei diritti a loro volta riconosciuti ai propri cittadini.

In controluce il paradosso della fraternità si riflette interamente in quella formula dello Stato Nazione, dagli psicanalisti definito non a caso ossimoro, che è concetto politico coniugato insieme alla dimensione universalistica della nascita: l’ossimoro consiste nel fatto che

Stato, luogo della sovranità centrale, è sovraccaricato di codice paterno mentre la Nazione è costruita sul codice fraterno. Quella sovranità rende i cittadini sudditi accomunati da quel “debito infinito” che il “contratto naturale” fa scaturire dalla nascita. In quella forma dello Stato Nazione si ripropone oltre che il rapporto diseguale tra sovrano e sudditi, tra padri e figli, anche, se non soprattutto, quello tra fratelli, all’interno, e nemici all’esterno. Rimane non risolta la questione dell’inimicizia che, bandita all’interno, viene esportata all’esterno. Mentre il nemico interno viene metabolizzato e neutralizzato attraverso la sua trasformazione in criminale, il nemico esterno rimane potenzialmente tale. La fraternità si chiude nelle patrie più o meno piccole degli Stati Nazione e il diritto internazionale continua ad essere il luogo della fraternità variabile e passeggera nei confronti di Stati che, quando non siano nemici, sono neutri, alleati o destinatari di interferenze paternalistiche (l’ingerenza veniva giustificata come *interference in other’s own good*).

Con qualche sostanziale differenza il paradosso si è soltanto spostato e ridefinito rispetto al mondo della *polis* greca, in cui ogni conflitto, prima interno alla città, e poi tra i greci, era lotta tra fratelli e quindi guerra civile (*stasis*) e pertanto malattia, mentre una guerra contro i barbari (*polemos*) era giusta per natura (*physei*). Almeno questa è la lettura platonica offerta dal libro V della *Repubblica* in cui chiaramente si dice che tra greci e barbari è guerra, tra greci discordia. L’ingiustizia della discordia contrapposta alla giustizia della guerra butta una luce tanto sul doppio codice del nemico, interno e esterno, quanto sul carattere tragico della contesa tra fratelli. Su questa dovranno esercitarsi virtù collettive dirette a porvi fine attraverso i “patti e la giurisdizione”, e ad esse si riferisce Platone quando nelle Leggi (626a, 627-628a) parla di un magistrato capace di ricostituire una durevole amicizia in una famiglia discorde. La costruzione simbolica di un’identità percepita attraverso la minaccia (non estranea, peraltro, all’intera storia dell’Europa) registra un progressivo accostamento tra la fraternità e il concetto greco di amicizia (*philia*). Mentre si rafforza il divieto della discordia fraterna si accentua la differenza tra fratelli e nemici. A partire da quello strato di senso in tutte le culture politiche in fondo i nemici vengono qualificati come *inimici dei* riproponendo non soltanto la questione da che parte stia Dio, ma anche trasformando l’idea dei fratelli in quella dei confratelli che condividono la religione piuttosto che la nascita. Peraltro quando l’etica religiosa estende

l'imperativo dell'amore, dal "prossimo" (i fratelli che condividono la nostra dimensione spazio-temporale) ai nemici ("amate i vostri nemici"), finisce per ribadire l'esistenza tanto da imporre condizioni supererogatorie capaci di colmare la distanza che ci separa da essi. Ma già dal mondo antico in poi si fa strada questa consapevolezza infelice che la fraternità, come l'umanità, o è un concetto totale o è pura maschera che nasconde misure troppo egoistiche. Quando infatti il pensiero stoico comincia a introdurre l'umanità nella semantica politica, ne indica anche l'orizzonte che non ammette esclusioni. L'*inhumanum* cui Cicerone (*De officiis*, III, 28-32) fa riferimento coglie un paradosso inevitabile quando l'essere-in-comune dell'umanità viene presentato dimidiato (*qui autem civium rationem dicunt habendam, externorum negant, ii dirimunt communem humani generis societatem.*). E vale per la fraternità quello che il pensiero stoico descriveva come il paradosso dell'umanità dimidiata.

5. Con-iuratio

Nell'aspetto tragico del dissidio e della discordia si condensa l'altro aspetto del carattere *biopolitico* della fraternità che il profondo legame con le forme della *violenza* e della *democrazia* ha messo in luce nell'esperienza moderna. A dar voce e volto a tale legame è proprio il convenzionalismo giuridico politico moderno; il patto che dà origine alla sovranità moderna (tanto nella versione hobbesiana che in quella rousseauviana) si presenta come un giuramento comune tra fratelli (*coniuratio*) che rifiutano il diritto "paterno" (tradizionale) su cui ci si limitava a giurare (*iusiurandum*). Il passaggio dal diritto *su cui* giurare al diritto *da* giurare insieme instaura la forma moderna della democrazia che sceglie (de-cide) convenzionalmente (*covenants* sono, appunto, i con-giurati) di escludere il padre e di condividere, d'ora in poi, la regola comune dei fratelli: questa è, tra l'altro, la lettura freudiana che più tardi verrà interpretata come *Vaterlose Gesellschaft*. Il problema è che dietro l'esclusione del padre riemerge la colpa della violenza: l'esclusione si presenta più spesso come congiura, appunto, e come "decapitazione del re" che non come patto non violento. Il volto sacrificale ricompare e la democrazia dei fratelli riappare colpevole. Detto in altri termini non si può instaurare la democrazia fraterna attraverso l'uccisione del padre: il senso di colpa riemerge, come possiamo vede-

re dall'esperienza anche contemporanea, quando un tiranno di turno viene giustiziato o messo alla gogna o quando si vuole "esportare" la democrazia, la violenza ritorna. Del resto nella esperienza più originaria del mondo moderno, rappresentata dalla Rivoluzione francese, e ancora tutta legata al principio del *tyrannum licet decipere*, il senso di colpa, com'è noto, ritorna. A tradire l'universalismo del patto tra fratelli è, se non altro, quella logica sacrificale per cui la regola "fraterna" viene condivisa da tutti, compresa la vittima che viene espulsa con la violenza: il principio di maggioranza per cui quello che decidono i più sta al posto di quello che decidono tutti ne è la ricaduta forse più innocente.

6. La fraternità e le sue leggi

Come per la questione della democrazia, tutte le volte in cui la comunità fraterna arriva a misurarsi con la questione dell'universalismo il tema della fraternità giunge alla soglia massima della sua esperibilità e dei suoi paradossi. Lì non ci sono buonismo o mitezza che tengano, proprio perché la fraternità coltiva in maniera inesorabile la sua dimensione concretamente biopolitica. Accade ad esempio quando essa si affaccia sulla scena pubblica sotto forma di progetto e, ancor più, di orientamento normativo. Coniugare insieme fraternità e codice giuridico politico, giuridificarla e affidarla ad un progetto costituente ha significato spostarla sulla frontiera del cosmopolitismo moderno che, con tutti i limiti e, ripeto, i paradossi che si porta dietro, è il suo terreno naturale. Non è per caso che il progetto illuministico pensasse insieme la libertà, l'uguaglianza e la fraternità e l'una in funzione e come misura dell'altra. Ma non è neanche per caso che proprio lì la fraternità si affacciasse come un «contrattempo» (E. RESTA, 2005, 5): apriva al cosmopolitismo, ma poi ricadeva dentro il vestito stretto dello Stato Nazione. Introduceva l'inesorabilità dell'apertura al genere umano, ma poi la richiudeva nel «territorio» degli Stati. Questo spiega perché sia rimasta la parente povera, la cugina di campagna delle grandi narrazioni e abbia esaurito la sua fortuna nell'arco di pochi decenni. Ma proprio in ragione del suo carattere fondativo, una volta fatto ingresso nella scena pubblica difficilmente ne sarebbe uscita.

Ricompare come un fiume carsico quando, dopo l'esperienza tragica nella guerra civile planetaria, la comunità politica planetaria cerca

la misura della sua convivenza, del suo essere-in-comune, descrivendo e regolando se stessa come Nazioni Unite il cui scopo è quello della tutela dei diritti dell'uomo (e non più dei cittadini, come nelle precedenti dichiarazioni). Nella *Dichiarazione* vi è un senso dell'auto-comprensione normativa della comunità politica che ha la consapevolezza del non essersi liberata dal gioco tragico dei fratelli nemici, ma che per questo si pensa come il luogo di una dismisura totalmente condivisa. Il "mai più della violenza" rifiuta ogni metafisica e rimette il gioco dentro il luogo concreto dell'umanità, dove uomini e donne sono liberi ed uguali in "dignità e diritti" e non possono essere discriminati per la loro "nascita". Così esordisce, dopo i consideranda, l'art. 1 della Dichiarazione del 1948 con il lessico stringato dei principi in cui la dismisura assolutamente comune del *bios* ritorna forte e si impone come il tessuto connettivo a partire da quale si può ridefinire quella coscienza (*mindness*) dell'umanità propria di ognuno e per questo assolutamente condivisa. Da null'altra parte vi è un fondamento dei diritti umani se non in questa smisuratezza dell'ognuno che, solo in virtù della nascita, ha quel singolare diritto umano a riconoscersi come uomo. Il "dover agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza" trasforma il riconoscimento notarile dell'uguaglianza in imperativo, prescrivendo di ricordare quello che abbiamo dimenticato; si sa che, così facendo, interdice quello che prescrive e prescrive quello che interdice. Come ogni imperativo va incontro a delusioni, e, ricordava Nietzsche, arriva persino a sapere di "crudeltà", ma sarebbe un errore dimenticare che nello stesso tempo esso indica che la sua violazione mette in gioco quel disprezzo (*Missachtung*) e quell'inimicizia che sono alla base degli orrori della guerra. Quel fiume carsico che riappare sta proprio lì, nelle parole dell'*incipit* che mettono insieme questa idea di fratellanza con lo spazio giuridico politico dell'individuo, dell'*ogni uomo* che, grazie alla sua nascita, ha diritto di riconoscersi come tale. Il punto è che, pur con tutti i limiti e tutti i paradossi, quell'idea della nascita nella sua crudezza biologica, è l'evento originario da cui ogni altra dimensione comunitaria deve ripartire. Null'altro. Fraternità torna allora alla essenza più concreta: condivisione di quella dimensione "che libera" e che non potrà mai essere costretta dentro il calco di patrie più o meno piccole (R. ESPOSITO, 2004, 188), che anzi è destinata a mettere continuamente in discussione. Liberata dalla retorica e restituita alla dismisura del sua concretezza la fraternità rimette allora in gioco un problema che il tempo storico ha

da sempre “escluso” ma non eliminato. E’ quello del pensiero di una comunità politica planetaria e della sua stessa dicibilità. A patto, si è già detto, che la si spogli di metafisica e la si riconosca in tutta la sua smisurata concretezza.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Come ogni tema che incrocia trasversalmente tanti campi semantici, la fraternità si arricchisce di bibliografie sconfinite in cui non c'è specialismo disciplinare che tenga; dalla letteratura religiosa a quella politica a quella più autenticamente filosofica. Possiamo dire che le semantiche si separano e si riuniscono a seconda dei punti di osservazione dei fenomeni. La modernità ne ha sicuramente accentuato il carattere "unitario" e globale: gran parte dell'antropologia moderna si può dire che ruti intorno alla dimensione della fraternità. Una ricostruzione storica è in M. DAVID, *Fraternité et Révolution Française*, Aubier, Paris, 1987 e *Le printemps de la fraternité. Genèse et vicissitudes*, Aubier, Paris 1992. La profondità storico sociale del concetto è visibile in M. Weber, *Economia e società*, trad. it. Edizioni di Comunità, Milano, a cura di P. Rossi, 1974. In rapporto alla teoria della giustizia si confronti J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, trad. it., Feltrinelli, Milano 1981, a cura di S. Maffettone e, sul versante della sovranità G. MARRAMAO, *Dopo il Leviatano*, Bollati Boringhieri, Torino, 2000. Utile la riflessione di H. JONAS a partire dalla questione della responsabilità e del "prossimo", ne *Il principio responsabilità*, trad.it, Torino, Einaudi, 2009. Gli aspetti simbolici del tema rimandano all'intera opera freudiana e, in particolare, a *Totem und Taboo*, trad. it. in *Opere*, Bollati Boringhieri, Torino, 1975, VII, e a *L'uomo Mosè e la religione monoteistica*, XI; più di recente a R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, trad. it. Adelphi, Milano 1980. Nel recente dibattito filosofico, in cui è stata sottolineata la dimensione biopolitica della fraternità, di notevole spessore sono le riflessioni di J. L. NANCY, *L'esperienza della libertà*, Intr. alla trad. it. di R. Esposito, Einaudi, Torino, 2000; J. DERRIDA, *Politiche dell'amicizia*, R. Cortina, Milano, 1995 e, soprattutto, *Stati canaglia*, trad. it. R. Cortina, Milano 2003. Indispensabile la riflessione di S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014. Per il ruolo di conflitto e cooperazione si veda G. AZZARITI, *Diritto e conflitti*, Laterza, Roma-Bari, 2016, infine E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari, 2015 (ult. ed.).

LA SOLIDARIETÀ POLITICA NELL'ESPERIENZA COSTITUZIONALE REPUBBLICANA

di *Gianluca Bascherini*

SOMMARIO: *1. Introduzione. Le ragioni di un lungo silenzio e le ragioni di una recente ripresa; 2. I doveri di solidarietà politica tra continuità e mutamenti di paradigma; 2.1. Il «dovere civico» di voto; 2.2. Cenni sul rapporto tra dovere tributario e solidarietà politica.; 2.3. Difesa della patria e servizio militare; 2.4. Fedeltà, osservanza, disciplina e onore; 3. Conclusioni. Per una solidarietà politica tra diversi.*

1. Introduzione. Le ragioni di un lungo silenzio e le ragioni di una recente ripresa

Nonostante la costituzione del 1948 allestisca rispetto ad altri testi coevi un quadro in materia di doveri ben più articolato, approfondito e ricco d'implicazioni, lo spazio dedicato a tali situazioni giuridiche nel dibattito del secondo dopoguerra appare piuttosto esiguo, eclissato da altre questioni.

Fino agli anni Settanta, la scarsa attenzione dei giuristi al tema si connette allo scarso o nullo valore giuridico che parte non secondaria della dottrina attribuiva alle previsioni in materia di doveri. Tra gli anni Sessanta e Settanta si registra una più matura riflessione in ordine alla precettività dei doveri ed alle diverse valenze che caratterizzano il discorso dei doveri nell'età repubblicana rispetto a quella statutaria¹; in questa stagione di attuazione costituzionale, tuttavia saranno (ed aggiungerei comprensibilmente) i profili inerenti ai diritti piuttosto che quelli riguardanti i doveri a ricevere attenzione da parte di studiosi, legislatori e giudici chiamati a intervenire, ad esempio, in materia di lavoro, salute, istruzione: assi portanti della dimensione sociale della Carta del 1948 e temi che il testo costituzionale declina tanto in termini di diritti quanto in termini di doveri. Ma lo stesso è a dirsi del-

¹ Penso innanzitutto alla monografia di G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, ma si veda anche C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali*, Milano, 1968.

la leva, dove l'attenzione in quegli anni si concentra prevalentemente sul terreno dei diritti del cittadino-soldato e su quello dell'obiezione di coscienza.

Parimenti esigua l'attenzione ai doveri nell'ultimo quarto di Novecento. La stagione neoliberale ha portato con sé una retorica dei diritti soggettivi che non ha dismesso, neppure nelle sue estrinsecazioni più sociali, la sua matrice individualistica e la sua originaria connessione con situazioni riguardanti lo scambio economico, togliendo spazio ai doveri e alla solidarietà nel discorso pubblico, o quanto meno alla solidarietà *doverosa*, in cambio esaltando una solidarietà spontanea che progressivamente si rivela il surrogato, peraltro insoddisfacente, di uno Stato sociale sempre più inadeguato. Analogamente, gli scandali, gli abusi e la corruzione che hanno segnato e segnano la vicenda repubblicana non hanno mai seriamente riaperto un dibattito intorno ai doveri di fedeltà e a quelli di disciplina e onore, così come la crisi economico-sociale non ha indotto a riaprire un ragionamento intorno a quei principi del concorso e della progressività che caratterizzano costituzionalmente l'imposizione tributaria.

Dunque, dopo anni nei quali il discorso sulla solidarietà è apparso in gran parte ristretto all'esaltazione del volontariato, da qualche tempo si è tornati a parlare di solidarietà in connessione ai doveri dei quali la solidarietà costituisce matrice costituzionale di legittimazione. È l'intensità delle crisi politiche, economiche e sociali in atto a livello nazionale e internazionale che induce a tornare a riflettere sui principi costituzionali, e ciò innanzitutto in ragione degli orizzonti di possibilità che essi aprono: per la loro capacità di tenere in tensione trasformativa l'intera costruzione costituzionale e per la loro "naturale" inclinazione a offrirsi a un'analisi critica. Le guerre asimmetriche, le migrazioni, una crisi economica acuta e prolungata i cui effetti sono amplificati dalla oramai conclamata crisi del *welfare*, i dissesti ambientali, la crisi della rappresentanza su entrambi i versanti del rapporto, sono alcuni dei fattori che inducono a rimettere a valore l'attitudine della solidarietà a creare e riformare legami sociali, a ricomporre i soggetti di quei legami con modalità inclusive e cooperanti e a investire sulle funzioni d'integrazione civica che ne caratterizzano la storia costituzionale. In questa prospettiva, il recente ritorno di attenzione verso la doverosa solidarietà costituzionale sembra dunque esprimere anche una critica a molti tra i surrogati di solidarietà attualmente circolanti. A un "terzo settore" che, nella congerie normativa che lo regola, si ri-

vela sempre più riconducibile (per gli operatori, non per i dirigenti) alle mille forme di lavoro precario e mal pagato, costituito da realtà organizzative completamente differenti tra loro ed esercenti attività della cui utilità sociale è più che lecito dubitare, peraltro fruendo di sgravi fiscali e misure premiali che non di rado costituiscono l'effettiva ragione per cui si sceglie di dare a una data attività la forma dell'ente di tipo associativo, della Onlus o dell'impresa sociale². Alla solidarietà angusta e identitaria, dei legami corporativi, delle piccole patrie, delle *gated communities*, che si converte in nuove separazioni ed esclusioni. A una politica sociale che tradisce il recupero logiche neo-caritative, con tutto il loro portato di gerarchizzazione ed istituzionalizzazione della condizione di dipendenza. Alla «ricostruzione produttivista della solidarietà»³ in tema di lavoro, che si basa anzitutto su una «attivazione» dei soggetti protetti e dei disoccupati, che si traduce in una «arcigna condizionalità nell'accesso a prestazioni sociali ridotte» subordinate alla disponibilità del soggetto di «accettare qualunque offerta di lavoro, anche scarsamente qualificato e retribuito, pur di uscire dalla statistiche ufficiali della disoccupazione»⁴. A una solidarietà *social* tanto globale quanto debole e superficiale – il più delle volte suscitata da immagini a impatto emotivo alto ma rapido a evaporare, a venire sostituito dalla successiva disturbante immagine – e che si arresta a un *emoticon*, a un *like*, ad un *post*, alla firma di un altro appello.

Il quadro costituzionale evidenzia una «tessitura fitta delle relazioni tra diritti e doveri»⁵ e il complesso rapporto che lega gli uni agli altri, così come lega i principi di eguaglianza, personalista, solidarista e di pari dignità sociale in un ordinamento che si vuole fondato sul lavoro e organizzato su basi democratiche. In questo quadro, la trama dei doveri acquisisce rilievo nell'ordito dei rapporti che i principi costituzionali instaurano tra persona, comunità e ordinamento in campo politico, economico e sociale, non esaurendosi peraltro la solidarietà nelle sue esplicitazioni doveristiche, trovando ulteriori forme di realizzazione in ambito istituzionale, sociale ed economico (penso ad es. a sussidiarie-

² Sui limiti e i malfunzionamenti di queste realtà, cfr. ad es. G. MORO, *Contro il non profit*, Roma-Bari, 2014. Sul tema, merita inoltre di essere segnalato L. RASTELLO, *I buoni*, Milano, 2014.

³ W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e Mercato*, 3/2000, p. 21.

⁴ Così S. GIUBBONI, *Solidarietà*, in *Politica del diritto* 2012, pp. 551 s.

⁵ Così S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, p. 50.

tà, volontariato e mutualismo). La costituzione del 1948, in questa prospettiva, si cala all'interno di una storia della solidarietà nella quale convergono tradizioni culturali di diversa ispirazione e orientamento e che si rivela attraversata da un'interna tensione tra inclusione ed esclusione, ora prevalendo l'idea di una solidarietà «universale» ora invece quella di una solidarietà «contro»⁶, articolando un contesto nel quale i doveri al pari dei diritti concorrono a definire l'identità civica, la cittadinanza costituzionale come contenuto e come perimetro. Nel loro ancoraggio alla solidarietà, i doveri costituzionali segnano un mutamento di paradigma rispetto alla verticalità della relazione doveristica liberale (comando-soggezione), ma anche rispetto alla visione tipica del primo costituzionalismo sociale dei doveri quale mera mitigazione in senso sociale dei diritti, specie quelli proprietari, rivelandosi passanti d'integrazione conflittuale di primo piano all'interno di un orizzonte costituzionale pluralista e disomogeneo: terreni di tensione a partire dai quali si sviluppano conflitti che rinegoziano gli obblighi politici intesi quale nucleo essenziale degli interessi materiali condivisi di una comunità politica che ottengono riconoscimento giuridico.

Peraltro, se la riflessione di recente intervenuta evidenzia una “crescita” del tema doveri sia in relazione alla loro proiezione temporale, sia in relazione alla loro proiezione spaziale⁷, uno dei profili sui quali maggiormente sembra appuntarsi l'attenzione degli studiosi riguarda la questione dei soggetti ai quali i doveri costituzionali appaiono imputabili. Questo vale in particolare per quanto attiene ai doveri più direttamente attinenti alla solidarietà politica, in ragione del ruolo storicamente giocato da questi nel perimetrare e nell'individuare i contenuti del discorso della cittadinanza, tanto più nell'alveo di quella tradizione di pensiero democratica, civica e repubblicana di cui partecipa il testo del 1948. In questa prospettiva, un allargamento dello sguardo dal piano nazionale a quello europeo evidenzia l'urgenza di un ripensamento della solidarietà all'interno di uno spazio comunitario che torna a erigere muri e barriere di filo spinato non solo ai suoi confini, ma anche al suo interno, per tenere lontane persone in fuga da conflit-

⁶ R. ZOLL, *Solidarietà*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. 8, Roma, 1998, p. 240.

⁷ Si vedano ad esempio i saggi raccolti in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*. Atti del convegno di Aqvi Terme – Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006, Torino, 2007. Su questa tripla espansione del discorso doveristico cfr. A. RUGGERI, *Doveri fondamentali, etica repubblicana, teoria della costituzione (note minime a margine di un convegno)*, in *ivi*, pp. 552 s.

ti, catastrofi e crisi che quella stessa Europa ha contribuito a determinare.

2. I doveri di solidarietà politica tra continuità e mutamenti di paradigma

Stando alla topografia costituzionale, dovrebbero ricondursi ai doveri di solidarietà politica: il voto (art. 48, comma 2); la difesa della patria e il servizio militare (art. 52, commi 1 e 2); il concorso alle spese pubbliche (art. 53); la fedeltà alla Repubblica, l'osservanza alla sua costituzione e alle sue leggi nonché, per gli affidatari di pubbliche funzioni, il dovere di adempierle con disciplina e onore (art. 54).

Ad eccezione del dovere «civico» del voto, si tratta dei classici doveri pubblici del costituzionalismo liberale: espressivi di significati prevalentemente filosofico-morali, quando questi trovavano posto in preamboli, ovvero quali declinazioni legislative di particolari rapporti di doverosità distinti dal generale rapporto di soggezione e operanti nei rapporti tra cittadino e ordinamento statale. A un primo sguardo, dunque, la solidarietà politica è quella che rivela la più diretta filiazione dal discorso doveristico di età liberale, mentre ben più innovativo appare, anche rispetto al costituzionalismo sociale del primo Novecento, il richiamo dell'art. 2 alla solidarietà sociale ed economica. Come la fraternità rivoluzionaria, la solidarietà politica dell'art. 2 tende al superamento delle frammentazioni sociopolitiche, a «produrre la nazione» e la patria⁸; al contempo, in linea con la costruzione liberale dei doveri pubblici, essa ricomprende quei doveri di difesa, fedeltà e tributi che costituivano già in età statutaria le principali specificazioni dell'obbligo politico, svolgendo un ruolo decisivo nella definizione dell'appartenenza alla comunità innanzitutto su un piano simbolico,

⁸ Di una fraternità che produce la nazione scrive M. SALVATI, *Solidarietà: una scheda storica*, in *Parolechiave* 2/1993, p. 14. Sulla *fraternité* rivoluzionaria cfr., *ex multis*, M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Parigi, 1993, pp. 25 ss. e pp. 50 s. nonché M. OZOUF, *Fraternité*, in F. FURET – M. OZOUF, (a cura di), *Dizionario critico della rivoluzione francese*, Milano, 1988, pp. 659 s. Sui rapporti tra fraternità e solidarietà cfr. ad es., tra i più recenti lavori sul tema, S. RODOTÀ, *Solidarietà*, cit., pp. 20 ss. e F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014, pp. 36 ss.

come testimonia il diffuso ricorso a termini riconducibili al piano emozionale (sacertà, fedeltà, onore).

Profondamente diverso, tuttavia, il significato che i doveri politici assumono nel testo repubblicano rispetto allo statuto albertino, innanzitutto in ragione delle connessioni che costituzionalmente legano la dimensione politica della solidarietà a quelle economica e sociale. I doveri riconducibili a un determinato ambito della solidarietà non mancano, infatti, di produrre direttamente o indirettamente effetti in altri ambiti - è il caso del lavoro, ma lo stesso può dirsi ad es. del dovere d'istruzione e di quello tributario⁹. Inoltre, la costituzionalizzazione dei doveri testimonia l'intenzione dei costituenti di integrare originariamente la prospettiva liberale e quella solidale: di fondare l'effettività dell'ordinamento non sul mero imperio ma sul riconoscimento di diritti e doveri in una prospettiva, appunto, di solidarietà, affidando le proprie sorti non tanto e non solo «alla forza dei propri strumenti di coazione, e alla presuntiva perfezione della costituzione» quanto piuttosto «alla collaborazione attiva e solidale, all'amor di patria dei propri cittadini che si traducono in doveri giuridici»¹⁰. A ciò si aggiunga che l'inderogabilità che *ex art. 2* caratterizza i doveri costituzionali concorre ad attribuire a queste situazioni giuridiche una portata garantistica e una funzione di limite alla revisione analoga a quella dei diritti inviolabili¹¹, e va ribadita la complessa relazione che il testo costituzionale instaura tra diritti e doveri, non solo per quanto attiene all'irriducibilità di questo rapporto ad una rigida corrispondenza biunivoca, ma anche riguardo al fatto che la stessa Costituzione definisce diverse situazioni giuridiche tanto come un diritto quanto come un dovere. Il lavoro, ancora una volta, è il primo e più evidente esempio di queste situazioni¹², ma lo stesso può dirsi per salute, istruzione e voto.

Ciò nonostante, i rimandi al legislatore che caratterizzano buona parte delle previsioni costituzionali in tema di doveri politici,

⁹ Cfr. G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., pp. 465 s.

¹⁰ Così G. SIRIANNI, *La qualità dei governanti nella Costituzione*, in *Diritto pubblico*, 2012, pp. 171 s.

¹¹ Cfr. ad es. A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA e A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 117, P. GROSSI, *Introduzione allo studio dei diritti inviolabili*, Padova, 1972, 107 e, più criticamente A. CERRI, *Fedeltà (dovere di)*, in *Enciclopedia Giuridica*, s.v., Roma, 1989, p. 2.

¹² Cfr. ad es. M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la repubblica democratica sul lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 3/2010, spec. pp. 637 ss.

l'incidenza sulla redazione di molte di queste disposizioni della contingente situazione socio-politica caratterizzante i mesi della Costituente e, infine, la persistente tendenza a valorizzare la verticalità del rapporto doveristico – del singolo verso lo stato apparato – a scapito di una solidarietà orizzontalmente intercorrente tra i consociati, sono alcuni dei fattori che hanno concorso in età repubblicana a «dissolver[e] la portata impositiva [dei doveri politici] accentuandone, per converso, la caratteristica di doveri ‘civici’ o ‘moralì’»¹³.

La Corte costituzionale ha dedicato ai doveri un'attenzione limitata, specie se confrontata a quella prestata al tema dei diritti. Negli ultimi lustri, la solidarietà è venuta all'attenzione della Consulta principalmente in termini di solidarietà spontanea¹⁴, non di rado investendola di un ruolo non tanto complementare, bensì sostitutivo rispetto ai dispositivi che la costituzione aggancia – specie in campo sociale – alla solidarietà doverosa. Al contempo, decisioni intervenute su singoli doveri non di rado hanno evidenziato una certa tendenza a trasferire, quando possibile, l'argomentazione dal terreno del dovere a quello dei diritti ad esso riconducibili, e quando invece ha argomentato in punto di dovere, la Consulta pare non aver sempre tenuto nel debito conto il mutamento di paradigma riconducibile al collegamento tra doveri e solidarietà, esprimendo in alcune decisioni una visione debole della solidarietà “orizzontale” a favore della più tradizionale interpretazione “verticale” dei doveri.

2.1. Il «dovere civico» di voto

Nella lettura lombardiana, com'è noto, è la disomogeneità politica, economica e sociale a spiegare la previsione costituzionale della solidarietà. Come la predisposizione di una serie d'istituti di garanzia, tanto sul piano formale che su quello sostanziale, risponde all'esigenza di limitare in negativo quelle disomogeneità, la solidarietà costituirebbe invece lo strumento che l'ordinamento appronta, in positivo, per mediare le più profonde divisioni indotte da quelle disomogeneità organizzando, attraverso i doveri, «quel minimo di omogeneità senza la

¹³ Così A. POGGI, *Corte costituzionale e doveri*, in F. DAL CANTO ed E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Torino, 2011, pp. 42 s.

¹⁴ Esemplari le decisioni in tema di volontariato (sentt. n. 75/1992 e n. 500/1993) e soppressione dell'obbligo di leva (sent. n. 228/2004).

quale la vita politica si ridurrebbe a “*bellum omnium contra omnes*”¹⁵. Questa lettura della solidarietà induce Lombardi ad attribuire preminenza alla dimensione politica della solidarietà rispetto a quelle economica e sociale¹⁶ e a distinguere la sua operatività nell’uno e negli altri campi¹⁷. Se da una parte le connessioni tra solidarietà, persona e lavoro attribuiscono alla solidarietà il compito di promuovere un processo d’integrazione che ha il cittadino quale «centro operante»¹⁸ e che è «volto a conseguire [...] coerenza tra momento organizzativo politico e struttura sociale»¹⁹, dall’altra le legature tra solidarietà, dignità, libertà e responsabilità indurrebbero a radicare la solidarietà politica sul terreno della «convivenza» e della «tolleranza», rendendola operante innanzitutto sul piano dei rapporti tra singolo e formazioni sociali quali partiti e sindacati e individuando nei doveri di solidarietà politica altrettanti strumenti «di integrazione della persona nella comunità statale ed elemento per superare l’antagonismo radicale delle forze in gioco»²⁰. La solidarietà politica, in questa prospettiva, sarebbe chiamata a operare più come un limite che come un dovere²¹, impedendo la prevalenza di un indirizzo ideologico sugli altri e tutelando l’opinione dalla «attitudine normativa dell’ideologia» nel momento in cui le opinioni si formano e si manifestano²²; nondimeno, questa solidarietà si traduce in partecipazione dell’individuo alla co-

¹⁵ G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., pp. 47 s.

¹⁶ «[L]’elemento politico assume la funzione di principio costante d’individuazione determinando la categoria unitaria dei doveri costituzionali in senso proprio», *ivi*, p. 466.

¹⁷ Più di recente, e sempre declinando la solidarietà come integrazione, analoga preminenza sembra riconoscere alla solidarietà politica A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in *www.forumcostituzionale.it*, p. 7, secondo il quale laddove i doveri di solidarietà politica «costituiscono forme di esercizio della sovranità popolare e *presuppongono* una comunanza di valori e di principi politici, la cui stessa esistenza consente la piena partecipazione democratica», quelli di solidarietà economica e sociale, invece, «devono essere adempiuti anche, ma ovviamente non solo, per consentire la sopravvivenza e lo sviluppo della solidarietà politica».

¹⁸ G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., pp. 47 s.

¹⁹ *Ivi*, p. 52.

²⁰ *Ivi*, p. 79.

²¹ Il riferimento è alle legature tra solidarietà politica e le previsioni in tema di tutela della riservatezza e delle libertà necessarie ad assicurare la maturazione autonoma della propria opinione; pubblicità dell’operato dei pubblici poteri; base democratica dell’ordinamento interno di partiti e sindacati; vincolo del “metodo democratico”; imparzialità dell’amministrazione; doveri dei pubblici impiegati e funzionari; vincolo allo “spirito democratico della repubblica” dell’ordinamento delle forze armate.

²² *Ivi*, pp. 64 ss.

munità e il dovere di voto – che secondo Lombardi esula dal concetto tecnico di dovere, ma «si avvicina concettualmente ai doveri [...] in cui si estrinseca il principio di solidarietà politica» – costituisce «strumento di propulsione e di equilibrio per la vita nazionale, mediando così il passaggio della solidarietà politica dal momento negativo della tolleranza a quello positivo della integrazione»²³.

L'obbligatorietà del voto fu oggetto di un aspro dibattito che, iniziato in occasione dell'elaborazione della legge elettorale per la Costituente, si riaccese in occasione dei lavori costituenti. Voluta dalle destre e dalla Democrazia Cristiana – che temevano la scarsa partecipazione al voto dei settori sociali più moderati e meno politicizzati – e osteggiata dalle sinistre – che invece confidavano sulla loro maggior capacità di mobilitazione elettorale – la questione dell'obbligatorietà del voto, respinto l'emendamento Mortati/Tosato e altri di analogo tenore, ed eliminato dal testo ogni riferimento alla morale, si risolse con la formula di compromesso inserita nel testo dell'art. 48 (“dovere civico”), che lasciava al legislatore la possibilità di introdurre o meno sanzioni per il mancato esercizio del voto. Tali sanzioni furono previste per le elezioni politiche nelle leggi elettorali del 1948 e del 1957, per venire eliminate con la l. n. 277 del 1993²⁴.

La già richiamata propensione della Consulta a spostare il fuoco dell'argomentazione dal piano dei doveri a quello dei diritti che connota la rada giurisprudenza intervenuta in materia di voto²⁵, appare dunque comprensibile, tenendo conto della necessità di adeguare una materia profondamente segnata dal contesto in cui presero forma le re-

²³ *Ivi*, pp. 80 s.

²⁴ Sulla doverosità del voto e sulla diversità delle opinioni riguardo la riconducibilità di tale doverosità alle sole consultazioni elettorali o anche a quelle referendarie, cfr. ad es., anche per ulteriori riferimenti, M. IACOMETTI, *Sull'obbligatorietà del voto nelle consultazioni popolari dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1982, pp. 39 ss.; G. CORDINI, *Il voto obbligatorio*, Roma, 1988; E. GROSSO, *Art. 48*, in R. R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, pp. 963 s. e pp. 973 s.

²⁵ Cfr. la sent. n. 173/2005, sul mancato computo degli elettori iscritti nell'anagrafe degli elettori residenti all'estero nel calcolo del *quorum* di validità delle elezioni del sindaco in comuni con popolazione fino a 15.000 abitanti qualora sia presentata una sola lista; ma si veda anche la sent. n. 39/1973, che escluse potessero ricondursi alla doverosità del voto una serie di disposizioni dirette alla rimozione di ostacoli che ne possono rendere più oneroso l'esercizio.

lative disposizioni costituzionali²⁶. Al contempo, i mutamenti intervenuti nei sistemi elettorali e nel ricorso alle consultazioni referendarie e soprattutto il crescente astensionismo, dovrebbero indurre a riprendere la riflessione intorno ad una diversa doverosità del voto referendario rispetto a quello elettorale, poiché se può ammettersi che una bassa partecipazione ad un referendum produca per il sistema politico-istituzionale nel suo complesso effetti di delegittimazione assai meno gravi di quelli che possono venire da una bassa partecipazione elettorale²⁷, è anche vero che l'insistenza di rappresentanti dei partiti e delle istituzioni sulla non doverosità del voto referendario – come di recente è accaduto a proposito del cd. referendum trivelle – finisce per svalutare quando non squalificare un istituto introdotto in costituzione proprio al fine di moderare i governanti²⁸, a tutto vantaggio di una democrazia intesa esclusivamente come democrazia dei partiti²⁹.

2.2. Cenni sul rapporto tra dovere tributario e solidarietà politica

Il *no taxation without representation* dei coloni americani è sufficiente a testimoniare il nesso che, fin dalle origini degli stati costituzionali, lega partecipazione alle spese pubbliche e partecipazione alla vita politica. Nella costituzione italiana del 1948, tuttavia, svanisce quella connotazione censitaria che aveva caratterizzato il rapporto tra tassazione ed elettorato in età liberale e il dovere tributario si rivela profondamente connesso tanto alla dimensione politica del vivere insieme³⁰ quanto, e forse soprattutto, a quella sociale, come testimonia

²⁶ Evidenziano l'influenza del contesto sulla redazione delle norme in materia di doveri politici A. POGGI, *Corte costituzionale e doveri*, cit., p. 51, nonché, in riferimento all'art. 54 Cost., G. SIRIANNI, *La qualità dei governanti*, cit., pp. 169 ss.

²⁷ Così M. LUCIANI, *Art. 75*, in G. BRANCA e A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2005, p. 570.

²⁸ Rischio peraltro ben presente a un autore come Mortati, pure sostenitore alla Costituzione di una decisa obbligatorietà del voto, che a tale scopo suggeriva di collegare l'imposizione del dovere di voto alla fissazione del quorum strutturale per evitare troppo frequenti insuccessi delle votazioni referendarie. Cfr. C. MORTATI, *Il potere legislativo nel progetto di Costituzione* (1947), ora in ID., *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1972, p. 474.

²⁹ Così di recente S. NICCOLAI, *Perché oggi il referendum gode di cattiva stampa*, in *Il manifesto* 16 aprile 2016.

³⁰ È paradigmatico di questi nessi tra il dovere in questione e la solidarietà politica il posto che il dovere tributario occupa nella già diffusamente richiamata monografia di Lombardi. Questa, infatti, annovera il concorso alle spese pubbliche tra i «doveri politici

l'imposizione di tale dovere non al solo cittadino ma a tutti i soggetti a vario titolo riconducibili alla sfera di azione statale, configurandosi quale strumento primo di redistribuzione della ricchezza e di predisposizione delle risorse necessarie ai costi di un ordinamento che si autodefinisce solidale.

L'apparente continuità tra la previsione statutaria³¹ e quella costituzionale³² – entrambe riconoscono l'esistenza di un obbligo per i consociati di contribuire alle spese pubbliche e al contempo individuano un limite al potere d'imposizione fiscale – non oblitera i differenti significati e implicazioni che caratterizzano il dovere fiscale nel contesto repubblicano. A una “proporzionalità” coerente con il principio liberale di eguaglianza formale e funzionale ad esigenze di protezione della proprietà privata e dell'iniziativa economica individuale, i criteri repubblicani di interesse fiscale, capacità contributiva e progressività si rivelano piuttosto altrettanti corollari in ambito fiscale del principio di eguaglianza sostanziale e chiavi di volta della stessa forma di Stato sociale per quanto attiene al reperimento delle risorse necessarie ai costi delle solidarietà³³.

Se fino agli anni Ottanta la capacità contributiva ha costituito per la Consulta il principio di riferimento nella distribuzione dei carichi fiscali e il metro per misurare, in connessione con il principio di solidarietà, la ragionevolezza delle scelte legislative in materia. Se ancora nella sent. n. 51/1992, in tema segreto bancario, la Corte affermava che «l'evasione fiscale [...] rappresenta, in ciascuna delle sue manifestazioni, la rottura del vincolo di lealtà minimale che lega fra loro i cittadini e comporta, quindi, la violazione di uno dei “doveri inderogabili di solidarietà”, sui quali, ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, si fonda una convivenza civile ordinata ai valori di libertà individuale e di giu-

in senso lato» (cap. II, sez. I) e riconduce invece ai «doveri di solidarietà politica in senso stretto» (cap. II, sez. II) le situazioni giuridiche ex artt. 48, 52 e 54 Cost.

³¹ Art. 25: «Essi [tutti i regnicoli] contribuiscono indistintamente, nella proporzione dei loro averi, ai carichi dello Stato».

³² Art. 53: «Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività».

³³ Cfr. ad es. S. LA ROSA, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*, Milano, 1968, pp. 24 ss.; L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996, *passim*; P. BORIA, Art. 53, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, pp. 1056 ss.; C. BUZZACCHI, *La solidarietà tributaria. Funzione fiscale e principi costituzionali*, Milano, 2011, pp. 19 ss.; A. MORELLI, *I principi costituzionali*, cit., pp. 18 s.

stizia sociale» (*Cons.* 4), con la crisi economica dei primi anni Novanta la Corte costituzionale muta orientamento. Proprio nel momento in cui il problema dei conti pubblici avrebbe richiesto, in coerenza con il principio di solidarietà, misure di tassazione effettivamente progressive, si avverte nelle decisioni in materia un certo cedimento dei nessi tra il dovere in questione e il principio di solidarietà e il dovere tributario torna a rilevare nella dimensione autoritativa dell'obbedienza al comando statale di partecipazione del singolo alla spesa pubblica³⁴. Si registrano scarsi richiami alla solidarietà nelle decisioni intervenute sui principi qualificanti il dovere in questione, la capacità economica non sembra più costituire il principale criterio di giustificazione dell'imposizione fiscale e s'indeboliscono i vincoli che la solidarietà pone alla discrezionalità del legislatore in materia di capacità contributiva, limitata solo dalla manifesta irragionevolezza quando non dall'arbitrarietà delle scelte in materia³⁵.

2.3. Difesa della patria e servizio militare

Dovere politico per antonomasia, l'art. 52 restituisce nei suoi commi una «multidimensionalità» espressiva di diversi «sentimenti»³⁶ e delle tensioni tra sottolineature della discontinuità imposta dalle previsioni costituzionali in materia e la sopravvivenza di risalenti ricostruzioni della materia.

Prevalse alla Costituente un'idea westfalica di difesa patria, proiettata nei rapporti di diritto internazionale quale risposta a un'aggressione proveniente dall'esterno del territorio, e, di conseguenza, l'affermazione di un rapporto di stretta e consequenzialità tra il dovere di difesa del primo comma e l'obbligo militare del secondo. Al contempo, emerge tuttavia una diffusa consapevolezza della distin-

³⁴ Così A. POGGI, *Corte costituzionale e doveri*, cit., p. 68.

³⁵ Si vedano ad es. le sentt. n. 263/1994 (imposta straordinaria sui depositi bancari e postali), n. 155/2001 (prelievo anticipato sul versamento del TFR), n. 362/2000 (capacità contributiva presunta). Colpisce più di recente l'assenza di richiami alla solidarietà nelle decisioni in tema di "pensioni d'oro" (n. 116/2013) e tagli agli stipendi di magistrati e dirigenti pubblici (n. 223/2012).

³⁶ La densità di valori etici e il senso di «indissolubile appartenenza» del primo comma, la «moderazione» del secondo e il «monito» del terzo a un «dover essere» dell'ordinamento delle forze armate nel nuovo Stato. Così E. BETTINELLI, *Art. 52, 1° e 2° comma*, in G. BRANCA e A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. Rapporti politici (art. 48-52), tomo I, Bologna, 1992, p. 70.

zione e dell'autonomia dei due piani; la stessa inserzione della riserva di legge nel secondo comma fu argomentata non solo con le funzioni di garanzia tipiche dell'istituto, ma anche quale formula «prudentemente estensiva» in grado di «lasciare aperta deliberatamente la porta al volontariato»³⁷. Peraltro, la riscrittura costituzionale del canone risorgimentale della “nazione in armi” se per un verso configura la difesa della patria come dovere da adempiersi in tempo di guerra, per altro verso testimonia dell'importante ruolo che i costituenti attribuivano al servizio militare in tempo di pace sul terreno dell'integrazione civica e sociale delle giovani generazioni³⁸. L'attribuzione alla leva di questi compiti di pedagogia politica aiuta a comprendere la tutela di posizioni essenziali del cittadino in tema di lavoro e diritti politici nell'adempimento degli obblighi militari prevista dal secondo comma, mentre il dibattito intorno al terzo comma dell'art. 52 conferma il complesso rapporto di continuità/discontinuità che la norma intrattiene con le diverse tradizioni del passato, ma anche l'intenzione dei costituenti di superare la precedente concezione “istituzionalistica” dell'ordinamento militare, fondata sull'autonomia di questo rispetto all'ordinamento statale, a favore di una ricomprensione delle Forze armate tra gli organi dell'amministrazione³⁹, i cui fini sono individuati nel circuito democratico della politica e la cui organizzazione è tenuta a garanti-

³⁷ Così Gasparotto e, nella stessa seduta analoga posizione sostenne Merlin, A.C., 19 maggio 1947 nonché Ruini, presidente della Commissione per la Costituzione, A.C. 22 maggio 1947.

³⁸ Posizione anche questa sostenuta in particolare dai comunisti – si vedano ad esempio gli interventi di Giolitti e Nobile, in A. C., 21 maggio 1947. Analoghe tesi espresse, tra i democristiani. Sullo, A.C. 20 maggio 1947.

³⁹ Cfr. ad es. G. BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, 1962, pp. 25 ss.; A. PREDIERI, *La difesa e le forze armate*, in P. CALAMANDREI e A. LEVI (a cura di) *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da, Firenze, 1950, pp. 480 ss.; C. CARBONE, *Doveri pubblici*, cit., pp. 139 ss.; F. MODUGNO, “L'ordinamento militare” è in estinzione?, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, I, Milano, 1987, pp. 451 ss.; P. CARETTI e G. MORBIDELLI, *Obbligo di prestare il servizio militare e tutela della posizione soggettiva*, in *Foro amministrativo*, III, 1970, p. 264. La tesi peraltro era già stata sostenuta in età statutaria da L. ROSSI, *Sulla massima che l'Esercito è istituzione costituzionale*, in *Archivio di diritto pubblico*, II, 1892, pp. 393 s. Sul mutamento dei rapporti tra ordinamento militare e ordinamento statale cfr. ad es. C. Cost. sent. n. 278/1987, secondo cui «[l]a Costituzione repubblicana supera radicalmente la logica istituzionalistica dell'ordinamento militare e, ricondotto anche quest'ultimo nell'ambito del generale ordinamento statale, particolarmente rispettoso e garante dei diritti sostanziali e processuali di tutti i cittadini, militari oppur no» (Cons. 5). Si veda anche la sent. n. 78/1989.

re il rispetto dei diritti della persona e ad offrire al singolo un'opportunità di sviluppo della personalità⁴⁰.

Alla fine degli anni Sessanta, la Corte dichiara che la difesa della patria costituisce «un dovere, il quale, proprio perché “sacro” (e quindi di ordine eminentemente morale), si collega intimamente e indissolubilmente alla *appartenenza* alla comunità nazionale identificata nella Repubblica italiana (e perciò alla *cittadinanza*). Così inteso esso trascende e supera lo stesso dovere del servizio militare». Questa insistenza sul collegamento tra difesa e cittadinanza/appartenenza non impedisce tuttavia alla Corte di concludere che «[l]’esistenza, per i cittadini, di un dovere così caratterizzato costituzionalmente, non comporta però, per sé sola, l’esclusione della possibilità che una legge ordinaria imponga anche a soggetti non cittadini, o addirittura stranieri, in particolari condizioni [...], la prestazione del servizio militare» (sent. n. 53/1967).

La sentenza ora richiamata esempla efficacemente il ripensamento e l’ampliamento di contenuti e significati caratterizzanti le idee tanto di difesa quanto di patria che, tra gli anni Sessanta e Settanta, si sviluppa a partire dai rapporti tra il dovere del primo comma e gli obblighi del secondo e che condurrà ad una prima stagione di riforme in materia⁴¹. L’idea di patria rivela un contenuto sempre più «composito e aperto»⁴², che dalla materialità dell’elemento territoriale – la difesa del suolo patrio – arriva ad includere elementi personali oltre che culturali e ideali⁴³. La difesa continua ad ancorarsi a una situazione di

⁴⁰ In tale solco sembrano muoversi le riflessioni di C. MORTATI, *Note introduttive a uno studio sulle garanzie dei diritti dei singoli nelle formazioni sociali*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, Milano, 1978, III, pp. 1578, s. e di A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma, 1978, p. 137, riguardo alla riconduzione delle Forze armate al novero delle “formazioni sociali”.

⁴¹ Cfr. ad es. J. LUTHER, *Art. 52*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, pp. 1031 s. e F. DAL CANTO, *Il cammino del sacro dovere di difesa della Patria, dalla guerra contro l’aggressore alla solidarietà sociale*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003, pp. 263 ss.

⁴² J. LUTHER, *Art. 52*, cit., pp. 1035.

⁴³ In dottrina, invece continua a prevalere la tendenza a escludere i non cittadini dagli obblighi di leva, nonostante le previsioni in tal senso delle normative sulla leva di età repubblicana e non. Cfr. ancora G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., pp. 246 ss. nonché, a commento della sentenza ora richiamata, Id., *Dovere di difesa, servizio militare e status di cittadino (profili critici)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1967, pp. 342 ss. Sull’imputazione degli obblighi di leva a ex cittadini e apolidi nelle discipline della leva precedenti la repubblica

guerra e si continua a distinguere il valore della leva in tempo di guerra e in tempo di pace. Tuttavia, di fronte all'acuirsi del terrorismo, interno e internazionale, riprende vigore una risalente tradizione patria di coinvolgimento dell'esercito in compiti di mantenimento dell'ordine pubblico, e alla classica accezione internazionale di difesa se ne affianca una "interna", in cui difesa si connette a sicurezza intesa come difesa dei rapporti interni allo Stato, ammettendosi il coinvolgimento delle forze militari nell'attività di polizia in occasione di emergenze naturali o di ordine pubblico⁴⁴. Al contempo, il riconoscimento dell'obiezione di coscienza e l'istituzione del servizio civile sostitutivo (l. n. 772/1972), oltre a ribadire l'autonomia concettuale della leva rispetto alla difesa, afferma possibilità, già ammesse in dottrina, di una difesa non armata della patria, trovando per questa via il dovere di difesa modalità di espressione anche in campo sociale ed economico.

In questa fase, la giurisprudenza costituzionale se per un verso si caratterizza per la richiamata tendenza a enfatizzare la dimensione del diritto rispetto a quella del dovere (è il caso ad es. delle decisioni riguardanti la condizione del cittadino soldato⁴⁵, ma anche di quelle in tema di obiezione di coscienza⁴⁶) per altro verso opera un riconoscimento del servizio civile tutto all'interno dell'art. 52 – disegnando la prestazione del servizio civile quale conversione dell'obbligo militare ed entrambi come questo forme di adempimento del dovere di difesa – e al contempo apre la strada a quel passaggio tra "sostitutività" e "alternatività" del servizio civile che il legislatore sancirà con la l. n. 64/2001⁴⁷. L'istituzione del servizio civile nazionale operata dalla normativa del 2001, come l'ingresso delle donne nelle forze armate *ex d.lgs. n. 24/2000*, partecipano dunque di un nuovo complessivo ripen-

cfr. ad es. W. GIORGI-ALBERTI, *Leva militare*, in *Nuovo Digesto italiano*, VII, Torino, 1938, p. 810.

⁴⁴ Cfr. ad es. G. DE VERGOTTINI, *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, Milano, 1971, pp. 15 ss. e S. LABRIOLA, *Difesa nazionale e sicurezza dello Stato nel diritto pubblico italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 1979, pp. 904 ss.

⁴⁵ Si vedano ad es. le sentt. n. 414/1991 (salute e reclusione) e n. 37/1992 (diritto alla difesa).

⁴⁶ Cfr. ad es. le sentt. n. 164/1985, n. 113/1986, n. 467/1991, n. 343/1993 e n. 43/1997.

⁴⁷ Sull'alternatività caratterizzante il servizio civile nella disciplina del 2001 rispetto alla sostitutività qualificante invece la l. n. 772/1972 e, ancora, la l. n. 930/1998 – che pure ha configurato l'obiezione in termini di diritto soggettivo e non più, come faceva la normativa del 1972, quale concessione di un beneficio a convertire l'obbligo militare per ragioni di coscienza – così come sulle scansioni interne della giurisprudenza in materia, rinvio, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, a F. DAL CANTO, *Il cammino*, cit., pp. 272 ss.

samento della materia difesa⁴⁸, caratterizzato dalla sospensione/soppressione della leva, sostituita da un servizio militare professionale su base volontaria⁴⁹, e da una riscrittura dei compiti delle forze armate che attribuisce ai militari una serie di compiti ulteriori oltre a quello «prioritario» della «difesa dello Stato» e riguardanti la partecipazione italiana a missioni internazionali, la «salvaguardia delle libere istituzioni» nonché «pubbliche calamità e [...] altri casi di straordinaria necessità ed urgenza»⁵⁰. Questa ridefinizione di compiti e organizzazione della difesa opera un importante aggiornamento di quei nessi tra difesa e polizia che costituiscono fin dall'età statutaria uno specifico dell'esperienza italiana⁵¹, che sono stati oggetto di ripensamento a partire dagli anni Settanta e che oggi, di fronte a crisi migratorie, conflitti internazionali e catastrofi ambientali, si rivelano sottoposti a inedite e sempre più drammatiche tensioni che evidenziano la labilità della coppia interno/esterno in tema di difesa e della stessa coppia pace/guerra.

Le riforme dei primi anni Duemila evidenziano peraltro come proprio il tema difesa abbia costituito il contesto nel quale ha preso forma quella dialettica tra una solidarietà doverosa e una spontanea che si è registrata nella recente esperienza costituzionale italiana e, inoltre, come gli attuali rapporti tra difesa armata e difesa non armata abbiano ampliato gli ambiti di esplicazione della difesa dalla tradizionale sfera della solidarietà politica a quella economica e sociale, traducendosi in un «dovere di collaborazione civica»⁵²: un dovere forse meno sacro e più laico, e un'idea di patria prossima al cd. patriottismo costituzionale, quale partecipazione alle vicende e alle esigenze della comunità di cui si è consociati, e di tutela e promozione dei valori costituzionali fondanti quella comunità. Un'idea di difesa della patria che, pur volontaria, non smarrisce una componente doverosa, risultando oggi

⁴⁸ Ripensamento operato dalla l. delega n. 331/2000 e dai d.lgs. n. 215/2001 e n. 236/2003.

⁴⁹ Tra i sostenitori dell'incostituzionalità di tale trasformazione del servizio militare, cfr. ad es., J. LUTHER, *Art. 52*, cit., p. 1044 e S. CURRERI, *Difesa della Patria e solidarietà sociale*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, I, Napoli, 2010, pp. 165 ss.

⁵⁰ Art. 1, commi 3 e 4 l. cit.

⁵¹ Cfr. E. CHITI, *Difesa (amministrazione della)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, p. 1832, che parla di una «tradizionale connessione dell'attività militare con quelle di ordine e di sicurezza pubblica».

⁵² Così T. MARTINES, *Obiezione di coscienza e difesa della Patria*, in *Studi in onore di Lorenzo Spinelli*, Modena, 1989, p. 1413.

maggiormente connessa al più ampio novero dei doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e al "lavorista" dovere di concorso al progresso sociale dell'art. 4 co 2. Cost.⁵³.

2.4. Fedeltà, osservanza, disciplina e onore

L'art. 54, come le previsioni in tema di difesa e di doverosità del voto, riflette le contingenze del contesto storico attraverso il quale avvenne la transizione dal fascismo alla repubblica. La caduta dei doveri e degli imperativi morali che aveva seguito l'8 settembre 1943, la fuga dei regnanti e dei comandanti, il crollo dello Stato, la crisi di quei giuramenti su cui fino ad allora si erano espressi i vincoli di obbedienza e fedeltà. E poi la Resistenza e la lotta partigiana, le necessità dell'ordinamento transitorio, il passaggio dalla monarchia alla repubblica⁵⁴.

La parabola costituente del diritto di resistenza – e lo stesso è a dirsi dei nessi che legano l'art. 54 alla XII Disp. trans. – esemplarmente i nessi che legano l'art. 54 alle vicende della transizione repubblicana, così come la presenza "per sottrazione" della Resistenza all'interno del percorso costituente. Previsto dal progetto di costituzione redatto dalla Commissione dei Settantacinque quale controcanto (art. 50 comma 2) ai doveri poi collocati nell'art. 54 (art. 50, comma 1), in assemblea costituente il dibattito sul diritto di resistenza non richiamerà l'esperienza storica della Resistenza, oscillando piuttosto tra dispute di teoria del diritto, riguardanti la scrittura di un diritto *ex se* irriducibile a predeterminazione normativa, e timori che una simile previsione si traducesse in una sorta di diritto alla sovversione o che ostacolasse la pacificazione di una società dilaniata da una lotta al fascismo che per molti versi aveva assunto i caratteri di una guerra civile⁵⁵.

⁵³ Sent. n. 228/2004, *Cons.* 3.

⁵⁴ Si veda, almeno, C. PAVONE, *Una guerra civile. Saggio storico sulla moralità della Resistenza*, Torino, 1994, pp. 3 ss. Sulla «crisi del giuramento», ID., *La continuità dello Stato. Istituzioni e uomini*, ora in ID., *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Bollati Boringhieri, Torino, 1995, p. 79.

⁵⁵ Si veda a tale proposito M. LUCIANI, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 1991, p. 193, il quale, confrontando le vicende italiana e tedesca, rileva che «proprio la Resistenza come fatto rendeva scarsamente importante il problema della resistenza come diritto». Più di recente, cfr. A. BURATTI, *Diritto di resistenza e Costituzione repubblicana: diritti oppositivi, contropoteri istituzionali, prassi democratiche del popolo*, in cor-

Amputato per ragioni di pace sociale l'art. 54 di quel richiamo al diritto di resistenza che in qualche modo restituiva le ragioni e i conflitti di fondo che allora si legavano alla ridefinizione di componenti base dell'obbligazione politica nella vicenda italiana, tanto sul versante dei governati (fedeltà e obbedienza) quanto su quello dei governanti (disciplina e onore), l'art. 54 si configura come una disposizione inedita per la tradizione costituzionale italiana ed europea⁵⁶.

Peraltro, se i doveri del primo comma sono stati nel tempo oggetto di un nutrito dibattito, non altrettanto è a dirsi per quelli che il secondo comma impone agli affidatari di pubbliche funzioni. Di contenuti e limiti della fedeltà alla Repubblica, oltre che dei suoi rapporti con l'osservanza della sua Costituzione e delle sue leggi, si è discusso non solo nel passaggio tra monarchia e repubblica, ma anche rispetto alla *conventio ad excludendum* degli anni della guerra fredda, di fronte alla contestazione extraparlamentare tra gli anni Sessanta e Settanta e ai terrorismi degli ultimi lustri di prima repubblica, al secessionismo leghista e, più di recente, riguardo alle condizioni richieste per la naturalizzazione. Invece di doveri di disciplina e onore, si è brevemente discusso negli anni Sessanta, in parallelo alle riflessioni intorno alla democrazia protetta. Successivamente, il tema non è stato ripreso neppure di fronte a vicende (scandali, malaffare, conflitto d'interessi, riforma del pubblico impiego) che pure avrebbero potuto sollecitare inter-

so di pubblicazione in AA.VV., *I giuristi e la Resistenza. Una biografia intellettuale del Paese*, Atti del Convegno tenutosi presso l'Università degli studi di Bergamo, 19 novembre 2015, p. 5 del dattiloscritto, per il quale la vicenda costituente del diritto di resistenza costituisce un «simbolo evidente» del «denunciato tradimento dei valori della Resistenza [e] della condivisa intenzione dei partiti politici di chiudere i conti con un'esperienza destinata a rimanere confinata nella sua eccezionalità». Per le connessioni che evidenzia tra fedeltà e resistenza, merita di essere ricordata la posizione di chi, pur concordando che è il principio di sovranità popolare a fondare il diritto di resistenza, non debba comunque trascurarsi «quell'immane momento di solitudine dell'uomo di fronte al potere, in cui matura la pericolosa decisione di resistere. [...] Prima che il popolo tutt'intero insorga, ciascuno si troverà, almeno per un momento, nell'angoscioso dubbio sul 'che fare'. E in questa fase i suoi atti isolati, pur orientati in base al principio di sovranità popolare, non ne costituiranno esercizio; saranno, invece, sul terreno giuridico, adempimento del dovere di fedeltà». Così, A. CERRI, *Resistenza (diritto di)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, s.v., 1988, p. 7.

⁵⁶ Evidenzia questo carattere di novità rispetto al quadro statutario, nel quale i doveri di fedeltà e obbedienza trovavano esplicitazione innanzitutto nei reciproci giuramenti che intercorrevano tra gli organi essenziali della forma di governo statutaria, G.M. SALERNO, *Art. 54*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, cit., pp. 1075 ss.

rogativi riguardo i doveri dei «cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche»⁵⁷.

Gli scarsi richiami della Consulta e, per converso, il nutrito dibattito teorico su tale articolo, sono probabilmente spiegabili a partire dalla presenza nella disposizione di lemmi (a partire da *fedeltà*) più vicini alla sfera della morale che a quella del diritto, o che magari pur trovando applicazione ad es. in campo civile o penale, faticano invece ad essere ricondotti al rapporto tra cittadini e *res publica* caratterizzante l'odierno quadro costituzionale; inoltre, è sempre questa distanza tra l'odierna realtà costituzionale e le caratteristiche degli ordinamenti precedenti che rende scarsamente utilizzabili le dommatiche più risalenti, nelle quali il rapporto di fedeltà tra il sovrano e i sudditi era costruito a partire da impostazioni patrimonialistiche oggi superate⁵⁸.

Tra le ricostruzioni in materia va ricordato innanzitutto quella d'impianto normativistico e garantisticamente orientata che reputa la disposizione in oggetto incapace di effetti giuridici e di incidere sui diritti del singolo, ovvero assorbita da un generale dovere di obbedienza alle norme⁵⁹ - ricostruzione, tuttavia, che poco si attaglia ai diritti, ai principi e contenuti di valore caratterizzanti le carte dello stato costituzionale e al rispetto ad essi dovuto da parte dei singoli e di tutti i pubblici poteri.

Negli anni Cinquanta, invece, Carlo Esposito, sulla scia della critica alla natura funzionale dell'art. 21, riconobbe una pur attenuata valenza giuridica ai doveri dell'art. 54, interpretando la fedeltà quale «realtà pratica»⁶⁰ che non impone positive adesioni ad un credo, quanto piuttosto l'obbligo per ogni cittadino ad agire «come membro e parte della Repubblica pur quando leggi, e giudici ed esecutori non siano

⁵⁷ Così, G. SIRIANNI, *La qualità dei governanti*, cit., pp. 177 s.

⁵⁸ Cfr. G. M. SALERNO, *Art. 54*, cit., p. 1078.

⁵⁹ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1966, p. 240. La tesi è stata successivamente ripresa in Italia con diversità d'intonazioni da autori quali ad es. C. CARBONARO, *I rapporti civili e i rapporti politici*, in P. CALAMANDREI e A. LEVI (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, I, Firenze, 1950, pp. 166 s.; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1970, p. 445; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, pp. 1138 s.; A. CERRI, *Fedeltà*, cit., p. 4. Più di recente la tesi è stata sostenuta ad es. da G. GALANTE, *La fedeltà nei rapporti di diritto pubblico, tra morale, politica e diritto*, in *Rivista AIC*, 2010, pp. 1 ss.

⁶⁰ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, p. 52, nt. 120.

in grado di farne valere coercitivamente la volontà»⁶¹. In simili circostanze, in cui la piena effettività delle disposizioni appare interdetta, la fedeltà – che in normali situazioni si traduce in un particolare rigore nell’adempimento dei doveri già legislativamente previsti – esplicherebbe una funzione «suppletoria e integratrice dell’obbligo di obbedienza ai precetti (certi) dell’ordinamento»⁶².

Rispetto all’eccezionalismo della fedeltà espositiana, Giorgio Lombardi propone una lettura della fedeltà quale esplicazione della «più genuina funzione di dovere di solidarietà politica in senso stretto, operando quale fattore di *integrazione*, nel senso precisato da Smend», attribuendogli un «ruolo di costante *mediazione* dell’effettività dell’ordinamento, nel quadro proprio di una società politicamente eterogenea, e, al limite, antagonista»⁶³. Ricostruendo storicamente la distinzione tra fedeltà e osservanza secondo la prospettiva schmittiana della dialettica legalità/legittimità, Lombardi rileva come la fedeltà – «estranea» al «quadro costituzionale del c.d. “stato di legislazione” in cui la legalità [...] tendeva a sovrapporsi a ogni altra giustificazione del potere»⁶⁴ – acquisti specifico rilievo e significato negli stati costituzionali del secondo dopoguerra. In tali ordinamenti, fondati sulla legittimità quale espressione di società disomogenee, i consociati devono fedeltà ai principi attorno ai quali la costituzione cerca di promuovere coesione e integrazione sociale e che per questo motivo costituiscono limiti alla revisione costituzionale⁶⁵. Questa fedeltà, che ha ad oggetto «il contenuto materiale di una certa costituzione», costituisce a sua volta il «presupposto normativo» di un’osservanza che invece riguarda «le norme di un testo costituzionale [...] oltre alle altre norme dell’ordinamento, collegate alla dimensione *ordinaria* della legalità»⁶⁶ oltre che la base per limitazioni delle libertà giustificate dalla necessità di garantire quei principi sottratti a revisione. Da questo punto di vista, il dovere di fedeltà, normativamente orientato a «mediare in modo permanente la solidarietà politica attorno a quei valori [...] da cui discende la legittimità del potere statale», tende dunque a «ridurre il distacco» tra «le forze politiche e l’indirizzo contenutisticamente

⁶¹ *Ivi*, p. 51.

⁶² *Ivi*, p. 52, nt. 120.

⁶³ G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., p. 153, nt. 136.

⁶⁴ *Ivi*, p. 140.

⁶⁵ *Ivi*, p. 143.

⁶⁶ *Ivi*, p. 147.

qualificato della costituzione, mentre vale a limitare al solo piano dell'organizzazione statale la neutralità». In questo suo «contenuto minimale»⁶⁷, la fedeltà non implica un «positivo attivarsi»⁶⁸ a pro di quei valori che ne costituiscono oggetto di tutela, non riguarda gli atteggiamenti interiori del cittadino, né giustifica alcuna funzionalizzazione dei diritti costituzionali (in particolare di quelli più direttamente collegati alla formazione e manifestazione del pensiero, individuale e collettivo), ma si limita a giustificare obblighi “negativi”, finalizzati alla tutela di quel minimo d'integrazione («tolleranza») riconducibile alla solidarietà politica. Diverso il discorso per quanto attiene ai doveri che l'ultimo comma dell'art. 54 imputa ai titolari di pubbliche funzioni, a seconda che si tratti di titolari di pubblici uffici o che si ricoprano uffici di carattere costituzionale. Disciplina e onore – espressioni della fedeltà qualificata che l'ordinamento impone ai cittadini affidatari di pubbliche funzioni quali doveri non “d'ufficio”, ma “di servizio”, a tutela dello *status* prima che dell'attività del pubblico funzionario – non comportano solo obblighi “negativi”, ma anche vincoli a contenuto positivo, capaci d'incidere sugli stessi diritti del cittadino⁶⁹, traducendosi, nello scontro politico allora in atto sul piano interno e internazionale, «in una neutralizzazione a tutto campo dei pubblici dipendenti, operante in ambito sia funzionale, sia extra funzionale, conseguita anche al prezzo di un pesante sacrificio della libertà di associazione e di espressione politica»⁷⁰.

Muovendo da una critica della rilettura lombardiana della dialettica legalità-legittimità, il dovere di fedeltà è stato successivamente definito come diretto verso lo Stato-istituzione e il complesso di valori e principi costituzionali su cui esso poggia, differenziandosi dal dovere di osservanza che sarebbe invece diretto verso lo Stato-apparato e che riguarderebbe tutte le norme ordinarie dell'ordinamento giuridico⁷¹. Altri invece, riprendendo la riflessione espositiana, hanno inteso la fe-

⁶⁷ *Ivi*, pp. 148 s.

⁶⁸ *Ivi*, p. 152.

⁶⁹ *Ivi*, p. 180.

⁷⁰ Così G. SIRIANNI, *La qualità dei governanti*, cit., p. 187. A una visione ‘funzionalistica’ dei doveri dell'art. 54, comma 2, che contribuiscono a definire lo *status* del funzionario, possono ricondursi anche i più recenti contributi in materia di M. M. MAZZIOTTI DI CELSO e G.M. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, V ed., Padova, 2010, p. 287 e di B. DE MARIA, *Etica Repubblicana e Costituzione dei doveri*, Napoli 2013, pp. 249 ss.

⁷¹ È, in estrema sintesi, la tesi di L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Milano, 1984.

deltà quale dovere rivolto «non ad una specifica porzione dello Stato [...] ma all'intera organizzazione politica sovrana» e che impone ai cittadini «di agire a tutela dei fondamentali interessi della nazione, anche quando la costituzione e le leggi non gliene impongano il dovere con norme specifiche». In questa prospettiva la fedeltà, intesa quale rispetto delle istituzioni che qualificano esistenza e funzionamento della repubblica in quanto tenute alla cura di interessi esplicitate attraverso leggi adottate da rappresentanti della volontà popolare, non comporterebbe alcuna subordinazione del cittadino alle istituzioni e si differenzerebbe dall'osservanza poiché, diversamente da quest'ultima – e derogando all'art. 23 Cost. – sarebbe autonomamente capace di «essere fonte di un obbligo a contenuto positivo e giuridicamente vincolante per tutti i cittadini quando siano in gioco gli interessi fondamentali della nazione tutta»⁷². Altri, pur concordando con l'idea espositiva di una fedeltà che esprime le proprie specifiche valenze in situazioni a vario titolo “non ordinarie”, hanno ritenuto che questa si tradurrebbe in una sorta di vincolo al “metodo democratico”, e che la Repubblica cui fa riferimento l'art. 54 co. 1 coinciderebbe con la «*res publica*, intesa come l'esserci – sempre e comunque – un terreno di convivenza». Questa «idea sostanziale di “Repubblica”» implica dunque una fedeltà che non si traduce tanto nel «rispetto delle regole del gioco», quanto piuttosto riguarda il «*minimum* perché il gioco medesimo esista», richiedendo che «siano *almeno sempre presenti* una posta, dei contendenti, l'uguaglianza di opportunità reciproche (o, per restare nella metafora, la permanente possibilità di “rivincita” che i vincitori del momento riconoscono agli sconfitti)»⁷³. In dialettica con le ricostruzioni tanto di Esposito quanto di Lombardi, Augusto Cerri ha evidenziato come il dovere di fedeltà, diretto verso il complesso delle istituzioni, si configura diversamente nelle «democrazie che si difendono» e nelle «democrazie aperte». Nelle prime, questo dovere implicherebbe «adesione ai valori di fondo del sistema», legittimando divieti di partiti “antisistema” e limitazioni ai diritti dei singoli, e mentre

⁷² Così G. M. SALERNO, *Art. 54*, cit., pp. 1080, ma v. anche ID., *Il dovere di fedeltà tra simbolismo costituzionale e patriottismo repubblicano*, in *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, vol. III, Torino, 2005, pp. 511 ss., nonché M. MAZZIOTTI DI CELSO e G.M. SALERNO, *Manuale*, cit., pp. 286 s.

⁷³ Così S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato “laico”*, Napoli, 1986, spec. pp. 116 s. Su questa linea si veda inoltre più di recente E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, cit., p. 251.

per il cittadino tale fedeltà opera in negativo, per il pubblico funzionario essa può ben assumere connotati positivi. Nelle seconde, come l'Italia, la fedeltà non si connota ideologicamente – il solo limite di contenuto alle organizzazioni politiche è la norma della XII Disp. trans. – e si sostanzia piuttosto in una «continua apertura al confronto», permettendo manifestazioni di dissenso anche radicale rispetto i valori fondanti l'ordinamento e limitandosi a proibire azioni illegali e violente⁷⁴. Più di recente la fedeltà è stata intesa come operante «primariamente, anche se non esclusivamente, *nell'ambito dell'interpretazione del diritto costituzionale*» e consistente nel dovere di ogni cittadino di «*contribuire alla salvaguardia della continuità dell'ordinamento costituzionale nell'identità dei suoi principi supremi*». Rispetto a questa fedeltà orientata a garantire la coerenza degli sviluppi dell'ordinamento – dalle riforme costituzionali alla normativa secondaria – alla «identità dei suoi connotati essenziali», l'osservanza imporrebbe l'ulteriore dovere di improntare «al rigoroso rispetto delle forme costituzionalmente prescritte l'evoluzione del diritto positivo» e di legare «l'interpretazione e l'applicazione delle fonti normative alla loro formulazione testuale al momento esatto dell'applicazione»⁷⁵.

Infine, una recente rilettura dell'art. 54 comma 2 supera la tradizionale visione dei doveri di disciplina e onore gravanti sui cittadini affidatari di funzioni pubbliche quali doveri di “servizio” che concorrono a definire lo *status* del funzionario. Disciplina e onore costituirebbero piuttosto doveri “di ufficio”, orientati a salvaguardare la dignità della funzione e a collegare «l'interesse (alieno) alla attività del soggetto», e questa dimensione «esclusivamente *funzionale*» impedisce che il dovere in questione entri in conflitto con i diritti che al funzionario spettano in quanto cittadino⁷⁶. In questa prospettiva, la «disciplina», lungi dal costituire riflesso di una subordinazione del funzionario derivante dal rapporto di servizio, si traduce piuttosto in un «corredo delle qualità, delle attitudini, della perizia, della prudenza, occorrenti perché egli possa essere in grado di adempiere le funzioni pubbliche che gli sono

⁷⁴ A. CERRI, *Fedeltà*, cit. nonché ID., *Sul principio di fedeltà (a proposito di una recente decisione della Sezione disciplinare del C.S.M.)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983, pp. 751 ss.

⁷⁵ Così A. MORELLI, *I principi costituzionali*, cit., pp. 15 s. e *amplius* ID., *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013, pp. 191 ss.

⁷⁶ Così G. SIRIANNI, *la qualità dei governanti*, cit., p. 194, con rimando alla tesi di S. Pugliatti.

state affidate» e, combinandosi con l'art. 51 Cost., configurerebbe un «*generale principio meritocratico*, da integrare con altri principi di legittimazione, destinato a trovare il suo svolgimento più deciso in tutti i casi in cui la Costituzione prescrive il concorso pubblico (art. 98), ma egualmente sussistente, anche se in forme diverse, nel caso in cui l'accesso agli uffici deve avvenire tramite elezione o per nomina». Analogamente, l'onore in questa lettura verrebbe a risolversi nella «*ingenuitas*», intesa quale «condizione di libertà morale» che permette di «non essere (né apparire) *sottomesso* ad interessi di qualunque natura diversi da quelli dell'ufficio, personali o altrui con pregiudizio della capacità di curare gli interessi pubblici in modo regolare e obiettivo», configurandosi al contempo come «tensione interiore ed esterna verso [...] quella che sinceramente si ritiene essere la verità, accompagnata dal coraggio necessario per asserirla»⁷⁷.

Un primo filone della rada giurisprudenza costituzionale intervenuta sull'art. 54 Cost. ha investito alcune limitazioni legislative delle libertà individuali poste a tutela di simboli e istituzioni dell'ordinamento repubblicano. In queste decisioni, specie se riguardanti ipotesi previste dai codici militari, la Corte ha generalmente evitato di sindacare il rigore delle sanzioni intervenendo direttamente sulla normativa optando per rinvii al legislatore affinché, nella sua discrezionalità e «avendo [...] riguardo, anzitutto, ai principi costituzionali», s'incarichi di «ripensare e ridimensionare il sistema dei reati e delle pene» caratterizzanti il codice militare. Simili limitazioni delle libertà del singolo sono state ritenute ammissibili dalla Consulta qualora si tratti di attività materiali o di manifestazioni caratterizzate da una «concreta idoneità offensiva», le quali mancando di ogni rispetto verso il bene oggetto di tutela, possano effettivamente indurre i destinatari ad atti illegali; per converso non sono state ritenute ammissibili disposizioni che sanzionino manifestazioni o comportamenti solo potenzialmente idonei a ledere il dovere di fedeltà, dovendosi al contrario garantire ai singoli la possibilità di esprimere critiche, anche aspre, verso quei simboli e quelle istituzioni⁷⁸. Un secondo gruppo di senten-

⁷⁷ *Ivi*, risp. pp. 204 e 207.

⁷⁸ Tra le decisioni che hanno riconosciuto la legittimità di simili limitazioni si vedano ad es. le sentt. n. 20/1974 (vilipendio del Governo, dell'Ordine giudiziario e delle Forze armate dello Stato, ex art. 290 cod. pen.), n. 188/1975 (offesa alla religione dello Stato, ex art. 403 cod. pen.), n. 531/2000 (vilipendio alla bandiera, ex art. 83, primo comma, del cod. pen. mil. di pace). Tra le pronunce conclusesi per l'incostituzionalità delle norme denuncia-

ze ha invece avuto a oggetto, e regolarmente giustificato, normative che impongono limiti particolari alla posizione dei pubblici funzionari in ragione dei doveri di disciplina e onore che l'art 54, co. 2 impone loro, esprimendo in certo modo una visione unitaria della fedeltà del funzionario, che giustificerebbe sanzioni più rigorose in caso di reati inerenti alle funzioni esercitate⁷⁹. Tralasciando le pronunce in tema di giuramento, l'impressione che si trae da questi percorsi giurisdizionali è quella di una certa diffidenza dei giudici delle leggi verso una norma che potrebbe facilmente giustificare, se non correttamente inquadrata nell'insieme delle altre disposizioni costituzionali che a essa si connettono, importanti limitazioni dei diritti fondamentali⁸⁰. Al contempo, quel che sembra mancare nello svolgersi della giurisprudenza in materia è proprio un serio tentativo di operare un simile inquadramento costituzionale della norma in questione: una certa riluttanza della Corte ad aggiornare la propria visione dell'art. 54 e una scarsa sensibilità al nutrito dibattito che in materia ha attraversato la riflessione degli studiosi in età repubblicana.

L'art. 54 contribuisce nei suoi due commi a configurare un modello di organizzazione politica e un rapporto governati/governanti poggiante su un «binomio composto da etica repubblicana e rigore costituzio-

te si vedano le sentt. n. 199/1972 (che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 112 del t.u.l.ps. del 1931, nella parte relativa al divieto di pubblicazioni contrarie agli ordinamenti dello Stato o al prestigio delle autorità e lesive del sentimento nazionale), n. 341/1994 (sul minimo edittale previsto dall'art. 341 cod. pen. per il reato di oltraggio a pubblico ufficiale), n. 243/2001 (sul reato ex art. 271 cod. pen. di associazione antinazionale diretta a distruggere o deprimere il sentimento nazionale).

⁷⁹ Si vedano le sentt. n. 58/1960 (sul giuramento del testimone), n. 100/1966 (sul reato di eccitamento al dispregio delle istituzioni), n. 164/1982 (in materia di responsabilità patrimoniale degli amministratori delle Università e degli Istituti di istruzione superiore), n. 539/1988 (sulle particolari sanzioni comminabili agli appartenenti alla Guardia di Finanza in caso di violazione di leggi finanziarie), n. 206/1999 (sulla sospensione cautelare dal servizio di funzionario pubblico rinviato a giudizio per i reati di corruzione e concorso esterno in associazione mafiosa), n. 189/2001 (sulla disciplina in tema di compatibilità tra l'attività di dipendente pubblico *part-time* e l'esercizio di professioni intellettuali) e, infine, pur non richiamando l'art. 54 cost. a parametro, la n. 145/2002 (sulla sospensione dal servizio del funzionario condannato anche non in via definitiva per reati di particolare gravità). Per un più esaustivo esame della giurisprudenza in materia, cfr. A. MORELLI, *I paradossi*, cit., pp. 169 ss.

⁸⁰ Paradigmatico di questa riluttanza della Consulta a maneggiare i doveri è lo scarso spazio dedicato all'art. 54 cost. anche in una decisione unica come quella sul c.d. caso *Lockheed* – sent. n. 156/1979 – che pure sollevava importanti questioni intorno ai doveri dei titolari di funzioni pubbliche. Cfr. *ivi*, pp. 181 ss.

nale»⁸¹, rivelandosi paradigmatico del significato costituzionale dei doveri e dei doveri di solidarietà politica in particolare ed evidenziando l'apertura della trama costituzionale e la distanza tra questa e le ricostruzioni in tema di obbligo politico del positivismo statualista. I doveri che la disposizione prevede rimandano a dimensioni esterne alla sfera giuridica; al contempo, quell'articolo, se per un verso restituisce la forza delle ragioni che hanno indotto i costituenti ad inserire questa *rara avis* nel testo costituzionale, per altro verso si rivela facilmente strumentalizzabile in senso autoritario, o quanto meno limitativo del pluralismo politico e sociale. Ed è questa dimensione problematica e al contempo situata del dovere in questione che ha diffusamente indotto a dubitare della sua stessa giuridicità. Al contempo, il dipanarsi del dibattito in età repubblicana, restituisce in controtelaio l'intrecciarsi del tema ai grandi dilemmi dello Stato costituzionale, a una serie di questioni capaci di incidere sensibilmente sulle stesse condizioni di effettività della democrazia pluralista, e l'attuale ripresa della riflessione in materia evidenzia la necessità di un aggiornamento della riflessione su questo come sugli altri doveri, di solidarietà politica e non solo, alla luce dei mutamenti in atto e all'altezza del valore civile che caratterizza il discorso costituzionale dei doveri di solidarietà.

La fedeltà alla repubblica e l'osservanza della costituzione e delle sue leggi, dinanzi alle dinamiche migratorie in atto, incrociano la riscrittura delle regole e dei confini della cittadinanza, l'elaborazione di politiche d'integrazione e di strumenti per la valutazione di questa integrazione, incidendo per questa via su elementi di primo piano della convivenza nelle società pluraliste, a partire dall'adesione ai principi della costituzione intesa appunto quale fattore d'integrazione sociale e politica, evidenziando alcuni dei conflitti e dunque delle linee di sviluppo dello Stato costituzionale democratico e pluralista dinanzi all'odierno multiculturalismo⁸². Si pensi alle inedite connessioni che in questa prospettiva legano oggi fedeltà e osservanza al principio di laicità⁸³. I doveri di disciplina e onore, così come le questioni riguar-

⁸¹ Così A. MORELLI, *I paradossi*, cit., p. 30.

⁸² Sulle tensioni che l'odierno multiculturalismo apre sul terreno dei principi costituzionali cfr. ad es. G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, pp. 85 ss.

⁸³ Su tali connessioni, v. ad es. i già richiamati lavori di S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica*, cit., *passim* e di A. MORELLI, *I paradossi*, cit., pp. 26 ss.

danti la doverosità del voto mettono invece a tema interrogativi inerenti, come già accennato, al rapporto governati/governanti caratterizzante l'obbligo politico e alla crisi del rappresentante e del rappresentato. Dinanzi alla perdurante corruzione e al malaffare che non da oggi caratterizza a ogni livello di governo la gestione della cosa pubblica nella vicenda italiana, si tratta ad es. di proseguire la riflessione sul significato attuale degli speciali doveri che incombono sui titolari di pubbliche funzioni, all'altezza dell'alto valore civile della previsione e capace d'incidere sulla distanza tra classi dirigenti e regole base dell'etica repubblicana⁸⁴. Riguardo ai nessi tra voto e dovere, in un contesto di disaffezione dalla politica e di crisi dei soggetti della rappresentanza, non si tratta di andare alla riscoperta di meccanismi sanzionatori storicamente immaginati per elettorati mobili e poco "fedeli", quanto semmai, come accennato, di tornare a ragionare sulle diverse valenze e implicazioni che la doverosità del voto può avere con riguardo a consultazioni elettorali e referendarie, senza trascurare i rischi di squalificazione di un istituto finalizzato a moderare i governanti che possono venire da una negazione della doverosità del voto referendario a tutto vantaggio della democrazia dei partiti.

3. Conclusioni. Per una solidarietà politica tra diversi

Riprendendo una riflessione risalente ai *kathekonta* degli stoici, agli *officia* ciceroniani, e successivamente transitata attraverso la tomistica, il giusnaturalismo, Machiavelli, fino a Mazzini e al pensiero democratico risorgimentale e unitario, alla Costituente il tema dei doveri politici evidenzia con forza, seppur in controtendenza, il valore civile di quel percorso di rifondazione, la valenza d'integrazione che la tradizione democratica riconosce a questi doveri e il tentativo di tenere assieme moralità e istituzioni, che costituiva forse il più importante contributo "costituzionale" della resistenza⁸⁵. Ma come il contributo

⁸⁴ Tra le più recenti riflessioni sul tema, oltre al già richiamato saggio di G. SIRIANNI, *La qualità dei governanti*, cit., si vedano ad es. G. AZZARITI, *Corte e democrazia*, in F. DAL CANTO e E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Atti del Seminario svoltosi a Pisa il 4-5 giugno 2010, Torino, 2011, pp. 111 ss., spec. p. 132 e L. VENTURA *Rigore costituzionale ed etica repubblicana. Distorsione dei principi costituzionali in tema di democrazia e forma di governo*, in www.forumcostituzionale.it.

⁸⁵ Il riferimento è ancora a C. PAVONE, *Una guerra civile*, cit.

della resistenza all'edificazione del nuovo ordinamento resta sullo sfondo di una storiografia repubblicana che ha sempre centrato l'analisi del percorso costituente tutta intorno al contributo proveniente dai vari partiti⁸⁶, così il terreno dei doveri politici è venuto progressivamente a “decostituzionalizzarsi”, persistendo visioni riduttive di quelle situazioni giuridiche: che negano o quanto meno depotenziano la stessa giuridicità di tali previsioni; riproduttive della verticalità doveristica tipica della statualistica liberale, trascurando il mutamento di paradigma intervenuto con la riconduzione dei doveri a solidarietà; ovvero, a partire dagli ultimi lustri di Novecento, che finiscono per esaltare, in parallelo con l'affermarsi del principio di sussidiarietà orizzontale, la dimensione spontanea della solidarietà a scapito di quella doverosa.

Guerre, migrazioni, crisi – economica, sociale e politica – inducono oggi a riprendere una riflessione sugli attuali significati dell'affermazione costituzionale della solidarietà, sui suoi contenuti e sulle sue proiezioni nel tempo e nello spazio. In questo contesto, l'ambito dei doveri politici di solidarietà evidenzia con particolare nitore la centralità della questione dei soggetti di diritti e doveri: del chi è chiamato a partecipare alla vita politica, a difendere la comunità cui si partecipa e a essere fedele all'ordinamento che regge quella comunità. Una conferma in tal senso viene dalle trasformazioni che negli ultimi lustri hanno investito il tema della difesa della patria.

I profondi mutamenti intervenuti nei concetti di difesa e di patria e nei servizi militare e civile hanno interessato solo in parte la platea dei potenziali titolari di quel dovere e dei rispettivi obblighi – nonostante l'esaltazione del momento della scelta che connota le recenti riorganizzazioni dei servizi, nonostante le implicazioni antidiscriminatorie che “lavoristicamente” la professionalizzazione della leva porta con sé e, infine, nonostante quella valorizzazione della scelta potrebbe arricchire di nuova linfa e contenuti le valenze d'integrazione civica che storicamente connotano i servizi alla difesa, tanto militari quanto civili. A questo riguardo, meritano attenzione due decisioni della Consulta le quali, nella diversità delle argomentazioni che dispiegano, restituiscono efficacemente una serie di tensioni e interrogativi attualmente

⁸⁶ Sia permesso il rinvio, in una prospettiva di diritto e letteratura, a G. BASCHERINI e G. REPETTO, *Il romanzo della resistenza e la transizione costituzionale italiana: la letteratura tra moralità e istituzioni*, in questa *Rivista*, 1/2015.

caratterizzanti la questione dei soggetti della solidarietà politica: la sent. n. 172/1999 e la sent. n. 309/2013, intervenute rispettivamente in materia di servizio di leva e di servizio civile locale.

La sent. n. 172/1999 – pronunciata alla vigilia delle riforme in materia di difesa intervenute nei primi anni Duemila – ha ritenuto legittimo l'assoggettamento agli obblighi militari dell'apolide residente sul territorio italiano alla luce di due ordini di considerazioni. Innanzitutto, perché per questi non-cittadini «non è ipotizzabile per definizione» quel «conflitto potenziale tra opposte lealtà» che invece potrebbe verificarsi per gli stranieri o nei casi di doppia cittadinanza (*Cons.* 2.2). Nella complessiva economia della decisione, tuttavia, questo tradizionale nodo del conflitto di fedeltà⁸⁷ viene affrontato incidentalmente rispetto a un secondo e più rilevante passaggio argomentativo. Muovendo da una ricostruzione dell'ambito soggettivo di validità dell'art. 52, comma 2, in virtù della quale il riferimento al cittadino «stabilisce in positivo, ma non circoscrive in negativo» i limiti soggettivi di tale obbligo – ben potendo il legislatore estendere discrezionalmente la platea dei soggetti chiamati alla prestazione militare (*Cons.* 2.1) – la Corte, indotta dalla recente adozione del Testo unico sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998), che per la prima volta disegna una disciplina tendenzialmente organica della condizione dello straniero, ritiene che tale estensione possa dirsi ragionevole tenendo conto della «ampia tutela di cui godono gli apolidi residenti in Italia, *in tutti i campi diversi da quello della partecipazione politica*» (corsivo mio). Questa “partecipazione a una comunità di diritti” «ben può giustificare la sottoposizione a doveri funzionali alla sua [della comunità] difesa», tanto più nel caso degli apolidi, che di tale comunità fanno parte per

⁸⁷ A ridosso della riforma in tema di cittadinanza operata dalla l. n. 91/1992, la Consulta è intervenuta su ipotesi – reali o potenziali – di doppia imposizione degli obblighi militari nei confronti di coloro che avessero perso la cittadinanza italiana e acquisita quella di altro Stato. La sent. n. 974/1988 ha dichiarato l'incostituzionalità della sottoposizione agli obblighi di leva di chi avesse perduto la cittadinanza italiana a seguito dell'acquisto di quella di altro Stato nel quale abbia già prestato il servizio militare, mentre la sent. n. 278/1992 ha ritenuto parimenti incostituzionale l'imputazione degli obblighi di leva a colui che perduta la cittadinanza italiana, fosse divenuto cittadino di uno Stato nel quale fosse tenuto a prestare il servizio militare. Successivamente, la sent. n. 131/2001⁸⁷ ha dichiarato incostituzionale anche l'imposizione degli obblighi militari a chi abbia perso la cittadinanza italiana divenendo cittadino di uno Stato in cui non esiste il servizio militare obbligatorio. Su tale giurisprudenza sia permesso il rinvio, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, a G. BASCHERINI, *I doveri costituzionali degli immigrati*, cit., pp. 123 ss.

una scelta libera, «non giuridicamente imposta circa lo stabilimento della propria residenza» (*Cons.* 2.3)⁸⁸.

Diverso itinerario argomentativo caratterizza invece la sent. n. 309/2013, che, riconducendo il servizio civile locale al volontariato, esclude che la relativa prestazione costituisca adempimento del dovere di difesa (*Cons.* 4) ed estende la partecipazione a questo servizio agli stranieri regolarmente soggiornanti, «in quanto si tratta di prestazioni personali effettuate spontaneamente a favore di altri individui o della collettività» e che rappresentano «la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale». Inoltre, per i giudici, la partecipazione a tali forme di solidarietà deve «essere ricompresa tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente» e, nel caso di questi individui, stabilmente inseriti nella vita della collettività alla quale quelle prestazioni sono dirette, l'adempimento di un simile servizio vale «anche a rafforzare quelle esigenze di integrazione nella comunità e di pieno sviluppo della persona che devono essere assicurate dalla legislazione in materia di trattamento dello straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato», e «una volta che il diritto a soggiornare non sia in discussione», il legislatore non può «discriminare gli stranieri stabilendo nei loro confronti particolari limitazioni né per il godimento dei diritti fondamentali della persona [...] né nell'esercizio dei doveri di solidarietà previsti dalla Costituzione» (*Cons.* 6).

⁸⁸ Su tale sentenza, si veda ad es. E. GROSSO *I doveri costituzionali*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino. Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, 2010, pp. 229 ss. e, volendo, G. BASCHERINI, *I doveri costituzionali degli immigrati*, cit., pp. 126 ss., nonché, più criticamente, G. MOSCHELLA, *Sul mantenimento dell'obbligo del servizio militare per gli apolidi: una interpretazione discutibile della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, pp. 1728 ss. e M. LUCIANI, *Intervento*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., pp. 422 s. La giurisprudenza costituzionale, del resto, non ha mai del tutto escluso i non cittadini dalla difesa della Patria, ritenendo piuttosto che «il silenzio della norma costituzionale non comporta divieto», che il richiamo alla cittadinanza dell'art. 52 Cost. «stabilisca in positivo ma non circoscriva in negativo» i limiti soggettivi del dovere in questione e che possono comunque immaginarsi specifiche limitazioni nell'impiego dei volontari stranieri: trattandosi, di un ampliamento eccezionale dell'ambito soggettivo della norma, possono bene ammettersi «limiti e condizioni» al fine di evitare conflitti di fedeltà che se per un verso possono mettere a rischio la sicurezza, l'indipendenza e l'integrità dello Stato, per altro verso possono comportare la sottoposizione dei soggetti coinvolti all'adempimento dei relativi obblighi verso più di un Paese (*Cons.* 2.1, ma v. già sent. n. 53/1967).

Le argomentazioni spese dalla Consulta nelle due decisioni presentano entrambe luci e ombre. La sent. n. 172/1999 corrobora una lettura meno restrittiva dei rapporti tra cittadinanza e diritti/doveri politici, in virtù della quale i riferimenti alla cittadinanza nelle disposizioni costituzionali in materia attribuiscono ai cittadini un diritto inviolabile o un dovere inderogabile, ma non escludono che il legislatore ordinario, senza bisogno di una revisione costituzionale⁸⁹, possa allargare a non-cittadini il riconoscimento di queste situazioni giuridiche soggettive⁹⁰. Inoltre, è interessante, e foriero di ulteriori potenziali sviluppi, il richiamo della sent. n. 172/1999 alla libera scelta del non cittadino a stabilire in Italia la propria residenza e dunque a partecipare alle sorti della comunità nella quale si sceglie di vivere. Analogamente, della sent. n. 309/2013 meritano attenzione i forti richiami alla solidarietà quale valore fondante dell'ordinamento e alla valenza integrativa che caratterizza le prestazioni riconducibili a solidarietà. D'altra parte, nell'una come nell'altra pronuncia, le ombre paiono riguardare l'insufficiente elaborazione della componente propriamente politica della solidarietà chiamata in causa dai servizi oggetto di tali decisioni. La sent. n. 172/1999, mossa da un afflato di *Verfassungspatriotismus*⁹¹, si addentra in una ricostruzione del richiamo alla cittadinanza dell'art. 52, comma 2 Cost. che, muovendo dalla «ampia tutela di cui godono gli apolidi residenti in Italia», riconosce loro la spettanza del dovere politico per antonomasia: la difesa della Patria. Tale attribu-

⁸⁹ V. ad es. F. LANCHESTER, *Voto (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 1124; G.U. RESCIGNO, *Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1997, p. 42; T. E. FROSINI, *Gli stranieri tra diritto di voto e cittadinanza*, in *www.forumcostituzionale.it*. (17 maggio 2004).

⁹⁰ In dottrina, a sostegno di tale tesi, v. ad es.: A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, 2003, p. 319; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari di diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1992, pp. 224 s.; ID., *Il diritto di voto agli immigrati: profili costituzionali*, in Commissione per le politiche di integrazione degli immigrati (a cura di), *Partecipazione e rappresentanza politica degli immigrati, Atti del Convegno (Roma, 21 giugno 1999)*, Dipartimento degli affari sociali, Roma, 2001, par. 5. F. CERRONE, *Identità civica e diritti degli stranieri*, in *Politica del diritto*, 1995, p. 451; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, Padova, 1997, p. 429; E. GROSSO, *Cittadini per amore, cittadini per forza: la titolarità soggettiva del diritto di voto nelle costituzioni europee*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, p. 22; P. CHIRULLI, *Il diritto di voto degli stranieri extracomunitari*, in *Una Provincia utile. Studi in ricordo di Giorgio Fregosi*, Napoli, 2006, spec. pp. 232 ss.

⁹¹ Così, a commento della sentenza in questione, E. GROSSO, *Sull'obbligo di prestazione del servizio di leva da parte degli apolidi. Spunti di riflessione verso possibili nuove concezioni della cittadinanza*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1999, pp. 1712 s.

zione, tuttavia, sganciata dal riconoscimento di diritti politici (la stessa Corte riconosce infatti – *Cons.* 2.3 – che quella «ampia tutela» opera «in tutti i campi diversi da quello della partecipazione politica») rischia di esaltare le valenze profondamente disciplinanti e passivizzanti che potrebbero derivare da un'integrazione costruita tutt'attorno al timbro del dovere⁹². Invece, la sent. n. 309/2013, dopo aver contestato la discriminazione riconducendo il servizio oggetto della pronuncia all'ambito del volontariato⁹³ ed evidenziando la valenza integrativa di tale prestazione per stranieri stabilmente inseriti nella vita della collettività verso la quale avrebbe modo di esplicarsi quella espressione volontaria di solidarietà, nelle sue conclusioni rimette a tema con qualche disinvoltura la dimensione doverosa della solidarietà (gli stranieri regolarmente residenti, secondo la Corte, non possono essere discriminati dal legislatore «stabilendo nei loro confronti particolari limitazioni [...] nell'esercizio dei doveri di solidarietà previsti dalla Costituzione» [corsivo mio]), trascurando le specifiche connessioni che in campo politico connettono tali doveri alla condizione di cittadino.

È ragionevole ritenere che ciò che ha costituzionalmente a che fare con la sovranità popolare, intesa questa quale partecipazione ai momenti fondamentali della vita di una *polis*, sia riservato al cittadino – che si tratti di concorrere con l'elettorato a determinare democraticamente la politica nazionale (diverso il caso dell'elettorato locale) o che si tratti di difendere la Patria, se necessario fino alla morte, di altri e propria. Il discorso cambia per quanto attiene al servizio civile e all'interdizione del non cittadino dalla platea dei potenziali prestatori di tale servizio⁹⁴. Nel caso italiano, questo servizio ha preso storica-

⁹² V, ad es., G. MOSCHELLA, *Sul mantenimento dell'obbligo*, cit., pp. 1731 s.; A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, Napoli, 2006, pp. 241 ss.; M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, 2007, p. 189, nota 14.

⁹³ Le espressioni utilizzate dalla Corte per definire il servizio in questione sono tratte, senza citare il precedente, dalla nota sent. n. 75/1992 (*Cons.* 2), sulla quale v. il commento di E. ROSSI, *Principio di solidarietà e legge-quadro sul volontariato*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1992, pp. 2348 ss.

⁹⁴ Il servizio civile persegue una serie di fini ulteriori rispetto a quello militare (art. 1 l. n. 64/01), in ordine ai quali l'esclusione degli stranieri regolarmente residenti sembra configurare una di quelle discriminazioni nell'esercizio dei doveri costituzionali denunciate dalla cit. sent. n. 309/2013, oltre che incongruenze e discriminazioni lesive del pari trattamento in materia di diritti civili tra cittadini e stranieri "in regola" previsto dall'art. 2 del d.lgs. n. 286/1998. Potrebbe infatti verificarsi la situazione per cui può essere straniero il responsabile del progetto per l'ente presso il quale si presta servizio, ma non può esserlo il volon-

mente forma, tramite il riconoscimento dell'obiezione di coscienza, prima in sostituzione e poi in alternativa al servizio militare: l'uno come l'altro "modi di rendere attuale il dovere di difesa". Non di meno, gli sviluppi nelle discipline di tali servizi, fino alle riforme che li hanno resi volontari e non più obbligatori, assieme ai mutamenti che queste trasformazioni hanno sollecitato tanto nell'idea di "difesa" quanto in quella di "Patria", evidenziano due dinamiche apparentemente contraddittorie. Da una parte, queste vicende concorrono a legare la difesa della Patria non solo alla dimensione politica della solidarietà, ma anche a quella sociale ed economica. D'altra parte, il servizio civile, come evidenziano le riforme e la giurisprudenza costituzionale più recente, tende progressivamente a recidere il cordone che storicamente lo lega alla difesa per acquisire un più ampio significato di prestazione di solidarietà al contempo politica, sociale ed economica.

Che la contraddittorietà di questo doppio movimento sia solo apparente sembra discendere dal fatto che entrambe le tendenze possono conservare e forse addirittura valorizzare la funzione d'integrazione che la costituzione attribuisce ai doveri di solidarietà. La concretizzazione di tale valenza integrativa oggi dovrebbe indurre il legislatore ad affrontare una serie di nodi evidenziati dalla giurisprudenza e dagli studiosi, che da tempo leggono i riferimenti alla cittadinanza in materia di diritti e doveri politici non tanto come una preclusione al non cittadino, ma piuttosto investendo su un'idea sostanziale di cittadinanza in termini di partecipazione alle vicende e dunque ai diritti e doveri che caratterizzano la vita di una comunità. Lo stesso legislatore, sulla scia di una tradizione secolare, ammette in alcune ipotesi lo straniero a svolgere servizio militare, a ciò ricollegando l'acquisto della cittadinanza⁹⁵, a conferma che se innegabilmente deve aversi una patria perché si possa difenderla è anche vero che scegliere di difendere una patria è già un modo di farne parte, e una simile scelta non può non avere conseguenze in termini di inclusione civica. Queste dinamiche tut-

tario che quel servizio presta. Ancora, la prestazione del servizio civile può comportare il riconoscimento di crediti formativi universitari o l'estensione di convenzioni stipulate tra Ufficio nazionale del servizio civile, enti locali e imprese al fine di favorire il collocamento nel mercato del lavoro. Cfr. a riguardo Trib. Milano, sez. Lavoro, 12.1.2012, reperibile all'URL <http://www.serviziocivile.gov.it/Normativa/Default.aspx?Section=20>. Sia permesso a riguardo il rinvio a G. BASCHERINI, *Il servizio civile tra Stato e Regioni, i doveri di solidarietà, la cittadinanza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2014, pp. 534 ss.

⁹⁵ Artt. 4 e 13 della l. n. 91/1992.

tavia non arrivano ancora a ridefinire il novero dei soggetti ammessi ai servizi militari e civili. E ancora si discute dell'ammissione a questi servizi di ventenni, magari nati altrove ma che in Italia sono stati cresciuti e formati, a causa dei ritardi – etici e culturali prima ancora che politici – di un legislatore incapace di una riforma della cittadinanza⁹⁶ che tenga conto della situazione delle seconde generazioni d'immigrati muovendosi in quello «spazio vuoto di diritto costituzionale» offerto dall'art. 52 Cost., apprezzando «le ragioni che inducano a estendere la cerchia dei soggetti chiamati alla prestazione del servizio»⁹⁷. Questo ripensamento della cittadinanza, peraltro, potrebbe favorire un'inclusione di questi soggetti esente dai già richiamati rischi d'integrazione “passivizzante” che potrebbero venire da un'attribuzione di doveri politici sganciati dal riconoscimento dei diritti politici, mettendo al contempo a valore le tensioni all'apertura e all'inclusione che improntano le previsioni costituzionali in materia di cittadinanza⁹⁸, promuovendo condizioni di convivenza adeguate all'esperienza e che favoriscano la crescita collettiva, la comprensione e la solidarietà tra le persone conviventi su uno stesso territorio.

Oggi tuttavia non si tratta di integrare solo nuovi cittadini, ma di alimentare e rinvigorire appartenenza e identità civica di chi cittadino già lo è. In queste pagine si è cercato di evidenziare i nessi che legano la recente ripresa di attenzione al tema dei doveri costituzionali di solidarietà a una crisi politica, economica e sociale che incide sui legami solidali determinando un senso di insicurezza e precarietà che a sua volta induce ripiegamento, disgregazione delle tradizionali comunità di senso e dei grandi soggetti del pluralismo: dal mondo del lavoro a quello della scuola e dei tradizionali canali di rappresentanza e partecipazione politica, dal partito al sindacato. Da questo punto di vista, si potrebbe sollecitare e promuovere una più ampia partecipazione a un servizio civile inteso non più quale modalità alternativa di attualizzazione del dovere di difesa, ma in quanto prestazione di una indeclinata

⁹⁶ Per una recente ricostruzione del dibattito e delle proposte di riforma in materia di cittadinanza, v. D. FIUMICELLI, *Spunti di riflessione in tema di cittadinanza: l'azione di integrazione degli stranieri extracomunitari tra profili comparatistici, progetti in discussione e best practices*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2014.

⁹⁷ Sent. n. 172/1999, Cons. 2.2.

⁹⁸ Cfr., *ex multis*, F. CERRONE, *Identità civica e diritti degli stranieri*, in *Politica del diritto*, 1995, p. 454 e U. ALLEGRETTI, *Costituzione e diritti cosmopolitici*, in G. GOZZI (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione*, Bologna, 1997, p. 166.

solidarietà, aperto a tutti coloro che abbiano raggiunto la maggior età: uomini e donne, cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti (eventualmente per questi ultimi prevedendo quale ulteriore preconditione un periodo minimo – dai tre ai cinque anni – di residenza). Evidentemente, l'istituzione di questo servizio non potrebbe che essere una risposta parziale ai bisogni d'integrazione e rafforzamento dell'identità civica di una società come quella italiana, storicamente caratterizzata da scarsità di simili risorse. Al contempo, la prestazione di un simile servizio per un verso dovrebbe evitare di tradursi in una ulteriore occasione di supplenza malpagata o non retribuita di stato sociale⁹⁹, e per altro verso dovrebbe saldarsi a un rinnovato impegno della scuola in direzione di un'integrazione effettivamente rispettosa delle differenze culturali, sociali, di genere e così via, e che anzi viva queste differenze come un arricchimento più che come un ostacolo, evitando le derive assimilazioniste e gerarchizzanti che hanno storicamente caratterizzato ad es. l'esperienza francese, che ha fortemente investito sul ruolo che in termini d'integrazione possono giocare le istituzioni dell'istruzione e della difesa¹⁰⁰.

La ricostruzione lombardiana dei doveri quali passanti di primo piano nei processi d'integrazione all'interno di una società connotata da un pluralismo disomogeneo e conflittuale, si rivela ancor oggi feconda di sollecitazioni, ma il mezzo secolo ormai trascorso dalla pubblicazione dei suoi maggiori lavori in materia impone non di meno un ripensamento della visuale. La riflessione di Lombardi restituisce la forte polarizzazione ideologica del tempo; i conflitti e le disomogeneità con cui alla fine degli anni Sessanta faceva i conti quella riflessione riguardavano innanzitutto il terreno politico, o, per meglio dire, delle

⁹⁹ Rischio quest'ultimo già a suo tempo evidenziato da G. FERRARA, *Intervento alla tavola rotonda su Servizio militare, servizio civile e Costituzione*, in *Nomos. Le attualità del diritto* 2001, p. 139.

¹⁰⁰ Già la "Monarchia di luglio" dette avvio a un processo di assimilazione degli stranieri poggiante su scuola ed esercito e che verrà più articolatamente perseguito nella III Repubblica. È in questo contesto che si iscrive ad es. la creazione della Legione straniera: veicolo di integrazione degli stranieri, di espansione coloniale nonché di abbattimento dei costi di mantenimento delle migliaia di rifugiati presenti. V. ad es. K. J. BADE, *L'Europa in movimento. Le migrazioni dal Settecento ad oggi*, Roma-Bari, 2001, pp. 207 s. nonché G. NOIRIEL, *Le creuset français. Histoire de l'immigration XIX-XX siècle*, Paris, 1988, pp. 216 ss. Sul ruolo giocato da queste istituzioni nella costruzione dell'identità italiana v. S. SOLDANI e G. TURI (a cura di), *Fare gli italiani. Scuola e cultura nell'Italia contemporanea (I. La nascita dello Stato nazionale e II. Una società di massa)*, Bologna, 1993.

forze attive sulla scena politica, innanzitutto partiti e sindacati. Al contempo, Lombardi scrive in un tempo in cui i dispositivi della partecipazione politica erano più vivi e vitali di oggi, e la crisi della rappresentanza non investiva, come avviene attualmente, tanto il versante del rappresentante quanto quello del rappresentato. Oggi, come accennato, sono piuttosto i conflitti riconducibili alla sempre più accentuata connotazione multietnica e multiculturale della società, così come quelli legati alle crisi in atto, che spingono verso un ripensamento della valenza costituzionale della solidarietà e dei doveri a essa collegati. Rispetto a mezzo secolo fa, il pluralismo odierno appare, infatti, non meno disomogeneo e conflittuale, rivelando al contrario una moltiplicazione e frammentazione di *cleavages* che attraversano una società sempre più complessa, ed è questa maggior complessità che sollecita una più adeguata considerazione delle molteplici e profonde connessioni che legano oggi tra loro gli ambiti politici, economici e sociali della solidarietà, se s'intende conservare quella tensione all'integrazione che connota il discorso costituzionale dei doveri.

È necessario tornare a interrogarsi sui possibili sviluppi di una solidarietà, anche politica, tra "diversi". Il tema dei doveri si rivela composto da materiali disparati, e non di rado contraddittori. I doveri rimandano a esperienze poco o nulla democratiche, nelle quali l'imposizione di un dovere si traduceva in un'obbedienza sottomessa, che negava la partecipazione¹⁰¹. Al contempo, tuttavia, i doveri hanno svolto un ruolo di primo piano nella storia del costituzionalismo democratico. Oggi i doveri costituzionali se per un verso sembrano rinviare a un'idea di comunità solidale distonica rispetto alla dimensione individualistica e appropriativa tipica di certe retoriche neoliberali dei diritti ampiamente diffuse a livello nazionale e comunitario¹⁰², per altro verso tali situazioni giuridiche finiscono per toccare importanti

¹⁰¹ Cfr. ad es. N. BOBBIO e M. VIROLI, *Dialogo intorno alla repubblica*, Roma-Bari, 2001, p. 39 e G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 114 – che contrappone la staticità delle società in cui vigono i doveri alla dinamicità di quelle in cui vigono i diritti – e G. LOMBARDI, *I doveri costituzionali: alcune osservazioni*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER, (a cura di), *I doveri costituzionali*, cit., p. 568.

¹⁰² Sulla solidarietà in una prospettiva europea cfr. ad es. S. GIUBBONI, *Solidarietà*, in *Politica del diritto*, 2012, pp. 544 ss. nonché, in questo fascicolo della *Rivista*, A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, spec. i parr. 4 e 5.

aporie dello Stato costituzionale e del pluralismo democratico e sociale che esso punta a organizzare.

I complessi rapporti e le molteplici implicazioni che la costituzione, già nelle primissime disposizioni, allestisce tra diritti inviolabili e doveri inderogabili, e l'ancoraggio di questi ultimi a una solidarietà non astratta, ma concretamente legata alle dimensioni essenziali della convivenza – politica, economica e sociale – aiutano a comprendere perché i doveri nell'esperienza costituzionale repubblicana si rivelino un terreno privilegiato d'indagine dei rapporti tra etica e diritto: della loro indistricabile convivenza e del loro continuo mutamento. Lungi dal riprodurre la tradizionale «morale dell'obbligo» retrostante il discorso doveristico tipico del positivismo statualista liberale, i doveri costituzionali, appunto in quanto *inderogabili e di solidarietà*, paiono aprire piuttosto a una «morale della virtù», che «prende le mosse dalla considerazione della condotta dell'uomo nella società, *ad alterum*», oltre che da un intelletto mosso non solo da ragione e utilità, ma anche da senso del giusto e dell'ingiusto¹⁰³. In questa prospettiva non si tratta di fissare una volta per tutte le principali nozioni caratterizzanti il tema dei doveri, né di legare queste alle ragioni e ai contingenti conflitti che nel contesto costituente indussero a definire lo spazio e il ruolo costituzionale dei doveri, né tanto meno di ricercare soluzioni definitive a conflitti in costante mutamento. Si tratta piuttosto, se si vuol essere all'altezza dell'alta valenza civica di quelle scelte costituenti, di leggere quei doveri e le relative previsioni costituzionali in relazione alle circostanze attuali, rendendole meglio rispondenti alle esigenze sociali. Di ricercare possibili soluzioni alle controversie e ai conflitti che oggi attraversano l'ambito dei doveri costituzionali, soluzioni che al contempo risultino quanto più possibile coerenti con i principi e gli orientamenti di valore che il complessivo ordinamento costituzionale pone a suo fondamento.

L'ancoraggio dei doveri alla solidarietà operato dalla costituzione del 1948, come già accennato, ha comportato un rilevante mutamento di paradigma rispetto al costituzionalismo liberale, nel quale i doveri “pubblici” davano corpo ad altrettante specificazioni legislative

¹⁰³ Su queste due moralità v. A. GIULIANI, *Il concetto classico di regola di condotta (a proposito della dottrina aristotelica dei praktá)*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia*, n.s., 2 (1974), pp. 560 s. e la lettura che ne offre F. CERRONE, *Introduzione: premesse logiche ed etiche di una comunità civica e del suo ordine giuridico*, in *Sociologia*, n. 3/2010, pp. 18 ss.

dell'obbligo politico: prestazioni imposte ai cittadini in virtù della capacità d'imperio dell'ordinamento. La solidarietà dell'art. 2, invece, doverosa tanto per il soggetto quanto per la Repubblica, intercorre innanzitutto tra gli effettivi partecipanti alla vita della *polis*, evidenziando la circolarità caratterizzante i rapporti tra diritti e doveri, la dialettica tra libertà e responsabilità sottesa a quei rapporti e la visione del soggetto coinvolto in quelle relazioni quale «soggetto-in-relazione», «altro in concreto»¹⁰⁴. Le crisi (economiche, umanitarie, della rappresentanza, del *welfare*, del lavoro) che oggi indeboliscono il tessuto civico inducono dunque a tornare a riflettere, anche in relazione ai doveri di solidarietà politica, intorno alla tensione tra integrazione e conflitto storicamente caratterizzante l'idea di solidarietà, mettendone a valore quella che appare la sua principale ragion d'essere costituzionale: affidare l'effettività dell'ordinamento repubblicano prima e oltre che ai suoi strumenti di coazione a una «collaborazione attiva e solidale»¹⁰⁵ che prende forma in doveri giuridici a carico di chi effettivamente partecipa alla vita della comunità.

¹⁰⁴ Così rispettivamente P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Bari, 1993, p. 76 e B. PEZZINI, *Dimensioni e qualificazioni nel sistema costituzionale di solidarietà (a proposito di eguaglianza ed effettività dei diritti e tematizzazione della differenza)*, in B. PEZZINI e C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano, 2003, p. 111. Ancora, G. BERTI, *Magistero sociale della Chiesa ed evoluzione costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, p. 177 individua nella solidarietà la «condizione perché dalla persona e dalla sua alterità sia fatto defluire un ordine sociale accetto a tutti».

¹⁰⁵ Così, ancora, G. SIRIANNI, *La qualità dei governanti*, cit., p. 172.

PARTE II
SAGGI E ARTICOLI

NET NEUTRALITY

COME DIRITTO FONDAMENTALE DI CHI VERRÀ

di *Giovanna De Minico*

SOMMARIO: *1. La solidarietà come premessa - spesso presupposta o implicita - degli ordinamenti democratici; 2. Principio solidarista e doveri inderogabili; 3. Il bilanciamento tra i diritti inviolabili e i doveri inderogabili di solidarietà; 4. Il principio di solidarietà alla prova dei fatti, anche nell'ottica europea; 5. Una nuova concezione di «comunità» necessariamente oltre i classici confini nazionali.*

1. Le domande della *net neutrality*

A prima vista, la rete appare come una realtà dominata da pochi giganti. Di fatto, nomi come Google, Yahoo, Microsoft, Apple, Facebook rappresentano per una vastissima platea di utenti la via per entrare nella realtà virtuale e trarne i vantaggi che diversamente rimarrebbero loro preclusi. E tuttavia, la storia dimostra che lo sviluppo esponenziale della rete è stato reso possibile dagli spazi che essa offriva agli stessi giganti di oggi, un tempo piccole realtà imprenditoriali. Il grande successo di Internet è venuto dall'essere aperta all'innovazione prodotta da quelle realtà, che ne hanno tratto un vantaggio imprenditoriale, ma al tempo stesso hanno portato la rete a incidere concretamente sulla crescita economica, sociale e politica di miliardi di persone.

Se Internet è diventata quello che è, lo deve a chi, partendo con molte idee e poche risorse, ha saputo sfruttare le capacità espansive offerte dalla rete. Il saper innovare dei giganti della rete va rispettato e ancora favorito. Ma oggi la domanda è: come garantire altresì che l'ingresso rimanga aperto per altri soggetti che ne ripetano la storia, e di nuovo con poche risorse e molte idee si mettano in campo, innovando l'offerta di servizi e di contenuti? Solo favorendo le *new entries* e il ricambio dei *players* potremo assicurare che la rete continui a essere lo strumento globale di crescita e sviluppo che è stata finora.

La formula magica è *net neutrality*. Essa, anche se priva di una definizione univoca¹, trova il suo contenuto minimo nel divieto per il fornitore dell'accesso alla rete di discriminare in qualità o velocità contenuti, applicazioni o servizi offerti da chi vuole diffonderli alla comunità indifferenziata dei naviganti in Internet².

La sostanza della *net neutrality* pone tre domande di fondo. È necessaria una norma imperativa a garanzia della neutralità della rete? In caso di risposta positiva, quale è il soggetto chiamato a porla? E, infine con quali contenuti?

L'esame delle situazioni soggettive in gioco ci offre utili indicazioni per rispondere a queste domande e orienta il nostro ragionamento verso i luoghi di esercizio dei diritti stessi, corrispondenti ai *two-sided markets*³ secondo un'espressione cara alla teoria economica.

¹ A.A. GILROY, *CRS Report for the Congress. Net neutrality: Background and issues*, in <http://price.house.gov/issues/uploadedfiles/media5.pdf>, 2008, p. 4: «There is one single accepted definition of 'net neutrality'».

² Sul tema la discussione giuridica ha ormai dimensioni globali. Nell'ambito dell'Unione Europea si ricordano i contributi monografici – quanto ai saggi in riviste essi saranno citati di volta in volta – di: K. MANIADAKI, *EU Competition Law, Regulation and the Internet: the Case of Net Neutrality*, Aspen Pub, Aspen, 2014; Observatoire européen de l'audiovisuel, *Why Discuss Network Neutrality?*, European Audiovisual Observatory, Strasbourg, 2011. Sull'azione regolatoria negli Stati Uniti sono intervenuti, tra gli altri: D. LAMBERT, *Net Neutrality & the FCC*, Nova Science Publishers Inc, Commack, NY, 2015; M. HOWARD, *Net Neutrality for Broadband: Understanding the FCC's Open Internet Order and Other Essays: Volume 3*, Puma Concolor Aeternus Press, 2015; A.C. FIRTH – N.H. PIERSON, *The Open Internet, Net Neutrality and the FCC*, Nova Science Publishers, New York, Commack, NY, 2011. Più in generale, ai particolari fini di questo scritto, sono risultati di particolare interesse: Z. STIEGLER, *Network Neutrality and the Fate of the Open Internet*, Lexington Books, Lanham, 2014; C.T. MARSDEN, *Net Neutrality: Towards a Co-regulatory Solution*, Bloomsbury Academic, London, 2010. In una prospettiva inclusiva dei beni giuridici coinvolti: L. BELLI – P. DE FILIPPI, *Net Neutrality Compendium: Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet*, Springer International Publishing Switzerland, Cham, ZG, 2015; F. DELL'AVERSANA, *Le libertà economiche in Internet: competition, net neutrality e copyright*, Aracne, Roma, 2014; D.C. NUNZIATO, *Virtual Freedom: Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age*, Stanford Law Books, Stanford, Calif., 2009. Né mancano le voci critiche, tra cui: T.W. HAZLETT, *The Fallacy of Net Neutrality*, Encounter Books, New York, 2011; R. ZELNICK – E. ZELNICK, *The Illusion of Net Neutrality: Political Alarmism, Regulatory Creep, and the Real Threat to Internet Freedom*, Independent Publishers Group, Stanford, 2013.

³ La letteratura economica sul tema è ampia, ma ai nostri fini è sufficiente indicare come punti di riferimento le riflessioni generali di M. RYSMAN, *The Economies of Two-Sided Markets*, in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 23, n. 3/2009, pp. 125-143; nonché quelle più strettamente connesse al tema della *net neutrality* che si devono a N. ECONOMIDES – J. TAG, *Network neutrality on the Internet: A two-sided market analysis*, in *Information Economics and Policy*, vol. 24, 2012, pp. 91-104. Nella letteratura economica italiana

2. Diritti e doveri nella relazione tra il fornitore di accesso e il fornitore di contenuti in Internet

Il primo mercato, quello a monte, vede l'incontro tra due soggetti economici: il fornitore dell'accesso a Internet e chi ne fa domanda per trasmettere all'utente finale il flusso informativo da lui disegnato.

A) Gioverà all'analisi di questa relazione intersoggettiva ricordare in breve la natura di Internet. Uno spazio immateriale, ma non astratto, che si offre per una nuova compresenza di libertà e diritti; nella sua dimensione di *Agorà*, aggiuntiva ma non sostitutiva ai luoghi fisici per l'esercizio dei diritti fondamentali, non può che appartenere a tutti e quindi a nessuno. Il suo essere un bene a imputazione diffusa è il riflesso del suo porsi al servizio di libertà a titolarità generalizzata. Da ciò l'intolleranza di Internet all'alternativa concettuale pubblico/privato, e la sua vicinanza alla categoria dei beni comuni⁴ in quanto la rete, come il *genus* richiamato, si presta a un uso indifferenziato, simultaneo ed equiordinato a vantaggio dell'intera collettività⁵. Se la rete è essenziale per compiere la dimensione costituzionale della persona, e qui Internet rileva come patrimonio aperto da cui ciascuno attinge conoscenza⁶ per accelerare la propria inclusione nel processo politico-democratico⁷, essa diventa un bene indispensabile, non diversa-

l'argomento è stato ripreso da ultimo con significativi elementi innovativi da A. NICITA, #Questianni. Domande digitali in cerca di regole, in *Antonionicita.it*, dicembre 2015, pp. 181-186, disponibile al seguente link:

http://media.wix.com/ugd/d2383a_8a0a6e8e8f31495b9ba6d9cb4b69ffa2.pdf

⁴ Tra i molti: U. MATTEI – E. ROVIGLIO – S. RODOTÀ (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 2010; S. RODOTÀ, *Beni comuni e categorie giuridiche. Una rivisitazione necessaria*, in *Questione Giustizia*, 2011, 237; ID., *Il mondo della rete. Quali diritti, quali i vincoli*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

⁵ Il nesso causale che corre tra il bene comune e le sue finalità sociali è stato ben sottolineato da A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Laterza, Bari, 2013, pp. 65 ss.

⁶ Per un concetto accrescitivo di conoscenza coerente con l'esperienza di condivisione propria della realtà di Internet si vedano: C. HESS – E. OSTROM (a cura di), *Understanding knowledge as commons. From Theory to Practice*, The MIT Press, Cambridge, 2007, in part. capitolo terzo, pp. 45 ss.

⁷ In proposito F. LA RUE, *Report on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and Expression*, 16 maggio 2011, all'Assemblea Generale dell'ONU, in *Ohchr.org*,

mente dai diritti fondamentali esercitati per suo tramite, e, come tale, va assicurata non solo a chi è già presente e quindi ne può disporre, ma soprattutto a chi verrà. È il dovere costituzionale di solidarietà intergenerazionale⁸ a esigere dai naviganti e dagli imprenditori di oggi un uso di Internet non distruttivo, in modo da non esaurirne la capacità trasmissiva e preservarne un'adeguata capienza rispetto alle richieste di domani, non meno legittime di quelle di oggi⁹.

Aver chiarito la natura di Internet ci aiuta a risolvere questioni inerenti ai diritti e doveri dei due soggetti nel mercato a monte: il fornitore l'accesso e colui che lo richiede.

La rete accostabile al bene comune si sottrae a pretese dominicali esclusive; pertanto, il primo non è libero di decidere se e a quali condizioni mettere a disposizione la sua azienda, cioè la capacità trasmissiva di rete; egli è invece tenuto a condividere i *byte* con chiunque glieli chieda e a riservare loro pari trattamento negoziale, trattando le domande di accesso in modo uguale. Nel caso in cui il *gatekeeper* rallentasse un contenuto per accordare più banda al contenuto del concorrente che ha pagato un'eccedenza in cambio di maggiore velocità, avrebbe disposto della rete come di un bene in sua proprietà. Mentre, le precedenti riflessioni sulla indipendenza di Internet da titoli di acquisizione esclusiva hanno come conseguenza la necessaria parificazione dei fornitori dei contenuti nella pretesa di accedere alla rete, a prescindere dalle rispettive capacità di spesa.

B) All'analisi della rete come bene comune si affianca la ricostruzione della stessa rete come *essential facility*¹⁰ di un'attività

dove il *Rapporteur* afferma che «Unlike any other medium, the Internet enables individuals to seek, receive and impart information and ideas of all kinds instantaneously and inexpensively across national borders. By vastly expanding the capacity of individuals to enjoy their right to freedom of opinion and expression, which is an 'enabler' of other human rights, the Internet boosts economic, social and political development, and contributes to the progress of humankind as a whole». Il testo è consultabile al seguente *link*: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf

⁸ In termini generali sulla obbedienza della disciplina dei beni comuni al dovere di assicurare i diritti delle generazioni future si veda, tra i molti, R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Franco Angeli, Milano, 2008, *passim*.

⁹ Per tutti cfr.: S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 126.

¹⁰ La dottrina dell'*essential facility* è di origine americana (per i *leading case* cfr.: *United States v. Terminal Railroad Association of Saint Louis*, 224 US 383, 1912; *United States v. Griffith*, 334 US 100, 1948; *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 US 366, 1973; *Aspen*

d'impresa. Infatti, la rete virtuale, non diversamente da quelle fisiche di telecomunicazioni, è uno strumento indispensabile per consentire l'esercizio dell'iniziativa economica *online*. Quindi, il *gatekeeper* nell'aprire e chiudere la porta che introduce in rete i fornitori dei contenuti non li deve selezionare in ragione della loro capacità economica, altrimenti l'accesso da libero diventerebbe condizionato da una barriera negoziale costituita dalla volontà del *gatekeeper*.

All'obbligazione positiva di quest'ultimo di equiordinare le domande dei fornitori dei contenuti corrisponde a loro favore il diritto a ricevere condizioni negoziali imparziali secondo il principio dell'*equal treatment*. La loro pretesa di concludere il contratto di interconnessione e di perfezionarlo alle medesime condizioni riservate al competitore è un passaggio obbligato verso la concreta parità nel diritto all'iniziativa economica: offrire servizi e contenuti al cittadino digitale. Invero, il fornitore dei contenuti vanta nei confronti dello Stato una libertà economica, che nella sua immediata manifestazione esige che lo Stato¹¹ si attivi creando obblighi positivi a carico del fornito-

Skiing Co. v. Aspen Highland Skiing Corp., 472 US 582, 1985). Ridotta a una definizione essenziale, essa impone a un'impresa, in posizione dominante nella disponibilità di un'infrastruttura, a sua volta indispensabile per competere, l'obbligo di renderla accessibile ai concorrenti a condizioni non discriminatorie.

La letteratura italiana è estesa, sul punto per noi pertinente del rapporto tra eteronomia e legge di mercato tra i primi: D. DURANTE – G. MOGLIA – A. NICITA, *La nozione di essential facility tra regolamentazione ed antitrust*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, n. 2/2001, pp. 257 ss. L'ampia casistica della giurisprudenza comunitaria ha ben colto il rapporto tra l'obbligo legale a contrarre gravante sull'impreditore in dominanza e il suo diritto d'intrapresa conformato da tale obbligo, limitante l'originaria consistenza della sua libertà, per una buona rassegna dei casi si veda: I. PICCIANO, *I confini interpretativi della dottrina dell'essential facility e sua applicazione al mercato del trasporto ferroviario in Italia: problemi e limiti*, in *Dir. Com. Scambi Inter.*, n. 2/2004, in part. pp. 388-390.

¹¹ Questi obblighi di intervento, ancorché esaminati dalla Corte costituzionale sotto il limitato profilo della competenza regolatoria statale (dalla sentenza n. 14/2004) rappresentano le misure pubbliche dirette a riequilibrare posizioni di iniziale disparità al fine di promuovere e assicurare le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato. Si tratta di «strumenti che, in definitiva, esprimono un carattere unitario e, interpretati gli uni per mezzo degli altri, risultano tutti finalizzati ad equilibrare il volume di risorse finanziarie inserite nel circuito economico».

Criticano l'inclusione degli aiuti di Stato in questa *policy pro-activa* del soggetto pubblico: L. CASSETTI, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in *Federalismi.it*, n. 5/2004, p. 6; A.PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di "tutela" della concorrenza?*, in *Giur.cost.*, 2004, p. 262 e di R. CA-

re di connettività – messa a disposizione dei *byte* secondo parità – nel momento in cui lo Stato vi avrà adempiuto e quindi la condizione di effettività della libertà economica si sarà avverata, lo stesso diritto chiederà allo Stato l'inerzia. A partire da questo momento di tempo l'iniziativa del fornitore dei contenuti si comporta come una libertà negativa in senso proprio, il cui soddisfacimento esige che Stato e *omnes* si astengano dal fare alcunché, lì dove nella fase precedente tale libertà ha coinciso con una pretesa prestazionale, il cui compiersi chiede a più soggetti l'adempimento di un *facere*.

Assumiamo ora come angolo visuale la finalità perseguita dalla *net neutrality*; la disciplina, almeno in prima battuta, previene che sul mercato a monte si creino situazioni di ingiustificato vantaggio a favore di taluni fornitori dei contenuti e quindi in danno di altri, assicurando pari *chances* tra i fornitori dell'accesso nella competizione rispetto al consumatore. La gara non deve essere falsata da vantaggi aprioristicamente accordati, ma tutti devono partire dagli stessi blocchi in modo che sia il consumatore, non un privilegio iniziale, a selezionare il migliore.

C) La rete deve essere, infine, vista come strumento necessario per l'esercizio di libertà nel caso in cui il servizio del fornitore punti all'obiettivo di mettere pensieri e idee a disposizione dei naviganti. In tale ipotesi Internet non può più essere considerata solo come un'*essential facility*, volta a equiordinare i fornitori di contenuti per non alterare la competitività verso il consumatore. Prevale qui, invece, la concezione della rete come strumento essenziale per l'esercizio di una libertà, alla quale si estende in principio la tutela accordata alla stessa libertà. Già la nostra Corte Costituzionale¹² aveva affermato

RANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione*, in *Le regioni*, 2004, p. 1007.

¹² La Corte Costituzionale (sentenze nn. 48/1964 e 225/1974 e, più recentemente, 112/1993) ha riconosciuto l'"indispensabile strumentalità" tra il mezzo divulgativo del pensiero e quest'ultimo, ritenendo il primo fase prodromica alla realizzazione della libertà. In dottrina, in senso adesivo: P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. Dir.*, XXIV, 1974, p. 424 ss., nonché C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 26. Parzialmente diversa è la posizione di A. Pace (A. PACE – M. MANETTI, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in G. BRANCA – A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli – Società Editrice del Foro italiano, Bologna-Roma, 2006, pp. 27-28) che, pur riconoscendo l'intenzione dei costituenti di estendere la ga-

l'inscindibile eniadi tra libertà e accesso al mezzo, pur subordinando questo al limite del "tecnicamente possibile". Più di recente il principio è stato ripreso dal *Conseil Constitutionnel*¹³, proprio con specifico riferimento alla rete, rispetto alla quale «l'expression des idées et des opinions, [...] implique la liberté d'accéder à ces services».

Il limite del "tecnicamente possibile" è di certo applicabile anche alla rete in quanto mezzo comunque finito nella sua capacità trasmissiva e in tale contesto la tutela della libertà si traduce necessariamente nella parità di accesso alla rete che diventa l'unico modo per garantire che tutti siano uguali nel manifestare il proprio pensiero. Se dunque un fornitore di contenuti potesse disporre di una banda più larga, la sua libertà di pensiero sarebbe più uguale di quella dell'altro fornitore relegato sull'Internet rallentata.

In conclusione, se dunque il *gatekeeper* filtrasse a monte l'accesso, con una sola condotta violerebbe al tempo stesso due diritti dello stesso fornitore di contenuti: quello alla sua libertà di iniziativa economica, ingiustificatamente privata delle pari opportunità rispetto all'impresa destinataria del trattamento favorevole; ma anche quello alla sua libertà di manifestazione del pensiero, che avrebbe subito un'inedita censura privata¹⁴ ad opera del *gatekeeper* in forza del rallentamento della velocità trasmissiva delle sue idee dirette al cittadino digitale.

ranzia, di cui al 21 Cost., dal contenuto al mezzo, ritiene che la libertà sia espressione di una garanzia "mediata" in quanto, con riferimento ai mezzi di diffusione, il 21 non riconoscerebbe a tutti i cittadini un generale «diritto al mezzo» ma al «mezzo di cui si abbia giuridica disponibilità in accordo con le leggi che lo disciplinano».

¹³ Conseil constitutionnel, *Décision n. 2009-580 DC*, sur projet de loi «favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet», del 10 Giugno 2009, in *AJDA*, 2009, p. 1132 (con osservazioni di S. BRONDEL), oppure si consulti il sito istituzionale del Conseil al seguente *link*:

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2009580DC2009580dc.pdf>

¹⁴ Una forma diversa di censura, comunque imputabile ai privati, è quella che nei regimi autoritari si consuma tra i governi richiedenti il controllo sull'informazione e gli ISPs, obbligati come loro *longa manus* a chiudere o oscurare siti in ragione dell'esito del sindacato: E. MOROZOV, *The net delusion, the dark side of Internet freedom*, Public Affairs, New York, 2011, pp. 211-218.

3. I diritti e gli obblighi nella relazione tra i fornitori di accesso (o contenuti) e il consumatore-persona

Il mercato a valle vede, accanto agli attori prima richiamati, l'utente finale, che frequenta Internet per scaricare un *file*, visitare un blog, vedere un film o altro. Le sue aspettative non si esauriscono in quelle di un semplice consumatore di detersivi o vestiti perché le prestazioni di *e-health*, di *Voip* o di visione dei film in qualunque modalità, solo per ricordare con gli esempi le condotte più ricorrenti in rete, rispondono al suo bisogno come persona, piuttosto che come *homo oeconomicus*, perché incontrano la sua domanda di essere informato e quindi, in ultima istanza, contribuiscono allo sviluppo della dignità dell'individuo e alla sua tensione verso la felicità. Il diritto di essere informato del navigante si esercita, come ogni libertà negativa, verso chiunque, pubblico o privato, che si dovrà dunque astenere dal porre in essere atti che possano impedire o anche solo restringere questo diritto¹⁵.

¹⁵ Il suo percorso come libertà negativa parte da «mero interesse della collettività all'informazione», garantito da «una pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di giustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle idee» (come nelle parole della Corte Cost., 105/1972). Tale configurazione, è stata opportunamente definita meno impegnativa rispetto a quella del «diritto» (così A. VALASTRO, *Art. 21*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, UTET, Torino, 2006, p. 457). Quest'ultimo invece comporta «i rischi di funzionalizzazione dei contenuti della libertà di informare», forse sottovalutati da N. Lipari (N. LIPARI, *Libertà di informare o diritto ad essere informati*, in *Dir. radiodiffusione*, 1978, pp. 1 ss.) che ne fu l'ideatore.

Altri, pur negando alla libertà la dimensione di diritto soggettivo, la hanno assunta a valore costituzionale che giustifica, ma non esige dal legislatore, norme volte a garantire la pluralità delle fonti (così P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, 1984, p. 235). Ancora su questa linea, non come oggetto di una situazione soggettiva garantita al singolo individuo, ma al più come «una situazione sintomatica del diritto all'informazione» si veda: R. ZACCARIA, *Diritto all'informazione e della comunicazione*, Cedam, Padova, 2004, p. 65; così come esclude che esista in generale «un diritto dei privati ad essere informati – sia nel senso più generico di un diritto ad una informazione il più possibile seria e imparziale, sia nel senso più ristretto e specifico, della pretesa all'ottenimento di una data notizia»; A. PACE - M. MANETTI, *op. cit.*, *ivi*, p. 347.

Infine, al passaggio finale come diritto sociale, che esige un comportamento prestazionale soddisfacente dello Stato, ha contribuito la giurisprudenza costituzionale (sentt. 148/1981; 826/1988; 348/1990; 112/1993; 420/1994 e 466/2002).

Una particolare menzione va fatta per il pensiero di F. MODUGNO, *Nuovi diritti e principi supremi della Costituzione*, che non abbandona *tout court* la via del diritto, ma la costruisce in un contesto sistematico, parlando di «diritto trasversale, o meglio come insieme

Individuiamo ora il soggetto passivo di questa seconda relazione intersoggettiva: il fornitore dell'accesso, il quale nell'accordare priorità a un contenuto e di conseguenza nel rallentare un altro, sceglie per il consumatore le idee che lo debbano raggiungere in anticipo rispetto alle altre. Quindi, il comportamento discriminatorio del *gatekeeper* non solo lede in prima battuta il diritto all'iniziativa economica dei fornitori di contenuti esclusi dalla corsia preferenziale unitamente al loro diritto alla manifestazione del pensiero, come si è detto prima, ma consuma altresì la libertà di scelta del cittadino della rete, che solo in apparenza si potrà ancora orientare tra più contenuti, ma di fatto sarà guidato verso l'idea che gode della *fast lane* accordatagli dal fornitore dell'accesso.

La sua posizione non è nella sostanza diversa da quella dell'utente di Google, in principio libero di abbandonare la comunità Google e di rivolgersi a un'altra piattaforma, anche se di fatto non lo fa. La pseudo libertà dell'utente è l'argomento utilizzato da chi¹⁶ vorrebbe escludere la dominanza di Google sul mercato della raccolta pubblicitaria e quindi l'abusività della sua condotta, che tale non sarebbe perché lascerebbe intatta la facoltà del consumatore di andare altrove. È evidente invece che lo *ius variandi* del consumatore non è una facoltà spendibile in concreto perché il consumatore non trova presso altro operatore la medesima offerta integrata di servizi propostagli da Google, e pertanto deve desistere dall'abbandonare Google.

Ritornando ora al nostro oggetto di indagine, la *net neutrality*, vediamo che il diritto dell'utente finale rispetto al flusso informativo si risolve nel poter scegliere liberamente tra una pluralità di servizi, contenuti e applicazioni quello che gli è più gradito in base ai suoi gusti politici e inclinazioni culturali e anche più rispondente ai suoi bisogni di uomo digitale. È il diritto a essere informati, che, nel mutare terreno di esercizio dalla realtà materiale alla rete, diventa ancora più esposto a forme surrettizie di orientamento e di aggressione di quanto non lo

di tutti i diritti trasversali ricavati dalla combinazione di più disparate disposizioni costituzionali», *Relazione al V Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, Taormina 1990.

¹⁶ R. BORK, *Antitrust and Google*, in *Chicago tribune*, April 6, 2012, in <http://trib.in/Hk1Vbz>: «There is no coherent case for monopolization because a search engine, like Google, is free to consumers and they can switch to an alternative search engine with a click».

fosse *offline* in ragione della illimitata capacità penetrativa di Internet nel processo formativo del consenso individuale, nonché della sua idoneità a incarnare il mito moderno di uno sconfinato *market place of ideas*. Intanto Internet sarà all'altezza del ruolo da ultimo assegnatole in quanto si sia realizzata la seguente condizione: ogni idea deve poter accedere liberamente al mercato digitale senza filtri all'origine, diversamente, chi naviga pensa di trovare in rete tutto ciò che esiste, ma finisce poi per reperire solo quanto i *gatekeeper* vogliono fargli trovare.

Questa *fiction iuris* di Internet che pretende di mimare un illimitato e sempre mutevole mercato delle idee, libero da ogni sindacato di forma e di merito sul pensiero, ha la sua unica garanzia nell'attributo dell'inviolabilità, che accompagna ogni diritto fondamentale e dunque anche quello di attingere alle fonti digitali del consumatore-persona.

Un attributo, questo, che si fa valere, non nei soli confronti del soggetto pubblico – tenuto a rispettare in ogni sede, anche in quella di revisione, il nocciolo duro del diritto – ma, come la sua natura di diritto assoluto esige, verso chiunque.

Storicamente¹⁷ i diritti assoluti, come è ben noto, si affermarono con la nascita dello Stato di diritto, cioè in un contesto di legalità che era innanzitutto pretesa dell'individuo a difendere la sua sfera personale dall'ingerenza del potere pubblico. Questa preoccupazione della persona a elevare un confine invalicabile contro le ingerenze autoritarie si tradusse in un particolare modo di essere delle libertà in esame: pretese a un *non facere* da parte dello Stato, richiesto di agire il meno possibile. L'inerzia del potere costituito non deve però essere assoluta, al punto da esonerarlo dall'assicurare il rispetto della libertà anche nei confronti degli altri consociati, i quali, non diversamente dallo Stato, dovranno anch'essi astenersi dal fare quanto è proibito al primo¹⁸.

¹⁷ Ampia la ricostruzione in A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili* (voce), in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XI, Roma, 1989, pp. 3-4.

¹⁸ Questa lettura dell'inviolabilità di cui all'art. 2 Cost., come obbligo della Repubblica di riconoscere e far rispettare i diritti fondamentali anche nei rapporti tra soggetti privati, ha validi argomenti nelle riflessioni di G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, vol. I, Torino, 1970, pp. 62 ss.; ampiamente sul punto A. PACE, *Problematiche delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova, 2003, pp. 17 ss., l'Autore assume dalle disposizioni che ammettono restrizioni solo da mano pubblica un'ulteriore prova dell'efficacia generale delle norme sui diritti fondamentali, alcune delle quali presentano la particolarità di attribuire «all'autorità pubblica una competenza che (la Costituzione) non riconosce ai privati», fermo restando l'opponibilità *erga omnes* di tutti i diritti fondamentali.

Se così non fosse, e cioè se il privato potesse disporre del diritto fondamentale altrui, non solo gli sarebbe consentito quanto è sottratto al consenso negoziale del titolare del diritto¹⁹ – perché il diritto fondamentale è al servizio della crescita democratica dell'ordinamento²⁰, e quindi, è un bene indisponibile *iure privatorum* – ma soprattutto si vanificherebbe la protezione accordata dal potere pubblico. Sarebbe come dire che i privati possano porre nel nulla le garanzie dei diritti fondamentali, osservate inutilmente dai poteri costituiti.

Per le ragioni anzidette nelle contrattazioni sul mercato a monte tra il fornitore dell'accesso e il fornitore dei contenuti non si deve prioritarizzare un contenuto e postergare quello del produttore estraneo all'accordo. Questa gerarchizzazione privata dei contenuti nega in prima battuta al terzo rispetto all'accordo quella parità dei punti di partenza, che è condizione di effettività nella pari titolarità dei diritti di iniziativa tra il terzo e il concorrente parte dell'accordo, il quale ultimo vanterebbe un diritto più diritto di quello dell'estromesso. Questo ordine imposto dall'accordo di interconnessione tra il contenuto velocizzato e quello rallentato si trasmette nel rapporto con il consumato-

A. BARBERA, *Commento all'art.2*, in G. BRANCA – A. PIZZORUSSO (a cura di), *op. cit.*, in part. a p. 106, giustifica l'opponibilità dei diritti inviolabili verso chiunque, pubblico o privato, in ragione del fatto che la loro tutela «non può non esplicarsi anche a vantaggio del privato 'debole', che subisca una serie di influenze e di condizionamenti tali da essere posto in condizione di soggezione nei confronti del 'potere privato' o comunque nei confronti di altri privati posti in posizione dominante».

¹⁹ La giurisprudenza della Corte di Giustizia sin dal caso *Walrave (Case 36/74 Walrave and Koch v. Association Union Cycliste Internationale and others, ECR 1415, 1974*, in part. punti nn. 12, 16 e 17) affermò che i divieti posti dalle norme in difesa delle libertà fondamentali si applicano, non solo agli Stati, ma altresì ai soggetti privati. L'interpretazione estensiva del divieto è funzionale al compimento dell'integrazione europea, altrimenti compromessa nel caso in cui «oltre alle limitazioni stabilite da norme statali non si eliminassero anche quelle poste da associazioni o organismi non di diritto pubblico nell'esercizio della loro autonomia privata» (punto 18). *Walrave* non rimase un caso isolato, ma inaugurò un filone ininterrottamente seguito da altri *leading case*, quali *Donà*, *Bosman*, *Deliège* e *Lethnonen*.

²⁰ Così l'intervento in Assemblea Costituente dell'On.le A. Moro, a chiarimento del significato dell'art. 2 Cost., *Interventi, Atti A.C.*, I, 593 ss.: «si è voluto porre un coerente svolgimento democratico, poiché lo Stato assicura veramente la sua democraticità ponendo a base del suo ordinamento il rispetto dell'uomo guardato nella molteplicità delle sue espressioni, l'uomo che non è soltanto singolo, che non è soltanto individuo, ma che è società nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato».

re-persona, alterandone le preferenze che in mancanza dell'accordo si sarebbero orientate secondo una scala di opzioni personali.

In sintesi, lo stretto dialogo economico tra il mercato a monte e la piazza virtuale a valle ha messo in luce il bene ultimo affidato alle cure della *net neutrality*: la libertà di essere informato di ciascuno di noi, come possibilità di scegliere in rete quello che più ci aggrada²¹. Nella ricostruzione da noi suggerita l'iniziativa economica dei fornitori del flusso informativo, inizialmente promossa a valore assoluto da difendere, è opportunamente ricondotta a bene-mezzo preordinato al soddisfacimento di un fine remoto²²: la crescita dell'individuo proiettata verso la sua piena inclusione nel processo politico-democratico, quasi a voler compensare le asimmetrie sociali ed economiche sopportate dalla persona nella realtà *offline*²³.

4. Regola imperativa o autoregolazione sulla *net neutrality*?

La natura di Internet come bene comune lo rende indisponibile all'autonomia negoziale, intesa come fonte regolativa non preceduta da una cornice imperativa. Se infatti la *net neutrality* fosse oggetto di una negoziazione tra fornitore di accesso e fornitore di contenuti, sarebbe inevitabile il suo dissolversi nell'interesse privato dei contraenti. Infatti, l'accordo che concede la *fast lane* a un fornitore di contenuti certamente risponde a una reciproca convenienza economica tra il concedente i *byte* e il fornitore del contenuto, ma sacrifica alla logica mercantile dei contraenti ogni altra posizione soggettiva interessata.

²¹ M. VILLONE, *La Costituzione e il "diritto alla tecnologia"*, in G. DE MINICO (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti*, Jovene, Napoli, 2010, in part. p. 267, assegna alla neutralità il compito soddisfacente della pretesa prestazionale del diritto a essere informati, rendendo «la rete un terreno competitivo perfettamente paritario per l'informazione e la conoscenza, e un mercato perfetto per l'economia».

²² Già D.C. NUNZIATO, *Virtual freedom: net neutrality and free speech in the Internet age*, Stanford Law Books, Stanford, California, 2009, in part. pp. 136 ss., aveva privilegiato come *focus* della regolazione il *free speech* piuttosto che le preoccupazioni competitive.

²³ T.W. HAZLETT, *The fallacy of net neutrality*, Encounter Books, New York, 2011, dove si offre una lettura diametralmente opposta a quella da noi suggerita, perché assume la *net neutrality* come un male per la competizione e i consumatori: «Neither consumers nor the Internet are protected by rules hostile to cooperative efforts – even if money were to pass between firms, even when firms do enjoy market power – that expand outputs and lower prices», pp. 12-13.

Questa inidoneità del negozio a essere fonte regolativa dominante è perfettamente coerente con l'indisponibilità giuridica delle libertà fondamentali, di cui si è detto prima, perché in questo caso l'azzeramento della *net neutrality* degraderebbe sia il diritto alla manifestazione del pensiero del concorrente estromesso dall'accordo che quello all'informazione dei cittadini digitali.

Da quanto detto deriva la necessità che la disciplina della *net neutrality* sia posta da una norma imperativa, che definisca in anticipo le ragioni giustificative di una deroga negoziale alla *net neutrality*, tenendo presente che la deviazione dal principio di eguaglianza nella titolarità delle libertà fondamentali si ammette solo se eccezionale, proporzionata, necessaria e comunque preordinata alla difesa di valori di pari dignità rispetto alla libertà limitata. Profili questi che meglio esamineremo in seguito.

Quindi, ribadiamo, come già fatto in termini più diffusi in altre sedi²⁴, la nostra distanza dalla tesi che vede in Internet un "heaven of the self-regulation". Tale tesi²⁵ promuove l'autoregolazione a fonte idonea a creare *ex nihilo* un ordine equilibrato, cioè un sistema di regole dirette a orientare le condotte dei consociati verso fini comuni prestabiliti. È, infatti, ancora da provare la capacità della rete autoregolata di proteggere categorie meritevoli di tutela aggiuntiva²⁶. Si mostra invece alto il rischio che i minori, i cittadini della rete o i nuovi operatori economici uscirebbero perdenti da una ne-

²⁴ Volendo cfr. G. DE MINICO, *Towards an Internet bill of rights*, in *Loy. L.A. Int'l and Com. L. Rev.*, vol. 37, n. 1/2015, in part. pp. 4-11.

²⁵ L.P. BARLOW, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, in <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>, l'Autore sostenne che «Governments of Industrial World, you weary giants and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. Yet are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather».

Sviluppano la medesima filosofia iperlibertaria D.R. JOHNSON – D. POST, *Law and Borders. The Rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford L. Rev.*, n. 48/1996, pp. 1367-1402; J. MATHIASON, *Internet Governance. The new frontier of global institutions*, Routledge, Abingdon-New York, 2009, pp. 70-96.

²⁶ Contesta l'idoneità della *lex digitalis*, in luogo delle garanzie costituzionali, a disciplinare la rete G. Azzariti, *Internet e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2011: «Non sottovaluto le pulsioni libertarie e liberatorie che si è immaginato potesse esprimere la rete. Constato solo che tale prospettiva di rifiuto di ogni condizionamento o limite porta a sottovalutare pericolosamente la forza degli interessi e le logiche politiche che finiscono per prevalere in ogni caso in cui si lasci allo sviluppo 'naturale' e incontrollato uno spazio economicamente rilevante e politicamente decisivo, com'è indiscutibilmente internet oggi».

goziazione con i gruppi privati forti, perché le loro legittime aspettative verrebbero sacrificate da regole, formalmente concordate, ma sostanzialmente disequilibrate quanto a contemperamento degli opposti interessi²⁷.

Lo dimostra il fatto che il legislatore europeo quando ha deregolato intere materie, non le ha girate in bianco all'autoregolazione, ma le ha parzialmente disciplinate con principi-guida, obiettivi-orientatori e norme prescrittive in modo da contenere in un perimetro normativo l'autonomia decisoria del regolatore privato.

Il legislatore europeo ha, dunque, evitato il ricorso incondizionato al diritto consensuale in presenza di interessi contrapposti e riferibili ad attori sociali non equiordinati. I loro disallineati punti di partenza avrebbero neutralizzato l'effetto equilibratore dell'accordo, che invero funziona bene con contraenti pariordinati sin dall'inizio. In assenza di questo presupposto, il contratto normativo non può bastare da solo, perché la parte forte orienterà le trattative e quindi l'accordo finale a suo vantaggio. Diventa, pertanto, necessario un intervento eteronomo che pareggi le disuguaglianze con norme asimmetriche attente al contraente debole, e volte ad annullare il vantaggio iniziale di quello più forte, che certo vorrebbe conservarlo.

Quindi, proponiamo per Internet una combinazione di eteronomia e autoregolazione, un mosaico normativo che esclude sia l'intercambiabilità di fonti molteplici sia l'esautività di un'unica fonte²⁸. La difesa del bene comune non può essere affidata alla negoziazione *iure privatorum*, che ne subordinerebbe la tutela alla sua eventuale coincidenza con gli interessi egoistici dei contraenti. Pertanto, il

²⁷ Sottolinea il rischio di un'inevitabile torsione egoistica anche il preambolo della *Dichiarazione dei diritti in Internet* – sulla genesi, natura e contenuti dell'atto si rinvia al prosieguo del discorso –, dove si afferma che «La garanzia di questi diritti è condizione necessaria perché sia assicurato il funzionamento democratico delle Istituzioni, e perché si eviti il prevalere di poteri pubblici e privati che possano portare ad una società della sorveglianza, del controllo e della selezione sociale». Il testo è disponibile al seguente *link*: http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/TESTO_IT_ALLIANO_DEFINITVO_2015.pdf.

²⁸ Il tema delle fonti regolatrici la rete e il loro combinarsi è trattato qui in misura strettamente funzionale alla *net neutrality*; quindi, per un esame più organico, con ampi riferimenti alla letteratura statunitense, tra cui Lessig per la sua teoria dei quattro elementi intersecanti, *Law, norms, market, architecture*, sia consentito il rinvio al volume: G. DE MINICO, *Internet. Regola e anarchia*, Jovene, Napoli, 2012, in part. al cap. I.

beneficio della prima mossa andrebbe lasciato alla norma imperativa che anticipa e pre-definisce almeno per grandi linee principi e regole già cogenti destinati alla rete.

Questo ordine tra le fonti – prima la norma cogente che dice il diritto in via originaria e poi la *self-regulation* a integrazione della prima – è ben definito nella Dichiarazione dei diritti in Internet, che all'art. 14 riconosce la primazia del diritto imperativo nel disporre che «La costruzione di un sistema di regole deve tener conto dei diversi livelli territoriale (sovranaZIONALE, nazionale, regionale) delle opportunità offerte da forme di autoregolazione [...]».

La necessità di una *net neutrality* imposta da norma cogente pone la domanda in merito alla fisionomia del suo autore. Partiamo da qualche certezza e poi andiamo alle zone d'ombra.

Quanto alle certezze, esse attengono alla natura necessariamente sovranazionale del futuro decisore della *net neutrality*. Tale certezza non è generata dall'equivoco che la rete sia sprovvista di territorio, perché Internet conosce una sua dimensione iper-territoriale piuttosto che alfa spaziale in quanto i comportamenti degli attori virtuali hanno una diffusività globale. Pertanto, a condotte universali si potrà rispondere solo con una regola conformativa, affrancata dai confini territoriali propri del diritto statale.

E come il territorio della rete riunisce in un *continuum* virtuale i territori dei singoli Stati, così il diritto potrà incorporare istanze sovranazionali. Questo pone un altro interrogativo, cui non è facile dare un'immediata risposta: quel diritto verrà dalla comunità degli Stati o da forme inedite di equilibrata composizione tra soggetti autoritativi e soggetti privati²⁹?

E qui tocchiamo le zone d'ombra di cui si diceva. La soluzione statale vanta un'ampia esperienza nel *rule-making*, che però non ha dato buona prova di sé almeno quanto alla capacità di sintetizzare efficacemente il bene sovranazionale. Al più, ha dimostrato di saper dare voce agli interessi degli Stati-nazione forti, le cui istanze solo occasionalmente vanno a coincidere con un più ampio bene comune. In breve, le varie organizzazioni internazionali riproducono in miniatura il vizio di fondo della politica mondiale: «al massimo un sistema di interazioni tra Stati-nazione autonomi in cui le organiz-

²⁹ H. FARREL, *Hybrid Institutions and the law: outlaw arrangements or interface solutions*, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, vol. 23, 2002, pp. 25 ss.

zazioni internazionali sono a loro volta incluse gradualmente, senza essere in grado di sostituire, o anche solo di mettere in secondo piano, il mondo degli Stati-nazione»³⁰.

A questo punto potrebbe guadagnare terreno l'idea di un legislatore di Internet coincidente con il suo stesso popolo, un processo endogeno «di auto-organizzazione [...], mediante istituzioni come l'Icann, corti di arbitrato internazionali, organizzazioni di standardizzazione come il *World Wide Web Consortium*»³¹. Questa soluzione, se incontra il bisogno di sovranazionalità, oscurato nella prima ipotesi, introduce però problemi connessi a una pluralità non entificata di soggetti esponenziali. Questioni come la rappresentatività e la democraticità della loro fisionomia interna vanno risolte, perché incidono in ultima analisi sui criteri per selezionare i rappresentanti dei contrapposti attori della rete investiti del compito di scrivere il *bill of rights*.

Qui noi, invece, avanziamo una terza ipotesi: un organo autoritativo misto, pubblico e a genesi spontanea, una sorta di trasposizione soggettiva del diritto ibrido, di si è parlato finora. Ma il punto è che tra le opzioni possibili non è dato al momento scegliere o fare ragionevoli previsioni, perché ancora manca una indicazione univoca, o almeno ampiamente condivisa.

Questa interazione dalle proporzioni variabili, tutta da inventare, tra pubblico e privato, tra livelli decisionali internazionali e piani statali, non esaurisce in sé ogni manifestazione della giuridicità, potendosi riservare un ulteriore spazio anche alle carte dei diritti³². A prescindere

³⁰ G. TEUBNER, *Costituzionalismo societario: alternative alla teoria costituzionale stato-centrica*, in G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, Armando editore, Roma, 2005, p. 118. Il superamento dello Stato-nazione e quindi, la necessità di cercare una soluzione per la *governance* della rete al di fuori dei modelli autoritativi o consensuali classici, uno esempio sono le *dynamic coalition* inaugurate con gli *Internet governance forum*, è ripreso e approfondito dall'Autore in *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2012, in particolare l'intero ultimo capitolo.

³¹ ID., *Costituzionalismo societario: alternative alla teoria costituzionale stato-centrica*, in G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, cit., p. 128.

³² Usiamo l'espressione al plurale perché a oggi ci sono state più di una manifestazione di *Internet Bill of Rights*; ricordiamo come le più significative la *Internet Magna Carta* di Tim Berners-Lee, lo studio del Berkman Center dell'Università di Harvard, il *Marco civil*, di cui si dirà nel prosieguo, e la nostra Dichiarazione dei diritti in Internet, nonché la Di-

dalla loro coerenza³³, queste carte custodiscono valori politico-sociali, in cui navigatori e imprenditori digitali trovano una parte di sé, diciamo che costituiscono *l'acquis communautaire* di Internet, venuto fuori grazie al processo di formazione spontaneo e informale di questo diritto *soft*.

Questi *bill of rights*, anche se privi di forza cogente³⁴, andrebbero presi in considerazione dall'inedito legislatore sovranazionale quando si appresta a scrivere le regole sulla rete, e, tra queste, anche quella della *net neutrality*.

chiarazione congiunta tra la Commissione italiana e la corrispondente Commissione francese istituita dall'Assemblea nazionale, al *link*:

http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/testo_francese_28settembre.pdf.

Sul tema in generale si veda: S.RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, in part. pp. 418 ss.

³³ Questi *bill*, esempio di una costruzione partecipata e quindi orizzontale del diritto, potrebbero avere un'origine dal basso e poi confluire in atti formalmente normativi, è il caso del "Marco civil". Oppure, potrebbero vantare un *iter* pseudo eteronomo, perché, inizialmente promossi in sede politica, ritornano in basso, sottoponendo la carta alle osservazioni di operatori e cittadini della rete, ne è esempio il caso italiano della Dichiarazione dei diritti in Internet.

³⁴ Tale non è stato il caso del *Marco civil*, oggi formalmente una legge ordinaria, la n. 12956/2014, esso rappresenta una disciplina quadro su Internet, approvata in Brasile il 24 aprile 2014. La sua genesi è *bottom up* perché nasce come progetto della comunità dei navigatori, che si oppone a proposte di regolazione penale della rete. Per questa ragione durante il forum internazionale del *software* libero di Porto Alegre, alcuni attivisti si rivolsero all'allora presidente Lula affinché sostenesse un progetto di legge di diritto civile, un *Marco* appunto, per garantire i diritti civili nel *web*. Con il consenso del presidente Lula il Ministero della Giustizia elaborò una bozza da sottoporre successivamente alla società civile. Per garantire tale forma di partecipazione fu utilizzato *wikilegis* (in <http://participatedb.com/tools/36>) e circa 2300 suggerimenti furono inviati al primo testo presentato. Successivamente fu istituita una commissione speciale per analizzare il progetto (relatore Alessandro Molon) che fu restituito alla società civile mediante audizioni pubbliche con la partecipazione di accademici, operatori di rete, organizzazioni di tutela dei consumatori, artisti attivisti e organi governativi. Contemporaneamente, proseguiva la fase di consultazione *online* mediante "democrazia digitale", un portale di partecipazione della camera dei deputati (in <http://culturadigital.br/marcocivil/>). Il risultato furono: 45mila visite, 140 proposte di emendamento e 2215 commenti sul progetto. Il testo poi recepito nell'atto legislativo suindicato dista non poco da quello che risultava dalla consultazioni, tanto da far parlare di involuzione autoritaria della disciplina; in proposito si consulti il seguente *link*: <http://infojustice.org/archives/32527>.

A titolo di esempio, ricordiamo la Dichiarazione dei diritti in Internet³⁵, che ha dedicato una disposizione *ad hoc* alla *net neutrality* (l'art.

³⁵ In Italia l'idea di istituire una commissione di studio sui diritti e i doveri relativi a Internet rappresenta il completamento di un percorso risalente al 2006, durante l'IGF, quando l'Italia si fece promotrice di una carta dei diritti di Internet, seguita nel 2007 dalla dichiarazione congiunta per la promozione di un Internet *Bill of Rights* tra Italia e Brasile. Nel luglio 2014 la Presidenza della Camera dei deputati promosse la costituzione di una Commissione di studio per l'elaborazione di principi in tema di diritti e doveri relativi a Internet. Si è trattato della prima istituzione in Italia in sede parlamentare di una Commissione di politici ed esperti con finalità di redigere un *bill of rights* di Internet.

«L'8 ottobre 2014 la Commissione ha varato una prima bozza di dichiarazione dei diritti in Internet, i cui contenuti – sintetizzati in 14 articoli – sono stati sottoposti all'attenzione dei partecipanti alla riunione dei Parlamenti dei paesi membri dell'Unione europea e del Parlamento europeo sui diritti fondamentali che si è tenuta presso la Camera il 13 e il 14 ottobre 2014 nel corso del semestre di presidenza dell'Unione europea. Il testo elaborato è stato poi sottoposto a una consultazione pubblica (dal 27 ottobre 2014 al 31 marzo 2015)» ad accesso aperto, cioè non selezionato, a chiunque ne avesse interesse per assicurare attraverso una ampia partecipazione l'individuazione di un nucleo di principi condivisi (la citazione è tratta dal *Comunicato* della Camera dei Deputati del 28/07/2015, sulla *Presentazione* della Dichiarazione dei diritti in Internet, in http://www.camera.it/leg17/1132?shadow_primapagina=4841). Questo comune denominatore di valori, grazie alla consultazione pubblica e al ciclo di audizioni (di soggetti pubblici e privati esponenziali degli interessi coinvolti), è stato poi elaborato nel testo definitivo della Carta dei diritti, consultabile al *link*:

http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/note_informative.pdf.

Il 3/11/2015 la Dichiarazione, oggetto della mozione “Quintarelli ed altri n. 1-01031” è stata approvata con 437 voti favorevoli e nessun contrario dalla Camera dei Deputati. La mozione ha conferito al *Bill* il tipico valore politico di impegno del Governo a promuovere e adottare «a livello nazionale, europeo e internazionale i principi contenuti nella Dichiarazione»; nonché «a promuovere un percorso che porti alla costituzione della comunità italiana per la *governance* della rete definendo compiti e obiettivi in una logica *multistakehold*». La mozione “Quintarelli ed altri n. 1-01031” è consultabile al seguente *link*:

http://www.camera.it/leg17/410?idSeduta=0514&tipo=documenti_seduta&pag=allegato_a#mozioni.01.

Infine, durante l'*Internet Governance Forum*, João Pessoa, il 9/11/2015, in https://www.intgovforum.org/cms/wks2015/index.php/proposal/view_public3, è stata presentata alla comunità internazionale “The Italian Proposal for an Internet Bill of Rights”. In quel consesso la Dichiarazione è stata oggetto di ampia illustrazione, non solo per quello che essa già dice, ma anche come punto di riferimento politico futuro quanto alla compatibilità della difesa delle libertà in rete con il rischio di un loro arretramento in tempo di terrorismo (sia consentito sul punto il rinvio alla mia relazione, *Internet and fundamental rights in time of terrorism*, già pubblicata in <http://www.rivistaaic.it/internet-and-fundamental-rights-in-time-of-terrorism.htm>).

Per un ampio commento della Dichiarazione si veda il volume di: M. BASSINI – O. POLLICINO, *Verso un Internet bill of rights*, Aracne, Roma, 2015.

3), ricentrando il discorso giuridico sulla funzione sociale della neutralità³⁶, che unitamente al diritto di accesso sono «condizioni per l'effettività dei diritti fondamentali della persona».

Quanto alla capacità orientativa dei *bill* rispetto alla discrezionalità del legislatore, essa varierebbe a seconda della ragionevolezza del loro contenuto e del consenso sociale raccolto intorno a essi. L'idea che si propone è di riconoscere a questi *bill* un significato extra-giuridico, come parametri di orientamento per il decisore politico, non diversamente da come la Carta dei diritti³⁷ lo sia stata per i giudici prima della sua incorporazione pattizia, esito questo, che sarebbe perfettamente coerente con la natura aperta di Internet che attingerebbe le sue chiare, essenziali e poche regole³⁸ da una pluralità di fonti, indifferentemente cogenti e non.

³⁶ Volendo si leggano le osservazioni di chi scrive che, come membro della Commissione in oggetto, rilevò nel corso dei lavori i pregi della Bozza anche in merito alla formulazione della net neutrality, nonché qualche suo profilo suscettibile di essere emendato, in XVII Legislatura, Commissione per i diritti e i doveri relativi ad Internet, *Resoconto stenografico*, Seduta n. 4 di venerdì 28 novembre 2014, al seguente link: http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/attivita_commissione_internet/files/000/000/004/Resoconto_Commissione_28_novembre_2014.pdf.

³⁷ Quanto alla forza solo politica della Carta o già immediatamente giuridica, ancorché prima di acquisire il *legal value* dovuto all'incorporazione, si ricordano, tra i tanti: A. SPADARO, *La Carta europea dei diritti fra identità e diversità e fra tradizione e secolarizzazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, pp. 621 ss.; ID., *Sulla "giuridicità" della Carta europea dei diritti: c'è (ma per molti) non si vede*, in G.F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 257 ss.; L. LANZONI, *Tutela e limitazioni dei diritti dell'uomo nell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, ESI, Napoli, 2010, 369 ss.; C. SALAZAR, *Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?*, in [Gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), ricorda con puntualità «la prima decisione in cui si rintraccia un espresso riferimento al catalogo di Nizza – beninteso, come atto evocato *ad adiuvandum*, esclude l'efficacia vincolante – è la sent. 27 giugno 2006, C-540/03 (*Parlamento europeo Consiglio dell'Unione europea*)». Quest'ultimo saggio è liberamente consultabile al seguente link: <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2011/12/SALAZAR-diritti-sociali-2011.pdf>.

³⁸ Sulla necessità che la regolazione sia leggera in quantità e qualità delle norme si veda: C.T. MARSDEN, *Net neutrality: towards a co-regulatory solution*, Bloomsbury Academic, London, 2010, pp. 234 ss.

5. In che misura il Regolamento sul *Digital Single Market* ha obbedito a questo modello?

Il Regolamento europeo³⁹ si rivela a nostro avviso poco rispettoso⁴⁰ della vocazione sovranazionale della disciplina della rete perché nell'articolo 3, co. 3, disegna un sistema regolativo che in ultima istanza rimette agli *Internet service providers (ISPs)* la decisione sulla specialità del servizio. Il Regolamento non fissa le caratteristiche in base alle quali un servizio si possa qualificare “speciale”, cioè non tipizza la categoria, né lo disegna in ragione della funzione cui è destinato, come suggerirebbe una tecnica descrittiva di tipo teleologico.

Chiariamo che per prestazioni specializzate si intendono i servizi le cui caratteristiche tecniche richiedono una velocità maggiore rispetto a quella bastevole per i servizi privi di quegli attributi; infatti, i primi se fossero trasmessi a velocità ordinaria non potrebbero essere utilmente fruiti dal consumatore digitale: ad esempio, un video, oppure una telefonata su Internet, esigono una qualità e una velocità incomparabile con quella sufficiente per inviare un messaggio di posta elettronica.

Durante il faticoso *iter* del Regolamento non sono mancati tentativi diretti a definire il concetto di servizio specializzato in un modo più puntuale abbinando le caratteristiche del servizio alla sua insostituibilità⁴¹. In tal caso i servizi in grado di soddisfare i medesimi bisogni,

³⁹ Regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015, che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta e che modifica la Direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il Regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al *roaming* sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione, in G.U.U.E., L. 310/1, 26/11/2015.

⁴⁰ Tra le tante critiche rivolte all'atto, anche la mancata definizione del concetto di net neutrality, contenuta invece nell'emendamento A8-0300/2015 al *Considerandum* 3, del 21/10/2015, consultabile al seguente *link*:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+AMD+A8-2015-0300+002-010+DOC+PDF+V0//IT>.

Per un'esposizione sintetica dei *loopholes* del Regolamento si leggano gli interventi di J. Reda e M. Zullo durante la discussione sulla raccomandazione in seconda lettura della Commissione Libe in vista dell'adozione del Regolamento, del 27 ottobre 2015, liberamente consultabili al seguente *link*:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20151027&secondRef=ITEM-002&language=IT&ring=A8-2015-0300>.

⁴¹ Si legga il parere della Commissione LIBE, 19/2/2014, 2013/0309(COD) favorevole all'emendamento (14) alla proposta di reg. art. 2, comma 2, punto 15: «specialised service» means an electronic communications service, operated within closed electronic communi-

anche se diversamente sensibili al ritardo, avrebbero meritato lo stesso trattamento giuridico e quindi la medesima velocità. In questo modo si sarebbe assorbita nei limiti del possibile la discrezionalità degli *ISPs*.

L'inosservanza di questa tecnica redazionale, l'emendamento infatti fu respinto, si è risolta in un dettato normativo privo di prescrittività perché composto da linee-guida, che richiedono una successiva articolazione in norme di condotta. Quindi, il decisore politico europeo ha affidato il delicato compito di tradurre i principi in regole ai soggetti privati, gli autori del contratto di interconnessione di cui si è detto sopra, i quali potrebbero dilatare a dismisura la categoria dei servizi specializzati, favorendo dietro corrispettivo economico prestazioni presentate come speciali, ma che tali non sono⁴², violando così la regola dell'uguaglianza di trattamento in nome di un'osservanza solo formale alla *net neutrality*.

Le medesime considerazioni valgono anche per un'altra decisione girata dallo stesso Regolamento con troppa disinvoltura agli *ISPs*: quella inerente all'imminente congestione della rete, ragione giustificatrice di una gestione differenziata del traffico (art. 3, co. 3, lett. c). Come nel caso esaminato prima, anche qui il punto critico consiste nell'aver derogato alla parità di trattamento del traffico ricorrendo a un'eccezione variabile perché affidata al significato che di volta in volta gli *ISPs* riconosceranno all'aggettivo "imminente"⁴³.

Né al momento ci rassicura il fatto che il Regolamento preveda che il Berc – autorità di sintesi dei rispettivi regolatori nazionali sulle

cations networks using the Internet Protocol with strict admission control; and that is not marketed or used as a substitute for internet access service or functionally identical to services available over the public internet access». Il parere è disponibile al seguente *link*: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0190+0+DOC+XML+V0//IT#title>.

⁴² TIM BERNERS-LEE, *Net Neutrality in Europe: a statement*, 16/10/2015, in <http://webfoundation.org/2015/10/net-neutrality-in-europe-a-statement-from-sir-tim-berners-lee/>, dove il giurista critica che «The current proposal allows ISPs to create fast lanes for companies that pay to have their content load faster by calling them 'specialized services». A questo rilievo, come agli altri, seguì nello *statement* una lista di proposte alternative, che non furono prese in alcuna considerazione dal legislatore europeo, nonostante i richiami di alcuni europarlamentari, si veda la nota 40.

⁴³ Così B. VAN SCHEWICK, *Europe is about to adopt bad net neutrality rules. Here's how to fix them*, in <https://medium.com/@schewick/europe-is-about-to-adopt-bad-net-neutrality-rules-here-s-how-to-fix-them-bbfa4d5df0c8#.sxltri7wj>.

tlc⁴⁴ – detti le linee guida orientative dei compiti delle singole Autorità nazionali di regolazione (ANR), le quali sono i controllori di questi accordi di interconnessione in deroga alla *net neutrality*⁴⁵. In primo luogo, non vi sono ragioni per ritenere che lì dove sia fallito il legislatore europeo, riesca invece il Berec, e pertanto se neppure in seno a quest'organo si dovesse raggiungere il consenso sulla categoria dei servizi specializzati, spetterà infine alle singole ANR chiudere il cerchio. Si aggiunga un'ulteriore considerazione: l'atto del Berec sarà un atto di *soft law*, quindi non vincolante per il destinatario che potrà discostarsene motivando.

In conclusione, il Regolamento è un atto a maglie larghe⁴⁶, che non pone già regole immediatamente operanti nei rapporti intersoggettivi, ma principi, la cui traduzione in precetti compete al Berec, e in mancanza alle ANR, o agli Stati membri; dunque, questo scivolare progressivo del compito normativo dal legislatore comunitario a soggetti europei non istituzionali o a livelli normativi statali, potrebbe porre problemi rispetto ai principi dell'*institutional balance* e di corrispondenza tra forma e sostanza.

Infatti, si è dinanzi a un Regolamento lontano dalla categoria di appartenenza, perché il suo contenuto lo avvicina piuttosto alle Direttive,

⁴⁴ Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC), istituito con il Regolamento (EC) n. 1211/2009, del Parlamento e del Consiglio del 25 novembre 2009, in sostituzione del Gruppo Europeo dei Regolatori del 2002, ha fondamentalmente compiti di consulenza e assistenza verso la Commissione e le Autorità Nazionali di Regolazione nel settore delle comunicazioni elettroniche. Si veda il seguente *link*: http://berec.europa.eu/eng/about_berec/what_is_berec/.

⁴⁵ Il Berec, come detto da F. Sorensen, «is tasked to develop European Net Neutrality guidelines in order to contribute to the consistent application of the net neutrality regulation in Europe» cui ha dato seguito avviando una consultazione pubblica. Si veda il seguente *link*:

http://berec.europa.eu/eng/news_and_publications/whats_new/3551-berec-has-started-its-work-to-develop-european-net-neutrality-guidelines.

⁴⁶ La stampa straniera specialistica non ha esitato a cogliere insidiosi *loopholes* nella tecnica redazionale prima descritta, si vedano: A. HERN, *EU net neutrality laws fatally undermined by loopholes, critics say*, in *The Guardian*, 11/1/2016; *A Multi-speed Europe*, in *The Economist*, 11/1/2016; N. PRUPIS, *Digital rights 'Sold off' as European Parliament Jettisons Net Neutrality*, 19/01/2016.

L'articolo di Hern è disponibile al seguente *link*: <http://www.theguardian.com/technology/2015/oct/27/eu-net-neutrality-laws-fatally-undermined-by-loopholes-critics-say>.

L'articolo *A Multi-speed Europe* è disponibile al seguente *link*: <http://www.economist.com/news/business/2167175-eu-net-internet-rules-will-hurt-continent-startups-multi-speed>.

L'articolo di Prupis è disponibile al seguente *link*: <http://www.commondreams.org/news/2015/10/27/digital-rights-sold-european-parliament-jettisons-net-neutrality>.

che presentano norme *self-executing* accanto a disposizioni completabili da interventi regolativi successivi; e, infatti, al pari di una Direttiva, anche questo Regolamento differisce la sua entrata in vigore.

Mettendo da parte la questione della deviazione della sostanza dalla forma, illegittimità comunitaria ormai non più contestata, riflettiamo invece sull'adeguatezza o meno del mezzo impiegato all'obiettivo perseguito. Se lo strumento consiste nel ricorso a discipline differenziate per territori e autori, il risultato del mercato unico non è più in concreto disponibile. Con il Regolamento si compie un ossimoro giuridico: si dice di volere un'unica piazza per gli scambi digitali, ma poi la si polverizza in tanti frammenti quante sono le diverse identità politiche nazionali.

6. Modalità di scrittura della regola sulla *net neutrality*

Aver centrato il dibattito in merito alla *net neutrality* sulla libertà fondamentale a essere informato del consumatore ci consente di individuare i parametri ai quali il legislatore si sarebbe dovuto attenere nell'imporre il rispetto della regola della *net neutrality*.

A) Qui il riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ci indica la "rule of law"⁴⁷ come criterio inderogabile.

In primo luogo, la disciplina dovrà essere posta da una legge⁴⁸ che sia "adequately accessible"⁴⁹ e in grado di offrire un precetto compiuto

⁴⁷ La letteratura concernente la "rule of law" è illimitata. Ai nostri fini è sufficiente fare riferimento ai contributi basati sui recenti *case law*; vedi *ex multis*: F. FABBRINI, *Fundamental Rights in Europe: Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2014; D. CHALMERS – G. DAVIES – G. MONTI, *European Union Law: Cases and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 256-258; D. HARRIS – D. HARRIS – M. O'BOYLE – E. BATES – C. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 345-349. Per lo specifico settore dei *media* cfr.: H. FENWICK – G. PHILLIPSON, *Media Freedom under the Human Rights Act*, 2006, Oxford University Press, Oxford, pp. 37-311.

⁴⁸ Illustrano bene cosa si intenda per *law*: D. HARRIS – M. O'BOYLE – E. BATES, *Law of the European convention on Human rights*, Oxford University Press, Oxford, già nella 2^a ed., 2009, p. 344: «the rule need not be a rule of domestic law but may be a rule of international law or Community law so long as it purports to authorize the interference. It may consist of a whole legal regime regulating the area of activity, including rules made by a delegated rule-making authority (*Barthold v FRG* A90 (1985); 7 EHRR 383 pages 45-6 and rules from more than one legal order». Si vedano anche D. MOECKLI – S. SHAH – S. SI-

tamente comprensibile, «formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct»⁵⁰. Ebbene, il Regolamento europeo non risponde a questa esigenza di chiarezza perché, come si è visto prima, nel consentire al fornitore dell'accesso di accordare una velocità differenziata ai servizi specializzati rispetto a quelli ordinari, non spende neanche una parola per definire i primi. E neppure chiarisce se questa deroga operi indifferentemente a vantaggio di tutte le categorie di servizi specializzati, oppure se una ulteriore differenziazione si debba fare tra categorie e categorie⁵¹. In altri termini, un servizio di *e-health*, che è certamente un servizio *delay sensitive*, merita un trattamento ulteriormente privilegiato rispetto al *Voip*? Non intendiamo prendere posizione su questa questione – che potrebbe avere nella vocazione sociale del servizio il criterio per ordinare le domande di accesso veloce – ma solo sottolineare che il Regolamento, cioè l'atto che dovrebbe contenere regole astratte, generali e chiare, tacendo sul punto affida la definizione delle priorità ancora una volta all'accordo di fornitura tra i due operatori del mercato a monte, che hanno tutto l'interesse a vendere e comprare *fast lane* contro denaro, anche se a percorrere questa autostrada veloce sia un servizio affrancato da vincoli di destinazione. Quindi, sarà sempre un negozio privato che chiuderà un vuoto normativo e finirà così per disporre di libertà fondamentali e diritti economici in violazione dei principi della *rule of law* del diritto comunitario e sovranazionale, oltre che della riserva di legge del nostro ordinamento⁵² e della inviolabilità dei diritti fondamentali.

VAKUMARAN – D. HARRIS, *International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2 ed., 2010, p. 111.

⁴⁹ *Silver v. United Kingdom*, 5 Eur. H.R. Rep. 372 (87), 1980.

⁵⁰ *Sunday Times v. United Kingdom*, 2 Eur. H.R. Rep. 245, 271 (49), 1980.

⁵¹ Nel senso di non ammettere una differenziazione tra diverse categorie di specialità si veda: D.C. NUNZIATO, *Net neutrality and free speech in the Internet age*, cit. a p. 147: «Network operators should be permitted to grant priority to types of traffic that inherently require high bandwidth without discriminating within and among those types of applications».

⁵² Nel nostro ordinamento le libertà fondamentali sono coperte da riserva di legge, che nel ripartire la competenza normativa tra legge e regolamento governativo, non solo esclude che il secondo si possa sostituire al primo, ma in termini più generali vieta a una fonte diversa da quella riservataria, la legge, di intervenire in sua vece. Di conseguenza, quello che la riserva proibisce al regolamento governativo di fare, a maggior ragione sarà precluso a un atto privato. Infatti, un regolamento indipendente, fattispecie al limite della compatibilità costituzionale, rimane comunque un atto imputabile a un soggetto politica-

Per quanto riguarda la fonte che ha preceduto il Regolamento europeo, cioè il Regolamento della *Federal Communication Commission*⁵³, essa ha dettato indicazioni più stringenti, rinvenibili in due elementi.

mente responsabile; un atto normativo privato “indipendente” invece non comporta alcuna responsabilità politica in capo all’autorità privata emanante. Sul punto più ampiamente sia consentito il rinvio a: G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Giappichelli, Torino, 2005, in part. pp. 164-170.

⁵³ Queste le tappe del suo percorso dal 2005 a oggi.

Agosto 2005: la *Federal Communications Commission* con il *Policy statement*, (in https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf) offre a se stessa dei principi generali «to preserve and promote the open and interconnected natura of the public Internet».

Agosto 2008: la FCC col *Memorandum opinion and order* (in https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-08-183A1.pdf) in applicazione delle precedenti linee guida ordina a un *provider* (Comcast) – che rallentava il traffico degli internauti nell’uso del *peer to peer*, utilizzato per la visione di film in *file sharing* – «to end Comcast’s use of unreasonable network management practices ... our remedy sends the unmistakable message that Comcast’s conduct must stop». La FCC desunse la sua legittimazione all’ordine dal Titolo II del *Communication Act*, con ciò equiparando gli *ISPs* ai *common carriers* e estendendo ai primi in virtù della giurisdizione ancillare il potere espressamente conferitole *per tabulas* sui secondi.

Aprile 2010: la *Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* (n. 08-129, April 6, 2010, in part. p. 64) annulla l’ordine della FCC perché affetto da carenza di potere. La Corte infatti le contesta l’uso disinvolto della giurisdizione ancillare, in mancanza dei necessari presupposti, stabilendo che «The Commission has failed to tie its assertion of ancillary authority over Comcast’s Internet service to any ‘statutory mandated responsibility’».

Dicembre 2010: la FCC ritorna sull’argomento col *Report and order* (in https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1.pdf, in part. p. 64), individuando il suo titolo nella sez. 706 del *Telecommunications act 1996*, che le conferiva una delega diretta a «encourage the deployment of advanced telecommunications capability by utilizing, in a manner consistent with the public interest, convenience, and necessity, various tools [...]». Per l’opinione dissenziente si leggano le argomentate critiche di McDowell: M. McDOWELL, *FCC, Dissenting Statement of Commissioner Robert M. McDowell*, consultabili al seguente *link*:

http://transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2012/db0822/FCC-12-92A3.pdf.

Gennaio 2014: *D.C. Circuit in Verizon v. FCC*, 740 F.3d 623 (D.C. Cir. 2014), disponibile al seguente *link*:

[https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3af8b4d938cdeea685257c6000532062/\\$file/11-1355-1474943.pdf](https://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/3af8b4d938cdeea685257c6000532062/$file/11-1355-1474943.pdf).

In quest’ultima decisione, la *Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, annulla nuovamente l’ordine della Commissione sempre per ragioni inerenti al titolo del potere, ma «upheld the Commission’s finding that Internet openness drives a ‘virtuous cycle’ in which innovations at the edges of the network enhance consumer demand, leading to expanded investments in broadband infrastructure that, in turn, spark new innovations at the edge»

In primo luogo, la FCC, dopo aver fissato la regola del divieto di discriminazione, se non che per ragioni tecnico-obiettive inerenti ai servizi specializzati, non si è limitata a girare in bianco questo potere normativo agli operatori economici del mercato a monte, ma lo ha opportunamente trattenuto a sé, riservandosi di esercitarlo in sede di linee-guida, che, pur avendo un valore di mera *soft law* e non di regola imperativa eteroimposta, è presumibile saranno osservate dagli operatori perché la stessa FCC si è riservata il potere di controllare *ex post* la legittimità del negozio sull'accesso.

Il Regolamento dell'Unione Europea non prevede un analogo potere di *judicial review*.

L'articolo 5, dopo aver impostato una relazione informativa forte tra le parti dell'accordo di accesso e le Autorità nazionali di regolazione, non chiude il cerchio, in quanto non assegna alle Autorità il potere di sanzionare accordi, che sotto l'apparenza di servizi specializzati privilegiassero alcune prestazioni per ragioni meramente economiche e non di obiettiva funzionalità del servizio.

Dunque, in sede europea ciò che conta è che le Autorità di regolazione siano informate di un eventuale accordo lesivo della *net neutrality* e quindi della libertà della persona, e che anche quest'ultima sia informata, ma una volta che le notizie siano rese disponibili, il danno alla libertà fondamentale di tutti rimane e non è rimediabile.

B) Abbiamo visto che la *rule of law* è stata disattesa quanto al requisito della chiarezza, esaminiamo ora in breve gli ulteriori criteri cui il legislatore si dovrà attenere.

Questi nel limitare un diritto dovrà valutarne in anticipo l'indispensabilità, per cui se un'alternativa fosse concretamente per-

(Federal Communications Commission, *Report and Order on Remand, Declaratory Ruling, and Order*, FCC 15-24, GN Docket No. 14-28, 12/3/2015, in https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-15-24A1.pdf).

Febbraio 2014: *Report and Order on Remand, Declaratory Ruling, and Order*, in https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-15-24A1.pdf, dove la FCC rivendica il compito di proteggere la neutralità della rete dai comportamenti discriminatori del fornitore di connettività con una regolazione leggera, derogabile per ragioni obiettive, preventiva, e non sostituibile con le norme asimmetriche o con la disciplina *antitrust* per autonomia di funzione, come si dirà diffusamente nell'ultimo paragrafo del lavoro.

Sulla storia della ricerca di titolo si veda: A. C. FIRTH – N.H. PIERSON, *The open Internet, net neutrality and the FCC*, Nova Science Publishers, New York, 2011, in part. pp. 15-56.

corribile, il sacrificio al diritto non sarebbe legittimo⁵⁴ e quindi non apponibile; inoltre il peso al diritto non potrà superare la misura dello stretto necessario.

A ciò si aggiunga che il legislatore nel regolare diritti e libertà contrapposti, dovrà comparare il danno procurato al diritto che arretra con il vantaggio accordato al diritto che avanza in modo da assicurarne un tendenziale equilibrio come il principio della proporzionalità⁵⁵ vuole. Infine, almeno secondo l'ultima giurisprudenza europea, che riguarda proprio le libertà *online*, questo confronto tra valori confliggenti dovrà svolgersi tra beni-interessi di pari dignità⁵⁶.

Applicare il principio di proporzionalità alla *net neutrality* comporta che il legislatore europeo o americano potrà derogare alla parità di trattamento tra i diversi fornitori dei contenuti in nome di un valore equiordinato alla libertà di informazione degradata con la deroga. Quindi, non è sufficiente invocare il *traffic management*, cioè le ragioni di gestione del traffico, per giustificare trattamenti privilegiati riservati a taluni contenuti, ma occorrono ragioni oggettive, quali la sicurezza della rete, la lotta al terrorismo o la difesa di altre libertà fondamentali, per giustificare il freno imposto alla libertà di espressione del fornitore di contenuti pregiudicato dalla deroga.

Questo criterio ci consente di risolvere anche un caso molto controverso che la *net neutrality* pone: quello dello *zero-rating*⁵⁷. Con tale

⁵⁴ R. CLAYTON – H. TOMLINSON, *The law of human rights*, Oxford University Press, Oxford, 2 ed., 2009, pp. 339-340.

⁵⁵ J. CHRISTOFFERSEN, *Fair balance: proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on human rights*, Brill, Leiden, 2009; A. MOWBRAY, *A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human rights L. Rev.*, vol. 10, n. 2/2010, p. 289.

⁵⁶ Corte di Giustizia, (Grande Sezione), *Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, causa C-131/12, 13 maggio 2014, in part. il *consid.* n. 97: «Dato che l'interessato può, sulla scorta dei suoi diritti fondamentali derivanti dagli articoli 7 e 8 della Carta, chiedere che l'informazione in questione non venga più messa a disposizione del grande pubblico mediante la sua inclusione in un siffatto elenco di risultati, occorre considerare – come risulta in particolare dal punto 81 della presente sentenza – che i diritti fondamentali di cui sopra prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico a trovare l'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona».

⁵⁷ Interessante e ben articolato il discorso sullo *zero-rating* di M. AVVISATI, «Zero Rating»: *quale bilanciamento fra le libertà in gioco?*, in corso di pubblicazione, letto per gentile concessione dell'Autrice.

formula si intende un accordo che può intervenire tra il fornitore della connessione e il fornitore di un servizio: quest'ultimo dietro il pagamento di un corrispettivo ottiene che il suo servizio arrivi all'utente finale, sottratto dal quantitativo massimo di dati disponibili mensilmente. Quindi, lo *zero-rating* non determina un'alterazione tra i vari fornitori di servizi in termini di velocità, che rimane uguale per tutti, ma in termini di consumo dei dati, perché i servizi fuori dall'accordo comportano l'erosione dei dati mensili, a differenza del servizio avvantaggiato dall'accordo, che è fuori *cap*. Il Regolamento europeo non vieta lo *zero-rating*, lasciando ancora una volta agli Stati la possibilità di decidere in merito. Anche su questo punto è diverso il Regolamento della FCC, che si riserva ad accordo già concluso il potere di accertare caso per caso se il negozio sia o meno lecito, secondo la filosofia del "see and evaluate". Un siffatto approccio *case by case* può essere condiviso, rimanendo escluso tuttavia che l'accertamento sia finalizzato a salvaguardare l'equilibrio competitivo. Non si dovrà dunque ammettere un accordo solo se esso non lede la concorrenza, perché – come abbiamo spiegato fin qui – non sono le esigenze del mercato quelle che determinano un bisogno di *net neutrality*, ma la tutela di un diritto fondamentale dell'utente finale. Questo diritto può ben essere limitato, purché secondo regole astratte, generali, chiare e poste a tutela di un altro diritto fondamentale.

Questa impostazione consente di valutare positivamente quei particolari accordi di *zero-rating* – è il caso di Facebook – che vengono stipulati in aree prive di connessione alla rete e che offrono all'utente finale l'accesso alla rete unitamente all'accesso privilegiato al servizio. Ne viene infatti in principio condizionata la libertà di scelta dell'utente, che sarà indotto a utilizzare Facebook in via esclusiva. Ma la compressione è bilanciata dall'effettività del diritto di accesso alla rete, che in assenza dell'accordo di *cap* rimarrebbe una titolarità meramente formale, perché nessun soggetto pubblico o privato porterebbe in quell'area la connessione a Internet.

A opposta conclusione si dovrebbe pervenire se il medesimo accordo venisse fatto in una zona dove già è assicurato il diritto di accesso dell'utente finale alla rete. In questo caso anche se lo *zero-rating* fosse concretamente disegnato in modo da non alterare la competizione, grazie alla previsione di una clausola di estensione dell'accordo a favore di altri offerenti del medesimo servizio, esso parimenti comprometterebbe *sine causa* il diritto dell'utente finale a una scelta in-

condizionata tra i diversi servizi. Questi infatti sarà indotto dallo *zero-rating* a optare per il servizio che non consuma i dati, piuttosto che per quello che li consuma, senza ricevere come contropartita la espansione di un altro suo diritto fondamentale, a compensazione della libertà di scelta che gli è stata negata⁵⁸. Inoltre, la clausola di non esclusiva non tutela adeguatamente la posizione di eventuali *new entries*, perché se questi sono dei piccoli operatori appena affacciatisi sul mercato non avranno la concreta possibilità di pagare lo *zero-rating* all'offerente della connessione. La clausola solo in termini teorici lascia il mercato aperto alla competizione, ma di fatto lo chiude⁵⁹.

Infine, la disciplina sulla *net neutrality* dovrà fare una scelta di campo: offrire alla persona lesa dall'informazione deviata per scelte discriminatorie a monte una tutela di tipo conoscitivo o anche repressivo-satisfattoria.

Il primo caso ricorre quando la regolazione ammette comportamenti discriminatori nella gestione del traffico e si limita a prescrivere a chi li assume l'obbligo di informare della loro esistenza il consumatore finale. Questa impostazione è quella adottata dal Regolamento UE, attento a una minuziosa informativa da rivolgere al consumatore, ma al tempo stesso molto permissivo verso le deroghe alla parità di trat-

⁵⁸ Si è peraltro dimostrato che un ulteriore danno per il consumatore è nel fatto che è lui a pagarne in ultima istanza i costi. Infatti, una volta annullato lo *zero rating*, i *byte*, inizialmente sottratti al cliente per assegnarli fuori computo al beneficiario dell'accordo, gli vengono restituiti. In Olanda da quando il legislatore ha vietato questa pratica, il flusso dei dati a disposizione dei clienti è addirittura raddoppiato da 5 a 10 Gb senza costi aggiuntivi.

⁵⁹ Posizioni contrastanti sullo *zero rating* sono state espresse anche durante *Internet Governance Forum* di questo anno, prima citato, in occasione del *WS 156 ZeroRating and Neutrality Policies in Developing Countries*. Si veda il seguente link: <http://www.intgovforum.org/cms/documents/igf-meeting/igf2015-jooa-pessoal/igf2015-reports/583-igf2015a-dialogue-on-zero-rating-and-network-neutrality/file>.

Alle ragioni già illustrate sopra vanno aggiunte quelle di coloro che lo ammettono condizionandolo alla clausola di apertura ai terzi per prevenire distorsioni competitive (c.d. *fair, reasonable and non discriminatory clause*). Fermo restando che la *net neutrality* tutela il diritto alla libertà di manifestazione del pensiero, non la concorrenza, va considerato peraltro che la clausola di non esclusiva non sempre è sufficiente da sola a mantenere l'equilibrio competitivo. Si pensi al caso di un accordo di *zero-rating* troppo oneroso per i terzi, i quali non vi aderirebbero; oppure si rifletta sull'indisponibilità dei clienti, fidelizzati con lo *zero-rating* da chi è entrato per primo nel mercato, a passare al terzo, intervenuto successivamente. In conclusione, ancorché la clausola dovesse funzionare bene, cosa tutta da dimostrare, essa proteggerebbe solo il livello competitivo raggiunto, non anche i diversi interessi fondamentali della persona, né spingerebbe la competizione verso l'alto.

tamento. È come accontentarsi di un consumatore consapevole della lesione che si consuma a suo danno, ma privo di strumenti per evitarla o porvi rimedio. E se è pur vero che è sempre preferibile conoscere piuttosto che ignorare, la consapevolezza non ripristina le fonti rallentate o addirittura bloccate dal *gatekeeper*. Infatti, la sola informazione non è di per sé soddisfacente del diritto della persona a essere informata perché sapere di essere stato privato di uno o più contenuti non serve a ricomporre l'integrità del flusso informativo.

La seconda impostazione è quella che non punta tutto e solo sulla conoscenza, ma la esige come strumento per ripristinare condizioni eque di accesso al mercato e restituire al consumatore la completezza originaria del flusso informativo. Questa è la filosofia della FCC, che infatti vuole essere informata dell'esistenza degli accordi di interconnessione non per un mero scrupolo conoscitivo, ma per sanzionarli poi con l'obbligo di desistere dal comportamento discriminatorio nel caso li valutasse illeciti. Questo indirizzo propone una *net neutrality* come regola severa perché la completa con una sanzione di tipo ripristinatorio e pienamente soddisfacente di ogni libertà, economica e non, lesa dalla condotta discriminatoria.

7. Conclusioni

Alla fine di questo percorso siamo in grado di definire la natura e i contenuti della *net neutrality*, cui perveniamo avendo individuato in apertura del presente lavoro i diritti e le libertà riferibili a soggetti economici e a individui.

Essa è stata accostata alla disciplina asimmetrica⁶⁰, che vige principalmente nel settore delle comunicazioni elettroniche. In breve, la categoria richiamata impone al titolare della rete fissa – un imprenditore verticalmente integrato e presente anche nel mercato a valle – di consentire a essa l'accesso e assicurare un *equal treatment* agli operatori economici privi di rete. Questi limiti alla libertà di iniziativa economica del primo operatore contengono la sua iniziale posizione di vantag-

⁶⁰ Non è questa la sede per approfondire attributi e finalità della regolazione asimmetrica, sia pertanto consentito il rinvio a G. DE MINICO, *Le Direttive CE sulle comunicazioni elettroniche dal 2002 alla revisione del 2006. Un punto fermo?*, in P. COSTANZO – G. DE MINICO – R. ZACCARIA (a cura di), *I 'tre codici' Della società dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2006, in part. pp.170-173.

gio, consentendo a chi offre il servizio di competere ad armi pari nei confronti dell'utente finale. Quindi, la norma asimmetrica corregge uno squilibrio nelle posizioni tra Telco titolari della rete e Telco che ne siano prive, congelando la dominanza dell'*ex incumbent* prima che essa degeneri in abuso. Il suo fine ultimo è quello di mimare attraverso una finzione giuridica un mercato competitivo, come se l'accesso alla rete altrui equivalesse all'accesso alla rete propria, rimanendo quindi servente alla disciplina *antitrust*.

A una prima lettura la *net neutrality* sembrerebbe accostarsi alla norma asimmetrica perché anch'essa ripropone l'obbligazione a carico di una sola parte, il fornitore dei *byte*, a vantaggio dei richiedenti l'accesso a questi *byte*, i fornitori dei servizi *online*. A tale sovrapposizione concettuale prima richiamata ha probabilmente contribuito il fatto che il primo caso significativo di applicazione della *net neutrality* da parte della FCC abbia riguardato un operatore verticalmente integrato (Comcast)⁶¹. Questo operatore forniva agli utenti finali l'accesso a Internet unitamente al servizio televisivo via cavo, configurandosi come un operatore verticalmente integrato. Al fine di privilegiare la fruizione dei propri servizi televisivi Comcast rallentò la velocità dell'applicazione (*peer to peer*) che consentiva agli utenti la visione gratuita dei film in *file-sharing*. La FCC ordinò a Comcast di dismettere immediatamente la condotta contestata e di non riprodurla in avvenire perché essa riduceva il diritto dell'utente di accedere ai contenuti secondo la tecnologia da lui prescelta.

Ma va considerato che le norme si definiscono in ragione della funzione e non della loro struttura. In questa prospettiva, la funzione della *net neutrality* – che pure interviene tra i medesimi soggetti, vale a dire tra un fornitore di rete fissa o virtuale e un fornitore di servizi che di quella rete ha bisogno per trasmettere – non ha nulla a che vedere con la norma asimmetrica, perché non è volta a riequilibrare una posizione di iniziale vantaggio tra l'operatore verticalmente integrato titolare della rete e i fornitori dei servizi che ne sono privi⁶². La sua funzione consiste invece nel prevenire che si crei tra i vari fornitori dei servizi finali una disparità dovuta a differenti condizioni di accesso ai *byte*.

⁶¹ Federal Communications Commission, *Memorandum opinion and order*, in https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-08-183A1.pdf.

⁶² D.L. SIERADZKI – W.J. MAXWELL, *The FCC's network neutrality ruling in the Comcast case: towards a consensus with Europe?*, in *Communications and strategies*, n. 70, 4 quarter, 2008, p.80.

Ne consegue che la *net neutrality* non richiede come presupposti della sua operatività né la dominanza di colui che dispone dell'accesso alla rete, né un'insufficienza della legge del mercato. Ne segue che l'esigenza di *net neutrality* rimarrebbe immutata anche se il mercato di Internet fosse adeguatamente competitivo, perché – diversamente dalla norma asimmetrica – non è inversamente proporzionale al grado di competitività, e non tende quindi ad azzerarsi con il raggiungimento di condizioni di matura concorrenza⁶³.

Potremo ricordare che nella motivazione dell'*order* prima richiamato la FCC si poneva l'obiettivo sia di bloccare la dominanza di Comcast attraverso una disciplina asimmetrica, sia di tutelare i consumatori dalla compressione dei propri diritti. Questa iniziale oscillazione della FCC si risolse successivamente in una chiara presa di posizione favorevole alla centralità del diritto dei consumatori a una scelta la più ampia e libera possibile, anche perché solo una siffatta scelta stimola la domanda di innovazione, che è alla base dello sviluppo delle potenzialità della rete. Non si può ritenere casuale che anche il percorso concettuale e giuridico del più recente atto della FCC va dalla competizione al *freedom of speech*, passando per l'innovazione⁶⁴.

La *net neutrality* va distinta anche dalla disciplina *antitrust* per struttura e finalità delle sue regole. In breve, la disciplina *antitrust* si applica quando la condotta lesiva dell'equilibrio competitivo si sia già realizzata e mira attraverso provvedimenti repressivi a ripristinare le condizioni di mercato esistenti prima che l'illecito venisse in essere⁶⁵. Quindi è posta a difesa del grado di competizione a quel momento esistente. La *net neutrality* gioca invece *ex ante*, perché prescinde dal compimento di una condotta anticompetitiva, e mira a promuovere condizioni di mercato ulteriori e migliori rispetto a quelle preesistenti,

⁶³ Sia consentito il rinvio alla mia Relazione tenuta durante il *Seminario italo-español de estudios constitucionales*: “Nuevas exigencias de tutela de los derechos de la persona”, Bologna, 3-4 maggio 2012, al *Panel 3* – “Diritti fondamentali e Internet 1”.

⁶⁴ Al *freedom of speech* è infatti, dedicata la corposa parte finale del *Report and order on remand, declaratory ruling, and order*, sopra citato; una collazione sistematica, questa, sintomatica del fatto che per la FCC «the rules we adopt today are tailored to the important government interest in maintaining an open Internet as a platform for expression», p. 273 (corsivo nostro).

⁶⁵ Sia consentito per una descrizione più ampia dei caratteri e delle finalità della *lex mercatoria* il rinvio a G. DE MINICO, *Antitrust e Consob. Obiettivi e funzioni*, Cedam, Padova, pp. 7-18.

perché – giova ricordare ancora una volta – ha come suo beneficiario ultimo la persona titolare del diritto a essere informati, che invece nella disciplina *antitrust*, rilevando come consumatore, è solo beneficiario mediato della difesa dell'equilibrio competitivo.

Questa autonomia concettuale dalla *lex mercatoria* ha conseguenze pratiche⁶⁶. La *net neutrality* si dovrà applicare anche se la condotta dell'operatore non è censurabile per anti-competitività, perché ad esempio l'imprenditore non ha posto in essere nessuna delle condotte aggredibili dal diritto *antitrust*, oppure perché l'operatore che rallenta o strozza un contenuto è bilanciato da altri più rispettosi della regola della *net neutrality*. Riteniamo che il principio della *net neutrality* debba applicarsi anche al singolo operatore inosservante, perché il suo discriminare tra un contenuto e l'altro nega all'utente finale un contenuto altrimenti per lui disponibile. Insomma, per la *net neutrality* lo svantaggiare un contenuto o un'applicazione è un male in sé anche se non altera l'equilibrio competitivo. Il discorso ricorda molto il ragionamento sulla necessità di una disciplina *antitrust* speciale per il settore radiotelevisivo che – se ragionevolmente disegnata, richiesta non accolta dal nostro legislatore – avrebbe impedito oltre un certo limite la riduzione del pluralismo informativo, in quanto considerata male in sé e per sé rispetto al diritto di ciascuno a disporre del maggior numero di fonti al momento consentite dalla tecnica⁶⁷.

Si può anche suggerire un accostamento della regolazione diretta ad assicurare la *net neutrality* a quella del Servizio Universale in quanto quest'ultima idonea a garantire agli utenti, non solo l'*an* di una prestazione, che diversamente il mercato non procurerebbe loro, quan-

⁶⁶ F. DELL'AVERSANA, *Le libertà economiche in Internet: competition, net neutrality e copyright*, Aracne, Roma, 2014, in part. pp. 168-169, riconduce invece al paradigma della disciplina *antitrust* la *net neutrality*, le cui articolate argomentazioni, non ci convincono per le ragioni esposte nel testo.

⁶⁷ Sia consentito il rinvio a G. DE MINICO, *L'Affaire audiovisivo tra legislatore e giudice: una storia infinita?*, in *Pol. Dir.*, n. 2/2008, in part. pp. 324-326: «[...] la disciplina speciale costituisce una deviazione legittima da quella generale nella misura in cui è in grado di accordare al 'pluralismo informativo' protezione anticipata e rafforzata rispetto alla tutela repressiva propria della disciplina *antitrust*. Dunque, la regolazione speciale consegue l'obiettivo propostosi quando arretra la soglia dell'antigiuridicità, prescrivendo soglie concentrative più severe e stringenti di quelle proprie della disciplina *antitrust*. In sintesi, quelle condotte che secondo il diritto *antitrust* generale non sarebbero punibili devono invece ricadere nel divieto della disciplina speciale, diversamente risulterebbe frustrata la tutela cautelare del bene affidato alle sue cure».

to una qualità adeguata e un prezzo *affordable*⁶⁸. Ma questo avvicinamento non ci porta però a ritenere che la *net neutrality* coincida con il Servizio Universale per due ordini di ragioni.

La prima attiene al fatto che considerare il diritto alla *net neutrality* un'obbligazione da Servizio Universale implicherebbe che la *querelle* circa l'acquisizione del diritto di accesso a Internet al *genus* della prestazione obbligatoria e universalmente riconosciuta sia stata risolta positivamente. Ma questa ottimistica impostazione, da noi da tempo argomentata e sostenuta anche in consessi europei, non è stata accolta dalla Direttiva Servizio Universale⁶⁹, che anche nella sua ultima revisione ha continuato a escludere dal catalogo delle prestazioni dovute l'accesso a Internet a una data velocità. L'inscindibile collegamento tra il basilare diritto di accesso alla rete degli utenti e quello più sofisticato dell'operatore di disporre della rete alle medesime condizioni contrattuali riservate al suo concorrente comporta che il diniego al primo diritto dello *status* di prestazione obbligatoria travolga anche le medesime aspirazioni della situazione soggettiva derivata.

Ciò non toglie che in una prospettiva politica futura si debba continuare a sostenere l'universalità della pretesa di accedere alla rete, ma nel caso in cui questa battaglia incontrasse il favore di un legislatore comunitario più illuminato, essa non dovrebbe condurre ad acquisire automaticamente anche il diritto alla *net neutrality* al *genus* del servizio universale. E ciò perché - e qui arriviamo alla seconda considerazione annunciata prima - la disciplina del servizio universale necessita di un debitore, la cui individuazione il diritto comunitario affida al singolo Stato. Quest'ultimo trasferisce i relativi oneri o sugli operatori di telefonia fissa, che in quanto privi di rete propria contribuiscono *pro quota* alla diffusione universale della prestazione - o sulla generalità dei contribuenti, nel caso in cui lo Stato secondo valutazione altamente discrezionale li reputi i beneficiari ultimi del Servizio Universale.

⁶⁸ Consapevoli dell'estraneità della tematica richiamata nel testo alla nostra trattazione, ci sia consentito per le questioni di compatibilità comunitaria e costituzionale del servizio universale - con particolare riferimento alle reti fisse e all'accesso a Internet - il rinvio a G. DE MINICO, *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in G. DE MINICO (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti. Banda larga e servizi a rete*, Jovene, 2010.

⁶⁹ Cfr. Direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 (recante modifica della Direttiva 2002/22/CE, in *GUCE* 18 dicembre 2009, n. L. 337/11, d'ora in poi citata Direttiva Servizio Universale) relativa al Servizio Universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica.

le e a condizione che la situazione economica di tendenziale prosperità lo consenta.

Tornando ora alla nostra *net neutrality* chi sarebbe questo necessario debitore disposto a sostenere in via compensativa il prezzo *affordable*? Ragioniamo: i soggetti che lo sono nel servizio di telefonia fissa, cioè le Telco, qui non godrebbero del vantaggio rappresentato dalla comunicazione universale tra i propri clienti dovuta all'interconnessione con la rete fissa diffusa ovunque, beneficio questo, che giustifica la sopportazione dell'onere. Se le Telco fossero obbligate a pagare la *net neutrality* sopporterebbero un'obbligazione *sine causa* con tutto ciò che ne conseguirebbe in termini di legittimità della prestazione per difformità dal parametro della proporzionalità. Per le medesime ragioni non potremmo considerare obbligati neanche gli *ISPs*, di cui si è ampiamente discusso nel lavoro, perché dall'accordare un accesso equo e a prezzi calmierati a ogni fornitore di contenuti non trarrebbero un beneficio tale da controbilanciare in termini di ragionevolezza il sacrificio economico imposto loro.

Il rimedio residuale rappresentato dalla fiscalità generale, cioè girare a vario titolo i costi sui cittadini, sarebbe poi difficilmente praticabile sia perché i contribuenti si sentirebbero gravati da un peso la cui ricompensa vedrebbero riservata principalmente agli operatori economici delle rete, piuttosto che a se medesimi, sia perché in una situazione di recessione economica sarebbe politicamente odioso gravare ulteriormente di sacrifici chi non è in grado di sostenere le spese necessarie per vivere.

In sintesi, in luogo di soluzioni disegnate per fattispecie legate alla vecchia tecnologia – nel caso in esame, la rete di telefonia fissa – si preferiscono letture meno conformi con le tradizionali categorie giuridiche, ma più aderenti al fenomeno da regolare, quale quella prospettata in questo lavoro, diversamente si sacrificerebbe il fatto innovativo di Internet in cambio di soddisfazioni qualificatorie peraltro poco appaganti.

La nostra riflessione sulla *net neutrality* ha cercato un centro e lo ha trovato nella persona, accolta nella sua integrale dimensione costituzionale, come titolare della libertà di intrapresa economica, ma soprattutto delle libertà fondamentali che allargano la sua domanda di umanità.

Questo centrarsi sulla persona, e quindi, di converso, questo affrancare la *net neutrality* dalla logica mercantile, ha consentito di ri-

spondere ai problemi che dettati normativi volutamente lacunosi stanno già creando, ma soprattutto ha offerto un'indicazione per il futuro: qualsivoglia disciplina si voglia dare alla *net neutrality* questa dovrà essere attenta a riservare la capacità trasmissiva e innovativa della rete non solo a chi già c'è ora, ma anche a chi verrà, visto che noi abbiamo la responsabilità di non esaurire le risorse delle generazioni future, che hanno il nostro stesso diritto di intrapresa e di crescita interiore.

LA COSTITUZIONE DI DUCCIO
IL “PROGETTO DI COSTITUZIONE CONFEDERALE EUROPEA ED
INTERNA” DI DUCCIO GALIMBERTI E ANTONINO RÈPACI
A SETTANT’ANNI DALLA PRIMA PUBBLICAZIONE (1946-2016)

di *Chiara Tripodina*

SOMMARIO: 1. *L’opera e i giorni*; 2. *Giuristi piemontesi e Resistenza*; 3. *Partito d’Azione in Piemonte*; 4. *L’avvocato Duccio Galimberti*; 5. *Il Progetto di Costituzione confederale europea ed interna* - 6. *L’architettura, la visione e lo strumento* - 7. *La Costituzione confederale europea*; 7.1. *I limiti alla sovranità nazionale*; 7.2. *Gli organi confederali*; 7.3. *I diritti e i doveri nella confederazione*; 8. *La Costituzione interna degli Stati d’Europa*; 8.1. *La forma di stato: struttura sociale e istituzionale*; 8.2. *La forma di governo e l’organizzazione amministrativa dello stato*; 8.3. *I diritti e i doveri dei cittadini nello stato*; 9. *Idealismo e realismo nel Progetto di Costituzione: tra contraddizioni, distopie, preveggenze e utopie*; 10. *Conclusioni: non un modello, ma una testimonianza.*

L’albero della libertà non dà frutti se non è coltivato con le nostre proprie mani [...].

La libertà bisogna non solo conquistarsela, e ancora non solo difenderla, ma riconquistarla ogni giorno.

FRANCESCO RUFFINI, *Diritti di Libertà*, 1926

1. L’opera e i giorni

L’8 settembre 1943 Tancredi, detto “Duccio”, Galimberti e Antonino Rèpaci – avvocato l’uno, magistrato l’altro, rispettivamente di 37 e 33 anni – si trovano nello studio del primo mentre stanno portando a termine un’idea alla quale hanno iniziato a lavorare nell’autunno

dell'anno precedente: un *Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*¹.

L'idea di fare i "legislatori universali"² era venuta ai due, durante uno dei loro frequenti viaggi tra Cuneo, la loro città, e Torino, dove si recavano spesso per ragioni giudiziarie o politiche: perché, anziché scrivere un saggio, non «prospettare una struttura federalistica europea sotto forma di costituzione? La forma legislativa obbliga alla chiarezza e alla concisione»³.

L'articolato del "testo legislativo" era già terminato nell'aprile del 1943. Nel settembre i due stavano lavorando alla redazione di un'introduzione illustrativa⁴. L'interruzione del lavoro – narra Rèpaci

*Questo scritto, in una versione ridotta, è destinato agli Atti del Convegno *I giuristi e la Resistenza. Una biografia intellettuale del Paese*, tenutosi a Bergamo il 19 Novembre 2015.

¹ Il testo del *Progetto di Costituzione confederale europea ed interna* fu pubblicato per la prima volta nel 1946, nella collana *Oggi*, Torino, Ed. Fiorini; poi in appendice a A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, Torino, Bottega d'Erasmus, 1971, pp. 431-492; da ultimo, è stato ripubblicato, con scritti introduttivi di L. BONANATE, G. ZAGREBELSKY, L. ORNAGHI, da Nino Aragno Editori, Torino, 2014. In versione elettronica, il progetto si trova nell'*Archivio di diritto e storia costituzionali*, sub *Altri documenti di storia costituzionale italiana* (www.dircost.unito.it), con nota storica introduttiva di A. Di Giovine. Scrive A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 135: «A distanza di tanti anni, mi sarebbe assai difficile, se non impossibile, sceverare, nel *progetto*, quel che è *suo* da quel che è *mio*; anche perché, sullo sfondo di una concordanza generale di concetti, le piccole divergenze di dettaglio venivano facilmente superate in serene discussioni, talora serie, talora facete, ma sempre piacevoli e soddisfacenti per entrambi: talché il risultato finale non aveva più nulla di *suo* o di *mio*, ma era soltanto *nostro*».

² A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 133.

³ *Ibidem*, p. 131 s. Si veda anche lo scritto di A. RÈPACI, *Mio sodalizio con Duccio*, in *Risorgimento*, dicembre 1959. Il concetto della scrittura legislativa come elemento di chiarezza la ritroviamo anche in P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà*, introduzione alla seconda edizione di F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Firenze, La nuova Italia, 1946, p. XI: «La tecnica legislativa, che costringe il legislatore a esprimere le tendenze politiche in regole di condotta pratica, è una grande scuola di concretezza e di chiarificazione: la legge è quel minimo di politica che riesce a passare attraverso gli schemi e gli schermi della ragione».

⁴ L'introduzione era stata richiesta da Angelo Berrera, il direttore della libreria de *La Stampa*, al quale Galimberti e Rèpaci si erano rivolti per la pubblicazione del *Progetto*: «Poiché Duccio era occupatissimo nella organizzazione del Partito, pregò me di stendere la bozza dell'introduzione [...]. Man mano che stendevo la introduzione, la sottoponevo al suo esame e di volta in volta ne concordavamo il testo definitivo» (A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 134).

- «avvenne alle ore 17,30 del giorno 8 settembre 1943, quando, postici in ascolto alla radio, apprendemmo la notizia dell'armistizio»⁵.

«“Quel giorno più non vi leggemo avante”. Tre giorni appresso Duccio abbandonò definitivamente la penna e la toga per imbracciare il moschetto»⁶.

2. Giuristi piemontesi e Resistenza

Benché gli unici a pensare di redigere un progetto di costituzione per l'Europa e per l'Italia del dopo-liberazione, Duccio Galimberti e Antonino Rèpaci non furono certo i soli giuristi piemontesi impegnati nella Resistenza.

Giorgio Agosti (magistrato), Dante Livio Bianco (avvocato), Norberto Bobbio (professore universitario), Alessandro e Carlo Galante Garrone (magistrati), Dino Giacosa (avvocato), Paolo Greco (professore universitario⁷), Alessandro ed Ettore Passerin d'Entrèvs (professori universitari), Renato Treves (professore universitario), sono solo alcuni dei nomi dei giuristi piemontesi che legarono il loro nome e la loro vita all'antifascismo e alla Resistenza. Altri ancora – Franco Antonicelli, Felice Balbo, Giorgio Bocca, Vittorio Foa, Aldo Garosci, Palmiro Togliatti, Paolo Treves, Giorgio Vaccarino - non furono giuristi, ma compirono i loro studi nella facoltà di giurisprudenza dell'università di Torino.

Nomi e vite la cui numerosità ed eccellenza indicano l'esistenza di un nesso saldo e non ignorabile tra formazione giuridica torinese e antifascismo, a testimonianza di come la Torino degli anni Venti e Tren-

⁵ *Ibidem*, p. 134. Scrive più in dettaglio Rèpaci a p. 176: «Era un mercoledì, ed era una calda e bella giornata di sole [...]. Verso le 17 lasciammo lo studio e passammo nella camera da pranzo per prenderci un tè e, nello stesso tempo per ascoltare le notizie dalla radio. Avevamo appena acceso l'apparecchio che fummo investiti dal comunicato di Badoglio. Ci guardammo e restammo muti qualche istante, poi ritornammo in studio e ci affacciammo al balcone. In quel momento la piazza incominciava ad animarsi e poco dopo si verificò l'afflusso di militari che si radunavano in gruppi misti con borghesi, e discutevano, e discutevano...».

⁶ *Ibidem*, p. 134 s., «mentre io» - continua Rèpaci - «mi dedicavo all'attività clandestina in città».

⁷ Paolo Greco era in realtà napoletano e si era formato alla scuola giuridica napoletana, ma era professore dell'Università di Torino dal 1935 quando divenne, all'indomani dell'8 settembre 1943, primo presidente del CLN della Regione Piemonte.

ta del Novecento – la “Torino delle riviste”, come la gramsciana *L'ordine nuovo*⁸ o le gobettiane *Energie nuove* e *La rivoluzione liberale*⁹; la Torino dell'Einaudi¹⁰ – seppe essere centro di convergenza e irradiazione culturale, grazie soprattutto alla presenza di notevoli personalità, che svolsero il ruolo di animatori e agitatori di idee¹¹.

Particolarmente l'università appare, nello scorcio di quegli anni, come il luogo privilegiato di formazione culturale antifascista. Tra i suscitatori di forze morali e intellettuali all'interno della facoltà di giurisprudenza dell'ateneo torinese sicuramente merita una menzione Francesco Ruffini, “uomo dell'antico Piemonte”, secondo la definizione che ne diede Croce, senatore liberale del Regno e docente di Diritto ecclesiastico. «Autorevole nel sembiante, nel gesto, nel portamento, era una delle glorie dell'università torinese»¹²; uno di quelli per i quali vale spendere il titolo di Maestro. Fu tra i dodici professori universitari che rifiutarono il giuramento di fedeltà al fascismo¹³, subendone come conseguenza, nel 1931, l'obbligo di rinuncia alla docenza¹⁴. Con le sue lezioni e i suoi libri¹⁵ apriva le menti dei giovani,

⁸ Rivista fondata a Torino il 1° maggio 1919 da Antonio Gramsci e altri intellettuali torinesi, come Palmiro Togliatti, Umberto Terracini, Angelo Tasca.

⁹ *Energie nuove* fu fondata da Piero Gobetti a Torino il 1° novembre 1919; *La rivoluzione liberale* fu fondata il 12 febbraio 1922.

¹⁰ La casa editrice *Einaudi* fu fondata il 15 novembre 1933 da Giulio Einaudi, avvalendosi sin dall'inizio della collaborazione di figure come Leone Ginzburg, Cesare Pavese, Massimo Mila, Norberto Bobbio.

¹¹ Come dice N. Bobbio, *Trent'anni di storia della cultura a Torino (1920-1950)*, Torino, Einaudi, 2001, p. 11 a proposito di Piero Gobetti.

¹² *Ibidem*, p. 32.

¹³ Nell'ateneo torinese, oltre a Ruffini, non giurarono Mario Carrara, professore di Antropologia criminale; Gaetano De Sanctis, professore di Storia antica (ma quando rifiutò il giuramento era da due anni a Roma); Lionello Venturi, professore di Storia dell'arte; e Leone Ginzburg, che di solito non compare nell'elenco “ufficiale” dei dodici che non giurarono in quanto al tempo, venticinquenne, non era ancora titolare di cattedra, ma libero docente di Letteratura russa all'Università di Torino.

¹⁴ Si veda G. BOATTI, *Preferirei di no. Le storie dei dodici professori che si opposero a Mussolini*, Torino, Einaudi, 2010.

¹⁵ Particolarmente *I diritti di libertà*, edito per la prima volta da Piero Gobetti Editore, Torino, nel 1926 (riedito da La Nuova Italia Editrice, Firenze, nel 1946, con introduzione di Piero Calamandrei, *L'avvenire dei diritti di libertà*; e ancora recentemente da Edizioni di Storia e Letteratura, Roma, nel 2012, con postfazione di Mario Dogliani), fu il libro con cui Ruffini, con «un grido dell'ultima ora, proprio alla vigilia della totale soppressione della libertà di stampa», denunciò a chiare lettere la svolta autoritaria impressa dal regime fascista, con la graduale ma inesorabile mortificazione delle libertà civili e politiche. Sparì subito dalle vetrine, «ridotto alla missione sotterranea, efficace soltanto a lunga scadenza,

in tempo di incipiente dittatura, alla comprensione del significato storico, giuridico e ideale dello stato di diritto: «tutto l'antifascismo intellettuale torinese, di giovani e di vecchi», gravitava in quegli anni intorno a lui¹⁶.

Neppure si può dimenticare la figura di Gioele Solari, che nell'ateneo torinese insegnò Filosofia del diritto e che per molti anni, interpretando l'insegnamento universitario come "funzione civile", fu «una scuola di non conformismo, e di conseguenza un punto di riferimento obbligato per gli studenti che non avevano rinunciato a ragionare con la propria testa»¹⁷. Basta fare un elenco di alcuni degli studenti che con lui discussero la tesi di laurea, per comprendere l'influenza che esercitò su molti che poi divennero protagonisti dell'antifascismo e della Resistenza: con lui si laurearono Piero Gobetti, Alessandro Passerin d'Entrèves, Aldo Garosci, Paolo e Renato Treves, Dante Livio Bianco, Franco Antonicelli, Ettore Passerin d'Entrèves, Luigi Firpo, Felice Balbo.

Ruffini e Solari, insieme ad altri, anche non torinesi che tuttavia a Torino esercitarono grande ascendente - e per tutti Benedetto Croce, legato anche familiarmente alla città sabauda, che per molti giovani intellettuali non comunisti rappresentò allora «la via maestra dell'antifascismo»¹⁸ -, furono «seminatori di dubbi»¹⁹, risvegliatori di coscienze, che contribuirono a tenere desto lo spirito critico della

della stampa clandestina» (P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà*, cit., p. VIII) e divenne «uno dei testi fondamentali dell'educazione antifascista dei giovani che cercavano di sfuggire all'indottrinamento del regime» (N. BOBBIO, *L'ombra di Francesco Ruffini*, in *Nuova Antologia*, n. 2157, 1986, p. 48).

¹⁶ Come ricorda l'allievo A.C. JEMOLO, *Introduzione*, a F. RUFFINI, *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Feltrinelli, Milano, 1967.

¹⁷ N. BOBBIO, *Trent'anni di storia della cultura a Torino (1920-1950)*, cit., p. 38; IDEM, *Funzione civile di un insegnamento universitario*, in *Il Ponte*, n. 5, 1949, pp. 1124 ss.

¹⁸ N. BOBBIO, *Trent'anni di storia della cultura a Torino (1920-1950)*, cit. p. 42. Scrive Bobbio (p. 40): «Non c'è stata città, ad eccezione naturalmente di Napoli, in cui l'influsso crociano sia stato tanto grande e duraturo come Torino. Legato anche familiarmente alla nostra città (sua moglie era torinese), Croce vi veniva spesso e trascorrevva le vacanze in Piemonte con la famiglia [...]; aveva quindi avuto frequenti occasioni di stringere rapporti personali con gli studiosi torinesi, specie della giovane generazione». Si veda anche N. BOBBIO, *Profilo ideologico del '900*, Milano, Garzanti, 1990, pp. 166 ss., su Croce oppositore, «risvegliatore di coscienze contro la dittatura».

¹⁹ N. BOBBIO, *Trent'anni di storia della cultura a Torino (1920-1950)*, cit., p. 68.

“meglio gioventù”²⁰ della prima generazione di sudditi del regime fascista, evitando che si rassegnassero e si sciogliessero nella «masse amorfe ed atone» alle quali il fascismo mirava²¹.

Per descrivere il clima che si respirava nella facoltà di giurisprudenza dell'università di Torino degli anni Venti un episodio è particolarmente emblematico, crocevia dei destini di molti che poi entreranno nella Resistenza. Il 15 maggio 1928 Francesco Ruffini viene insultato e aggredito all'interno dell'università da un gruppo di studenti del Guf, il Gruppo universitario fascista, che non gli perdona l'opposizione in Senato alla legge elettorale²². «Nemmeno uno degli allievi di Ruffini era tra quei beceri violenti»²³; al contrario i suoi studenti - tra i quali Giorgio Agosti, Mario Andreis, Bersano Begey, Dante Livio Bianco, Aldo Garosci, Alessandro Galante Garrone, Lodovico Geymonat, Mario Einaudi, Modesto Soleri, i fratelli Treves - intervengono per difendere l'anziano professore. È, per loro, il «primo atto di Resistenza»²⁴. Un episodio che, nella loro memoria collettiva, sarà rievocato come «una data simbolica, quasi una vicenda fondante una comunità di uomini liberi»²⁵: il passaggio dall'“antifascismo di stile” - quello che connotò, negli anni Venti e Trenta, il cenacolo di amici piemontesi che si era andato consolidando nella comune frequentazione delle aule universitarie e che si faceva pregio di attraversare i «fasti del regime con spavalda e aristocratica alterità»²⁶, in op-

²⁰ P. BORGNA, *La meglio gioventù. La Resistenza degli azionisti*, in *Micromega*, n. 3, 2015, pp. 118 ss.

²¹ F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, cit., p. 148.

²² La nuova legge elettorale (legge 17 maggio 1928, n. 1019) prevedeva una “lista unica” di 400 candidati scelti dal Gran Consiglio del fascismo fra i nomi proposti dalle organizzazioni del mondo del lavoro. Gli elettori si esprimevano con un sì o con un no alla lista, senza alcuna possibilità di influire sui singoli nomi.

²³ A. GALANTE GARRONE, *I miei maggiori*, Milano, Garzanti, 1984, p. 14.

²⁴ Così P. BORGNA, *Un paese migliore. Vita di Alessandro Galante Garrone*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 88, che affida la rievocazione dell'episodio al diario di Alessandro Galante Garrone (*Agendina 1928*, 15 maggio): «Alle cinque, c'è stata una volgare dimostrazione di studenti fascisti contro Ruffini. Io, con pochi altri, ho urlato *viva Ruffini* e mi sono buscato qualche pugno e una bastonata. Ma non mi pento di quel che ho fatto».

²⁵ P. BORGNA, *Il coraggio dei giorni grigi. Vita di Giorgio Agosti*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 90.

²⁶ Sull'antifascismo prima «di stile» poi «politico» dei giovani intellettuali piemontesi che finiranno con il confluire nel Partito d'Azione, P. BORGNA, *La meglio gioventù*, cit., pp. 121 s. Vale la pena riportare la descrizione del quadro ivi tratteggiato: «Loro sono fuori dal gregge. E se ne compiacciono: fuori dal gregge stanno benissimo. Loro non amano la “volgarità studentesca” e il “solito servilismo” che serpeggia tra i giovani fascisti [...]». Sicura-

posizione distante rispetto ai «giovani arrabbiati» che riponevano le loro speranze «non nella ragione ma nell'autorità»²⁷ - all'«antifascismo politico» vero, quello che poi condusse molti di loro a salire in armi sulle montagne o a cospirare nelle città.

3. Partito d'Azione in Piemonte

La più parte dei giuristi piemontesi che si formarono in quegli anni alla facoltà di giurisprudenza dell'università di Torino finirono con il confluire nel Partito d'Azione e nelle formazioni partigiane di Giustizia e Libertà ad esso riconducibili.

Il Partito d'Azione è il «partito *della* Resistenza», l'unico «nato per la lotta antifascista e morto con essa»²⁸; gli altri partiti passano *nella* Resistenza, ma senza identificarsi con essa, avendo alle loro spalle e davanti a sé una storia che, «così come affonda le radici nell'era prefascista, allunga nuovi rami nell'era postfascista»²⁹.

mente, non seguono «il travolgente ritmo della gioventù italiana di oggi». Mentre i coetanei cantano *Giovinazza*, loro leggono e studiano con un'intensità impressionante [...]. Prima ancora di essere antifascisti politici, hanno costituito una roccaforte morale e intellettuale, di respiro europeo, cementata da un antifascismo di stile, di gusti, culturale, prepolitico: nutrito da un costante disgusto per la retorica esorbitante, le troppe parole, le «strombazzature» del regime e delle sue celebrazioni [...]. Sono elitari, intellettualmente aristocratici, come verrà loro rimproverato per tutta la vita? Sì. Lo sono. Ma quel loro aristocraticismo intellettuale sarà una dura corazza che li proteggerà e li salverà dallo «spirito del tempo». È proprio grazie a questo loro *elitarismo* che capiranno in anticipo. E il loro antico isolamento diventerà la loro forza nel «momento propizio»: sarà il loro colpo d'ala negli anni della scelta e dell'azione. A quel momento giungono preparati perché alle spalle hanno quei quindici anni di preparazione culturale e morale. Hanno, a sorreggerli, una sicura coscienza del proprio valore».

²⁷ N. BOBBIO, *Profilo ideologico del '900*, cit., p. 163.

²⁸ *Ibidem*, p. 178. Sul Partito d'Azione, la letteratura è molto vasta. Si vedano E. LUSU, *Sul Partito d'Azione e gli altri. Note critiche*, Milano, Mursia, 1968; G. DE LUNA, *Storia del Partito d'Azione. 1942-1947*, Milano, Feltrinelli, 1982 (e poi, Roma, Editori Riuniti, 1997; Torino, Utet, 2006); M. ANDREIS, *L'ora del partito d'azione. Scritti scelti 1944-1985*, Torino, Istituto storico della Resistenza in Piemonte, 1991; A. CARIOTI (a cura di), *La lezione dell'intransigenza. L'azionismo cinquant'anni dopo*, Roma, Acropoli, 1992; C. NOVELLI, *Il Partito d'Azione e gli italiani. Moralità, politica e cittadinanza nella storia repubblicana*, Milano, La Nuova Italia, 2000; E. SAVINO, *La diaspora azionista. Dalla Resistenza alla nascita del Partito radicale*, Milano, Franco Angeli, 2010.

²⁹ N. BOBBIO, *Profilo ideologico del '900*, cit., p. 180.

Il Partito d’Azione, sin dal suo nascere, si caratterizza per il suo *antifascismo integrale*, non solo liberale o socialista, ma insieme liberale e socialista. È il cosiddetto *liberalsocialismo*³⁰, che mira al *rinnovamento totale*, - a porre fine al fascismo e a dare origine a «un regime diverso tanto dalla democrazia liberale prefascista quanto dal comunismo sovietico» - attraverso un *potente fatto rivoluzionario*³¹. E il “potente fatto rivoluzionario” era, per i gruppi partigiani di Giustizia e Libertà, la Resistenza. Da intendere e da vivere non solo come guerra militare e civile di liberazione nazionale, ma come *rivoluzione democratica*, guerra politica popolare, attraverso la quale avviare la rigenerazione morale di un popolo, addestrandolo alla nuova democrazia³².

Ma la Resistenza, come fu la condizione della nascita del Partito d’Azione, fu anche la cornice della sua esistenza: «il limite, positivo e negativo, della sua efficacia»³³. Poco più di un anno dopo la fine della guerra di liberazione, infatti, il “partito della Resistenza” era già estromesso dalla politica attiva del paese: alle elezioni del 2 giugno

³⁰ L’ideologia del *liberalsocialismo* fu propugnata da Carlo Rosselli (*Socialismo liberale* (1930), Torino, Einaudi, 1973) e teorizzata da Guido Calogero (*Manifesto del Liberalsocialismo* (1940); *Difesa del liberalsocialismo* (1945), in *Difesa del liberalsocialismo ed altri saggi*, Milano, Marzorati, 1968); essa conobbe una versione più radicale nel *liberalcomunismo*, che, risalendo sino a Gobetti, trovava i suoi teorici in Silvio Trentin (*Bisogna decidersi*, in *Quaderni di Giustizia e libertà*, n. 11, 1934, pp. 99 ss.; *Riflessioni sulla crisi e sulla rivoluzione*, Marsiglia, Esil, 1933) e Augusto Monti (*Realtà del partito d’Azione*, Torino, Utet, 1945). Si tratta di filoni di pensiero politico diversi tra loro, ma entrambi presenti nel Partito d’Azione fin dalle origini; in ogni caso inediti, tanto da avere agli occhi di alcuni – e particolarmente di un Croce critico e concettualmente insofferente – il sembiante di un «circo-cervo» (B. CROCE, *Scopritori di contraddizioni*, in *La Critica*, 20 gennaio 1942, sul *Manifesto del Liberalsocialismo* del 1940). Ben diverso il giudizio dell’azionista P. CALAMANDREI, *L’avvenire dei diritti di libertà*, cit., p. XXXI, che, a difesa di formule programmatiche come “socialismo liberale”, “giustizia e libertà”, “liberalsocialismo”, spiega che con esse «si è cercato di esprimere in sintesi non tanto una specie di instabile equilibrio tra due aspirazioni eterogenee e contrapposte, libertà individuale e giustizia sociale, quanto il superamento di questa contrapposizione e il riconoscimento che *la giustizia sociale è condizione della libertà individuale*, e che, alla fine, giustizia sociale e libertà individuale fanno, *sotto l’aspetto politico*, una cosa sola».

³¹ N. BOBBIO, *Profilo ideologico del ‘900*, cit., pp. 182 s.

³² Scrive D.L. BIANCO, *Guerra partigiana. Raccolta di Scritti*, Torino, Einaudi, 1954, p. 22: «Niente apoliticità delle formazioni, ma anzi, necessità assoluta di una coscienza politica, d’una consapevolezza delle ragioni profonde della lotta e degli obiettivi veri da raggiungere; ragioni e obiettivi che si compendiano per noi in due parole: rivoluzione democratica. Questa fu, fin dal primo giorno, per una felice e giusta intuizione, l’impostazione data dal Partito d’Azione alla guerra partigiana nel Cuneese (come altrove, del resto)».

³³ N. BOBBIO, *Profilo ideologico del ‘900*, cit., pp. 184.

1946, per l'elezione dell'Assemblea costituente, ottenne solo l'1,5% dei voti, con 7 eletti; e il 20 ottobre 1947 venne definitivamente sciolto³⁴.

Questa vita effimera viene spesso imputata all'«intransigenza»³⁵, al «rigorismo giellista»³⁶: virtù e limite del Partito d'Azione. Intransigenza e rigorismo imposti dalla volontà morale di una élite «che si è formata nel cuore delle grandi città, che ha radici nel foro, nelle università, nelle banche, negli uffici-studi delle grandi industrie», e «che ha profondissimo il senso del dovere, che sa di essere necessaria al paese, che reagisce, anche in funzione pedagogica, al fanfaronismo fascista, al lassismo piccolo borghese»³⁷. Queste qualità trovano fertile terreno - quando non profonda radice - particolarmente in quel «piemontesismo» sobrio e asciutto, saldo di convinzioni, parco di parole, disdegnoso di gesti³⁸, che connota intimamente i dirigenti del partigia-

³⁴ Finita la guerra, il Partito d'Azione partecipò alle trattative per la nascita di un governo d'unità nazionale che guidasse la ricostruzione democratica ed economica dell'Italia; aderì al governo Bonomi e, nel giugno del 1945, fu nominato Presidente del Consiglio Ferruccio Parri, presidente del Partito d'Azione e già vice-comandante del Corpo Volontari della Libertà. Fu questo il momento di massimo consenso e potere per il Partito d'Azione. Con la caduta del governo Parri, nel novembre 1945, ne iniziò l'inesorabile declino. Al primo congresso nazionale che si tenne a Roma, nel febbraio 1946, emersero immediatamente e chiaramente le divisioni interne: fra la destra radical-democratica, guidata da Ugo La Malfa e Ferruccio Parri, e la sinistra socialista di Emilio Lussu. Al congresso si affermò la sinistra, spingendo la destra ad abbandonare il partito, nonostante la mediazione proposta da Riccardo Lombardi e Vittorio Foa. I fuoriusciti diedero vita alla Concentrazione Democratica Repubblicana, che successivamente confluì nel Partito Repubblicano (sulle drammatiche ore del congresso del 4-8 febbraio 1946, A. GAMBINO, *Storia del dopoguerra. Dalla liberazione al potere Dc*, Bari, Laterza, 1978, pp. 190 ss.). La rottura fu un colpo duro per il Partito d'Azione, che iniziò a dissolversi. Le elezioni dell'Assemblea costituente del 2 giugno 1946 furono un fallimento: ottenne solo l'1,5% dei voti e 7 eletti. Un secondo congresso fu convocato nell'aprile del 1947 con l'obiettivo di ricucire lo strappo e rilanciare il partito; ma i dissensi interni emersero nuovamente: dopo una serie di trattative tenute con i socialisti e i socialdemocratici, il comitato centrale decise l'adesione al Psi, e il 20 ottobre 1947 il partito fu sciolto.

³⁵ A. CARIOTI (a cura di), *La lezione dell'intransigenza*, cit.

³⁶ G. BOCCA, *Storia dell'Italia partigiana. Settembre 43 - Maggio 45*, (1° ed. 1966), Roma, Gruppo Editoriale l'Espresso, 2015, p. 92.

³⁷ *Ibidem*, p. 92.

³⁸ Il ritratto del piemontese selvatico e fiero, leale e forte, laborioso e tranquillo (gli aggettivi sono di Bobbio, *Trent'anni di storia della cultura a Torino*, cit., p. 133), si ritrova in modo ricorrente: ad esempio, in F. BURZIO, *Piemonte*, Torino, Società Subalpina Editrice, 1938; A. MONTI, *Piemonte*, in *Il Ponte*, n. 5, 1949, p. 913; A. CAJUMI, *Giolitti*, in *Il Ponte*, n. 5, 1949, p. 1107. Per tutti, ne fa il ritratto più poetico, in dialetto piemontese, N. COSTA, *Rassa nostrana*, nella raccolta *Sal e peiver*, del 1924: «Dritt e sincer, còsa ch'a son, a smìo/

nato piemontese «cresciuti a quella scuola del carattere, ben decisi, fin dai primi giorni, a raccogliere le bandiere della serietà e della disciplina»³⁹.

Ma sarà proprio questo rigorismo – nel quale si può scorgere a tratti anche un certo «compiacimento degli uomini bennati per le loro virtù»⁴⁰ - a rappresentare il “piombo nell’ala” del Partito d’Azione⁴¹, quando si tratterà, usciti dalla lotta antifascista, di calarsi nella politica attiva del “paese reale”. L’intransigenza moralistica diverrà incapacità da parte della minoranza virtuosa di capire e forse anche accettare “l’Italia com’è”; e dunque desistenza dalla «politica come mestiere»⁴², a fronte dell’impossibilità di dare sviluppo concreto alla loro «utopia realizzata *in vitro*». Per gli azionisti, infatti, la “banda partigiana perfetta” doveva rappresentare il seme della futura «Italia repubblicana, laica, antiretorica, virtuosa, colta, giusta, aperta alle correnti del pensiero mondiale, equa nei rapporti sociali senza limitazione alcuna della

teste quadre, polss ferm e fidigh san/ a parlo pòch ma san còsa ch’a dio/ bele ch’a marcio adasi, a van lontan/ [...] Gent ch’a mèrcanda nen temp e sudor/ rassa nostran-a libera e testarda» («Dritti e sinceri, appaiono quel che sono/ teste quadre, polso fermo e fegato sano/ parlano poco, ma sanno quel che dicono/anche se camminano adagio, vanno lontano/ [...] gente che non mercanteggia tempo e sudore/ razza nostrana, libera e testarda»).

³⁹ G. BOCCA, *Storia dell’Italia partigiana*, cit., pp. 371 s. Sul partigianato piemontese, M. GIOVANA, *La Resistenza in Piemonte. Storia del C.L.N. regionale*, Milano, Feltrinelli, 1962; Istituto storico della Resistenza in Piemonte (a cura di), *Aspetti della Resistenza in Piemonte*, Torino, Book Store, 1977; G. De Luna, *La Resistenza perfetta*, Milano, Feltrinelli, 2015.

⁴⁰ G. BOCCA, *Storia dell’Italia partigiana*, cit., p. 92.

⁴¹ Così P. BORIGNA, *La “meglio gioventù*, cit., p.126.

⁴² G. DE LUNA, *Prefazione*, a G. Agosti, D.L. BIANCO, *Un’amicizia partigiana*, Torino, Albert Meynier editore, 1990, p. 43; IDEM, *Introduzione*, a G. AGOSTI, *Dopo il tempo del furore. Diario 1946-1988*, Torino, Einaudi, 2005, p. VIII: «La normale amministrazione, la politica come mestiere apparve subito largamente incompatibile con l’universo della maggioranza dei militanti del Partito d’Azione, modellatosi sulla consapevolezza di vivere una vicenda umana irripetibile, una parentesi da chiudere quando fossero cessate le condizioni drammatiche che l’avevano portata». Se è vero che la storia non si fa con i se e con i ma, sono più d’uno a pensare che le sorti del Partito d’Azione avrebbero potute essere diverse se fosse rimasto in vita Duccio Galimberti, «l’unico uomo capace di infondere coesione e vitalità al P.d.A.». Il suo pensiero e la sua azione sarebbero stati «l’unico fattore idoneo a evitare il processo di frustrazione, al quale si sottopose il P.d.A. fin dalle sue prime manifestazioni nell’Italia liberata. In altre parole, il pensiero di Duccio avrebbe potuto imprimere all’ideologia del P.d.A. quel coefficiente che le mancava, cioè la visione di un antifascismo quale fattore morale di coesione, o quantomeno di richiamo a motivi comuni di una lotta combattuta spalla a spalla e che era ben lungi dall’essersi conclusa con la liberazione del Paese» (così A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., pp. 421 s.).

libertà): un'Italia «lontana, lontanissima da qualsiasi Italia possibile nei prossimi cinquant'anni»⁴³. E anche oltre.

Duccio Galimberti non fece eccezione al rigorismo giellista; anzi, fu una delle incarnazioni più emblematiche dell'idea di «politica come testimonianza personale piuttosto che come costruzione di azioni collettive che esprimono il consenso generale»⁴⁴, come attesta una lettera del 23 novembre 1944, scritta all'amico Detto Dalmaistro pochi giorni prima di morire: «Più il Paese ci delude, più il buon senso ci dice che la nostra causa è perduta in partenza, perché troppo alto l'ideale che perseguiamo, più dobbiamo buttarci a capofitto nella battaglia. Sentiamo di avere ragione? E allora le delusioni non debbono che incitarci ancora di più. Io la sento come una crociata la nostra, e un dovere morale da cui non ci si deve ritrarre. In questo ringrazio la mamma di avermi permeato di spirito mazziniano, di culto al dovere. E se finiremo scorbacchiati da tutti, ci resterà sempre la gioia di riabbracciarci noi pochi e di sentirci veramente "a posto"»⁴⁵.

4. L'avvocato Duccio Galimberti

Tancredi, detto "Duccio", Galimberti nasce a Cuneo il 30 aprile 1906 da Tancredi Galimberti, avvocato e senatore liberale del Regno, e Alice Schanzer, scrittrice e critica letteraria di origini austriache, cultrice del pensiero e della figura di Mazzini, a cui inizierà anche i figli, educandoli alla sua «scuola di carattere, di coerenza, di spirito di sacrificio»⁴⁶.

⁴³ G. BOCCA, *Storia dell'Italia partigiana*, cit., pp. 92 s.

⁴⁴ Scrive compiutamente P. FOSSATI, *Duccio Galimberti*, Collana storica della Resistenza cuneese, Cuneo, Edizione della Banca Regionale Europea-Cassa di Risparmio di Cuneo, 1995, p. 42, a proposito della "visione politica mazziniana" di Duccio Galimberti: l'individuo «acquista rilievo particolare solo in quanto portatore di valori assoluti che non possono essere patrimonio della massa, ma solo di pochi eletti. Di qui l'incomprensione alla quale si è generalmente destinati quando si agisce, ma anche l'esaltazione individuale generata dalla consapevolezza di essere portatori dell'Idea e disposti, per affermarla, al sacrificio supremo della vita: qui sta l'affermazione della politica come testimonianza personale piuttosto che come costruzione di azioni collettive che esprimano il consenso generale».

⁴⁵ D. GALIMBERTI, *Lettera a Detto Dalmaistro, 23 novembre 1944* (Archivio Famiglia Galimberti), citata in P. Fossati, *Duccio Galimberti*, cit., p. III.

⁴⁶ A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 100. Sulla vita di Duccio Galimberti si veda anche il documentario *Duccio Galimberti. Il tempo dei testimoni*, di Teo De Luigi, 2006.

Appena ventenne, nel luglio del 1926, si laurea presso la facoltà di giurisprudenza dell'università di Torino con una tesi di Diritto penale, ottenendo il massimo dei voti, la lode e la dignità di stampa. Non frequentava già più l'università, dunque, quando vi fu l'episodio dell'aggressione a Ruffini, nel maggio del 1928⁴⁷. Per altro, Duccio aveva sempre frequentato la facoltà di giurisprudenza da pendolare: seguendo diligentemente le lezioni e dando gli esami, ma riprendendo quotidianamente il treno per tornare a Cuneo, sacrificando – come dirà più tardi, non senza qualche rimpianto - «delle ore magnifiche» della sua vita «all'affetto dei genitori, per stare in loro compagnia», mentre «avrei potuto vivere la vita studentesca che ho solo visto di scorcio»⁴⁸.

Questa vita universitaria di scorcio segna la distanza e l'estraneità di Galimberti, in questa prima fase della sua vita, da quel cenacolo di amici che si era andato formando a Torino - Alessandro e Carlo Galante Garrone, Giorgio Agosti, Aldo Garosci, Dante Livio Bianco... -, uniti, oltre che dai comuni studi universitari, dalle corse in bicicletta, dalle gite in montagna, dalle discese con gli sci, dai libri e dalla musica condivisa⁴⁹; uomini che Duccio avrebbe incontrato solo più tardi, tra le fila dell'antifascismo piemontese.

Dopo il servizio di leva, dal 1927, entra nello studio legale del padre, prendendone progressivamente il posto come avvocato penalista, e accompagnando sempre l'attività forense allo studio e alla produzione scientifica.

Nel maggio del 1929 troviamo Duccio Galimberti tra i giovani liberali cuneesi che a Torino manifestano solidarietà a Croce dopo la sua opposizione in Senato ai Patti Lateranensi, che gli valse da Mussolini il titolo di “imboscato della storia”. Tornato a Cuneo, affigge con i suoi amici manifesti in sostegno del filosofo napoletano sotto i portici

⁴⁷ L'episodio aveva visto coinvolti, invece, gli studenti cuneesi Dante Livio Bianco e Modesto Soleri, che, dopo essersi azzuffati con i fascisti, furono sequestrati nella sede della Federazione fascista, picchiati a sangue, e costretti al ricovero in ospedale. Ma non aveva poi lasciato segni apparenti «sulla sonnolenta vita cuneese [...]», poiché, allora, «né Modesto né Livio traducono questa loro giovanile volontà di ribellione in impegno politico quotidiano» (P. FOSSATI, *Duccio Galimberti*, cit. p. 52. L'episodio è riportato anche da V. CAVALLERA, *Antifascismo di Cuneo*, in Aa.Vv., *Caratteri della Resistenza cuneese*, Cuneo, Casa di Risparmio d Cuneo, 1994).

⁴⁸ Come scrive al fratello maggiore Carlo Enrico nella *Lettera del 4 giugno del 1926* (Archivio Famiglia Galimberti), citata in P. FOSSATI, *Duccio Galimberti*, cit., p. 20.

⁴⁹ P. BORIGNA, *La meglio gioventù*, cit., p. 121.

del corso principale⁵⁰. Da lì in poi incomincia a sviluppare lui stesso e a seminare nella conservatrice Cuneo una coscienza critica nei confronti del regime dittatoriale fascista.

Ma è intorno agli anni Trenta – dopo avere rifiutato nel 1932 di iscriversi al Fascio per non dovere entrare nella milizia fascista – che il sentimento antifascista di Galimberti incomincia ad assumere contorni più marcati e strutturati. Fonda un circolo culturale non clandestino, attraverso il quale – parlando di Dante, Carducci, D’Annunzio, Mazzini... - cerca di creare una rete stabile tra cuneesi, se non ancora apertamente ostili, comunque estranei al fascismo dal punto di vista morale e culturale, prima che politico. Anche se «un’attività culturale, in un regime che aborrisce la cultura, finiva di essere un’attività politica»⁵¹: l’attività del circolo letterario viene infatti stroncata dalla polizia, preoccupata che nello studio dell’avvocato non iscritto al fascio si radunino tante e diverse personalità della borghesia intellettuale cittadina. Ma la trama di rapporti è ormai intessuta ed è destinata a perdurare e intensificarsi al di là dell’attività del circolo.

Sino all’agosto del 1939 - cioè sino a quando il senatore Tancredi Galimberti è in vita - , tuttavia Duccio e il fratello Carlo Enrico si astengono da ogni iniziativa apertamente anti-fascista, per non mettere in difficoltà il padre, che, sempre stato su posizioni liberali, negli ultimi anni della sua attività politica si era accostato al movimento fascista⁵².

Nell’autunno del 1942, Duccio Galimberti aderisce al neonato Partito d’Azione, divenendone uno dei principali organizzatori e animatori nella sua città. Nel Partito d’Azione egli trova «un liberalismo non

⁵⁰ V. CAVALLERA, *Antifascismo di Cuneo*, cit., p. 19. Duccio Galimberti non risulta, invece, tra i firmatari della lettera di solidarietà ispirata da Umberto Cosmo, e sottoscritta, fra gli altri, da Massimo Mila, Franco Antonicelli, Umberto Segre, Aldo Bertini, Paolo Treves, Ludovico Geymonat. Nella lettera si dichiarava di guardare al Croce «come al solo che abbia levato la sua voce in nome di quella coscienza morale, la quale continua ora unicamente a volere la dolorosa conquista della propria libertà».

⁵¹ A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 109. Scrive P. FOSSATI, *Duccio Galimberti*, cit., p. 55: «questi, che pure erano incontri esclusivamente culturali, andavano assumendo nella mente di Duccio i contorni di un progetto più vasto, che riunisse intorno alla sua persona uomini di diverse tendenze politiche provenienti soprattutto dall’ambiente forense e dalla scuola, che avessero in comune il ripudio morale del fascismo».

⁵² A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., pp. 107 ss.

classista e un socialismo non marxista»⁵³, perfettamente aderente ai suoi convincimenti ideali di giustizia e libertà, alla sua visione politica repubblicana e federaleuropeista, e per di più rievocativo nel nome e negli ideali del Partito d'Azione fondato da Mazzini nel 1853. È in questa occasione che i legami personali fino ad allora stretti riprendono senso e vigore, e nuovi ne nascono, ora anche sull'asse Cuneo-Torino, soprattutto per il tramite di Dante Livio Bianco, avvocato cuneese che esercita anche a Torino, e che è inserito fin dagli esordi nel circuito dell'azionismo torinese⁵⁴.

Progressivamente l'antifascismo, da scelta morale prettamente individuale, incomincia a strutturarsi in organizzazione collettiva clandestina. E lo studio di Galimberti diviene «centro permanente di riunione e di contatti»⁵⁵: attraverso percorsi differenti, l'azione di Galimberti si sviluppa contemporaneamente in varie direzioni, «riuscendo a raggiungere e coinvolgere membri della magistratura, avvocati, professori, studenti, giovani ufficiali; rivolgendosi ai cattolici [...] o addirittura penetrando nel Guf cuneese»⁵⁶, di cui allora è segretario il suo amico Detto Dalmastro, e a cui sono iscritti giovani studenti universitari come Giancarlo Spirolazzi e Giorgio Bocca⁵⁷. La sua persona esercita una naturale forza attrattiva, sapendo egli individuare e incarnare «il punto sostanziale di convergenza, quello in cui le differenze

⁵³ Con le sue parole, riportate da A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 109.

⁵⁴ In questa fase, Galimberti apre anche un distacco del proprio studio professionale a Torino, «in via della Consolata, in una stanza dello studio del Collega Manlio Brosio», lo stesso in cui lavora anche Dante Livio Bianco (A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 113).

⁵⁵ A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 38.

⁵⁶ P. FOSSATI, *Duccio Galimberti*, cit., p. 66.

⁵⁷ È proprio G. BOCCA, *Il provinciale. Settant'anni di vita italiana*, Milano, Mondadori, 1994, pp. 32 s., a spiegare come progressivamente, soprattutto dopo l'entrata in guerra dell'Italia, all'interno del Guf (Gruppo universitario fascista), da una adesione al fascismo mai troppo convinta ma neppure mai seriamente messa in discussione, incomincia a nascere l'insofferenza «per le menzogne, per la presa in giro di quel militarismo che aveva minacciato il mondo intero e ora mandava i nostri soldati in guerra, sulle Alpi, letteralmente in brache di tela». E progressivamente «il rifiuto per la menzogna, la stanchezza per la menzogna diventarono qualche cosa di più». È sempre Bocca a raccontare come, al principio, i giovani che andavano maturando un sentimento antifascista all'interno del Guf, non avessero in particolare simpatia l'avvocato Duccio Galimberti: lo vedevano come «un "pistin", un primo della classe, un piedi piatti, uno che aveva più libri di noi della classe 1920 messi assieme» (*Ibidem*, p. 38).

cessavano di essere debolezze per tradursi in un'unica forza. Questo punto era e restava l'antifascismo»⁵⁸.

Ma il vero punto di svolta nella sua vita - il suo «appuntamento con la storia»⁵⁹ - è il 26 luglio 1943.

La notizia del 25 luglio della destituzione e dell'arresto di Mussolini, insieme con l'ambigua dichiarazione del Maresciallo d'Italia Pietro Badoglio, nuovo Capo del Governo, «la guerra continua e l'Italia resta fedele alla parola data», lo trova a Torino, da dove parte per Cuneo con il primo treno del 26 mattina. È dal balcone del suo studio che si affaccia su piazza Vittorio Emanuele - ora piazza Galimberti⁶⁰ - che Duccio si rivolge alla folla che sempre più numerosa si era andata lì radunando, insieme felice e confusa, con queste parole: «Sì, la guerra continua, fino alla cacciata dell'ultimo tedesco, fino alla scomparsa delle ultime vestigia del regime fascista, fino alla vittoria del popolo italiano che si ribella contro la tirannia mussoliniana, ma non si accorda a una oligarchia che cerca, buttando a mare Mussolini, di salvare sé stessa a spese degli italiani!»⁶¹. Analogo discorso svolge poche ore dopo a Torino, in Piazza Castello.

Furono «questi due comizi i primi in tutto il paese, dopo il 25 luglio»⁶²: quelli che segnarono la vera nascita della Resistenza⁶³, precorrendo chiaramente ciò che sarebbe avvenuto a partire da settembre. Non furono comizi imbonitori, volti a speculare sulla effimera euforia del momento e ad accattivarsi popolarità con facili accuse al passato, ma con essi Galimberti volle «richiamare tutti al senso di responsabilità, perché guardassero all'avvenire nella consapevolezza della gravità dell'ora che si stava attraversando»⁶⁴, e soprattutto volle incitare il popolo italiano «a dare prove positive e concrete di non essere stato

⁵⁸ A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 120.

⁵⁹ G. DE LUNA, *Duccio Galimberti, il 25 luglio 1943, la Resistenza a sessant'anni di distanza*, in *Il presente e la storia*, n. 64, 2003, p. 5, in cui l'Autore riflette sul «processo di trasformazione dell'uomo Duccio Galimberti attraverso la Resistenza», che «non è soltanto guerra, non è soltanto lotta armata, non è soltanto guerra civile, ma è anche una straordinaria esperienza esistenziale».

⁶⁰ Il 3 giugno 1945, piazza Vittorio Emanuele a Cuneo, per decisione unanime della cittadinanza, diviene «Piazza Duccio Galimberti».

⁶¹ E. ROSA, *E Duccio parlò*, in *Patria indipendente*, 19 luglio 1953. Queste parole gli valsero un mandato di cattura dal Governo Badoglio, revocato solo tre settimane dopo.

⁶² E. LUSSU, *Sul Partito d'Azione e gli altri*, cit., p. 10.

⁶³ Scrive P. BORGNA, *La meglio gioventù*, cit., p. 118: «la Resistenza nasce a Cuneo il 26 luglio 1943».

⁶⁴ A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 170.

complice, ma vittima del regime», per acquisire il diritto a proclamarsi «un popolo libero e amante della pace»⁶⁵. L'entusiasmo fu indicibile, inatteso, pervasivo. Per coloro che li ascoltarono, quei discorsi furono «la diana che li riscosse e li radunerà di lì a poco sulle montagne»⁶⁶.

Quarantaquattro giorni dopo, l'8 settembre del 1943, viene reso pubblico l'Armistizio di Cassibile, siglato segretamente cinque giorni prima dal Generale Comandante delle Forze Armate alleate Eisenhower e da Badoglio, con disposizione della «cessazione immediata di ogni attività ostile da parte delle Forze Armate Italiane» avverso le Forze anglo-americane, che da lì in poi sarebbero divenute, da nemiche, «alleate». Ciò che Galimberti fece nei «quarantacinque giorni» dell'intermezzo badogliano è impossibile ricostruire, «tanto fu farraginoso e frenetico la sua attività»⁶⁷. Quel che è certo è che l'8 settembre, mentre la piazza sottostante incominciava ad animarsi di militari e borghesi che si assembravano disorientati, lo studio di Galimberti – nel quale l'avvocato stava lavorando con l'amico Rèpaci all'introduzione del loro *Progetto di Costituzione* – incominciò a riempirsi rapidamente di gente che aveva ormai lì il suo punto di incontro e di riferimento, «e si incominciò immediatamente a predisporre i piani per la Resistenza armata e per i concentramenti in montagna»⁶⁸.

Inizia la guerra proclamata da Galimberti il 26 luglio dal balcone del suo studio: la guerra per la cacciata dell'ultimo tedesco, per la scomparsa delle ultime vestigia del regime fascista, per la vittoria del popolo italiano. Inizia - fallito il tentativo, pure esperito, di affidare all'esercito regio l'apertura delle ostilità contro i tedeschi, con la formazione di «reparti misti di militari e cittadini volontari»⁶⁹ - la «guerra per bande»⁷⁰.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 171.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 155.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 161.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 176. E a p. 158: «il suo studio era diventato d'un tratto l'agorà di tutto il Cuneese, il centro di raccolta e di smistamento di notizie, di istruzioni e di collegamenti. La gente andava, veniva, si riuniva; la porta d'ingresso era spalancata e un via vai ininterrotto la varcava da mane a tarda sera nei due sensi».

⁶⁹ *Ibidem*, p. 176. In un primo momento, infatti, «non si pensava tanto ad organizzare un movimento partigiano quanto piuttosto a galvanizzare e tenere in piedi i reparti dell'esercito con i quali combattere» (D.L. BIANCO, *Guerra partigiana*, cit., p. 8). Per questo Galimberti, lo stesso 8 settembre, scrive al Comando del 2° Reggimento Alpini di stanza a Cuneo per chiedere di «essere arruolato volontario per dare il proprio braccio alla dife-

Gli italiani che decidono di resistere «si cercano e salgono in montagna nel volgere di poche ore»⁷¹. Come – con la prosa poetica di Piero Calamandrei - in risposta alla «chiamata di una voce diffusa come l'aria»; come «le gemme degli alberi che spuntano lo stesso giorno»⁷². Come – con le parole più nette di Livio Bianco - al batter col piede la terra: «i partigiani uscivano da ogni parte, perché qualcuno aveva battuto col piede la terra; ma non era stato un sovrano, re o principe che fosse, bensì una forza più alta e maestosa, quella che si chiama la coscienza civile, la vocazione nazionale, il senso dei valori supremi, quella essenziale virtù insomma, che, magari sotterranea ed invisibile per lungo volgere di anni, erompe nei momenti decisivi, e spinge un popolo a non mancare nell'ora del dovere storico»⁷³.

Tra il 10 e l'11 settembre, partono dallo studio di Duccio Galimberti due gruppi di uomini. Salgono in montagna e portano con loro armi recuperate «con la forza e con l'astuzia»⁷⁴ tra quelle lasciate incustodite dagli ufficiali e dai soldati allo sbando. Un gruppo, «i militari», che raccoglie i pochi – pochissimi - ufficiali del 2° Reggimento degli Alpini che hanno risposto all'appello dei partigiani e allievi ufficiali provenienti da una fronda antifascista all'interno dei Guf, si dirige in val Grana, località Frise, poi a Damiani⁷⁵; l'altro, «i politici», tra cui Ga-

sa della Patria contro chiunque attenti alla sue libertà», ottenendo due giorni dopo risposta negativa. Così come riceve risposta negativa il 9 e il 10 settembre, quando va dal generale Salvi, chiedendogli di assumere il comando di reparti misti di militari e cittadini volontari. «Nessun comparto organico, sia pure un semplice plotone, passa compatto ai ribelli», come dice, in modo tanto sintetico quanto definitivo, G. BOCCA, *Storia dell'Italia partigiana*, cit., p. 11, e pp. 17 ss.

⁷⁰ Fu il nome che diede Dante Livio Bianco alla Resistenza armata irregolare, riprendendo un piemontese di un secolo prima, Carlo Angelo Bianco di Saint Jorioz, di Barge, che nel 1830 pubblicò *Della guerra nazionale d'insurrezione per bande applicata all'Italia*.

⁷¹ G. BOCCA, *Storia dell'Italia partigiana*, cit., p. 20.

⁷² P. CALAMANDREI, *Uomini e città della Resistenza*, Laterza, Bari, 1955, pp. 11 e 13.

⁷³ Dante Livio Bianco, da un discorso del 18 settembre 1948 alla presenza del Presidente della Repubblica Luigi Einaudi, rievocando la fiera risposta data da Vittorio Amedeo II agli emissari di Luigi XIV, i quali gli spiegavano come le condizioni del suo esercito gli togliessero ogni possibilità di resistere alle potenti armate d'oltralpe: «*Batterò col piede la terra, e n'usciran soldati d'ogni banda*», su www.istitutoresistenzacuneo.it.

⁷⁴ D.L. BIANCO, *Guerra partigiana*, cit., p. 10.

⁷⁵ Fanno parte di questo gruppo Giorgio Bocca, Dino Bruno, Alberto Cipellini, Detto Dalmaestro, Faustino Dalmazzo, Renzo Minetto, Giovanni Trombetta, Gigi Ventre, Aurelio Verra: sono ufficiali e allievi ufficiali degli alpini, tranne Bruno che è ufficiale di marina. A capo del gruppo è Detto Dalmaestro.

limberti, Bianco e dieci altri - «dodici come gli apostoli, dodici come i mesi dell'anno, dodici come le Tavole delle prime leggi»⁷⁶ - , costituisce la banda *Italia libera*, e si stanza prima a Madonna del Colletto, sopra Valdieri, poi nella borgata di Paraloup alla sommità del Vallone Rittana, tra la Valle Stura e la valle Grana, e poi ancora, nell'inverno, a San Matteo, nella bassa Val Grana⁷⁷. Sono i primi gruppi armati della Resistenza italiana. La scelta della montagna è compiuta: «né posso mancare, né posso restare come uno sciocco», scrive Galimberti in una lettera al fratello datata 11 settembre 1943⁷⁸.

Duccio Galimberti rimane impegnato nella lotta partigiana per quindici mesi: dalle «ore di pura follia e sorgivo entusiasmo» della nascita delle prime bande armate, alle ore più «amare, tristi e cupe»⁷⁹ viepiù che la lotta si intensifica e lo sviluppo militare e organizzativo si impone⁸⁰. Ore che lo vedono comunque protagonista: prima nel Comando della banda *Italia libera*; poi Comandante regionale per il Piemonte delle formazioni di Giustizia e Libertà; poi ancora Coman-

⁷⁶ A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 187. I dodici sono: Duccio Galimberti, Dino Giacosa, Dante Livio Bianco, Leo Scamuzzi, Arturo felici, Ildo Vivanti, Leonardo Ferrero, Dado Soria, Gian Carlo Spirolazzi, Ugi Rapisarda, e i due fratelli Riccardo ed Enzo Cavaglion.

⁷⁷ Scrive della Banda *Italia libera* A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 204: «la banda dunque era nata bene: piccola, male in arnese, povera, ma con idee chiare e precise, con obiettivi e metodi ben definiti, rispondenti ai più puri canoni insurrezionali e rivoluzionari e, soprattutto, animata da un grande entusiasmo e da una ferma fede». D.L. BIANCO, *Guerra partigiana*, cit., p. 12, l'ha definita «l'unica formazione che si sia veramente costituita, in forma che voleva essere organica, in città attraverso una selezione e un formale arruolamento [...] e che dalla città si sia trasferita, a costituzione avvenuta, in montagna». Sulla Banda *Italia libera* si vedano anche N. REVELLI, *Introduzione*, a D.L. Bianco, *Guerra partigiana*, cit., pp. XVIII ss.; B. VERRI, L. MONACO (a cura di), *Resistenze. Quelli di Paraloup*, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2013; G. DE LUNA, *La Resistenza perfetta*, cit., pp. 29 s.

⁷⁸ D. GALIMBERTI, *Lettera dell'11 settembre 1943* (Archivio Famiglia Galimberti), citata in P. FOSSATI, *Duccio Galimberti*, cit., p. 86. Il suo spirito in quel momento è ben rappresentato da questa frase: «Io non sono un militare, sono un politico, e faccio la guerra perché questa è la sola politica che oggi si possa fare», riportata da A. RUATA, «*Il mio nome dopo la morte risuonerà come un grido di speranza*», in *Resistenza e G.L.*, n. 11, 1964.

⁷⁹ A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 186.

⁸⁰ La Resistenza, sorta come moto spontaneo di gruppi sparsi, si organizzò rapidamente: «la direzione politica della lotta spetta sempre al Comitato di liberazione Nazionale per l'Alta Italia [CLNAI], e ai vari C.L.N. regionali che, a tutti gli effetti, rappresentano il Governo del Paese» (D. GALIMBERTI, *Circolare ai Comandanti e ai Commissari politici, Formazioni G.L.*, 15 agosto 1944, in A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 554). La direzione militare avviene attraverso Comandi militari [CM], che agiscono quali emanazioni tecniche dei C.L.N. regionali.

dante generale delle stesse e membro del Comando Militare Regione Piemonte (CMRP)⁸¹.

Per il “Comandante Duccio” – come suole firmare i suoi documenti durante la Resistenza - due sono le preoccupazioni costanti, in qualunque ruolo si trovi a operare. La prima è che la lotta antifascista sia “lotta unitaria e nazionale”: non già “lotta di fazioni”, ma “lotta di popolo”, spontanea, contro l’invasore tedesco e ogni dittatura fascista. Chiarissima in questo senso la sua prima *Circolare alle formazioni G.L.* da Comandante generale, nell’aprile del 1944: «le nostre formazioni sono *politiche*: perché rivendicano la necessità dell’iniziativa popolare nella lotta di liberazione nazionale [...]. Formazioni politiche non significa oggi, come non ha significato nel passato, formazioni *di partito*, giacché esse perseguono scopi più vasti di quelle che possono essere le finalità, pur ampie, di un solo movimento politico»⁸².

In secondo luogo, la sua preoccupazione è che la lotta serva, oltre che a debellare il nemico nazifascista, a preparare cittadini maturi e

⁸¹ La banda *Italia libera* non aveva, dappprincipio, un comandante: «v’era invece un “comando” militare e politico, di carattere collegiale, composto di vari membri: lo stesso Galimberti, la cui personalità di tanto sovrastava quella di ogni altro, era soltanto un *primus inter pares*» (D.L. BIANCO, *Guerra partigiana*, cit., p. 24). Gli altri membri del comando collegiale erano Livio Bianco, Leo Scamussi, Dino Giacosa e Aldo Sacchetti. Nel febbraio del 1944, Duccio Galimberti diventa Comandante regionale delle formazioni Giustizia e Libertà del Piemonte, incarico che gli viene affidato dal Partito d’Azione in considerazione della esperienza maturata sul campo, delle conoscenze acquisite e delle capacità organizzative che gli vengono da tutti riconosciute, con l’obiettivo di rafforzare l’unità d’azione delle bande di diversa origine e anche di provvedere alla loro “coscientizzazione”. Nell’agosto del 1944 viene costituito il Comando militare della regione Piemonte [CMRP], di cui Galimberti entra a far parte come Comandante generale per le formazioni di Giustizia e Libertà. Il CMRP, come tutti gli organi collegiali della Resistenza, a partire dal CLN di cui è emanazione tecnica, era composto da rappresentanti provenienti da tutti i partiti antifascisti partecipi alla lotta di liberazione: dunque, oltre che Galimberti, come Comandante delle formazioni partigiane di Giustizia e Libertà (rapportabili al Partito d’Azione), vi erano il comandante delle brigate Garibaldi (rapportabili al partito comunista); quello delle brigate Matteotti (rapportabili al partito socialista); e il comandante delle formazioni Autonome del Piemonte (che raccoglievano tutte le bande non riconducibili ai primi tre partiti). Ci dice A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 326, che «gli esponenti politici della Resistenza piemontese non tardarono a rendersi conto di quale fosse la statura politica di Duccio; infatti a fine novembre 1944 lo chiamarono a far parte del C.L.N.; ma purtroppo egli non poté assumere la nuova carica, perché dopo pochi giorni fu catturato e ucciso».

⁸² D. GALIMBERTI, *Circolare alle formazioni G.L., Formazioni “Giustizia e Libertà”, Comando*, senza data, ma probabilmente aprile 1944, in A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 501.

consapevoli, in grado, a guerra finita, di edificare daccapo la democrazia⁸³. Ancora da una sua *Circolare ai Comandanti di formazione* del 9 maggio del 1944: «la nostra lotta non si esaurisce nella cacciata dei nazi-fascisti. Non abbiamo mai avuto in animo, nel creare le nostre formazioni *volontarie*, di distruggere solamente, bensì di ricostruire questo nostro disgraziato paese, mossi da uno spirito nuovo, improntato a quello che ci guidò nei combattimenti e deciso ad eliminare tutti i vecchi sistemi ed errori che ci han portato al fascismo ed alla sconfitta»⁸⁴. E ancora, nella *Circolare ai comandanti e ai commissari politici delle formazioni G.L.* dell'8 luglio 1944: «la nostra non è manovra di eserciti combattenti per dovere, sia pure superiore, e con finalità limitata all'esito immediato delle operazioni militari, ma lotta di popolo, spontanea, mossa da intenti di rinnovazione e di trasformazione del vecchio mondo, le cui colpe tennero a battesimo fenomeni quali il nazismo e il fascismo, di cui sono l'intima causa»⁸⁵.

Per questa sua visione della lotta, per la sua azione sempre energica, decisa e al tempo stesso equilibrata, la figura di Duccio Galimberti si rivela determinante per lo sviluppo e il consolidamento del partigianato piemontese, al quale imprime unitarietà di intenti e di sforzi. Di lui scrive Giorgio Agosti in una lettera del 4 settembre 1944 a Dante Livio Bianco, nel momento in cui lo affianca come commissario politico nel Comando regionale delle formazioni Giustizia e Libertà: «Duccio ha fatto molto [...]; in molte zone ha “creato” veramente le GL, superando ostacoli e diffidenze di ogni sorta»⁸⁶; e ancora, in una

⁸³ Sintomatica di questa funzione “formativa” della lotta armata, la sua idea di fare distribuire ai partigiani delle bande *I doveri dell'Uomo* di Mazzini, per «preparare cittadini maturi e consapevoli, che avrebbero poi fatto liberamente le loro scelte politiche» (A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 217).

⁸⁴ D. GALIMBERTI, *Circolare ai Comandi di formazione, Formazioni “Giustizia e Libertà”*, Comando, 9 maggio 1944, in A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 507.

⁸⁵ D. GALIMBERTI, *Circolare ai comandanti e ai commissari politici delle formazioni G.L., Formazioni “Giustizia e Libertà”*, Comando del Piemonte, 8 luglio 1944, in A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 544. Nello stesso senso gli *Accordi della Certosa*, 8 Agosto 1944, firmati da Bianco, Felici, Dalmaistro, Mauri, Scamuzzi, Rosa, Cosa, Giacosa, in A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 606: «La lotta antitedesca e antifascista non è altro che la premessa e la via per il raggiungimento dei fini ultimi della nostra azione: i quali consistono, sinteticamente, in un radicale rinnovamento politico, morale e sociale del paese».

⁸⁶ G. AGOSTI, D.L. BIANCO, *Un'amicizia partigiana. Lettere 1943-1945*, Torino, A. Meynier, 1990, p. 233, lettera del 4 settembre 1944.

lettera del 5 novembre: «è merito esclusivamente suo se le GL sono diventate quel che sono, moltiplicandosi dalle originarie formazioni del Pellice e del Cuneese, a ben dieci divisioni con oltre 10 mila uomini»⁸⁷.

Per tutto ciò, per i fascisti e i tedeschi il Comandante Duccio era il «più pericoloso nemico in Piemonte»⁸⁸. Il 28 novembre del 1944, a Torino – dove, sceso dalle montagne, era impegnato in attività di cospirazione politica –, Duccio Galimberti viene catturato in una panetteria che fungeva da base per lo smistamento di messaggi e materiale per l'organizzazione G.L. con ben ventitrè documenti compromettenti, tra cui un piano di sanzioni contro i fascisti in caso di liberazione⁸⁹. Il 30 novembre, dopo due giorni di duro interrogatorio, viene chiuso nelle carceri giudiziarie di Torino con l'annotazione sul registro matricola: «Detenuto Galimberti Tancredi da tenerlo a grande sorveglianza perché trattasi di elemento pericoloso». Il 2 dicembre accade ciò che più teme: viene trasferito a Cuneo, dove non gli era mai stato perdonato il discorso in piazza del luglio del 1943 ed era certo che – con sue parole - gli «avrebbero fatto una testa così»⁹⁰. Nella notte viene di nuovo interrogato lungamente e duramente. Terminato l'interrogatorio, la sentenza a morte, accompagnata da uno schiaffo: «Hai finito di fare discorsi in piazza. Domattina verrai fucilato». Scrive la sua ultima lettera a un'amica, che si chiude con queste parole «eppure ho agito a fin di bene per un'idea: per questo sono sereno e dovete esserlo anche voi»⁹¹. Il 3 dicembre mattina, a Tetti Croce, una

⁸⁷ *Ibidem*, p. 286, lettera del 5 novembre 1944.

⁸⁸ A. RUATA, «*Il mio nome dopo la morte risuonerà come un grido di speranza*», cit., p. 1964. Scrive M. GIOVANA, *Perché il fascismo doveva sopprimere Duccio Galimberti*, in *Resistenza cuneese*, dicembre 1965: «Galimberti simboleggiava qualcosa di più dell'avversione al fascismo della sua terra e della temibile efficienza di un capo militare e politico in una regione partigiana come il Piemonte. Galimberti era assunto da lungo tempo a termine di paragone di una realtà antifascista così globale e incrollabile, che in lui, nella sua persona, lo squadristo cuneese doveva identificare il nucleo centrale di una forza incontenibile, dotata di risorse colossali di spirito e di azione. Perciò ucciderlo era una necessità».

⁸⁹ In esso si specificavano anche le categorie di fascisti che dovevano essere «condannate a morte soltanto previo accertamento dell'identità personale» (Maselli, *Rapporto della Questura repubblicana di Torino*, Squadra politica, 26 dicembre 1944, in A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., pp. 615 ss.).

⁹⁰ Testimonianza Dino Giacosa, riportata da A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 340, nt. 33.

⁹¹ D. GALIMBERTI, *Lettera a Lalla Zacché, 2 dicembre 1944* (Archivio Zacché), in A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 590.

frazione di Centallo a meno di dieci chilometri da Cuneo, il camioncino che dovrebbe riaccompagnare Galimberti a Torino si ferma. Duccio, che allora ha 38 anni, viene spinto oltre il fosso che delimita la strada, fa in tempo a urlare «No, non potete farlo, non potete uccidermi senza processo!», ma viene freddato con una raffica di colpi alla schiena⁹².

L'8 dicembre Duccio Galimberti viene proclamato dal Comitato di Liberazione Nazionale piemontese "Eroe nazionale"⁹³; il 18 febbraio il Governo delibera di decorarlo con la medaglia d'oro al valore militare.

*Che conta la vita? La nostra stessa vita? Essa vale soltanto se, spegnendosi, accende la fiaccola della libertà*⁹⁴.

Venti mesi dopo la salita ai monti di Duccio Galimberti, quattro mesi dopo lo spegnersi della sua vita, la fiaccola è accesa: il 28 aprile 1945, «9000 uomini perfettamente inquadrati nelle brigate partigiane partecipano alla liberazione di Torino». Quando gli alleati arrivano, ormai «i servizi pubblici funzionano, il vettovagliamento funziona, l'ordine pubblico è garantito. Non sono i liberatori: quelli arrivano e la città s'è già liberata da sola»⁹⁵.

⁹² A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 365. A Rèpaci capitò poi in sorte di essere pubblico ministero presso la Corte di Assise (sezione speciale) di Cuneo proprio nel processo degli assassini di Duccio Galimberti e Presidente della Commissione per le sanzioni contro il fascismo.

⁹³ Su proposta del rappresentante del partito comunista e con decisione unanime dei rappresentanti degli altri partiti.

⁹⁴ Questa la frase che, secondo la testimonianza dell'avvocato Vittorio Giulio, Duccio Galimberti gli avrebbe sussurrato per consolarlo della condanna a morte di un partigiano da lui difeso (A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 409).

⁹⁵ G. DE LUNA, *Duccio Galimberti, il 25 luglio 1943, la Resistenza a sessant'anni di distanza*, cit., p. 14. Rievoca quei giorni P. Borgna, *Il coraggio dei giorni grigi. Vita di Giorgio Agosti*, cit., pp. 3 ss., a partire dal 28 aprile 1944, giorno in cui Giorgio Agosti viene nominato questore di Torino. Scrive a p. 22: «non solo Torino si liberò con le sue mani, con le mani dei suoi partigiani che cacciarono i tedeschi e con le mani dei suoi operai, che difesero le fabbriche. Torino seppe anche, da sola, tornare a vivere normalmente, ripristinando la convivenza civile. Il 2 maggio quando la prima divisione statunitense, proveniente da Milano, entra trionfalmente nel capoluogo piemontese, trova una città in cui le armi hanno lasciato la parola alla politica». Sulla liberazione di Torino, G. VACCARINO, C. GOBETTI, R. GOBBI, *L'insurrezione di Torino. Saggio introduttivo, testimonianze, documenti*, Milano, Guanda, 1968.

5. Il Progetto di Costituzione confederale europea ed interna

La vita di Duccio Galimberti, sia pur narrata per somme date, e la rievocazione del contesto storico, culturale e politico in cui essa si svolse sono premesse indispensabili per ragionare sul *Progetto di Costituzione confederale ed interna* di Duccio Galimberti e Antonino Rèpaci.

La vita di Galimberti testimonia, infatti, che il *Progetto di Costituzione* non sorse «come una Minerva dal cranio di Giove»⁹⁶: non fu mera speculazione di un intellettuale che immagina di poter dare la forma al mondo dal chiuso del suo studio. Fu, invece, una tessera di un mosaico più ampio, fatto di fascisti e nazisti che devono essere “cacciati”; di salita ai monti, lotta per bande, organizzazione della Resistenza armata; di consapevolezza lucida e costante che, liberata l’Italia, tutto sarà ancora da fare; di volontà di immaginare, progettare e prevedere un oltre e un dopo. Fu, in estrema sintesi, il «documento di uno stato d’animo, di una aspirazione e di una esigenza, che erano maturati dall’esperienza negativa del fascismo e della guerra»⁹⁷.

C’è dietro e dentro questo documento la visione chiara e forte che «il fascismo non fu un disgraziato accidente caduto addosso al povero popolo italiano», ma «un fenomeno che affondava le proprie radici nelle lontananze della nostra storia, un malanno civile e sociale insito nella struttura psicologica del nostro popolo»⁹⁸, a medicina del quale occorre un ripensamento radicale dell’Italia che sarebbe stata: non solo nelle sue istituzioni, ma nel suo stesso popolo.

Lo dimostrano queste parole di Galimberti in una lettera scritta all’amico Detto Dalmaistro il 7 settembre 1944: «a vittoria ottenuta non abbiamo ancora conseguito un bel nulla e siamo ben lontani dal sogno di poterci riposare !! [...]. L’Italia liberata dimostra che c’è tutto da rifare e lo dobbiamo rifare proprio noi, che più abbiamo lottato e sofferto. La battaglia per la rivoluzione, come la intendiamo noi, è quella decisiva e la dobbiamo scatenare *il giorno stesso della vittoria militare*»⁹⁹. E la “battaglia per la rivoluzione” come la intendevano lo-

⁹⁶ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di costituzione confederale europea ed interna*, § Conclusione.

⁹⁷ A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 136.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 138.

⁹⁹ D. GALIMBERTI, *Lettera a Detto Dalmaistro, 7 settembre 1944* (Archivio Dalmaistro), in A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 567.

ro era la battaglia per la *rivoluzione democratica*: rivoluzione politica, rivoluzione sociale, rivoluzione istituzionale e costituzionale, ma prima di tutto *rivoluzione morale*: «ciò che Duccio voleva, era non soltanto la ricostruzione, ma anche e prima di tutto il rinnovamento morale e civile, la rigenerazione cioè del nostro Paese»¹⁰⁰.

Ecco dunque il *Progetto di Costituzione*: non «la panacea di tutti i mali», bensì «un modestissimo contributo alla futura opera di ricostruzione» dell'Italia finalmente libera, «la cui imponenza richiederà l'appassionato concorso di tutti, dalla più veneranda barba professorale, alla più modesta vanga di garzone contadino»¹⁰¹. Ché troppo facile sarebbe pararsi dietro l'eccessiva modestia o, all'opposto, superbia del contributo, per accomodarsi nell'inerzia e nell'ignavia.

6. L'architettura, la visione e lo strumento

Il *Progetto di Costituzione* che Galimberti e Rèpaci disegnano è articolato e complesso.

L'elemento di più immediata evidenza – che lo rende un *unicum* - è il fatto che esso contiene non una, bensì due costituzioni: una “Costituzione confederale europea” e una “Costituzione interna” destinata a essere adottata, comune ed eguale, da tutti gli stati della Federazione europea. Il progetto si divide, infatti, in una *Parte prima – Dell'ordinamento confederale europeo* (artt. 1-43)¹⁰², e in una *Parte seconda – Dell'ordinamento interno dello Stato* (artt. 44-172)¹⁰³, anti-

¹⁰⁰ A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 412.

¹⁰¹ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § Conclusione.

¹⁰² Questa prima parte è divisa in cinque titoli: Titolo primo, *Disposizioni generali*; Titolo secondo, *Degli organi confederali*; Titolo terzo, *Dei diritti e dei doveri della Confederazione e degli Stati membri*; Titolo quarto, *Dell'organizzazione politica e sociale della Confederazione*; Titolo quinto, *Disposizioni finali*.

¹⁰³ Questa seconda parte è divisa in sette titoli: Titolo primo, *Disposizioni generali*; Titolo secondo, *Dei diritti e dei doveri dei cittadini*; Titolo terzo, *Della struttura sociale e amministrativa dello Stato* (Sezione prima, *Della struttura sociale*; Sezione seconda, *Dell'organizzazione amministrativa*); Titolo quarto, *Degli organi dello Stato* (Sezione prima, *Del Capo dello Stato*; Sezione seconda, *Del Governo*; Sezione terza, *Delle rappresentanze nazionali*; Sezione quarta, *Del Consiglio di Stato*; Sezione quinta, *Della Corte dei Conti*); Titolo quinto, *Dei poteri dello Stato* (Sezione prima, *Del potere legislativo*; Sezione seconda, *Del Potere Esecutivo*; Sezione Terza, *Del potere giudiziario*); Titolo Sesto, *Dell'Esercizio del Potere politico*; Titolo settimo, *Dell'attività sociale dello Stato*.

cipate da una *Introduzione*, preziosa per cogliere la *ratio* delle singole disposizioni e del disegno nel suo insieme.

Già la sola architettura costituzionale dice moltissimo sulla potenza visionaria dei due estensori: l'Europa è ancora immersa nella seconda guerra mondiale, devastata, dilaniata. Eppure vi è già chi sta non solo auspicando, ma progettando e delineando «istituti concreti» per consentire «la formazione dell'Unità europea»¹⁰⁴, preconizzando la federazione degli stati europei come l'unica via percorribile per «rafforzare le difese della pace e della libertà» e così «liberare l'Europa dall'incubo della guerra»¹⁰⁵. L'«idea non è affatto nuova», come essi stessi riconoscono¹⁰⁶; ma nuova è l'urgenza imposta, da un lato, dai «trascorsi vent'anni»; dall'altro, dalla pace che verrà, che «troverà un'Europa stremata di forze, dissanguata, estremamente debole», e da far risorgere nel suo prezioso patrimonio di cultura e civiltà¹⁰⁷.

Galimberti e Rèpaci non sono i soli a nutrire questa visione. Altri, lontani, «lavorando gli uni all'insaputa degli altri – ed è forse questo il fatto di maggior interesse! – »¹⁰⁸, hanno avuto la medesima ispirazione¹⁰⁹. Ma essi pensano di dare al loro “sogno europeo”¹¹⁰ la forma di

¹⁰⁴ A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 139: «il nostro intento prevalente era quello di prospettare e delineare istituti concreti che consentissero la formazione della unità europea nel riconoscimento del principio di nazionalità».

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 144. Anche nel *Preambolo del Trattato sull'Unione europea* si afferma che l'obiettivo dell'Unione è rafforzare l'identità e l'indipendenza dell'Europa per «promuovere pace, sicurezza, progresso in Europa e nel mondo». E non si può dimenticare l'articolo 11 della costituzione italiana, che consente, «in condizioni di parità con altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni» e «promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo».

¹⁰⁶ Gli autori affermano di trarre ispirazione per la loro riflessione da *Per la pace perpetua* di Emmanuel Kant (A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 131). Ma basti pensare a Carlo Cattaneo e, per certi versi - anche se non pienamente federalista, certamente europeista -, a Giuseppe Mazzini.

¹⁰⁷ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § I.

¹⁰⁸ A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 144.

¹⁰⁹ Il riferimento principale è al documento *Per un'Europa libera e unita. Progetto di un manifesto*, noto come *Manifesto di Ventotene*, steso nel 1941 da Altiero Spinelli, Ernesto Rossi, Eugenio Colorni, con Ursula Hirschmann, durante il confino sull'isola di Ventotene, pubblicato come *Il Manifesto del Movimento Federalista Europeo. Elementi di discussione*, in *Quaderni del Movimento Federalista Europeo*, n. 1, agosto 1943; e *Problemi della Federazione Europea*, Roma, Edizioni del Movimento italiano per la Federazione europea, 1944. In esso si auspica la «definitiva abolizione della divisione dell'Europa in stati nazionali sovrani» e la «riorganizzazione federale dell'Europa». Scrive A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 132, nt. 1: «il Manifesto di Ventotene giunse nelle mani di

una vera e propria costituzione¹¹¹, sino ad allora immaginato e realizzato solo come strumento di politica “nazionale”: quella “Costituzione europea” che, dopo i falliti tentativi, ancora oggi manca all’Europa¹¹².

Duccio quando eravamo già molto avanti nel nostro lavoro. Ricordo anzi che Duccio, nel mostrarmi le veline dattiloscritte del Manifesto, mi disse: “Vedi che abbiamo avuto un’idea giusta? Questi qui (non conoscevano ancora i nomi degli autori) hanno avuto la stessa idea senza saper nulla di noi. Questo depone bene”». Ma anche altri furono i documenti stesi in favore di una Federazione europea nel periodo resistenziale: si veda U. CAMPAGNOLO, *Verso una Costituzione federale per l’Europa. Una proposta inedita del 1943*, Milano, Giuffrè, 2003, con saggio introduttivo di M.G. LOSANO, *Una “rivoluzione federale europea” alla fine della seconda guerra mondiale*. Sull’ideale del federalismo europeo durante la Resistenza, FEDERAZIONE ITALIANA ASSOCIAZIONI PARTIGIANE (FIAP), *L’idea di Europa nel movimento di liberazione 1940-1945*, Atti del Convegno tenuto a Roma nel 1985, Roma, Bonacci, 1986; D. COFRANCESCO, *Il contributo della Resistenza italiana al dibattito teorico sull’unificazione europea*, in S. Pistone (a cura di), *L’idea dell’unificazione europea dalla prima alla seconda guerra mondiale*, Torino, Fondazione Einaudi, 1975; M. GIOVANA, *L’internazionalismo partigiano e i rapporti con la Resistenza francese*, in *Documenti della Resistenza europea. Le intese fra partigiani e maquisards nella lotta di liberazione*, Associazione Nazionale Partigiani d’Italia, Sezione di Dronero, 1966, pp. 23 ss.

¹¹⁰ Questo il titolo del capitolo di A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., pp. 129 ss., nel quale si descrivono le vicende e i contenuti del progetto di costituzione.

¹¹¹ Galimberti e Rèpaci non furono, invero, gli unici a redigere un progetto di costituzione: non si può dimenticare lo *Schema di Costituzione dell’Unione federale europea*, in 40 articoli, che Mario Alberto Rollier, sotto lo pseudonimo di Edgardo Monroe, abbozzò all’interno del saggio *Stati uniti d’Europa?*, in *Quaderni dell’Italia libera*, n. 15, 1944, pp. 58 ss. (ora in versione elettronica su www.eurostudium.uniroma1.it sub *documenti/federalismo*); e neppure, naturalmente, l’*Abbozzo di un piano tendente a delineare la figura costituzionale dell’Italia al termine della rivoluzione federalista in corso di sviluppo*, che Silvio Trentin dettò al figlio Bruno poche settimane prima di morire, nel marzo del 1944 (ora in versione elettronica nell’*Archivio di diritto e storia costituzionali*, sub *Altri documenti di storia costituzionale italiana* (www.dircost.unito.it), con nota storica introduttiva di I. Ariemma). Quello di Rollier è però un progetto di costituzione federale europea; mentre quello di Trentin è un progetto di costituzione federale italiana, pur nell’orizzonte di una Repubblica europea. La particolarità e assoluta originalità del progetto di Galimberti e Rèpaci resta, dunque, quella di avere unito in un unico progetto tanto una costituzione federale europea, quanto una costituzione interna.

¹¹² Come è noto, l’Unione europea manca ancora di un atto denominato “Costituzione europea”. Nel 2003 era stato redatto da un’assemblea costituente appositamente istituita - la Convenzione europea - un *Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa*, firmato a Roma il 29 ottobre 2004 dai capi di stato e di governo degli allora 25 paesi dell’Unione Europea. Tale trattato, tuttavia, non è mai entrato in vigore a causa del congelamento dell’iter di ratifica imposto da [Francia](#) e Paesi Bassi, nei quali la ratifica sarebbe dovuta avvenire per via referendaria, ma i cui cittadini votarono negativamente (a differenza dei cittadini di Spagna e Lussemburgo; mentre in altri paesi, tra cui l’Italia, la ratifica era già avvenuta o sarebbe dovuta avvenire per via parlamentare). Benché non si chiami “Costituzione”, il [Trattato di Lisbona](#), firmato dai capi di stato e di governo il 13 dicembre 2007

Ed è dunque potente non solo la visione - l'Europa unita -, ma anche la scelta dello strumento per portarla a concretezza: una costituzione, colta come strumento normativo e conformativo di una realtà ancora da venire, ma che il progetto politico in essa contenuto - grazie alla linguaggio chiaro e conciso della "forma legislativa" - ha la forza di plasmare. Una fiducia grandissima, dunque, nel mezzo costituzionale, che si ritroverà non minore nei lavori spesso parimenti immaginifici dell'Assemblea costituente.

Ma anche una fiducia grandissima nella scienza giuridica e un'orgogliosa rivendicazione a essa. Il progetto, infatti, «ha inteso essere – e non può essere inteso diversamente – un'opera scientifica. Esso è un "trattato" politico vero e proprio, a prescindere dalla peculiare sua formulazione in chiave legislativa»¹¹³, che nasce «dalla medita-

ed entrato in vigore il 1° dicembre [2009](#), rappresenta, di fatto, la costituzione dell'Unione europea, anche se si è rinunciato a qualsiasi riferimento (simboli, nomenclatura, struttura del testo) costituzionale, nonché, in ultima analisi, all'obiettivo ideale di porre in essere un atto realmente costituente. Su questi profili L. BONANATE, *Oltre la sovranità verso l'unificazione europea*, in D. Galimberti, A. Rèpaci, *Progetto di costituzione confederale europea ed interna*, cit., pp. 1 ss. Su una costituzione per l'Unione europea, si vedano, P. HÄBERLE, *Europa*, in E. Palici di Suni Prat, F. Cassella, M. Comba (a cura di), *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 28; G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Laterza, Roma-Bari, 2003; da ultimo, I. MASSA PINTO, *Il processo di integrazione europea*, in S. Sicardi, M. Cavino, L. Imarisio, *Vent'anni di Costituzione (1993-2013). Dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli*, Bologna, il Mulino, 2015, pp. 473 ss.

¹¹³ A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 141. La rivendicazione alla scienza giuridica del *Progetto di Costituzione* viene fatta soprattutto per escludere che esso possa essere ascritto a un partito, e al Partito d'Azione in particolare, benché, «se si raffrontano i Sette Punti con i vari articoli del *Progetto*, credo di potere affermare con tranquilla coscienza che non sussistono contrasti o incompatibilità di sorta» (p. 142). Con i "Sette Punti" - il piano programmatico stilato dal Partito d'Azione a Bologna nel 1941 in una prima versione, migliorata nel luglio del 1942, e poi pubblicato su «Italia libera», n. 1, 1943, pp. 3 s. -, invero, i punti di sovrapposizione sono più d'uno: a iniziare dalla pregiudiziale repubblicana (punto 1), anche se – come si dirà - non accolta integralmente; per continuare con il decentramento amministrativo (punto 2), sia pure senza dare compiuta attuazione al «principio della rappresentanza e del controllo democratico», se non a livello comunale; la nazionalizzazione dei grandi complessi finanziari amministrativi e finanziari (punto 3); la struttura della proprietà fondiaria (punto 4); la partecipazione dei lavoratori agli utili d'impresa (punto 5), ma non anche – come si dirà - la piena libertà sindacale; la libertà di religione e di culto (punto 6); sino – soprattutto - al «contributo alla formazione di una coscienza unitaria europea, premessa indispensabile alla realizzazione auspicata di una federazione europea di liberi paesi democratici nel quadro di una più ampia collabora-

zione di varie Costituzioni antiche e recenti, nonché di testi legislativi di natura costituzionale»¹¹⁴. Il pensiero scientifico giuridico, dunque, che pone in essere un progetto prescrittivo di costituzione, con l'intenzione di plasmare il deludente "essere" a un ideale "dover essere". Vi sarebbe già da ciò molto da imparare nell'attuale temperie costituzionale, in cui la scienza giuridica - e costituzionalistica in particolare - spesso si trae a mera spettatrice, al più annotatrice, di ciò che la fantasia politica è capace di inventare.

7. La Costituzione confederale europea

«L'organizzazione dell'Europa non è possibile attraverso compromessi che salvino da un lato il concetto continentale e dall'altro la piena e totale sovranità degli Stati»¹¹⁵.

È in questo assunto la premessa teorica di tutta l'architettura del *Progetto di Costituzione*, che si riscontra particolarmente nei primi articoli: in essi si dispone che «Il continente europeo è costituito in unità politico-giuridica in forma di Confederazione» (art.1); e che gli stati membri della confederazione - gli "Stati d'Europa" - riconoscono che «la sovranità esterna appartiene soltanto alla Confederazione» (art. 5.3), rimanendo essi titolari della sola sovranità interna¹¹⁶.

zione mondiale», attraverso la negazione decisa del «principio della assoluta sovranità statale» (punto 7).

¹¹⁴ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § Conclusione.

¹¹⁵ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § I: «Uno Stato sovrano in Europa tende a divenire, o presto o tardi, nazionalista o – peggio – imperialista. Sono i secoli di storia intensa e gloriosa che inducono ciascun Stato ad accampare titoli di superiorità sugli altri. È la stretta interdipendenza della storia di ciascun popolo con quelle degli altri a indurre ciascuno a rivangare nel passato le rivendicazioni, le amicizie e gli odi».

¹¹⁶ In questi articoli sta per G. ZAGREBELSKY, *Stabilità e "armonia sociale" come orizzonte di valore: il progetto di Galimberti e Rèpaci*, in D. Galimberti, A. Rèpaci, *Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, cit., p. 38, il «carattere rivoluzionario del Progetto», ossia «l'inversione della fonte di legittimità: dagli Stati alla Federazione»: (p. 40) «L'inversione era un'illusione, un sogno. Non esisteva un "portatore" europeo di sovranità e di legittimità, un soggetto storico concreto al quale poter intestare quella superba proclamazione del primo articolo del Progetto. Quel soggetto era da costruire. In mancanza, se all'Europa si voleva tendere, si sarebbe dovuto procedere a partire dalle costituzioni, espressioni delle sovranità degli Stati, cioè da "cessioni" o "limitazioni" di sovranità statali

L'Europa viene così costituita in (con)federazione (nonostante la terminologia impiegata, l'ordinamento prospettato da Galimberti e Rèpaci è, per loro stessa ammissione, «decisamente federale e non confederale»¹¹⁷), attraverso il superamento del principio di “indipendenza” e “non ingerenze negli affari interni” dei singoli stati¹¹⁸ e la sua sostituzione con il principio di “autonomia”. La differenza, sia etica che giuridica, tra i due principi è notevole: dal punto di vista etico, «autonomia significa possibilità di dettar legge a se stesso nei limiti però di un ordine più vasto, nel quale il soggetto dell'autonomia abbia un suo proprio posto accanto ad altri soggetti subordinati come lui a una legge superiore»; mentre, dal punto di vista giuridico, «il principio si concreta nell'abolizione della così detta sovranità esterna. Lo Stato, in altri termini, è sovrano e non senza certe limitazioni [...] solo nei riguardi dei suoi sudditi, cioè a dire rispetto a quella che si suole chiamare politica interna»¹¹⁹.

progressive che avrebbero alimentato l'*acquis* europeo passo a passo, fino al punto in cui si potesse dire che i rapporti di legittimità tra centro federale e periferie statali si fossero equilibrati o, alla fine, rovesciati a favore della legittimità europea», come testimonia l'articolo 11 della costituzione italiana. «Il superamento dello Stato nazionale sovrano» - insomma - «solo erroneamente poteva assumersi come un dato di fatto, ma doveva assumersi come un compito per l'avvenire». Osserva L. BONANATE, *Oltre la sovranità, verso l'unificazione europea*, cit., p. 23, come l'impianto sia chiaramente “gerarchico”, vedendo «la precedenza logico-sistematica delle dimensioni internazionali su quelle internistiche».

¹¹⁷ Molto si è discusso intorno all'aggettivo “confederale”, anziché “federale”. Ma si può dire che quella che Galimberti e Rèpaci tratteggiano è sicuramente la costituzione di un'Europa federale: lo afferma Rèpaci stesso: «l'ordinamento che abbiamo prospettato nella nostra costituzione è decisamente federale e non confederale [...]. Né Duccio né io ignoravamo la differenza tra i due concetti: scegliemmo l'espressione “confederale” perché richiamava la Svizzera, che è una vera e propria federazione pur denominandosi “Confederazione elvetica”; e poi anche perché pensavamo, che l'espressione “federale” avrebbe destato allarmi e timori negli ambienti ufficiali, quasi che questi si fossero poi lasciati ingannare dalle parole!» (A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 133). Sul punto anche M. ALBERTINI, A. CHITI-BATTELLI, G. PETRILLI, *Storia del federalismo europeo*, Eri, Roma, 1973, p. 105: «Va subito chiarito che la “Confederazione” di cui parlano Galimberti e Rèpaci non è altro che quella che noi chiamiamo federazione»; L. BONANATE, *Oltre la sovranità, verso l'unificazione europea*, cit., p. 14: «i nostri autori usano l'aggettivo “confederale” ma parlano di qualcosa che va ben al di là del confederalismo».

¹¹⁸ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § 1: «Una delle cause, se non la principale, del fallimento delle Società delle Nazioni, è stato proprio il principio di non ingerenza nei così detti affari interni»; principio «quanto mai ipocrita e privo di rispondenza storica».

¹¹⁹ *Ibidem*, § II.

7.1. I limiti alla sovranità nazionale

Alla luce di questa distinzione tra “sovranità esterna” e “sovranità interna”, spetta agli organi confederali la «piena sovranità» in materia «di affari esteri, di difesa, di politica economica e di colonie» (art. 5.1).

Sul fronte degli affari esteri, «le relazioni internazionali fra uno Stato membro e uno Stato estraneo si svolgono soltanto pel tramite degli organi confederali» (art. 5.4.). Quanto alla difesa, è «vietata la costituzione di eserciti nazionali» (art. 6.3.)¹²⁰, in luogo dei quali è prevista la costituzione di un unico esercito confederale¹²¹, posta però «la rinuncia alla guerra come strumento di politica nazionale» (art. 6.1) e – sul fronte della politica coloniale – l’abbandono di «ogni forma politica di imperialismo e di conquiste territoriali» (art. 6.2.)¹²².

In materia economica, molti sono gli articoli che prevedono politiche uniformi su questioni fondamentali¹²³. Per garantire il lavoro, gli stati d’Europa «si impegnano a impedire la disoccupazione, impiegando presso opere pubbliche tutti coloro che si trovino, anche solo temporaneamente, senza lavoro» (art. 29.1), con la possibilità anche di stabilire, a tale scopo, «migrazioni temporanee fra Stati membri» (art. 29.2). Gli stati membri si impegnano, inoltre, a «impedire la formazione dei grandi capitali e dei grandi redditi privati» (art. 29.3) e a

¹²⁰ *Ibidem*, § III: «si tratta qui di una importante rinuncia a una istituzione, della quale gli Stati sono assai gelosi; ma tale rinuncia sarà reso meno amara dal fatto che è reciproca e unanime»

¹²¹ Art. 6.8: «Saranno costituiti un Esercito, una Marina e una Aviazione confederali a cui possono partecipare tutti gli uomini validi fra i 20 ed i 55 anni di tutti gli Stati della Confederazione».

¹²² Qualche profilo di contraddittorietà il *Progetto di Costituzione* presenta con riferimento alla politica coloniale: da un lato, gli Stati d’Europa dichiarano di «respingere ogni forma politica di imperialismo e di conquiste territoriali» (art. 6.2); dall’altro, l’art. 5.2 dispone che «Le colonie già dei singoli Stati saranno costituite in unico dominio sotto la amministrazione confederale». Scrivono D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § II, che tale ultimo articolo è dettato dalla necessità di fare i conti con la realtà delle colonie esistenti, e, «se accolto, tale principio dovrebbe essere atto a dissipare varie e gravi ragioni di turbamento e di contesa fra gli Stati; a risolvere in sostanza quella che si potrebbe chiamare la questione sociale internazionale» (sulle colonie anche l’art. 33).

¹²³ Essi si trovano all’interno del Titolo III, intitolato ai *Diritti e doveri della Confederazione e degli Stati membri*.

«nazionalizzare tutte le grandi industrie, le industrie pesanti, nonché le grandi imprese commerciali, finanziarie e assicurative, e tutte quelle altre imprese aventi valore di pubblica utilità» (art. 29.4)¹²⁴; mentre «le linee marittime, aeree e ferroviarie», nonché «le poste, i telefoni e telegrafi» e i relativi servizi «saranno di proprietà della Confederazione» (art. 39). Si impegnano, ancora, a tutelare «le opere dell'ingegno» (art. 30.1) e a creare strutture e mezzi «per l'incoraggiamento alle opere inventive» (art. 30.3.); e, infine e in generale, «per evitare concorrenze economiche e crisi di sovrapproduzione», ad «attenersi alle decisioni dell'Assemblea in materia economica» (art. 31.1).

Poiché l'«unità di indirizzo in materia economica deve necessariamente portare seco l'unità in materia finanziaria»¹²⁵, viene previsto qualcosa che allora era più che un'utopia visionaria: la creazione di un' «unica moneta europea», l'abolizione di tutti i dazi doganali, e la creazione di una Banca confederale europea (art. 32¹²⁶).

Per restare alle utopie - che, però, tali sono rimaste - viene prevista anche la creazione di «una lingua internazionale i cui rudimenti dovranno essere insegnati in tutte le scuole» (art. 37.1), da adoperare, quando avrà raggiunto un sufficiente grado di diffusione, «negli atti e nei discorsi ufficiali della Confederazione» (art. 37.2)¹²⁷.

Da ultima, la rinuncia in termini di sovranità più grande: «gli Stati membri si impegnano ad adottare come costituzione interna quella

¹²⁴ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § IX: «Il principio della nazionalizzazione delle grandi industrie e dei grandi complessi commerciali e finanziari costituisce ormai una aspirazione programmatica comune per la ricostruzione europea [...]. Il nostro pensiero in sostanza [...] è stato quello di far posto alla esigenza legittima del collettivismo nell'ambito e col rispetto delle libertà fondamentali dell'uomo e del cittadino».

¹²⁵ *Ibidem*, § IX.

¹²⁶ Articolo 32: «1. La Confederazione avrà un'unica moneta. 2. Gli Stati membri si impegnano a non creare monete nazionali. 3. Sono aboliti tutti i dazi doganali che non possono essere istituiti per nessun motivo. 4. La Banca confederale ha il compito di regolare i pagamenti confederali, anche col mezzo di scambi compensati. 5. La stessa Banca provvederà pure a far prestiti in denaro ai singoli Stati qualora l'esigenza ne venga riconosciuta dall'Assemblea».

¹²⁷ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § X: «Chiaro e inequivocabile segno di un più saldo vincolo confederale sarà l'esistenza di una comune lingua supernazionale che integri e manifesti la consapevolezza del vincolo stesso alla stregua della cittadinanza e dell'intima coscienza di appartenere alla Comunità europea. Non ci nascondiamo che l'attuazione di tale disegno possa sembrare oggi utopia, ma anche qui abbiamo inteso riaffermare il principio e la nostra fiducia di una realtà europea tutta spiegata».

contenuta nella Parte seconda del presente Atto» (art. 42.1). È la rinuncia a esercitare il potere costituente, a scegliere la propria costituzione, e dunque lo stato che si vuole essere. Una rinuncia pesante pretesa dagli estensori del *Progetto di Costituzione* sulla base della ferma convinzione «che la pace e la tranquillità in Europa si possono ottenere esclusivamente se in ogni Stato vige lo stesso regime e la stessa atmosfera politica, e se questo regime e questa atmosfera vengono garantiti da tutta la comunità associata»¹²⁸.

In questa prospettiva, «il mantenimento della costituzione interna è un requisito fondamentale per l'esistenza della Confederazione»¹²⁹, sicché, «qualora nell'interno di uno Stato membro avvenga un movimento politico o sociale che metta in pericolo la costituzione suddetta», la confederazione «dovrà intervenire nei modi e coi mezzi stabiliti dallo art. 22» (art. 42.2), vale a dire con l'interruzione dei rapporti economici con lo stato violatore o con l'intervento delle forze armate confederali. Qualora, poi, uno stato membro «dimostri la propria incapacità permanente a governarsi senza pregiudizio o pericolo per la comunità confederale», la confederazione potrà «assumere direttamente il governo di quello Stato, per un periodo in nessuna ipotesi mai superiore ad anni trenta» (art. 43): la perdita totale della sovranità, dunque, anche interna, per un periodo affatto breve. Una procedura di garanzia del mantenimento della costituzione interna decisamente aggravata e tutta rimessa alla volontà degli organi confederali.

Gli stati, per altro, sono «riconosciuti e delimitati sulla base esclusiva del principio di nazionalità» (art. 4), adottandone una concezione che fa coincidere “nazione” con “etnia”, e traendone conclusioni a dir poco forzate. Qualora vi siano «regioni etnicamente miste», nella quali sia impossibile stabilire una prevalenza di una nazionalità rispetto all'altra o alle altre, infatti, ad avviso dei due autori, «le soluzioni sono due, corrispondenti ad altrettante situazioni»: nel caso di un «territorio con varie nazionalità rappresentanti minoranze di diverse nazioni stabilmente costituite, sarà opportuno ricorrere alle emigrazioni in massa delle popolazioni, col diritto di opzione». È un sistema alquanto crudele - lo ammettono gli stessi autori -, «ma si tratta di un sacrificio fatto una volta tanto da una generazione e che per le successive sarà compensato da vantaggi generali». Nel caso, invece, di un «territorio a

¹²⁸ *Ibidem*, § I.

¹²⁹ *Ibidem*, § XI.

nazionalità miste il quale non faccia parte di complessi nazionali più vasti, la questione dovrà essere risolta caso per caso, colla creazione di un organismo statale che includa le nazionalità suddette e con norme di diritto interno, che garantiscano a ciascun gruppo una congrua partecipazione alla vita pubblica»¹³⁰.

7.2. Gli organi confederali

Organi della confederazione sono: «un Comitato di Presidenza; una Assemblea rappresentativa dei singoli Stati; un Comitato Esecutivo; una Corte Confederale di Giustizia» (art. 9).

Il *Comitato di Presidenza*, «che corrisponde al Capo dello Stato»¹³¹, è composto di «tre persone nominate ogni biennio dalla Assemblea confederale» (art. 11.1).

L'*Assemblea Confederale* rappresentativa dei singoli stati, «che corrisponde al potere legislativo», è composta dei «rappresentanti dei singoli Stati, in numero di cinque per ogni Stato» (art.12.2) e «ha funzioni deliberative, consultive e di controllo» (art. 13.1).

Oltre a nominare il Comitato di Presidenza, ha potere di nomina e di scioglimento anche del *Comitato Esecutivo* (art. 16), «l'organo esecutivo» che si occupa di «vedere prontamente ed efficacemente eseguiti i provvedimenti presi dall'Assemblea e dalla Corte Confederale»¹³², e che a questo scopo ha a sua disposizione l'esercito confederale.

Qualora infatti «uno o più membri si rifiutino di adempiere un obbligo collettivo, il Presidente dell'Esecutivo denuncerà l'inadempienza alla *Corte confederale di Giustizia*» (art. 15.2), l'organo di garanzia costituzionale, anch'essa «nominata dall'Assemblea» (art. 17.1), composta di giudici «scelti attraverso un concorso fra i magistrati della Confederazione» (art. 17.2)¹³³. Se la corte riconosce l'inadempienza da parte dello stato o degli Stati membri, l'esecuzione delle sue sentenze non è lasciata «alla buona volontà

¹³⁰ *Ibidem*, § III.

¹³¹ *Ibidem*, § V.

¹³² *Ibidem*, § VI.

¹³³ Oltre a essere competente dei conflitti tra singoli stati e confederazione, la Corte confederale di Giustizia è competente a decidere «qualora sorga una controversia fra due o più Stati della Confederazione, fra i cittadini di uno Stato e un altro Stato o fra i cittadini di uno Stato e la Confederazione» (art. 19).

e al beneplacito degli Stati interessati», come accadeva per le magistrature internazionali del passato¹³⁴, ma viene affidata al Comitato Esecutivo, che «può senz'altro ricorrere alle sanzioni di cui all'art. 22», ossia all' «interruzione dei rapporti economici con lo Stato violatore, con diffida agli Stati estranei dall'instaurare rapporti del genere con detto Stato» o, in alternativa, all'«intervento delle forze armate confederali» (art. 22)¹³⁵.

7.3. I diritti e i doveri nella confederazione

Presupposto giuridico dei diritti e dei doveri all'interno della confederazione, è la «cittadinanza confederale», che «non esclude, ma si cumula con quella nazionale»¹³⁶: ogni cittadino appartenente a uno stato d'Europa possiede, infatti, «la cittadinanza di detto Stato nonché quella della Confederazione» (art. 23).

Quanto ai diritti e doveri – parte dei quali si ritrovano poi nella costituzione interna –, peculiare è il riferimento, prioritario rispetto a ogni altro, alla famiglia, considerata «il nucleo etico-sociale giuridico della società». L'impegno degli stati è a «rafforzarne i vincoli» (art. 27.1), tanto da prevedere una disposizione *ad hoc* in materia di scioglimento del matrimonio, per la quale «per coloro che contraggono il solo matrimonio civile sarà ammessa la possibilità di divorzio una sola volta» (art. 28). Viene infatti considerato che il divorzio, «se in talune circostanze è dolorosamente indispensabile, in genere è sempre un male», e l'integrità del nucleo familiare dev'essere mantenuta «fino al massimo delle possibilità», onde evitare la creazione di «situazioni paradossali e spesso drammatiche, le quali finiscono col riflettersi sulla compagine più vasta dello Stato»¹³⁷.

Vi è poi il lavoro: uno dei protagonisti di questa costituzione, sia nella sua parte confederale, che nella sua parte interna. Si è già detto

¹³⁴ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § VII.

¹³⁵ *Ibidem*, § VII.

¹³⁶ *Ibidem*, § VIII.

¹³⁷ *Ibidem*, § VIII. Scrive a proposito di questa norma G. ZAGREBELSKY, *Stabilità e "armonia sociale" come orizzonte di valore: il progetto di Galimberti e Rèpaci*, cit., pp. 50 s.: «Una norma sorprendente che, nel modo più evidente, traduce un atteggiamento moralistico che è proprio di tutti coloro che temono, come prima minaccia della vita sociale, l'instabilità dei rapporti tra le sue componenti».

dell'impegno degli stati d'Europa a «impedire la disoccupazione» (art. 29.1), essendo diritto inviolabile «che a ciascuno sia assicurato il lavoro»¹³⁸. Ma il lavoro, «oltre che un diritto», è «un dovere sociale» anche per chi lo presta (art. 29.1): «un vero e proprio valore morale e spirituale, la cui attuazione e il cui adempimento non costituiscono soltanto un obbligo o un dovere economico, ma anche e sopra tutto un dovere della propria coscienza, verso se stessi e la collettività»¹³⁹. È qui l'etica del lavoro come fondativa della nuova società: «la gioia del lavoro è ciò che la nuova società deve tendere a realizzare: e solo così il lavoro viene a essere, oltretutto dignitoso, fecondo e produttivo»¹⁴⁰.

Quanto alla salute, nella costituzione confederale si prevede l'impegno degli stati d'Europa «a svolgere una politica sanitaria che garantisca e migliori le condizioni fisiche dei cittadini», creando istituti per la lotta contro le malattie; istituendo una vasta organizzazione di servizi sanitari presso i luoghi di lavoro, di studio, le carceri; risanando i centri urbani; istituendo una polizia sanitaria per controllare le condizioni igieniche delle abitazioni; promuovendo attività sportive in ogni campo, «fuorché nell'uso delle armi da fuoco» (art. 38).

In materia di politica criminale, gli stati si impegnano a determinare «una graduale diminuzione della delinquenza»; a provvedere alla «riforma generale dei sistemi carcerari, facendo sì che le pene detentive adempiano sempre più alla funzione emendatrice»; in ultimo, si impegnano «a non istituire o ad abolire la pena di morte» (art. 34); e si deve porre mente al momento storico in cui questa disposizione viene pensata, per coglierne la portata dirompente.

È, infine, sintomatica della lucida consapevolezza del lavoro culturale, prima che politico, che deve essere svolto per arrivare a un'Europa veramente unita la previsione dell'impegno della confederazione a provvedere «alla diffusione della cultura», attraverso «la creazione di Istituti, Biblioteche, periodici e simili, nonché con la distribuzione gratuita o a prezzi miti delle opere letterarie, storiche, filosofiche e scientifiche più celebri e importanti» e la traduzione in tutte le lingue della confederazione, oltre che nella lingua confederale europea, «delle opere che a suo giudizio riterrà più degne e meritevoli di

¹³⁸ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § IX.

¹³⁹ *Ibidem*, § IX.

¹⁴⁰ *Ibidem*, § IX.

essere conosciute» (art. 36). Sta in questa disposizione la consapevolezza che occorre fare i cittadini europei, oltre e prima che l'Europa.

8. La Costituzione interna degli Stati d'Europa

L'idea di scrivere una costituzione interna comune a tutti gli stati d'Europa «si fece strada in epoca successiva, quando avevamo già portato a buon punto la Costituzione federale europea»¹⁴¹. L'idea fu di Galimberti: egli sosteneva «con la massima energia che, una volta costituita la federazione, sarebbe dovuta cessare definitivamente la bufonata, cui sono avvezzi tuttora i governi, di coprire le loro malefatte con la formula ipocrita della “non ingerenza nei loro affari”». Più in particolare, «Duccio muoveva dal concetto che la federazione si giustificasse sulla base di un principio politico unitario, cioè l'ordinamento democratico, e che sarebbe stato un assurdo federare Stati a reggimento democratico con Stati a reggimento dittatoriale o autoritario»¹⁴².

Di qui l'idea di scrivere le «linee generali di quella che dovrebbe essere la struttura interna di ogni Stato, in quegli elementi che offrano un carattere comune, di comune indirizzo, o di comune garanzia rispetto alla struttura confederale». Per il resto «ogni Stato dovrà regolare per conto proprio le materie che presentino peculiarità etniche o locali o culturali, non suscettibili di una disciplina uniforme»¹⁴³.

8.1. *La forma di stato: struttura sociale e istituzionale*

«La sovranità appartiene allo Stato, in quanto espressione del popolo legalmente organizzato in categorie lavorative e produttive» (art. 44.1). La sovranità (interna) è dunque posta direttamente in capo allo stato, non al popolo: «non abbiamo ripetuto la formula consueta della sovranità del popolo, in quanto tale formula ci sembra alquanto equivoca. In sostanza, il popolo è, a nostro avviso, sovrano, solo a determinate condizioni, in quanto cioè sia organizzato in categorie lavora-

¹⁴¹ A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 132.

¹⁴² *Ibidem*, p. 132.

¹⁴³ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § XII.

tive e produttive. E poiché tale organizzazione costituisce appunto lo Stato, riteniamo più corretto affermare che lo Stato è titolare, oltreché dell'esercizio della sovranità, anche della sovranità stessa¹⁴⁴. Il punto di contatto tra stato e popolo sta, dunque, nelle "categorie lavorative e produttive", per mezzo delle quali lo stato si struttura e il popolo si organizza: lì sta il fondamento e il metodo dell'esercizio della sovranità.

Non ricorre la formula propria della costituzione repubblicana "fondata sul lavoro"; ma sicuramente il lavoro (organizzato) è il perno di sussistenza attorno a cui, nella costituzione di Galimberti e Rèpaci, ruota tutto lo stato: non solo la sua struttura sociale, ma anche la sua stessa forma istituzionale.

Emblematico di ciò è che il punto di avvio dell'intero processo democratico – il diritto di voto – viene negato a chi non lavora: «Chi non lavora e non produce ha soltanto la tutela da parte dello Stato, ma non ha titolo alcuno per partecipare alla cosa pubblica» (art. 44.2). Non scandalizzi questo articolo: lo stesso troviamo negli Atti dell'Assemblea costituente. Nel *Progetto di Costituzione* elaborato dalla Commissione per la costituzione, dopo il secondo comma dell'articolo 4, che prevede il «dovere di svolgere un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società», ne stava infatti un terzo, che disponeva che «l'adempimento di questo dovere è condizione per l'esercizio dei diritti politici», quale logica conseguenza dell'aver fondato la Repubblica sul lavoro¹⁴⁵. Fu poi votato un emendamento soppressivo di tale comma¹⁴⁶, ma il nesso tra lavoro, partecipazione, titolarità dei diritti - e non solo politici - è comunque ben presente nella nostra costituzione, non a caso definita "lavorista".

E lavorista può ben anche dirsi la costituzione immaginata da Galimberti e Rèpaci: il lavoro è ciò che dà dignità all'uomo, ciò che le-

¹⁴⁴ *Ibidem*, § XII.

¹⁴⁵ Il comma nasceva da una proposta di Lelio Basso, in prima Sottocommissione dell'Assemblea costituente, nella seduta del 15 novembre 1946. Tutti gli *Atti dell'Assemblea costituente* si trovano nella versione ufficiale sul sito della Camera dei Deputati, www.legislature.camera.it, ordinati per data delle sedute; si trovano ordinati per articoli della costituzione sul sito a cura di F. CALZARETTI, *La nascita della Costituzione*, su www.nascitacostituzione.it; in edizione cartacea, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Roma, Segreteria Generale della Camera dei deputati, 1971.

¹⁴⁶ Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 9 maggio 1947.

gittima il suo posto nella società. La loro formula è, in estrema sintesi, «a ciascuno secondo la propria funzione sociale»¹⁴⁷. E le loro parole verso chi non lavora sono durissime: «chi non lavora è un paria, un reietto: la legge gli assicura la tutela personale e null'altro. [...] Dovrà limitarsi ad assistere, spettatore muto e inerte, allo svolgersi della vita collettiva alla quale resterà estraneo. Né eleggibile né eletto, ma tollerato e tutelato in omaggio a quella scintilla di umanità che indegnamente impersona»¹⁴⁸.

Ovviamente presupposto di una sì rigida posizione verso chi non lavora è che a non lavorare siano solo gli oziosi: che non vi siano, cioè, disoccupati involontari. E infatti, subito dopo l'articolo che esclude dal godimento dei diritti politici i renitenti al lavoro, sta l'articolo che dispone che funzione dello stato è - oltre (a) «tutelare la libertà dei cittadini» e (b) «garantire l'indipendenza politica della Nazione nei limiti dell'ordinamento confederale» - (c) «assicurare a ogni cittadino un lavoro equamente retribuito» (art. 45)¹⁴⁹. Impegno che trova poi sviluppo nell'articolo 168, per cui «1. La disoccupazione è impedita. 2. Coloro che si trovano senza lavoro saranno assunti dallo Stato o dagli altri Enti pubblici per costruzione di opere pubblici. In difetto di ciò lo Stato corrisponderà un'indennità di disoccupazione»¹⁵⁰. Sta qui tutta l'essenza dello stato lavorista, che non solo pretende lavoro in cambio di diritti (al che sarebbe uno stato dittatoriale), ma anche si impegna a perseguire la piena occupazione, facendosi esso stesso datore di lavoro e prevedendo al contempo, come risarci-

¹⁴⁷ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § XII.

¹⁴⁸ *Ibidem*, § XII. “Lavoratori vs oziosi”: chi conosce i lavori dell'Assemblea costituente sa come questa antitesi fosse una costante in quel consesso: *ex multis* si ricordano le parole di Dossetti (gruppo Democratico Cristiano), prima Sottocommissione, seduta del 8 ottobre 1946: «la società non è tenuta a garantire un'esistenza libera e dignitosa a colui che, pur essendo cittadino, non esercita, per sua colpa, alcuna attività socialmente utile»; Della Seta (gruppo Repubblicano), Assemblea costituente, seduta pomeridiana del 7 maggio 1947: «chi non lavora non ha diritto alla vita»; Simonini (gruppo Socialista dei Lavoratori Italiani), terza Sottocommissione, seduta del 26 luglio 1946: «nessuno ha il diritto di vivere nella Repubblica se non lavora».

¹⁴⁹ Dice compiutamente l'articolo 45, lett. c): che la funzione dello stato è quella «di promuovere il benessere e la cultura di tutte le classi sociali e conseguentemente di assicurare a ogni cittadino un lavoro equamente retribuito e di disciplinare la formazione e l'uso del capitale privato in funzione dell'interesse nazionale».

¹⁵⁰ L'articolo si ricollega, a sua volta, all'analoga disposizione della costituzione confederale europea, art. 29.

mento in caso di mancato procurato lavoro, qualcosa che, con lessico contemporaneo, potrebbe a buon diritto chiamarsi “reddito di cittadinanza”¹⁵¹ (il che ne fa uno stato pienamente sociale).

Ma il *Progetto di Costituzione* va ben oltre questo. Il principio “lavorista” – nel segno del “lavoro organizzato” - informa a sé, infatti, l’intera struttura sociale dello stato. Ciò avviene attraverso una sequenza “lavoratore-sindacato-categoria”, in base alla quale è cittadino in senso pieno solo «chi eserciti una attività lavorativa o comunque espliciti una funzione economica» (artt. 44.2, 46.2, 70.1); il lavoratore «*deve* essere iscritto» a un «gruppo, che equivale al sindacato»¹⁵² (art. 70.1), che rappresenta gli interessi di ciascuna attività, lavorativa o produttiva¹⁵³; il sindacato, a sua volta, si inserisce in un’organizzazione più ampia, la categoria, che «unifica le varie attività in un ambito più vasto»¹⁵⁴ (artt. 71, 72). In sintesi, «le classi sociali sono organizzate in gruppi secondo la natura dell’attività esercitata dai singoli cittadini» (art. 47), e il cittadino «è veramente tale quando appartiene a un gruppo lavorativo o produttivo»¹⁵⁵.

¹⁵¹ Sia consentito il rinvio a C. TRIPODINA, *Il diritto a un’esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Torino, Giappichelli, 2013; IDEM, *Reddito di cittadinanza come “risarcimento per mancato procurato lavoro”. Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all’esistenza*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2015.

¹⁵² D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § XX.

¹⁵³ *Ibidem*, § XX: «ad esempio, operai della industria tessile, della industria metallurgica, avvocati e procuratori, artigiani del legno, ecc.».

¹⁵⁴ *Ibidem*, § XX: «ad esempio, professionisti e artisti, lavoratori dell’agricoltura, industriali, ecc.». Ex art. 71, l’Organizzazione generale del lavoro e della produzione «1. è suddivisa nelle seguenti categorie: a) dei professionisti e artisti; b) degli impiegati e salariati dello Stato, compresi quelli delle organizzazioni di cui si tratta; c) degli artigiani; d) dei lavoratori dell’agricoltura; e) dei lavoratori dell’industria; f) dei lavoratori del commercio; g) dei lavoratori delle aziende di credito e assicurazioni; h) degli inquilini di fondi urbani; i) di coloro che prestano la loro opera a privati, professionisti o artigiani; l) degli agricoltori e proprietari di fondi rustici; m) degli industriali; n) dei commercianti; o) delle aziende del credito e delle assicurazioni; p) dei proprietari di fondi urbani. 2. Le categorie dalla lettera a) alla lettera i) costituiscono il gruppo delle categorie dei lavoratori. 3. Le categorie dalla lettera l) alla lettera p) costituiscono il gruppo delle categorie dei datori di lavoro. 4. Tali gruppi non hanno personalità giuridica».

¹⁵⁵ *Ibidem*, § XII. Rispetto a questa sequenza, e con gli occhi della sensibilità che ci deriva dalla costituzione del 1948, quel che si nota è che restano così tagliati fuori dalla cittadinanza, dalla struttura sociale e dalla partecipazione democratica tutte quelle persone che non svolgono un’attività lavorativa, non perché oziose o perché disoccupate involontarie, ma perché svolgono altre “funzioni” di tipo sociale altrettanto imprescindibili per il

Ma il lavoro non è solo cellula aggregante della struttura sociale dello stato; ne è anche fondamento dell'organizzazione istituzionale. Il gruppo al quale ciascuno appartiene in quanto cittadino lavoratore costituisce infatti l'aggregazione di base necessitata per – parafrasando l'articolo 49 della nostra costituzione - concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale: «Le forze lavorative non soltanto debbono costituire l'ossatura, sempre alimentata da nuova vita, dell'organizzazione statale, ma debbono altresì avere un potere dispositivo nell'indirizzo della cosa pubblica»¹⁵⁶.

E così, ascendendo progressivamente, «i rappresentanti del sindacato sono eletti direttamente dai lavoratori o dai datori d'opera, i rappresentanti delle categorie sono eletti dai rappresentanti dei sindacati, ai quali è conferito questo mandato. In tal modo si giunge al colmo della piramide (Rappresentanza Nazionale) per via ascensionale attraverso un'opera di selezione, che dovrebbe offrire il massimo delle garanzie»¹⁵⁷ (artt. 73-76).

Come riconoscono gli stessi autori, si tratta, a tutti gli effetti, di uno “stato corporativo”. Ma non già «nel senso dittatoriale della parola, ma nel senso pieno della espressione»: la differenza di sostanza rispetto alla costruzione fascista è, infatti, «abissale»: mentre, infatti, nel sindacato fascista «la nomina dei rappresentanti veniva dall'alto, qui viene dal basso, cioè dai diretti interessati»¹⁵⁸; inoltre, l'iscrizione ob-

progresso della società (come ad esempio i lavori di cura in capo alle persone che svolgono i propri servizi in casa, o la funzione spirituale in capo a coloro che svolgono servizi religiosi). Anche tra le categorie in cui è suddivisa l'Organizzazione generale del lavoro (art. 71), non ve n'è alcuna a cui queste funzioni siano riconducibili. Questo rilievo occupò invece molto i costituenti al momento della stesura dell'articolo 4.2 Cost., inducendoli a prevedere non il “dovere di lavorare”, ma “di svolgere un'attività o una *funzione*” che concorra al progresso “materiale o *spirituale*” della società, e a far cadere il comma 3, che legava l'esercizio dei diritti politici all'adempimento di un'attività lavorativa (si vedano in particolare le sedute del 3, 7 e 8 maggio 1947 dell'Assemblea costituente).

¹⁵⁶ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § XX.

¹⁵⁷ *Ibidem*, § XX.

¹⁵⁸ *Ibidem*, § XX. Interessante leggere, a raffronto, il duro giudizio senza appello degli autori del *Manifesto di Ventotene* sul corporativismo e sulla possibilità di recuperarlo dopo il fascismo: «la baracca di cartapesta che il fascismo ha costruito con l'ordinamento corporativo cadrà in frantumi, insieme alle altre parti dello stato totalitario. C'è chi ritiene che da questi rottami si potrà domani trarre il materiale per il nuovo ordine costituzionale. Noi non lo crediamo. Nello stato totalitario le Camere corporative sono la beffa, che corona il controllo poliziesco sui lavoratori. Se anche però le Camere corporative fossero la sin-

bligatoria al sindacato «significa solo partecipazione necessaria, cioè che non esclude affatto la libertà dei contenuti di tale partecipazione»¹⁵⁹.

Da questa costruzione sociale e politico-istituzionale di tipo corporativo, gli autori del *Progetto di Costituzione* ne fanno discendere, per amor di tesi, una delle sue previsioni più discusse: il divieto di costituzione di partiti politici. Prevede infatti l'art. 56: «È garantita la libertà di pensiero, ma è vietata la costituzione di partiti politici». È evidente come questa disposizione entri in forte e immediato urto con l'«*idem sentire* costituzionale post-bellico»¹⁶⁰, che vede nella libertà di asso-

cera espressione delle diverse categorie dei produttori, gli organi di rappresentanza delle diverse categorie professionali non potrebbero mai essere qualificati per trattare questioni di politica generale, e nelle questioni più propriamente economiche diverrebbero organi di sopraffazione delle categorie sindacalmente più potenti».

¹⁵⁹ G. ZAGREBELSKY, *Stabilità e "armonia sociale" come orizzonte di valore: il progetto di Galimberti e Rèpaci*, cit., p. 48, che, in ragione di questa differenza essenziale, preferisce parlare di "società corporata", piuttosto che di "società corporativista", per distinguerla da quella fascista (rappresentata in modo emblematico dal punto 16.1 della *Carta di Verona*: «Il lavoratore è iscritto d'autorità nel Sindacato di categoria senza che ciò impedisca di trasferirsi in altro Sindacato, quando ne abbia i requisiti. I Sindacati convergono in un'unica Confederazione che comprende tutti i lavoratori, i tecnici, i professionisti, con esclusione dei proprietari che non siano dirigenti o tecnici. Essa si denomina Confederazione generale del lavoro, della tecnica e delle arti»). Per Zagrebelsky, tuttavia, la società corporata immaginata da Galimberti e Rèpaci condivide con il corporativismo fascista l'idea «che la società sia formata da "componenti", che tra queste deve trovarsi il modo della convivenza e che, in tale convivenza, ciascuno abbia "il suo posto": dentro il posto proprio, devono essere riconosciuti e si possono far valere i legittimi interessi degli appartenenti alle diverse "classi", innanzi tutto per mezzo della contrattazione collettiva [...]. Ma "i posti" sono fissi e non devono quindi poter essere messi in discussione. La visione della "società giusta" è dunque una visione statica». Proprio la strutturazione corporativa della società e il divieto di costituzione dei partiti politici suscitò l'attenzione interessata dei neofascisti italiani all'inizio degli anni Novanta: il deputato del Movimento sociale Franco Franchi pubblicò infatti uno scritto - *Caro nemico. La costituzione scomoda di Duccio Galimberti Eroe nazionale della Resistenza*, Roma, Settimo Sigillo, 1990 - nel quale rileggeva l'opera e la figura di Duccio Galimberti esaltando l'identità di punti di vista con i progetti costituzionali della R.S.I. con una disinvolta operazione di comparazione testuale, sino ad affermare: «Ed ora la grande battaglia contro i nuovi barbari che uccidono l'Italia, contro i partiti e il parlamentarismo che ne distruggono i valori, ora noi, fratelli ritrovati, la combatteremo insieme». Scrive P. Fossati, *Duccio Galimberti*, cit., p. 50, nt. 52: «Se la debolezza del pensiero di Duccio favorisce questo tentativo di accreditare le affinità con le posizioni della R.S.I., dimentica il Franchi di appartenere proprio a quella parte politica erede dei responsabili della sua violenta eliminazione».

¹⁶⁰ L. ORNAGHI, *Sul crinale fra vita e morte: la Costituzione per l'Europa*, in D. Galimberti, A. Rèpaci, *Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, cit., p. 58.

ciazione in partiti politici uno dei capisaldi della democrazia. Non vi sono molte parole da spendere al riguardo. Ma è altrettanto evidente come questo divieto vada contestualizzato in un disegno complessivo che - certo non poco artificiosamente - immagina di poter sostituire, all'interno di un ordinamento che si vuole senz'altro democratico, alla "rappresentanza dei partiti politici" - che aveva dato secondo gli autori cattiva prova di sé¹⁶¹ - la "rappresentanza di categoria", «quale espressione naturale e spontanea dell'insieme delle attività produttive e lavorative dello Stato»¹⁶². Ciò sul presupposto che ogni cittadino non possa non lavorare; non possa dunque non appartenere "naturalmente" a un gruppo lavorativo o produttivo; che non possa, a sua volta, non svolgere "naturalmente" la funzione rappresentativa¹⁶³. A tali condizioni «chiunque è in grado, se chiamato dai suoi fratelli di categoria, di assurgere anche ai supremi fastigi della vita pubblica»¹⁶⁴; e ciò è sufficiente, per gli estensori del *Progetto di Costituzione*, a garantire la democraticità del sistema.

Alla già notevole forzatura della soppressione dei partiti politici, Galimberti e Rèpaci ne aggiungono un'altra: il sindacato deve essere

¹⁶¹ Il giudizio degli autori del *Progetto di Costituzione* sui partiti politici è un giudizio severo: «è doveroso riconoscere che i partiti, specie da quando, con l'allargamento del suffragio, hanno assunto aspetto e carattere di partiti di massa, determinarono, rispetto agli iscritti, sia nell'orientamento generale, sia soprattutto nella indicazione dei candidati, una azione troppo facilmente trasformabile in coercitiva: con il che si lascia sussistere la prima e più comoda base per gli attentati alla libertà» (D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § XV). La stessa parabola del Partito fascista viene da essi interpretata come «l'exasperazione patologica del partito di massa, il quale dimostra di tendere, per una legge inerente alla sua stessa struttura e al suo peso specifico, al di sopra anche - e talora contro - la volontà dei suoi componenti, a eliminare o anche soltanto a sopraffare gli altri partiti e a tradursi in dittatura governativa o, nel migliore dei casi, in regime» (A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 138).

¹⁶² D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § XX.

¹⁶³ In questo senso anche G. ZAGREBELSKY, *Stabilità e "armonia sociale" come orizzonte di valore: il progetto di Galimberti e Rèpaci*, cit., pp. 45 s., che ritiene che la ragione del divieto vada cercata in «una diversa concezione della rappresentanza», ascrivibile a «visioni organiche della vita collettiva», all'interno delle quali «non c'è evidentemente posto per i partiti». In sintesi, «il divieto delle associazioni politiche, cioè dei partiti, sembra nascesse dalla preoccupazione di evitare che, a causa della loro organizzazione centralistica, si riproducesse (per altra via) l'esito che si voleva evitare: la sovranità politica intestata a centri di potere sostitutivi, ma nella sostanza equivalenti a quelli dello Stato centralizzato».

¹⁶⁴ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § XII.

unico e riconosciuto dallo stato. Il cittadino non ha, cioè, possibilità di scegliere tra più sindacati, che interpretano e tutelano diversamente i suoi interessi di lavoratore. Egli deve obbligatoriamente iscriversi al sindacato, e ogni attività lavorativa ha e può avere un unico sindacato che ne rappresenti gli interessi¹⁶⁵; e lo stesso a livello di categoria: «Non sono ammesse organizzazioni libere. L'organizzazione del lavoro e della produzione è unica ed è quella riconosciuta dallo Stato» (art. 70.3). Dicono gli autori, «avendo concepito l'attività sindacale come struttura dello Stato, ne doveva conseguire il principio del sindacato unico e l'esclusione dei sindacati liberi»¹⁶⁶.

Il pluralismo ideologico non è dunque contemplato né a livello partitico, né a livello sindacale. Come neppure, di conseguenza, il conflitto sociale (sciopero e serrata sono vietati dall'art. 167.3). Eventuali contrasti di interesse tra le diverse "classi", ossia gruppi lavorativi, sono destinati, al più, a trovare composizione nelle assemblee della rappresentanza nazionale: «noi abbiamo impostato tutta la struttura politica dello stato sul principio della collaborazione delle varie categorie lavorative, affidando l'antitesi dialettica degli interessi di gruppo alle organizzazioni sindacali e la dinamica delle correnti e degli indirizzi politici alla Rappresentanza del Controllo politico. In una atmosfera di questo genere, le rappresentanze nazionali si possono esprimere senza bisogno di partiti»¹⁶⁷.

L'eccesso di idealismo rispetto a questa immagine di società è evidente. Sono gli autori stessi a riconoscerlo: «ci rendiamo perfettamente conto come un principio siffatto sia, almeno per ora, utopistico», ma «noi abbiamo inteso qui fare opera teorica, prescindendo dalle situazioni contingenti, e considerando la società *quale è auspicabile diventi* dopo il superamento delle lotte di classe e dei risentimenti sociali»¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Qualora il lavoratore svolga più attività, egli «dev'essere in grado di poter appartenere a più gruppi; e ciò a ogni effetto qualora intendesse svolgere attività supplementari. È tutt'altro da escludere infatti che, ad esempio, un operaio decoratore si dedichi pure alla pittura. In tal caso riteniamo giusto che per quanto riguarda la sua attività artistica goda della tutela della categoria dei professionisti e artisti. Avendo egli peraltro diritto quale cittadino lavoratore a votare per l'elezione dei suoi rappresentanti, non potrà esercitare tale diritto in entrambe le categorie, ma dovrà scegliere in quale delle due intenderà votare» (*Ibidem*, § XX).

¹⁶⁶ *Ibidem*, § XX.

¹⁶⁷ *Ibidem*, § XV.

¹⁶⁸ *Ibidem*, § XV.

L'obiettivo ideale è quello di creare una “società armonica”¹⁶⁹, fondata «sulla collaborazione, sulla comprensione e sulla fiducia reciproche»; «sulla sicurezza e la tranquillità della vita collettiva», al fine di venire «*automaticamente* a formarsi quella serenità di atmosfera, che costituisce la premessa indispensabile allo svolgimento di una pacifica e costruttiva collaborazione»¹⁷⁰.

8.2. La forma di governo e l'organizzazione amministrativa dello stato

La forma di governo disegnata dal *Progetto di Costituzione* per gli stati membri della confederazione europea si ricava dalla lettura di due titoli della Parte seconda: il quarto, *Degli Organi dello Stato*, e il quinto, *Dei poteri dello Stato*. È una forma di governo ibrida, che prende per taluni aspetti dal modello presidenziale, per altri dal modello parlamentare, senza tuttavia essere riconducibile *in toto* al modello semi-presidenziale. Il Capo dello stato, infatti, qualora sia presidenziale, non è eletto direttamente dai cittadini, ma da un'assemblea rappresentativa costituita *ad hoc*; vi è un Governo in stretta interdipendenza con il Capo dello stato, che lo nomina, con il quale decade, e a servizio del quale è chiamato a collaborare; la Rappresentanza nazionale, eletta sia pure indirettamente dai cittadini, può votare la sfiducia al Governo, come pure la rimozione del Capo dello stato in caso di alto tradimento; ma non può essere sciolta anticipatamente in nessun caso.

Dunque una forma di governo decisamente peculiare, a iniziare dal fatto che si prevede che «Il *Capo dello Stato* è il Presidente della Repubblica o il Re» (art. 82). Come spiegano gli autori, la mancanza di una scelta netta sulla questione istituzionale - repubblica o monarchia - non è certo da imputarsi ad «agnosticismo nei riguardi del problema intorno alla cui soluzione, anche italiana, siamo nettamente orientati»,

¹⁶⁹ Così definisce G. ZAGREBELSKY, *Stabilità e “armonia sociale” come orizzonte di valore: il progetto di Galimberti e Rèpaci*, cit., pp. 48 s., la società immaginata da Galimberti e Rèpaci, «nella quale il conflitto politico lascia il posto alla costruzione dal basso, cioè spontanea, dei rapporti tra le diverse componenti». In essa (p. 50) «l'individuo è concepito come parte del tutto entro il quale è chiamato a vivere e operare. La stabilità e l'ordine sembrano essere l'orizzonte di valore a cui mirano gli Autori del *Progetto*, mentre l'instabilità e il disordine che il conflitto inevitabilmente ingenera sono considerati i mali “incostituzionali” che devono essere non regolati, ma combattuti».

¹⁷⁰ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § XVIII.

indubabilmente nel senso di uno spiccato repubblicanesimo. Ma deriva dal fatto che qui, come in altre parti del progetto, prevale il senso di realtà, posto che il modello di costituzione interna che si sta disegnando è destinato a essere recepito in tutti gli stati d'Europa, e in taluni di essi «le residue modifiche per una soluzione uniforme» sarebbero ardue da attuare¹⁷¹. Galimberti e Rèpaci pensavano alla Gran Bretagna, alla Svezia, alla Norvegia, «nazioni di cui tutti noi auspichiamo la vittoria -, nelle quali era certo che la questione istituzionale non sarebbe stata – come in effetti non fu – sollevata»¹⁷².

Si tenta, tuttavia, di «ridurre al minimo la differenza tra le due figure di Capi di Stato»¹⁷³, prevedendo analoghi poteri. Anche se differenze non trascurabili sono, qualora il Capo dello stato sia Presidente della Repubblica, la sua eleggibilità, non direttamente dai cittadini, ma da «una assemblea costituita da una delegazione composta di un determinato numero di membri di ciascuna delle rappresentanze nazionali di cui all'articolo 93, nonché da una delegazione delle Accademie, delle Università e della Magistratura» (art. 85); la durata limitata della carica a 5 anni (art. 85); e il fatto che possa essere eletto Presidente della Repubblica qualunque «cittadino dello Stato» che abbia «l'età di almeno quarant'anni» (art. 87). Il Capo dello stato - che sia Presidente della Repubblica (art. 85.2) o che sia Re (art. 86) -, può essere «rimosso dalla sua funzione», qualora in tal senso sia il voto di una maggioranza assai qualificata (i nove decimi) della Camera della rappresentanza del controllo politico¹⁷⁴.

Tra Capo dello stato e *Governo* - «costituito da un Consiglio dei Ministri con un Presidente, che non è di per sé un organo autonomo» (art. 88) - vi è uno stretto rapporto di interdipendenza: il Governo, infatti, viene nominato dal Capo dello stato nel momento in cui questi prende possesso della sua carica (art. 89), e, negli stati retti a forma

¹⁷¹ *Ibidem*, § XII.

¹⁷² A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 139.

¹⁷³ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § XII.

¹⁷⁴ Tra la rimozione del Presidente della Repubblica e quella del Re vi è una differenza: per il Presidente della Repubblica pare sufficiente il solo voto in tal senso dei nove decimi della Camera della rappresentanza del controllo politico (art. 85.2); mentre per il Re si prevede che la medesima maggioranza della medesima Camera «voti la messa in stato di accusa, per alto tradimento, avanti alla stessa Camera di Controllo costituita in Alta Corte di Giustizia» (art. 86): pare dunque che vi sia il passaggio ulteriore, oltre al voto favorevole alla rimozione, di un vero e proprio giudizio.

repubblicana, «decade dalle sue funzioni con il Presidente della Repubblica da cui è stato nominato» (art. 90).

Quanto alle funzioni, il Governo «collabora col Capo dello Stato» (art. 88), ed esercita il potere esecutivo (art. 130) e il potere regolamentare e ordinamentale per l'esecuzione delle leggi nel rispetto delle stesse (art. 131). Nei casi di urgenza, deve però poter operare come «governo forte», «in grado di provvedere con prontezza e rapidità»¹⁷⁵: può, dunque, esercitare il potere di decretazione di urgenza, emettendo decreti aventi forza di legge (artt. 132-136)¹⁷⁶, che tuttavia sono circondati «da garanzie veramente draconiane, al fine di evitare abusi, di cui siamo stati purtroppo vittime sotto il fascismo»¹⁷⁷. In caso di «attentati pubblici all'ordinamento dello Stato», ovvero «nei casi di conflitto armato», il Capo dello Stato può anche conferire i «pieni poteri» al Governo in carica (art. 137), che può emettere decreti con forza di legge «senz'obbligo di loro conversione in legge fino allo scadere dei pieni poteri stessi» (art. 138). Ma la concessione dei pieni poteri con-

¹⁷⁵ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § XXV.

¹⁷⁶ Art. 132: «1. Nei casi di urgenza, e con carattere di assoluta eccezionalità, il Governo può emettere provvedimenti a carattere generale aventi forza di legge nei confronti di tutti i cittadini. 2. Detti provvedimenti si chiamano decreti e vanno immediatamente in vigore dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale»; art. 133: «1. I decreti debbono essere presentati contemporaneamente alla loro pubblicazione alla rappresentanza nazionale di gruppo per la loro conversione in legge»; art. 134: «Se la rappresentanza nazionale di gruppo respinge la proposta di conversione in legge, deve informarne immediatamente la rappresentanza del controllo politico. Il parere di questa è vincolativo»; art. 135: «Se la rappresentanza nazionale di gruppo delibera degli emendamenti, questi vengono comunicati al Governo. Se questo dichiara di non accettarli, la conversione si ha per respinta colle conseguenze di cui all'articolo precedente»; art. 136: «In nessun caso e per nessun motivo un decreto può avere efficacia, come tale, per un periodo che ecceda i 180 giorni».

¹⁷⁷ Continuano D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § XXV: «eliminare i decreti legge non ci è sembrato possibile, perché un Governo forte quale intendiamo che sia, dev'essere in grado di provvedere con prontezza e rapidità. Ma nello stesso tempo deve essere in grado di rendere immediato conto del suo operato e sopra ogni altra cosa posto in condizioni di non nuocere». Merita ricordare che, benché lo Statuto albertino non prevedesse i decreti legge, tuttavia essi si affermarono nella prassi, soprattutto per far fronte agli immani problemi politico-sociali che si presentarono dopo la I guerra mondiale. La legge 100 del 1926, che provvide a disciplinarli, stabiliva che il decreto legge doveva essere presentato per la conversione entro la terza seduta del parlamento (poi entro 60 gg.); doveva essere convertito entro due anni; e, se non convertito, decadeva con effetti *ex nunc*. Garanzie, dunque, per nulle draconiane, da cui originarono gli abusi a cui si riferiscono gli autori.

tiene in sé «il veleno della morte»¹⁷⁸, giacché allo scadere di essi «è convocata di diritto la rappresentanza del controllo politico e il Governo in carica si presenta come dimissionario. La rappresentanza del controllo politico può tuttavia confermarlo in carica» (art. 139). La polizia è al servizio del Governo; essa dev'essere unica, seppure suddivisa in vari servizi (art. 140)¹⁷⁹.

Vi è poi, quale organo collegiale rappresentativo dei cittadini, la *Rappresentanza nazionale*, la quale «consta di due assemblee: la rappresentanza nazionale di gruppo e la rappresentanza del controllo politico» (art.93) (non compaiono mai, nel *Progetto di Costituzione*, le parole Parlamento, Assemblea nazionale, o simili, che raffigurino la rappresentanza nazionale come organo unitario). Viene disegnato un bicameralismo imperfetto, nel quale i due consessi sono «espressione entrambi dei voti della nazione»¹⁸⁰, ma hanno composizione, durata e funzioni differenti tra di loro, essendo precisa volontà degli estensori del progetto «eliminare tutto ciò che nei vigenti ordinamenti può rappresentare una duplicazione di attività rivolte al medesimo fine»¹⁸¹.

Quanto alla composizione, la *Camera della rappresentanza nazionale di gruppo* è eletta «dai rappresentanti dipartimentali delle categorie professionali in seno agli stessi» e rimane in carica tre anni (artt. 94 e 95): è così, dunque, che i rappresentanti delle categorie professionali arrivano al “vertice della piramide” della rappresentanza nazionale, ed esercitano la loro funzione *con vincolo di mandato*¹⁸². Possono essere eletti rappresentanti nazionali di gruppo «i cittadini d'ambo i sessi che abbiano compiuto l'età di anni trenta e siano in possesso di un titolo di studio classico, tecnico o di scuola professionale superiore» (art. 97).

¹⁷⁸ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § XXV.

¹⁷⁹ L'art. 6.4, a fronte del divieto di costituire eserciti nazionali, prevedeva infatti che è «solo consentita l'istituzione di un unico organo di polizia nazionale».

¹⁸⁰ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § XXII. Viene prevista la abolizione della “Camera alta”, il Senato del Re, in quanto «il carattere vitalizio della stessa e il ripetere la nomina dal Capo dello Stato anziché dalla volontà popolare, appaiono incompatibili con quello spirito democratico, che deve informare tutta la costituzione».

¹⁸¹ *Ibidem*, § XXII.

¹⁸² Dispone infatti l'art. 100: «I rappresentanti nazionali di gruppo debbono radunare periodicamente i rappresentanti dipartimentali da cui furono eletti, per dar agio agli stessi di manifestare le proprie direttive e aspirazioni».

La *Camera della rappresentanza del controllo politico* non è, invece, riconducibile alle categorie professionali: i rappresentanti del controllo politico vengono infatti eletti «con scrutinio di secondo grado ogni cinque anni da tutti i cittadini alfabeti, che non abbiano riportato condanne per reati infamanti e che non siano falliti o interdetti» (art. 101.2)¹⁸³. Il doppio livello di elezione consiste nel fatto che «gli elettori nomineranno simultaneamente in tutto lo Stato un numero quadruplo dei rappresentanti assegnati al loro rispettivo Collegio» (art. 103.1), potendo essere «eletti rappresentanti tutti coloro che hanno titolo per essere elettore» (art. 103.2)¹⁸⁴; «gli eletti in questo primo scrutinio nominano a loro volta entro quindici giorni i rappresentanti nazionali scegliendoli nel proprio seno, purché abbiano il requisito di un titolo di studio corrispondente almeno alla licenza di studi medi e l'età di anni trenta» (104).

Ai rappresentanti nazionali di gruppo e ai rappresentanti del controllo politico «spetta un'indennità per la sola presenza ai lavori delle Camere, nonché il rimborso delle spese di viaggio e inerenti» (art. 108); e durante l'esercizio delle loro funzioni, «quando la Camera è convocata», godono di «piena immunità» (art. 109), e «non possono in nessun caso essere arrestati o fermati se non per ordine dell'Autorità Giudiziaria» (art. 110).

Quanto alle funzioni, la Camera della rappresentanza nazionale di gruppo è titolare del potere legislativo (artt. 121-125)¹⁸⁵; la Camera della rappresentanza del controllo politico, «come il nome dice, dovrà svolgere una suprema funzione di tutela della costituzione e delle leg-

¹⁸³ Con un appunto manoscritto, così Galimberti proponeva la modifica del capoverso dell'art. 101: i rappresentanti sono eletti con scrutinio di secondo grado ogni cinque anni da tutti i «cittadini *maschi* alfabeti, maggiorenni, appartenenti a una delle organizzazioni di cui all'art. 70 e che non abbiano riportato condanne per reati infamanti o siano stati interdetti»: suffragio universale sì, dunque, ma solo maschile.

¹⁸⁴ Il capoverso dell'art. 103 si deve a un'integrazione fatta con appunto manoscritto da Galimberti.

¹⁸⁵ Art. 121: «Il potere legislativo si esercita per mezzo di leggi, che sono votate dalla rappresentanza di gruppo e promulgate dal Capo dello Stato»; art. 122.1: «L'iniziativa per la formazione delle leggi compete al Capo dello Stato, al Governo e ai singoli rappresentanti delle due Assemblee»; art. 123: «Le leggi sono elaborate dalle singole Commissioni della Rappresentanza Nazionale di Gruppo, votate dall'Assemblea Generale e presentate al Capo dello Stato per la promulgazione»; art. 124: «Ove il Capo dello Stato non promulghi la legge nel termine di giorni trenta, la questione sarà sottoposta, nella riunione immediatamente successiva, alla rappresentanza del controllo politico, il cui parere sarà vincolativo».

gi che sono a base dell'ordinamento statale»¹⁸⁶. Più nel dettaglio, la rappresentanza del controllo politico «può esprimere voti per la modifica o la abrogazione delle leggi. In tal caso la rappresentanza di categoria dovrà esser chiamata sollecitamente a riesaminare la legge ed eventualmente provvedere» (art. 125): si tratta, come si vede, di un parere non vincolante che chiama la camera legislativa al riesame, più che di una vera e propria garanzia di legittimità costituzionale. Si prevede anche l'approvazione bicamerale per le leggi più rilevanti: «le leggi costituzionali, quelle relative ai diritti politici, le norme regolanti la libertà di stampa, di riunione e di pensiero, debbono esser votate dalle due rappresentanze riunite» (art. 126): è questa l'unica occasione in cui le due camere lavorano congiuntamente.

Oltre a controllare l'esercizio della funzione legislativa, la Camera della rappresentanza del controllo politico vigila anche sul Governo, esercitando «la funzione di sorvegliare» a che la sua attività «si esplichi nel quadro della costituzione», ma anche che «corrisponda alle aspirazioni della coscienza pubblica nazionale» (art. 147)¹⁸⁷. E «qualora sull'attività del Governo diano voto contrario almeno i tre quarti dei rappresentanti eletti o in successive riunioni semestrali siano dati tre voti successivi contrari anche di sola maggioranza, il Governo deve dimettersi» (art. 150). La Camera della rappresentanza del controllo politico può anche disporre la rimozione del Capo dello stato (artt. 85-86). Da ultimo, «sulle questioni di carattere nazionale, la rappresentanza del controllo politico può indire dei *referendum* popolari» (art. 157).

Dunque, diversamente da altre forme parlamentari a bicameralismo imperfetto, ove vi è una camera politica, che svolge funzione legislativa e di controllo politico sul governo, e una camera rappresentativa di altri interessi, in questo *Progetto di Costituzione*, l'una camera, quella

¹⁸⁶ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § XXII.

¹⁸⁷ Per esercitare questa funzione di controllo sull'attività del Governo, art. 148: «La rappresentanza del controllo politico si raduna ogni sei mesi. Il Governo espone il lavoro svolto e il proprio programma. Ogni Ministero presenta il proprio bilancio di spese. Il bilancio finanziario è presentato una volta sola all'anno»; art. 149.2: «La Rappresentanza, a conclusione dei suoi lavori, esprime il proprio voto favorevole o di biasimo per ogni singolo Ministero e infine per l'intero Governo»; art. 153: «Ogni rappresentante del controllo politico ha diritto di interpellare pubblicamente il Governo circa la sua attività anche all'infuori delle riunioni collettive. Il Governo deve dare risposta entro il termine di giorni dieci con le medesime forme di pubblicità usate dallo interpellante».

rappresentativa degli interessi delle categorie lavorative e produttive, svolge la funzione legislativa; l'altra, non riconducibile alla rappresentanza di interessi parziali ma chiamata al ruolo di interprete dell'interesse della Nazione e, di più, delle "aspirazioni della coscienza pubblica nazionale", svolge la funzione di controllo politico sull'attività legislativa della prima camera, potendo chiedere l'abrogazione o la modifica delle leggi; sull'attività del Governo, potendo votarne la sfiducia; sul Capo dello stato, potendo votarne la rimozione. È dunque, in un certo senso, una "camera alta", a custodia della costituzione, non avendo in capo a sé altre funzioni se non quelle di controllo e vigilanza, sia pure sprovvista – almeno quanto alla funzione legislativa – di strumenti veramente efficaci di rimozione delle leggi incostituzionali.

A ciò si rimedia con una previsione nella sezione dedicata alla *Magistratura*¹⁸⁸: si prevede, infatti che, «qualora avanti un Giudice ordinario o amministrativo venga sollevata questione sulla costituzionalità intrinseca o estrinseca di una legge, il Giudice sospende di provvedere e rimette gli atti alla Corte di Cassazione. Questa decide a sezioni unite e la sua decisione fa stato nei confronti di ogni altra questione che sorga sulla costituzionalità di quella legge» (art. 145). È previsto, dunque, un vero e proprio giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: le questioni di legittimità costituzionali vengono portate dal giudice *a quo* - che contestualmente sospende il suo giudizio - davanti all'unico organo deputato al giudizio (non una Corte costituzionale *ad hoc*, ma la Corte di Cassazione a sezioni unite), il quale si esprime con sentenze avente efficacia vincolante *erga omnes* nel senso dell'incostituzionalità della legge, o per contrasto con la costituzione

¹⁸⁸ Art. 141: «La Giustizia è amministrata da Magistrati la cui nomina e le cui funzioni sono disciplinate da apposito ordinamento. Essa si attua attraverso la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa»; art. 142: «1. Alla giurisdizione ordinaria sono devoluti tutti i procedimenti di carattere penale e tutte le vertenze nelle quali si faccia questione di un diritto soggettivo pubblico o privato, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione o ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo e dell'Autorità amministrativa. 2. Qualora la contestazione cada sopra un diritto che si pretende leso dall'Autorità amministrativa, il giudice ordinario non si limiterà a conoscere gli effetti dell'atto stesso in relazione dell'oggetto dedotto in giudizio; ma provvederà a revocare o modificare l'atto stesso»; art. 143: «1. Alla giurisdizione amministrativa sono devolute tutte le controversie nelle quali si faccia questione di un interesse che il privato abbia verso la Pubblica Amministrazione. 2. La giurisdizione amministrativa ha sempre competenza anche nel merito»; art. 144: «Non possono essere creati Tribunali straordinari o speciali»; art. 146: «Tutti i Magistrati sono inamovibili dopo tre anni di servizio».

interna (“costituzionalità intrinseca”), o per contrasto con la costituzione confederale europea (“costituzionalità estrinseca”).

Da ultimo, vengono mantenuti il *Consiglio di Stato* - «organo consultivo del Governo», che «ha funzioni giurisdizionali in materia amministrativa» (artt. 112-114) – e la *Corte dei Conti* - «organo di controllo [contabile] dell’Amministrazione centrale dello Stato» (artt. 115-120) -, in considerazione dell’«ottima prova che hanno dato anche durante il fascismo e nonostante il fascismo»¹⁸⁹.

Quanto all’organizzazione amministrativa dello stato, «il territorio dello Stato è suddiviso in Dipartimenti, Provincie e Comuni» (art. 77), dove i dipartimenti sono enti assai diversi dalle regioni, in quanto si tratta di «circoscrizioni economiche», per «realizzare il massimo di integrazione economica, sia per quanto attiene alla produzione, sia per quanto attiene alla distribuzione e ai traffici»¹⁹⁰.

Gli organi degli enti locali – salvo il Sindaco e la Giunta comunale e il Consiglio provinciale – non sono organi elettivi, bensì di nomina governativa (artt. 78-81)¹⁹¹.

8.3. I diritti e i doveri dei cittadini nello stato

Ai diritti e doveri dei cittadini il *Progetto di Costituzione* dedica due titoli della costituzione interna: il Titolo secondo, *Dei diritti e dei doveri dei cittadini*, e il Titolo settimo, l’ultimo, *Dell’attività sociale*

¹⁸⁹ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § XXIV.

¹⁹⁰ *Ibidem*, § XXI. Così, ad esempio, «la stretta interdipendenza fra il porto di Genova e il centro commerciale di Milano da una parte e il porto di Savona e il centro industriale di Torino dall’altra, ci hanno fatto pensare a una circoscrizione che comprendesse rispettivamente le due città, in modo da poterne regolare con indirizzo uniforme la mutua reciprocità di funzione».

¹⁹¹ Art. 78: «A capo di ogni Dipartimento è preposto un Governatore, con un Consiglio dipartimentale. Il Governatore e il Consiglio sono nominati dal Governo. Essi sovrintendono alle attività dei rappresentanti del Governo nelle Provincie e dei Capi degli Enti autarchici provinciali e comunali e le coordinano»; art. 79: «In ogni Provincia le funzioni di governo sono esercitate dal Prefetto e dal Vice-Prefetto, con un Consiglio di Prefettura, nonché dalla Giunta Provinciale Amministrativa. Le funzioni amministrative dell’Ente Autarchico provinciale sono svolte dal Consiglio Provinciale e dal suo Presidente»; art. 80: «1. In ogni Comune le intere funzioni di governo e di capo dell’Ente autarchico sono svolte dal Sindaco. 2. Nei Comuni con popolazione superiore ai 20.000 abitanti il Sindaco è coadiuvato da una Giunta Comunale»; art. 81: «Le funzioni di Consigliere Provinciale, di Sindaco e di membro della Giunta Comunale sono elettive. Le elezioni si svolgono con carattere di simultaneità per ogni Dipartimento».

dello Stato. Questa divisione è riconducibile alla ora classica bipartizione tra diritti di libertà e diritti sociali, ma allora essa non era così radicata, essendo oggetto di discussione – come fu poi oggetto di discussione anche in Assemblea Costituente – la traducibilità delle “attività sociali” dello stato in diritti positivi dei cittadini. In ogni caso – e prescindendo dalle questioni terminologiche –, il *Progetto di Costituzione* fa un lungo elenco di azioni che lo stato *deve* porre in essere in favore dei cittadini, particolarmente di quelli più deboli, dimostrando di voler pienamente tendere alla costruzione di uno stato sociale. Ne è chiara conferma il già citato articolo che pone tra le funzioni dello stato quella «di promuovere il benessere e la cultura di tutte le classi sociali (art. 45).

Nonostante non vi sia una esplicita affermazione del principio di uguaglianza sostanziale, gli estensori dichiarano di non aver voluto limitarsi «a considerare l’eguaglianza sotto il solo profilo formale e legale, ma anche e sopra tutto sotto il profilo etico e sostanziale. La giustizia sociale in altri termini dev’essere metro e criterio di eguaglianza»¹⁹². Il principio di uguaglianza formale, invero, è dichiarato in termini assai sintetici: «le differenze di razza, di nazionalità e di religione non sono d’ostacolo al godimento dei diritti pubblici e privati» (art. 46). Spicca tra gli altri la “razza” quale titolo di non discriminazione, a fronte delle fascistissime leggi razziali del 1938. Anche «la nobiltà, come classe, è soppressa», insieme ai titoli nobiliari (art. 49.1)¹⁹³. Ma la visione è di portata assai più vasta: nello stato vagheggiato dai due estensori del progetto, infatti, «non debbono sussistere e avere giuridica rilevanza differenze di nessun genere, salvo una, quella fra cittadini lavoratori e fra cittadini fannulloni e parassiti»¹⁹⁴.

Nel titolo secondo sono disciplinate le cosiddette “libertà negative”: quelle per le quali si pretende dallo stato l’astensione da interferenze in quella sfera di libertà di cui «ogni cittadino è titolare fin dalla nascita» (art. 48). E subito si trova il principio del diritto al risarci-

¹⁹² D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione federale europea ed interna*, § XII.

¹⁹³ Continua l’articolo 49: «2. Tutti i titoli sono soppressi e non possono venire introdotti. I titoli di nobiltà valgono solo come parte del nome. 3. Possono solamente essere conferiti i titoli che designano una funzione, un impiego, una professione o una dignità accademica. Tali titoli non sono trasmissibili».

¹⁹⁴ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione federale europea ed interna*, § XII.

mento per i «danni arrecati dagli organi delle autorità dello Stato e degli altri Enti pubblici, per ogni attività, anche legittima», lesiva proprio di quella sfera di libertà che si mira a proteggere dalle arroganze, o anche solo dagli errori, del potere (art. 51).

La prima libertà a venire riconosciuta e tutelata è «la libertà di religione e di culto» (art. 50)¹⁹⁵, e in questa priorità forse l'insegnamento di Francesco Ruffini ha avuto una qualche influenza. Poi, a seguire - con una sequenza che colpisce per il parallelismo quasi perfetto con quella che si ritrova nella costituzione repubblicana - la libertà personale (art. 52)¹⁹⁶; la libertà e la segretezza delle comunicazioni epistolari, telegrafiche e telefoniche (art. 53)¹⁹⁷; la libertà di circolazione e di soggiorno (art. 54)¹⁹⁸; la libertà di domicilio (art. 55)¹⁹⁹; la libertà «di pensiero», fermo il divieto di «costituzione di partiti politici» (art.

¹⁹⁵ Art. 50: «È garantita la libertà di religione e di culto».

¹⁹⁶ Art. 52: «1. Nessuno può essere tradotto in giudizio se non nei casi espressamente previsti dalla legge e con l'osservanza delle forme dalla stessa prescritte. 2. Nessuno può essere arrestato se non per ordine legalmente dato dall'Autorità giudiziaria competente. 3. È ammesso il fermo di polizia per gravi e fondati motivi, ma in tal caso esso deve essere attuato nei locali appositamente a ciò destinati e non facenti parte delle carceri giudiziarie o degli altri stabilimenti penali. 4. Di ogni avvenuto fermo l'autorità di polizia deve dare notizia entro le ventiquattro ore al rappresentante del P.M. o al Pretore territorialmente competente, nonché al rappresentante locale della categoria a cui il cittadino fermato appartiene. 5. Il P.M., qualora non ritenga di iniziare l'azione penale, può ordinare l'immediata scarcerazione del fermato e dare tutti gli altri provvedimenti che riterrà opportuni. 6. Qualora l'azione penale non venga iniziata, il fermo non potrà in nessun caso prolungarsi oltre il settimo giorno. 7. Le infrazioni da parte dei funzionari a queste disposizioni verranno punite con la immediata destituzione, senza pregiudizio delle sanzioni penali. 8. In caso di arresto o di detenzione illegale l'arrestato avrà diritto al risarcimento del danno da parte dello Stato». Molte, come si può vedere, le somiglianze con l'apparato di garanzie che predisporrà la costituzione italiana a tutela della libertà personale nell'articolo 13: riserva di legge, di giurisdizione, previsione di eccezionali procedure d'urgenza, che debbono però entro brevissimo tempo essere ricondotte alle garanzie ordinarie.

¹⁹⁷ Art. 53: «1. Il segreto epistolare, telegrafico e telefonico è inviolabile. 2. Può essere ordinato il sequestro di lettere e documenti, nonché l'intercettazione di comunicazioni telegrafiche e telefoniche soltanto in caso di arresto e perquisizione ovvero di un ordine motivato dall'Autorità giudiziaria, che deve essere comunicato subito e non oltre le ventiquattro ore all'interessato e al rappresentante locale della categoria cui questi appartiene».

¹⁹⁸ Art. 54: «1. Ogni cittadino ha diritto di soggiornare nel suo paese, di eleggervi liberamente domicilio e di trasferirsi da un posto all'altro, salvi i divieti della legge penale».

¹⁹⁹ Art. 55: «1. Il domicilio è inviolabile. 2. Nessuna visita domiciliare può aver luogo se non in forza della legge e nelle forme che essa prescrive. 3. La persona nei cui confronti si procede alla visita domiciliare ha sempre diritto di far assistere alla stessa un testimone di sua fiducia».

56)²⁰⁰; la libertà di «adunarsi, anche in luogo pubblico», purché siano «rispettate le esigenze dell'ordine pubblico e in ogni caso senz'armi» (art. 57)²⁰¹, mentre non è riconosciuta né la libertà di associazione, né il suo risvolto negativo, la libertà di non associazione²⁰²; la libertà di stampa (artt. 58 e 59)²⁰³; la libertà di insegnamento, «ma i titoli di studio non potranno essere conferiti che dalle scuole dello Stato» (art. 60.1). Vi è infine la tutela della proprietà privata, non assoluta, ma «nei limiti del bisogno individuale e familiare in rapporto alle esigenze della condizione sociale» (art. 61.1)²⁰⁴; mentre la proprietà fon-

²⁰⁰ Art. 56: «È garentita la libertà di pensiero, ma è vietata la costituzione di partiti politici». Connessi alla libertà di manifestazione del pensiero politico anche l'art. 155: «Ogni cittadino, purché raccolga un numero x di adesioni, ha diritto di ottenere dal rappresentante del Governo nelle singole provincie il permesso di convocare comizi»; e l'art. 156: «In ogni comizio il contraddittorio è sempre libero».

²⁰¹ Art. 57: «È riconosciuto il diritto di adunarsi, anche in luogo pubblico, rispettate le esigenze dell'ordine pubblico e in ogni caso senz'armi. I promotori delle adunanze in luogo pubblico di un numero di persone superiore a trenta debbono essere a ciò autorizzati dal P.M. di concerto con i rappresentanti della Camera di Controllo Politico locale e con l'autorità di polizia».

²⁰² Le associazioni politico-partitiche (art. 56.2) e le associazioni sindacali libere (art. 70.3) sono infatti espressamente vietate ed è obbligatorio per tutti i cittadini lavoratori essere iscritti al sindacato (art. 70.1). È interessante notare come questa diffidenza di Galimberti per l'associazionismo, non solo politico ma in generale, fosse in diretta contraddizione con uno dei capisaldi della dottrina mazziniana, per cui «l'associazione è il metodo dell'avvenire. Senz'essa, lo Stato rimarrebbe immobile, incatenato al grado raggiunto di civiltà» (G. Mazzini, *Doveri dell'Uomo* (1860), Roma, Editori Riuniti, 2011, p. 170).

²⁰³ L'articolo 58 è il più laconico di tutta la costituzione: «La stampa è libera», ma l'esplicito divieto di censura preventiva è contenuto nell'articolo successivo, Art. 59: «1. Le pene per i reati comuni se commessi a mezzo della stampa saranno raddoppiate. Si procederà sempre d'ufficio. Tuttavia, nel reato di diffamazione, la contraria volontà della persona offesa dal reato ne costituirà causa di non punibilità. 2. Non potrà essere istituita la censura preventiva salvo quando venga disposta dalla Assemblea confederale». D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § XVI: «Per quanto attiene alla stampa, «ci siamo limitati a enunziare che essa è libera (art. 58), ritenendo che ogni aggiunta o esplicazione, venisse a costituire una limitazione». Or bene noi pensiamo che «la libertà di stampa sia la massima e più delicata delle libertà civili e politiche e che gli inevitabili, anche gravi inconvenienti, non possano venire rimossi senza ledere la libertà stessa».

²⁰⁴ La proprietà privata è tutelata, dunque, nei limiti di quella che Togliatti in Assemblea costituente qualificava come la «proprietà personale», ossia quel «minimo di proprietà» necessario per l'esistenza, che permetta di realizzare «una dignità effettiva e non astratta della persona» (seduta del 3 ottobre 1946 della prima Sottocommissione). Analogamente, per D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § VIII, «la proprietà privata deve essere riconosciuta dallo Stato, ma innanzi tutto deve essere meritata. E per essere meritata, non solo deve essere frutto del proprio lavoro, ma deve non superare l'appagamento delle esigenze di una vita dignitosa e

diaria «è soggetta a norme particolari per il conseguimento di scopi di pubblico interesse» (art. 67)²⁰⁵. Tutto ciò che eccede tali limiti «diviene proprietà dello Stato a mezzo di confisca, espropriazione o gravame tributario» (artt. 61-64)²⁰⁶, il quale ultimo viene esercitato attraverso una «imposta progressiva sul reddito che può colpire fino al novanta-cinque per cento» del reddito stesso (artt. 65 e 68). Le «industrie e tutti i servizi pubblici che abbiano carattere nazionale» sono di proprietà dello stato (art. 66)²⁰⁷, il quale assume anche «la vigilanza sulla moralità dei commerci e delle contrattazioni» (art. 171)²⁰⁸ e il potere «di bloccare i prezzi di merci e di servizi» (art. 172). In coerenza con il miraggio di una società armonica, non è prevista tra le libertà tutelate quella di iniziativa economica, giacché essa «stimola la concorrenza,

– diciamo pure – confortevole, quale si addice alle condizioni familiari e sociali del cittadino».

²⁰⁵ Duccio Galimberti aveva redatto anche un *Progetto di riforma agraria*, in cui proponeva un modello di economia rurale fondato sulla piccola proprietà contadina, da incoraggiare in tutte le forme, anche le più arcaiche come la mezzadria e l'enfiteusi. Tale problema era stato scarsamente affrontato nel *Progetto di Costituzione*, «non per dimenticanza, ma per scarsa conoscenza della materia», e Duccio si era dedicato a colmare la lacuna nel tempo della convalescenza dalla ferita alla gamba che aveva riportato durante un combattimento, conversandone con il collega e compagno di partito Luciano Chiesa, avvocato di campagna (A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., pp. 243 ss., che dice, a p. 246: «questo *Progetto di riforma agraria* s'intona pienamente con le linee generali del *Progetto di Costituzione*, del quale potrebbe costituire uno sviluppo particolare»). Il *Progetto di riforma agraria* fu pubblicato dopo la liberazione a cura di Arturo Felici, a cui Galimberti aveva consegnato i suoi appunti, su *Il Ponte*, dicembre 1959, pp. 1550 ss.

²⁰⁶ Art. 62: «1. Mediante la confisca lo Stato incamera i beni privati senza corrispondere indennità di sorta. 2. La confisca segue a un provvedimento definitivo del giudice ordinario o amministrativo, che dichiara criminosa o comunque illecita la provenienza dei beni soggetti a confisca»; art. 63: «1. Mediante la espropriazione lo Stato diventa proprietario di beni immobili, ma deve corrispondere una giusta indennità in denaro [...]. 3. Contro il provvedimento di espropriazione è ammesso reclamo al giudice ordinario»; art. 64: «Quando ricorrano gravi e urgenti necessità può essere disposta la requisizione di beni mobili e immobili. Al proprietario è dovuta una giusta indennità».

²⁰⁷ L'articolo è in ossequio all'art. 29.3 della costituzione confederale europea. Scrivono D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di costituzione federale europea ed interna*, § XIX: «Questo principio ci sembra utile, oltreché per impedire speculazioni su esigenze necessarie della popolazione, anche per stroncare satrapismi e attività monopolistiche ricattatorie e strangolatrici. E anche esso vale a impedire il formarsi dei grandi capitali privati».

²⁰⁸ Prosegue l'articolo 171: «2. A tal fine sarà assolutamente vietata la speculazione sui titoli industriali. 3. La compra-vendita di ogni forma di titolo avrà luogo per il tramite di speciali uffici dello Stato, istituiti presso gli istituti di credito».

la lotta, e questa a sua volta la corsa a mezzi rovinosi e fraudolenti, che possono determinare gravissime crisi economiche e finanziarie»²⁰⁹. Tutte tali previsioni hanno, secondo gli estensori, lo scopo di «realizzare una giustizia distributiva, se non assoluta, quanto meno tale da impedire ampie e repugnanti sperequazioni»²¹⁰.

Ogni libertà è accompagnata dalle garanzie della riserva di legge e di giurisdizione: ossia mai può essere limitata, «se non nei casi espressamente previsti dalla legge e con l'osservanza delle forme dalla stessa prescritte», e solo «per ordine legalmente dato dall'Autorità giudiziaria competente»²¹¹. Oltre a queste garanzie vi è poi – come detto – la garanzia della legittimità costituzionale delle leggi, assicurata dall'instaurazione del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale davanti alla Corte di Cassazione a sezioni unite. Tutto ciò per «non lasciare in nessun caso in balia del potere esecutivo la libertà» dei cittadini²¹² e dare un segno di discontinuità forte rispetto agli abusi perpetrati dal regime fascista in danno delle libertà fondamentali dei cittadini garantite - ma ormai solo a parole - dallo Statuto albertino del 1848.

I diritti relativi ai rapporti etico-sociali trovano tutti collocazione nell'ultimo titolo della costituzione interna, il settimo, tranne uno, il diritto all'istruzione, disciplinato congiuntamente alla libertà di insegnamento nel titolo secondo: il *Progetto di Costituzione* prevede l'obbligatorietà e la gratuità dell'istruzione elementare, e provvidenze per consentire ai capaci e meritevoli di proseguire gli studi (art. 60.2 e 60.3²¹³).

Vi sono poi una serie di articoli dedicati alla famiglia, ai suoi diritti e ai suoi doveri, a iniziare dall'istituto del matrimonio che, in quanto «fondamento della vita familiare e di ogni forma associativa, sarà ri-

²⁰⁹ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione federale europea ed interna*, § XVIII.

²¹⁰ *Ibidem*, § XVIII.

²¹¹ Come dispone l'art. 52, con riguardo alla libertà personale, ma riserve analoghe si trovano anche negli articoli successivi per le altre libertà.

²¹² D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione federale europea ed interna*, § XIV.

²¹³ Art. 60: «2. L'istruzione elementare è obbligatoria per tutti i cittadini dello Stato. 3. L'insegnamento nelle scuole governative di ogni grado è gratuito. 4. Lo Stato accorderà agli scolari specialmente capaci e ai poveri borse di studio e altre forme di incoraggiamento».

gorosamente tutelato dallo Stato» (art. 158.1²¹⁴). Così come saranno oggetto di particolare tutela «la maternità e l'infanzia» (art. 158.2), «la filiazione illegittima» (art. 160), e in generale «i giovani», a salvaguardia dei quali «lo Stato e gli altri Enti pubblici provvederanno alla creazione di istituzioni contro lo sfruttamento e l'abbandono morale, intellettuale e corporale» (art. 161). Di particolare interesse l'articolo che pone a capo dello stato il problema demografico: «sarà cura dello Stato opporsi al decremento demografico della Nazione» (art. 159.1): a tal fine lo stato può prevedere «congrui sgravi fiscali e altre facilitazioni» per le famiglie (art. 159.2), e anche riconoscere come titolo di preferenza nei concorsi pubblici, «a parità di merito e di titoli», «la posizione di coniugato e di coniugato con prole», anche se in nessun caso «la posizione familiare potrà costituire ostacolo alla ammissione a concorsi e a promozione o avanzamento di carriera» (art. 159.3 e 4)²¹⁵.

Si dice poco sulla salute: solo che - con un rinvio alla prima parte della costituzione - «lo Stato istituirà una vasta e rigorosa vigilanza igienica in applicazione dell'art. 38 del presente Atto».

Mentre ampia e diffusa è la disciplina in materia di diritti dei lavoratori, a conferma della centralità del lavoro nel *Progetto di Costituzione*; a partire dalla previsione per cui «il lavoro, in tutte le forme, intellettuali e manuali, è la sola fonte di diritti pubblici» (art. 165.1). Fanno seguito una serie di articoli a garanzia del lavoratore subordinato: sul diritto alla retribuzione l'articolato del *Progetto di Costituzione* nulla dice, ma si trova nell'*Introduzione* l'affermazione (in perfetta assonanza con l'art. 36.1. della costituzione repubblicana del 1948), per la quale occorre che il lavoro «sia retribuito a seconda del grado di produttività e comunque mai al disotto di un limite inferiore a quello di un dignitoso tenore di vita»²¹⁶. È invece espressamente prevista la durata della settimana lavorativa (non oltre le 38 ore) e tutelato il dirit-

²¹⁴ L'articolo si pone in continuità con il disposto degli articoli 27 e 28 della costituzione confederale europea.

²¹⁵ Specificano infatti D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione federale europea ed interna*, § XXX, che il favor dello Stato per la formazione della famiglia non deve diventare elemento di discriminazione rispetto agli «individui che non si sposano» per impedimenti «di carattere vario», essendo «semplicemente assurdo che vieti agli scapoli di avanzare nelle carriere per il solo motivo che sono scapoli».

²¹⁶ *Ibidem*, § IX.

to al riposo²¹⁷, in quanto il lavoro «non dev'essere assorbente e opprimente», ma l'uomo deve «potersi pure occupare di altre cose, come di faccende personali, di cultura o di attività dilettantistiche, senza il continuo assillo del lavoro»²¹⁸. Vi è poi il diritto alla previdenza sociale (artt. 169 e 170)²¹⁹, alla formazione culturale e allo svago (art. 164)²²⁰; alla partecipazione agli utili aziendali (art. 168)²²¹.

Si prevede anche che «le obbligazioni reciproche dei datori di lavoro e dei lavoratori saranno stipulate in contratti collettivi» (art. 167.1), ai quali viene espressamente riconosciuta la forza di «atti legislativi» (artt. 75 e 76²²²). Per quella visione ideale della società che esclude il conflitto sociale, «sono proibite le serrate e gli scioperi» (art. 167.3), ritenendosi sufficiente la previsione della soluzione giudiziale di ogni controversia (167.2)²²³.

Da ultimo, una delle disposizioni più emblematiche del progetto, sulla quale ci si è già soffermati: «La disoccupazione è impedita. Co-

²¹⁷ Art. 165: «2. Per coloro che lavorano alle dipendenze di altri il lavoro non potrà superare le ore 38 settimanali. 3. Il lavoro a cottimo è ammesso esclusivamente nei limiti dell'orario suddetto. 4. È assolutamente vietato il lavoro straordinario, anche se maggiormente retribuito, salvo che, per ragioni di necessità, sia diversamente consentito dalla Assemblea Federale».

²¹⁸ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § IX.

²¹⁹ Art. 169: «1. È obbligatoria l'assicurazione contro ogni forma di infortunio lavorativo, nonché contro l'invalidità, la vecchiaia e il licenziamento. 2. Anche le pensioni avranno forma assicurativa»; art. 170: «1. Alla formazione del fondo assicurativo contribuiranno i datori di lavoro, i lavoratori e lo Stato. 2. In nessun caso le contribuzioni dei lavoratori potranno complessivamente superare il 7% del loro salario o stipendio».

²²⁰ Art. 164: «Le organizzazioni di gruppo, di concerto colle singole industrie, dovranno costituire centri di cultura e di svago per i lavoratori».

²²¹ Art. 168: «1. Gli operai e gli impiegati delle aziende concorrono al riparto degli utili. 2. Presso ogni azienda viene istituita una commissione di controllo composta di impiegati e operai nominati dai rispettivi gruppi di categoria». Scrivono D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § XXXII: «Ci sembra questo un principio di giustizia, che chi lavora sia partecipe dei frutti del proprio lavoro. Si obietterà che il datore di lavoro ha a suo carico il rischio; ma noi rispondiamo che il rischio è abbondantemente pagato dal reddito del capitale, ancorché da tale reddito venga detratta una percentuale a favore di chi ha sudato e ha speso la sua intelligenza e le sue forze a favore dell'impresa».

²²² Art. 75: «Ogni sindacato e ogni categoria costituiscono una persona giuridica e hanno il potere di stipulare contratti collettivi, nel rispettivo ambito di giurisdizione, che non siano in contrasto con le norme generali emanate dagli organi competenti»; art. 76: «I contratti collettivi nazionali di lavoro sono atti legislativi».

²²³ Art. 167.2: le controversie tra datori di lavoro e lavoratori «saranno giudicate dal magistrato ordinario».

loro che si trovano senza lavoro saranno assunti dallo Stato o dagli altri Enti pubblici per costruzione di opere pubbliche. In difetto di ciò lo Stato corrisponderà un'indennità di disoccupazione» (art. 168).

9. Idealismo e realismo nel Progetto di Costituzione: tra contraddizioni, distopie, pre-veggenze e utopie

Ogni singolo articolo del *Progetto di Costituzione confederale ed europea* meriterebbe un'approfondita analisi, volta al passato dal quale con esso si voleva fuggire e al futuro al quale si mirava ad approdare.

Occorre, tuttavia, giungere ad alcune riflessioni di sintesi. A partire da un dato di prima evidenza: il progetto è animato e attraversato da due opposte tensioni: idealismo e realismo. Tensioni che strutturano tutta la vita e, di più, tutta la persona di Duccio Galimberti, - «parimenti idealista, ma nello stesso tempo realista e positivo»²²⁴ -, ma che nel progetto danno luogo a disposizioni che possono suonare «intrinsecamente contraddittorie»²²⁵. Come solo può accadere quando si sperimentano - animati dalla forza del dubbio, dalla ricerca appassionata, dalla curiosità e dal coraggio intellettuale - «nuove strade», «nuove vie di riflessione», anche tentando «sintesi concettualmente difficilissime e improbe»²²⁶.

Talvolta nel progetto a prevalere è la *tensione realista*. Esempio paradigmatico ne è la questione istituzionale: Galimberti è pervaso - per formazione personale, culturale, politica - dall'ideale repubblicano, ma per senso di realtà, nel delineare la figura del Capo di stato nella costituzione interna destinata a divenire comune a tutti gli stati d'Europa, indica in modo neutro e alternativo la forma repubblicana o quella monarchica: «il senso realistico di Duccio giungeva facilmente

²²⁴ A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 218.

²²⁵ G. DE LUNA, *Duccio Galimberti, il 25 luglio 1943, la Resistenza a sessant'anni di distanza*, cit., p. 8. Aggiunge però De Luna, a giustificazione della contraddittorietà (p. 9): «queste contraddizioni appartengono a quella generazione, a quella congiuntura culturale, a quel clima, a quel tentativo di ricerca. Sono il segno del dinamismo di questi personaggi, non il segno del loro essere sdraiati supini sulle certezze dello Stato totalitario».

²²⁶ *Ibidem*, p. 8, che dice: «tutto l'universo politico culturale a cui apparteneva Duccio Galimberti è segnato dagli ossimori; liberal-socialismo è un ossimoro, è il principe di tutti gli ossimori. Socialismo è la negazione del liberalismo e viceversa; negli ambienti di Duccio si tentava di tenere assieme il liberalismo e il socialismo».

a constatazioni come questa: la sua fede repubblicana era ferma e profonda, ma non donchisciottesca. Combattere sì, contro nemici e avversari; non contro i mulini a vento!»²²⁷. Anche la politica coloniale è improntata a realismo: pur rifiutando l'imperialismo *pro futuro*, il *Progetto di Costituzione* non smantella, ma mantiene il sistema di colonie esistente, la cui dissoluzione sarebbe stata difficilmente accettata da alcuni stati europei; tale sistema viene costituito però in un unico «condominio coloniale» confederale: «già qualche cosa di ostico da digerire per molti stati borghesi», che, se realizzato, avrebbe comunque potuto attenuare «le difficoltà e le asprezze della decolonizzazione»²²⁸. Ancora a realismo è da imputarsi la soluzione dei rapporti con lo stato della Città del Vaticano: sin dall'articolo 3 della costituzione confederale si dice che «la Confederazione dichiara di aderire al trattamento stabilito nel Trattato con l'Italia dell'11 febbraio 1929»; ed è previsto che all'Assemblea confederale rappresentativa dei singoli stati «la Santa Sede, senza pregiudizio della propria indipendenza, avrà facoltà di delegare anch'Essa i suoi rappresentanti che avranno voto deliberativo» (art. 12.4).

Altre volte, invece, a dominare è la *tensione idealista*, ma con esiti opposti.

Talvolta lo slancio ideale genera *incredibili ingenuità*²²⁹. Paradigmatici il divieto di costituzione di partiti politici; la previsione del sindacato unico e obbligatorio; l'assenza di una tutela costituzionale della libertà di associazione; il divieto di sciopero e serrata; la struttura sociale e istituzionale di tipo corporativo: disposizioni tutte che sono il precipitato di una visione che consapevolmente e volutamente non fa i conti con la realtà, e con le quali si mira a costruire «la società *quale è auspicabile diventi*»²³⁰. Una società priva di conflitti, priva di sopraffazioni, animata per converso da spirito di costruttiva collaborazione, reciproca fiducia e comprensione, sicurezza e tranquillità, in virtù del quale ogni tensione si incanala spontaneamente e automaticamente

²²⁷ A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 139.

²²⁸ *Ibidem*, p. 140.

²²⁹ Così A. DI GIOVINE, *Nota storica introduttiva a Progetto di costituzione confederale europea ed interna*, in *Archivio di diritto e storia costituzionali*, sub *Altri documenti di storia costituzionale italiana* (su www.dircost.unito.it); L. BONANATE, *Oltre la sovranità, verso l'unificazione europea*, cit., p. 23, parla di «ingenuità scolastiche».

²³⁰ D. GALIMBERTI, A. RÈPACI, *Introduzione al Progetto di Costituzione confederale europea ed interna*, § XV.

verso una pacifica composizione, e in cui l'unico elemento di distinzione rilevante è la categoria lavorativa di appartenenza, alla quale sola occorre dare voce e rappresentanza. Dice Rèpaci, a conferma dell'idealismo che animava questa visione, che quello da loro progettato rappresentava «l'*optimum* di un assetto politico degli Stati europei, rispondente alle fondamentali esigenze della società moderna, tenuto conto che, in definitiva, la nostra costituzione voleva essere un po' anche la nostra Città del Sole»²³¹.

In realtà, più che un'utopia una *distopia*, potendo oggi ben dire che il pluralismo e il conflitto che in esso fermenta sono il sale della democrazia; e che una società né plurale né conflittuale, priva di partiti e sindacati liberi, non è una democrazia. Come pure è distopia immaginare un'omogeneità sociale, politica, istituzionale e costituzionale pressoché totale tra gli stati d'Europa, a sacrificio della loro sovranità non solo esterna, ma anche interna, sino a prevedere l'interruzione dei rapporti economici e l'intervento delle forze armate confederali in caso di violazione delle costituzioni comuni. Ancora è distopia progettare l'emigrazione in massa di popolazioni che siano minoranza in uno stato per consentire la formazione di stati monoetnici. Ed è distopia pensare a un penetrante controllo della confederazione europea e dello stato sulla stabilità dei vincoli familiari.

Altre volte, lo stesso slancio autenticamente e puramente ideale produce *disposizioni avveniristiche*, al limite dell'inimmaginabile per il momento storico in cui sono concepite, e che rappresentano un sicuro balzo in avanti rispetto all'esistente, tanto a livello europeo che interno. Alcune di tali disposizioni sono rimaste *utopie*, mai realizzate né in Italia né in Europa; ma altre sono divenute realtà, e possiamo allora parlare per esse di *pre-veggenze*²³² - o «premonitrici intuizioni»²³³ -, e forse anche di *influenze* che, in modo più o meno diretto, esse hanno saputo esercitare sui costituenti post-bellici.

Tra le *utopie* che sono rimaste tali, l'idea stessa di una «Costituzione europea»; e, con essa, il sogno di una maggiore integrazione, oltre che economica, anche politica e culturale dell'Europa, persino attraverso la creazione di una comune lingua europea. E poi l'utopia delle

²³¹ A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 137.

²³² L. BONANATE, *Oltre la sovranità, verso l'unificazione europea*, cit., p. 3, parla di «lunghimiranza che sfiorò la preveggenza» e (p. 25) di «intuizioni geniali».

²³³ A. DI GIOVINE, *Nota storica introduttiva a Progetto di costituzione confederale europea ed interna*, cit.

utopie, al perseguimento della quale l'Europa e gli stati mai dovrebbero far venir meno i loro sforzi: «la disoccupazione è impedita» e, finché l'obiettivo non sarà raggiunto, «lo Stato corrisponderà un'indennità di disoccupazione», affinché sia garantita a tutti e in ogni caso un'esistenza libera e dignitosa.

Tra le *pre-veggenze*, a livello europeo, rientrano sicuramente la previsione di una cittadinanza europea, di una moneta unica e un mercato unico europei, al tempo lontani da ogni immaginazione politica; come pure la previsione di una Banca Confederale e di una Corte confederale di Giustizia. Afferma in proposito Rèpaci: «Il nostro fu un sogno, un bel sogno, che non si è ancora realizzato, ma che dovrà realizzarsi presto o tardi – più tardi che presto, ne sono convinto -, e nelle strutture fondamentali da noi delineate»²³⁴.

A livello interno italiano, molto ci sarebbe da indagare sulle *influenze* svolte dal *Progetto di Costituzione* di Galimberti e Rèpaci sui lavori dell'Assemblea costituente, di cui Duccio Galimberti avrebbe senz'altro fatto parte se i fascisti cuneesi non l'avessero ammazzato pochi mesi prima della liberazione. Negli Atti dei lavori della Costituente il *Progetto di Costituzione* non viene mai richiamato espressamente: si cita una volta l'«avvocato Galimberti», come simbolo di una «classe forense [che] ha mantenuto intatta la dignità della sua nobile missione, fieramente levata contro la dittatura»²³⁵. Ma il progetto, pubblicato per la prima volta nel 1946, era certamente noto ai costituenti, a partire dai (pur pochi) del Partito d'Azione, e non v'è dubbio che ancora oggi scorra «come acqua nascosta sotto la crosta materiale della costituzione»²³⁶.

Molte le assonanze: il principio lavorista; il principio di eguaglianza non solo formale, ma anche sostanziale; la disciplina delle libertà individuali, a partire dall'*Habeas corpus*, coperte dalle garanzie della riserva di legge e di giurisdizione contro ogni deriva autoritaria del potere; la previsione di alcuni diritti positivi, come esito dell'«attività sociale dello stato»; l'idea, sia pure ancora embrionale e imperfetta, di una giustizia costituzionale accentrata, alla quale accedere in via inci-

²³⁴ A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 144.

²³⁵ Persico (Partito socialista dei lavoratori italiani), seduta dell'8 novembre 1947, che continua affermando: «Quando a Torino l'avvocato Duccio Galimberti e a Roma l'avvocato Placido Mastini venivano trucidati, essi opponevano il diritto alla tirannia, e segnavano la loro fede col sangue».

²³⁶ L. ORNAGHI, *Sul crinale fra vita e morte: la Costituzione per l'Europa*, cit., p. 56.

dentale; la disciplina della decretazione d'urgenza; l'abolizione della pena di morte; il ripudio della guerra come strumento per la soluzione delle controversie internazionali²³⁷ ... Ma sicuramente l'assonanza più forte è la comune «base polemica antifascista»²³⁸: l'idea di scrivere una costituzione, affinché «ciò che è accaduto una volta non possa più accadere»; affinché «gli ideali di libertà non possano più essere calpestati», né possa più «essere distrutto l'ordinamento giuridico costituzionale democratico» di cui si gettano le fondamenta²³⁹. L'idea, in sintesi, di una “democrazia antifascista”, quale miglior frutto – quello per il quale più si è combattuto - della lotta partigiana: «la liberazione dell'uomo e del cittadino italiano dalla oppressione di una degradante dittatura, l'affermazione della dignità dell'uomo e del cittadino stesso in una comunità di liberi e eguali»²⁴⁰.

²³⁷ Scrive in proposito A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 144: «Difettoso, lacunoso, utopistico fin che si vuole, il nostro *Progetto* fu il primo tentativo per liberare l'Europa dall'incubo della guerra. Non senza profonda soddisfazione leggo l'art. 11 della costituzione della Repubblica italiana, che sancisce il ripudio della guerra con parole molto simili a quelle da noi usate nell'art. 6 del *Progetto*».

²³⁸ Moro (gruppo Democratico cristiano), prima Sottocommissione, seduta del 9 settembre 1946, ricorda l'esistenza di una comune «base polemica antifascista», riprendendo l'intervento di Togliatti del giorno prima, che aveva parlato dell'antifascismo come di un'«esperienza politica comune» a tutte le forze protagoniste della nuova fase. Ancora Moro, nel suo intervento in Assemblea costituente, nella seduta del 13 marzo 1947, sottolinea come l'antifascismo sia per le forze presenti in Costituente un «elementare substrato ideologico», essendo la Resistenza la «sostanza comune che ci unisce».

²³⁹ Togliatti (gruppo Comunista), Assemblea costituente, seduta dell'11 marzo 1947. Su antifascismo e costituzione, tra gli altri, A. BALDASSARRE, *La costruzione del paradigma antifascista e la costituzione repubblicana*, in *Problemi del socialismo*, n. 11, 1986, pp. 10 ss.; M. LUCIANI, *Antifascismo e nascita della costituzione*, in *Politica del diritto*, n. 2, 1991, pp. 183 ss.; B. PEZZINI, *Attualità e attuazione della XII disposizione finale: la matrice antifascista della Costituzione repubblicana*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale*, Scritti in onore di Valerio Onida, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 1379 ss.; G. DELLEDONNE, *La Resistenza in Assemblea costituente e nel testo costituzionale italiano del 1948*, in *Historia Constitucional*, n. 10, 2009, pp. 217 ss.; C. FRANCESCHINI, S. GUERRIERI, G. MONINA (a cura di), *Le idee costituzionali della Resistenza*, Atti del convegno di studi, Roma, 19-21 ottobre 1995, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma, Istituto poligrafico e Zecca dello Stato, 1997.

²⁴⁰ Scrive a A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., p. 418, sulla “democrazia antifascista” come esito della lotta antifascista: «La democrazia, quale è maturata nella lotta di liberazione, non può e non deve considerarsi né esclusivamente liberale, né esclusivamente socialista, né esclusivamente cristiana, e neppure esclusivamente parlamentare. Essa è tutte queste democrazie, più qualcosa: e questo qualcosa è propriamente il comune fondamento sul quale esse sono potute convergere nell'esperienza della lotta. Questo qualcosa è innanzi tutto un fattore morale: la condanna e il ripudio del fascismo – condanna e ripudio totali e senza concessioni di tutto il fascismo, sia quale sistema di

10. Conclusioni: non un modello, ma una testimonianza

A settant'anni dalla sua prima pubblicazione, il *Progetto di Costituzione confederale europea e interna* non va sicuramente mitizzato. Presenta, come detto, oltre pre-visioni che colpiscono per la loro lungimiranza e utopie che merita ancora perseguire, difetti importanti quali distopie, contraddizioni, lacune e, in ultima analisi, un sostanziale «difetto di concretezza storica»²⁴¹.

Questo *Progetto di Costituzione* va preso per quello che fu: lo scritto di due giuristi piemontesi, un avvocato e un magistrato, che nei loro viaggi in treno tra Cuneo-Torino, e in qualche sera a margine del loro lavoro, non smettevano non solo di sognare, ma anche di progettare in forma di costituzione una realtà profondamente diversa da quelle nella quale si trovano a vivere: un'Europa finalmente unita e pacificata; un'Italia finalmente repubblicana e democratica. Due giuristi che, quando la storia chiama – l'8 settembre 1943 – lasciano la penna sul tavolo e il *Progetto di Costituzione* in sospenso (ma curandosi di metterlo al sicuro, come cosa importante da tirar fuori «al momento buono»²⁴²) e, all'istante, si adoperano per tradurre il pensiero in azione:

governo, sia quale mentalità, sia quale costume, sia quale metodo di interpretazione e di disciplina dei rapporti sociali. Questo fattore morale, negazione della negazione – secondo l'efficace definizione di Norberto Bobbio – è per ciò stesso una affermazione dotata di una potente carica positiva, ed è in pari tempo uno dei principali risultati di quello spirito che ha animato la Resistenza, che ha accomunato una grande eterogeneità di fini in una sola finalità: la liberazione dell'uomo e del cittadino italiano dalla oppressione di una degradante dittatura, l'affermazione della dignità dell'uomo e del cittadino stesso in una comunità di liberi e eguali. Questa è la democrazia antifascista, quella democrazia qualificata, propria e peculiare del nostro Paese, quale scaturita dalle sue lotte e dai suoi sacrifici; questa è la democrazia che Duccio intendeva instaurare con la rivoluzione partigiana; questo, infine, il grande significato del C.L.N.».

²⁴¹ Così G. ZAGREBELSKY, *Stabilità e "armonia sociale" come orizzonte di valore: il progetto di Galimberti e Rèpaci*, cit., p. 42.

²⁴² A. RÈPACI, *Duccio Galimberti e la Resistenza italiana*, cit., pp. 198 s., narra dell'ultimo giorno in cui vide Duccio Galimberti, il 24 ottobre 1943, a Valcasotto, in occasione della grande riunione (la "Costituente partigiana") delle bande piemontesi e liguri: «Nell'atto di salutarci, Duccio mi prese da parte e mi disse: - Ricordarci bene che le scartofie della nostra Costituzione le ho messe al sicuro affidandole a Spartaco Beltrand. È bene che tu lo sappia, perché io potrei anche crepare. – Tocca ferro – gli risposi, e contempora-

l'uno, il magistrato, restando a cospirare in città; l'altro, l'avvocato, salendo in montagna a fondare la prima brigata partigiana e a dare anima e corpo alla Resistenza piemontese, con le sue straordinarie qualità di slancio ideale, capacità organizzativa, decisione nel comando, visione dell'insieme e del poi, tutte in un sol uomo.

Non siedono gli estensori del *Progetto di Costituzione* in un'Assemblea costituente, con dotti colleghi con cui discutere e confrontarsi; né in uno studio universitario, con tempo e biblioteche a disposizione. Portano avanti la loro riflessione a due teste e quattro mani «con gli strumenti e con i mezzi che si avevano allora»: si veniva «da vent'anni di dittatura fascista, non da vent'anni di libero dibattito culturale». In simili condizioni, «è già un miracolo che scattino queste scintille di interesse, queste scintille di curiosità intellettuale»²⁴³.

Il *Progetto di Costituzione*, allora, non va certo mitizzato e assunto a modello da perseguire o rimpiangere; ma neppure ridotto a mera «esercitazione personale di costruttivismo costituzionale»²⁴⁴, per certi versi troppo ambizioso, per altri troppo ingenuo.

Va studiato come la viva testimonianza di un impegno che – questo sì – andrebbe fatto proprio integralmente: di mai smettere di guardare lontano; di mai smettere di impegnarsi per cambiare e migliorare l'esistente; di mai smettere di sentirsi chiamati in causa nel pezzo di storia che si sta attraversando; di mai smettere di pensare che il proprio contributo, come quello di ciascuno, è importante e imprescindibile.

neamente estrassi di tasca una chiave, che egli accarezzò sorridendo -. Al momento buono la ritireremo insieme e la completeremo».

²⁴³ G. DE LUNA, *Duccio Galimberti, il 25 luglio 1943, la Resistenza a sessant'anni di distanza*, cit., p. 9. Analogamente dice G. ZAGREBELSKY, *Stabilità e "armonia sociale" come orizzonte di valore: il progetto di Galimberti e Rèpaci*, cit., p. 29, il *Progetto di Costituzione* «nacque dall'intimità di un dialogo interpersonale, al di fuori di qualsiasi confronto politico e intellettuale esterno. In quegli anni, dominati dalle esigenze di organizzazione dell'antifascismo, della lotta partigiana e dai pericoli della clandestinità, non poteva essere altrimenti».

²⁴⁴ G. ZAGREBELSKY, *Stabilità e "armonia sociale" come orizzonte di valore: il progetto di Galimberti e Rèpaci*, cit., p. 29, ma non in senso polemico.

Perché «l'albero della libertà non dà frutti se non è coltivato con le nostre proprie mani [...]. La libertà bisogna non solo conquistarsela, e ancora non solo difenderla, ma riconquistarla ogni giorno»²⁴⁵.

²⁴⁵ F. RUFFINI, *Diritti di Libertà* (1926), Roma, Edizioni di storia e letteratura, 2012, p. 144.

ISDS (*INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT*), IL CUORE DI TENEBRA DELLA *GLOBAL ECONOMIC GOVERNANCE*, E IL COSTITUZIONALISMO

di Alessandra Algostino

SOMMARIO: 1. *Il dilagare dei meccanismi ISDS (Investor-State Dispute Settlement) e il loro interesse per il costituzionalista*; 2. *Le clausole ISDS nel contesto del diritto del commercio internazionale*; 3. *L'International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) presso la Banca Mondiale e la global economic governance*; 4. *L'ISDS quale obbligo internazionale: posizione nel sistema delle fonti e vincoli costituzionali*; 5. *La competenza dell'ICSID e i rapporti con la giurisdizione statale*; 6. *Gli arbitri internazionali: quid iuris in ordine a imparzialità e indipendenza?*; 7. *Sulla procedura e sul diritto applicabile nei "tribunali" ICSID*; 8. *L'esecutività immediata (e senza appello) del lodo arbitrale*; 9. *I costi e gli esiti delle cause ISDS: un potente deterrente*; 10. *L'oggetto delle controversie e l'eteronomo self-restraint dello Stato*; 11. *Un case study: i ricorsi ISDS versus la Repubblica italiana*; 12. *Le proposte di riforma del meccanismo ISDS nel TTIP: l'International Court System*; 13. *"Tribunali speciali per la sicurezza degli investitori" quali emblema delle trasformazioni della democrazia (a mo' di osservazioni conclusive)*.

1. Il dilagare dei meccanismi ISDS (*Investor-State Dispute Settlement*) e il loro interesse per il costituzionalista

L'acronimo ISDS (*Investor-State Dispute Settlement*), per anni noto solo ad esperti ed operatori nel campo degli investimenti internazionali, è entrato negli ultimi anni nella discussione pubblica, specie con il processo di negoziazione fra Unione europea e Stati Uniti del *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP)¹, divenendo

¹ Sono ormai numerose le analisi sul TTIP; *ex multis*, restando ai contributi critici con un approccio generale, cfr. J. HILARY, *Il partenariato transatlantico per il commercio e gli investimenti*, Bruxelles, 2014; K. BIZZARRI (with contributions from PIA EBERHARDT to chapter 7), *A Brave New Transatlantic Partnership, The proposed EU-US Transatlantic*

uno degli elementi cardine della campagna di opposizione al TTIP², nonché materia di una consultazione *ad hoc* promossa dalla Commissione europea³.

La volontà dell'esecutivo dell'UE, peraltro, come testimonia la segretezza che ha circondato la prima fase delle negoziazioni del TTIP (apertesesi nel luglio 2013)⁴, era mantenere il massimo riserbo possibile sulle trattative, certo non ultimo anche nell'intento di impedire, dato l'oggetto del trattato, la nascita di mobilitazioni come quelle che hanno contribuito, nel 1998, ad affossare un trattato analogo al TTIP, l'Accordo Multilaterale sugli Investimenti⁵, e, nel 2012, a indurre il Parlamento europeo a respingere l'*Anti-Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA).

Solo la pressione dell'opinione pubblica, una volta filtrate le prime indiscrezioni, attraverso iniziative di informazione e manifestazioni di

Trade and Investment Partnership (TTIP/TAFTA), and its socio-economic & environmental consequences, published by the Seattle to Brussels Network (S2B), Brussels, October 2013, trad. it. a cura di Attac Torino, *TTIP, Un trattato dell'altro mondo. Partenariato transatlantico tra US e UE per il commercio e gli investimenti*, I quaderni di Attac Torino, n. 7, gennaio 2014; M. BERSANI, M. DI SISTO, A. ZORATTI, *Nelle mani dei mercati. Perché il TTIP va fermato*, Emi, Bologna, 2015. Nello specifico, con particolare attenzione ad un approccio attento alla prospettiva costituzionale, si segnala P. BILANCIA (a cura di), *I negoziati per il partenariato transatlantico sul commercio e gli investimenti*, Wolters Kluwer – Cedam, 2015, al quale ci si permette di aggiungere A. ALGOSTINO, *Transatlantic Trade and Investment Partnership: quando l'impero colpisce ancora?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2014.

² La campagna, sia a livello italiano sia a livello europeo, è coordinata in particolare dai comitati Stop TTIP; cfr., per l'Europa, il sito <https://stop-ttip.org/>, e, per l'Italia, il sito <http://stop-ttip-italia.net/>.

³ Il riferimento è, in specie, alla consultazione aperta *on line* tra il 27 marzo e il 13 luglio 2014 (si veda il relativo *Report*: European Commission, MEMO/14/560, 13 January 2015); per un inquadramento delle varie consultazioni sul TTIP, cfr., S. SASSI, *La partecipazione democratica al Transatlantic Trade and Investment Partnership*, in *Federalismi.it*, n. 17/2015, spec. pp. 12 ss. Non si entra in questa sede nel merito in ordine alle consultazioni, ma è evidente il rischio che esse siano utilizzate come mere operazioni di *marketing*, o che attraverso la formulazione dei quesiti si possano distorcerne gli esiti, o, ancora, che esse non abbiano alcuna influenza sul processo decisionale.

⁴ Alla data in cui si scrive si è ormai svolto il dodicesimo round di negoziati, tenutosi a Bruxelles dal 22 al 26 febbraio 2016 (il relativo *Report* è consultabile in <http://trade.ec.europa.eu>), mentre il tredicesimo è in programma dal 25 al 29 aprile 2016 a New York.

⁵ Cfr. L. CASTELLINA, *Ami, quando la politica ha sconfitto le multinazionali*, in *Sbilanciamoci.info*, 24 gennaio 2014.

protesta⁶, ma anche con il lancio di una raccolta di firme⁷, accompagnate dalla richiesta del Mediatore europeo⁸, ha indotto la Commissione europea ad alcune aperture.

Al di là del richiamo alla trasparenza, ormai divenuto un *must* degli interventi di Juncker sul tema⁹, con chiari intenti di *marketing*, la Commissione ha reso disponibili alcuni documenti: in particolare, il 9 ottobre 2014 ha declassificato, rendendole pubbliche, le «Direttive di negoziato sul Partenariato transatlantico per gli scambi e gli investimenti tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America» (ovvero il testo del mandato negoziale conferito, il 14 giugno 2013, dal Consiglio alla Commissione europea), e il 7 gennaio 2015 ha pubblicato alcuni testi negoziali, fra i quali otto proposte testuali dell'Unione europea in temi come la competizione, i controlli doganali, i beni alimentari, gli animali e le piante, la cooperazione normativa, le dispute fra governi¹⁰.

⁶ Da ultimo, per una ricostruzione delle differenti azioni di protesta, cfr. F. SPINELLI, *Piccoli e grandi no al trattato commerciale tra Europa e Stati Uniti*, in www.internazionale.it, 29 luglio 2015.

⁷ Nell'ambito della campagna europea Stop-TTIP viene presentata alla Commissione il 15 luglio 2014, ai sensi dell'art. 11, par. 4, TUE, la richiesta di registrare una proposta di iniziativa legislativa popolare denominata "STOP TTIP", nella quale si chiede di raccomandare al Consiglio dell'Ue di revocare il mandato per il TTIP e di non concludere il CETA (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*) con il Canada. La Commissione il 10 settembre 2014 respinge la richiesta, affermando che «la proposta d'iniziativa esula manifestamente dalla competenza della Commissione di presentare una proposta di atto legislativo dell'Unione ai fini dell'applicazione dei trattati» (Commissione europea, C(2014) 6501 final). I promotori proseguono comunque la raccolta firme, raggiungendo e superando i tre milioni di adesioni ad ottobre 2015.

⁸ Cfr. il caso Caso OI/10/2014/RA (consultabile sul sito del Mediatore europeo, E. O'Reilly, <http://www.ombudsman.europa.eu>), relativo alla trasparenza e alla partecipazione pubblica in relazione ai negoziati TTIP.

⁹ Emblematiche sono le dichiarazioni programmatiche contenenti gli «Orientamenti politici per la prossima Commissione europea», nonché il Discorso di apertura della plenaria del Parlamento europeo, *Un nuovo inizio per l'Europa. Il mio programma per l'occupazione, la crescita, l'equità e il cambiamento democratico*, Strasburgo, 15 luglio 2014, dove il riferimento al TTIP è sempre affiancato dal richiamo alla trasparenza: «sotto la mia presidenza la Commissione negozierà con gli Stati Uniti d'America un accordo commerciale realistico e equilibrato, in uno spirito di reciproco beneficio e di *trasparenza*»; «insisterò per una maggiore *trasparenza*», «facciamo sì che questi negoziati avvengano nella massima *trasparenza*» (corsivo mio).

¹⁰ I documenti sono reperibili sul sito <http://ec.europa.eu/trade>. Alla pubblicazione dei primi documenti segue quella di altre proposte negoziali, *position papers*, guide ed elenchi (da ultimo si segnala la pubblicazione di 19 documenti a marzo 2016), nonché sintetici *report* dei vari round, ma restano segreti i contenuti più delicati, come quelli svelati (nelle

Sul tema specifico della clausola ISDS, al centro delle contestazioni, la Commissione ha recentemente rivisto la propria posizione, riformando il sistema di arbitrato a presidio degli investimenti¹¹. È evidente il tentativo di rispondere sia alla decisa condanna del meccanismo da parte di un movimento di opposizione in crescita in tutti i paesi dell'Unione europea (ma anche negli Stati Uniti) sia alle notevoli perplessità, per usare un eufemismo, emerse nella consultazione promossa dalla stessa Commissione europea¹², nonché la volontà di proporre una soluzione che possa prevenire le obiezioni, invero timide, da parte del Parlamento europeo¹³.

Oggi, dunque, il capitolo ISDS nel progetto TTIP con molta probabilità non sarà configurato, come era nelle intenzioni originarie della Commissione, sulla falsariga del sistema istituito dal *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*¹⁴, accordo tra Unione euro-

more della presente pubblicazione) il 2 maggio 2016 da Greenpeace Olanda (<https://www.ttip-leaks.org/>). Da ultimo, sul tema della trasparenza, cfr. M. MORVILLO, *Quanta (e quale) trasparenza nella negoziazione del Transatlantic Trade and Investment Partnership?*, in *Quad. cost.*, n. 1/2016, pp. 136 ss.

¹¹ Cfr. il *Commission draft text TTIP – investment* (un documento interno dell'UE e non ancora una formale proposta negoziale), in calce al comunicato stampa del 16 settembre 2015, *Commission proposes new Investment Court System for TTIP and other EU trade and investment negotiations* (<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1364>), preceduto dal *Concept paper*, sempre della Commissione, *Investment in TTIP and beyond – the path for reform. Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court*, pubblicato il 5 maggio 2015; nonché, da ultimo, la proposta testuale analizzata *infra* (par. 12).

¹² Gli esiti della consultazione sono sintetizzati in Commissione europea, Comunicato stampa, *Presentata oggi una relazione sulla consultazione sulla protezione degli investimenti nell'ambito dei negoziati commerciali UE-USA*, Strasburgo, 13 gennaio 2015, nonché riportati ampiamente in Commissione europea, Commission Staff Working Document, Report, *Online public consultation on investment protection and investor-to-state dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)*, Bruxelles, 13 gennaio 2015 (SWD(2015) 3 final).

Per una risposta critica alla consultazione, a firma di numerosi accademici di vari Paesi europei, cfr. *Public consultation on investor-state arbitration in TTIP – Comment* (reperibile in http://www.kent.ac.uk/law/isds_treaty_consultation.html).

¹³ Si veda la c.d. Risoluzione Lange (Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 luglio 2015 recante le raccomandazioni del Parlamento europeo alla Commissione sui negoziati riguardanti il partenariato transatlantico su commercio e investimenti (TTIP)), che recepisce subito con favore le prime aperture della Commissione in senso riformista risalenti al maggio 2015.

¹⁴ Per un compendio del sistema ISDS previsto nel CETA, oltre quanto si osserverà *infra*, cfr. M. FRIGO, *La risoluzione arbitrale delle controversie tra investitore straniero e stato*

pea e Canada, recentemente negoziato¹⁵, ma non ancora ratificato¹⁶. Il meccanismo previsto dal CETA è strutturato – se pur con alcuni accorgimenti tesi a smorzarne gli aspetti più criticati – secondo la configurazione storicamente consolidata dell'arbitrato internazionale deputato a risolvere le controversie investitore-Stato; quest'ultima, tuttavia, come proprio la vicenda del TTIP dimostra, è, in ultimo, oggetto di varie proposte di riforma¹⁷. Tutto ciò, peraltro, non esclude, come si vedrà, che potrebbe essere relativamente semplice per un investitore, ove il CETA, o altri trattati, offrirono soluzioni più favorevoli, utilizzare queste ultime, aggirando con un *escamotage* gli strumenti eventualmente previsti nel TTIP¹⁸.

Ma cosa sono le clausole ISDS? E perché possono interessare il costituzionalista?

La devoluzione della competenza a risolvere le controversie investitore-Stato ad un arbitrato internazionale è parte del più ampio capitolo riguardante la protezione degli investimenti¹⁹, che, a sua volta, rappresenta un settore del commercio internazionale o, più ampiamente, del diritto internazionale dell'economia²⁰, costituendo una compo-

ospite negli accordi e nei negoziati commerciali dell'Unione europea, in P. BILANCIA (a cura di), *I negoziati per il partenariato transatlantico*, cit., pp. 199 ss.

¹⁵ La chiusura dei negoziati è datata 26 settembre 2014.

¹⁶ È disponibile la versione consolidata del testo sul sito della Commissione europea, ai seguenti indirizzi internet:

http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf

http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_it.htm.

¹⁷ Sulle sollecitazioni e i progetti inerenti la revisione della regolamentazione in tema di protezione degli investimenti, cfr. *infra*, par. 12.

¹⁸ Si rinvia a quanto osservato *infra*, par. 12.

¹⁹ Per una ricostruzione sintetica ma completa della materia, cfr. F. COSTAMAGNA, *Promozione e protezione degli investimenti esteri nel diritto internazionale*, in A. COMBA (a cura di), *Neoliberalismo internazionale e global economic governance*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 131 ss.; più ampiamente, fra gli altri, si segnala, oltre le opere citate *infra*, G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

²⁰ *Ex multis*, per un approccio generale e sistematico al tema, nella dottrina italiana, cfr. F. GALGANO, F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, v. LIV, Cedam, Padova, 2010; G. PORRO (a cura di), *Studi di diritto internazionale dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2006; si veda anche, per una ricca raccolta di approfondimenti su temi specifici, A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia, Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

nente della *global economic governance*, per molti aspetti, come si vedrà, iconica rispetto alle tendenze in atto.

Si ragiona, dunque, di questioni che concernono il diritto internazionale (commerciale), una materia *apparentemente* estranea al *côté* del costituzionalista: “apparentemente”, perché in realtà, come il presente contributo si propone di evidenziare, numerose sono le tensioni, sì da configurare un aperto conflitto, fra clausole ISDS e Costituzione italiana, nonché fra il canale privilegiato assicurato alla tutela degli investimenti e il costituzionalismo o fra la struttura degli arbitrati e i principi cardine della democrazia²¹.

Le controversie Stato-investitore vengono a porsi come emblema dello scontro fra la tensione di un diritto e di una democrazia, propri del costituzionalismo, che nei suoi geni costitutivi ha la limitazione del potere, nel nome del libero sviluppo della persona, e la vocazione egemonica delle *élites* economico-finanziarie, il cui fine è il conseguimento di livelli sempre più elevati di profitto. È un conflitto fra due prospettive, in senso lato costituzionali, differenti, che coinvolge, specificamente, principi e norme costituzionali, con un impatto – come vedremo – sulla sovranità (degli Stati e popolare), sui principi fondanti l’ordinamento, sulla garanzia dei diritti, sul sistema delle fonti, sul ruolo degli organi costituzionali. I meccanismi ISDS, infatti, *prima facie* esautorano gli organi giudiziari statali, e, indirettamente, data la forza, sanzionatoria e deterrente, che possiedono, comprimono la potestà decisionale degli Stati, a livello politico e normativo. Ciò integra ovviamente un *vulnus* alla sovranità, ma anche una multipla violazione della democrazia (nel senso che intacca, ad esempio, la sovranità popolare, il potere legislativo, la tutela dei diritti, il progetto di emancipazione sociale), aggravata dalla considerazione che i lodi arbitrati si svolgono in un contesto che spesso non risponde a canoni democratici quanto alla legittimazione del potere, al suo controllo, all’organizzazione, al quadro giuridico di riferimento.

²¹ Da ultimo, sull’interesse per il costituzionalismo di un tema, sempre afferente al settore economico, come le agenzie di *rating*, cfr. G. GRASSO, *Rating dei debiti sovrani e diritto costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 1/2015, pp. 87-88, ma anche A. PISANESCHI, *Autorità sovranazionali di regolazione finanziaria e diritto costituzionale: brevi considerazioni*, in *Federalismi.it.*, n. 24/2015, che rileva come le istituzioni economiche sovranazionali pongano «problemi nuovi al diritto costituzionale», non confinabili nel campo del diritto finanziario o commerciale.

Non è nemmeno una questione astratta, per così dire solo di principio, ma possiede rilevanti ricadute concrete, dato che l'attivazione degli arbitrati ISDS è in costante, ed esponenziale, crescita: fra il 2008 ed il 2012 vi sono stati 214 contenziosi (noti), con un aumento dei ricorsi da parte di investitori dell'area europea²².

Nel 2014 sono *noti* – è lo stesso UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*) ad usare tale aggettivo («known»), a dimostrazione dell'opacità che caratterizza la materia – 42 nuovi casi di attivazione del meccanismo ISDS, con un incremento dei ricorsi promossi contro i paesi sviluppati (il 40% rispetto ad uno storico 28%)²³. Il totale dei procedimenti oggi conosciuti è 608²⁴. Sempre restando ai dati relativi al 2014, risultano adottate nel corso dell'anno 43 decisioni, delle quali 34 pubbliche, incluse tre cause correlate nelle quali si ragiona di cifre da capogiro (50 miliardi di dollari)²⁵.

Fra le controversie più famose, ne ricordiamo due: *Lone Pine Resources v. Canada* e *Vattenfall v. Germania*.

La *Lone Pine Resources*, azienda Usa, si appella nel 2013 al *North American Free Trade Agreement* (NAFTA, cap. XI), nei confronti della decisione del Quebec di imporre una moratoria sull'estrazione di gas o petrolio dal *fracking*, per i pericoli che ne possono derivare all'uomo e all'ambiente (Bill 18, *An Act to limit oil and gas activities*, adottato il 13 giugno 2011 dall'Assemblea Nazionale del Quebec). Ad essere eccepite sono in particolare l'espropriazione senza equo indennizzo e la mancanza dei previsti guadagni (ovvero la violazione dell'obbligo di un trattamento giusto ed equo): al governo canadese viene chiesto un risarcimento complessivamente stimato in oltre 250 milioni di dollari²⁶.

²² Dati UNCTAD, citati da Commissione europea, *Protezione degli investimenti e risoluzione delle controversie tra investitore e Stato negli accordi dell'UE*, novembre 2013, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/december/tradoc_151979.pdf.

²³ UNCTAD, *IIA – Issues Note*, n. 1, febbraio 2015 (<http://unctad.org>).

²⁴ UNCTAD, *IIA – Issues Note*, n. 2, maggio 2015 (<http://unctad.org>).

²⁵ Dati UNCTAD (*IIA – Issues Note*, nn. 2 e 5, 2015, cit.).

²⁶ *Lone Pine Resources Inc. v. The Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/15/2; per i relativi atti, cfr. il sito <http://www.italaw.com/cases/1606>, nonché, per una ricostruzione della vicenda, J. JUDGE, *The Impact of Technology on International Arbitration and the Nature of Substantive Claims Asserted in International Arbitration*, in A. W. ROVINE (ed. by), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2013*, Leiden, Netherlands, 2014, pp. 414 ss.; *Quebec Fracking Ban Lawsuit: Lone Pine Resources Wants \$250M From Ottawa*, in *The Huffington Post*, by The Cas-

La *Vattenfall*, multinazionale con sede in Svezia, intenta due procedimenti contro la Germania, nel 2009 e nel 2012, utilizzando lo strumento offerto dall'*Energy Charter Treaty*. Nel primo caso la questione verte sul rilascio dei permessi necessari per la realizzazione di una centrale elettrica a carbone ad Amburgo: la Vattenfall consegue un accordo con il quale, oltre i permessi necessari, ottiene uno “sconto” sulle opere a suo carico previste per ridurre l’impatto ambientale della struttura²⁷. Nel 2012, la causa è mossa in seguito alla decisione dello Stato tedesco di accelerare la dismissione dell’energia nucleare: il costo stimato del procedimento è di 9 milioni di euro, con una richiesta di risarcimento che si aggira intorno ai 4-5 miliardi di euro²⁸.

Fra i meccanismi ISDS maggiormente attivati, figura quello relativo all'*Energy Charter Treaty*, che ha superato il NAFTA, tradizionalmente fra i più invocati²⁹. Le condotte statali che hanno dato adito al maggior numero di controversie sono – come nei due esempi citati – legate ad annullamenti o presunte violazioni dei contratti e a revoche o modifiche nelle licenze, specie nei settori relativi alla produzione e fornitura di energia elettrica (almeno undici casi) e all’estrazione di petrolio e gas o alle miniere (dieci cause)³⁰, spesso in conseguenza di scelte politiche che si traducono in adozione di atti normativi.

Le clausole ISDS, dunque, interessano il diritto costituzionale: il loro rapporto con oggetti di studio classici per il costituzionalista (quali democrazia, sovranità popolare, potere legislativo, potere giudiziario, diritti, sovranità degli Stati) costituisce la trama e il percorso argomentativo del presente intervento. Torniamo, dunque, alla doman-

nadian Press, 23 november 2012 (http://www.huffingtonpost.ca/2012/11/23/quebec-fracking-ban-lawsuit-lone-pine_n_2176990.html).

²⁷ Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/09/6 (cfr. <http://www.italaw.com/cases/1148>); per una sintesi, cfr. *Vattenfall v Germany (Energy Charter Treaty)*, in www.iiapp.org.

²⁸ Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12 (sul sito dell’International Centre for Settlement of Investment Disputes, <https://icsid.worldbank.org>, sono elencate le tappe del procedimento, ma non risultano, ad ottobre 2015, materiali disponibili); cfr., in tema, N. BERNASCONI-OSTERWALDER, M. DIETRICH BRAUCH, *The State of Play in Vattenfall v. Germany II: Leaving the German public in the dark*, in International Institute for Sustainable Development, www.iisd.org, december 2014.

²⁹ UNCTAD, *IIA – Issues Note*, n. 2, maggio 2015, cit.

³⁰ UNCTAD, *IIA – Issues Note*, n. 2, maggio 2015, cit.

da: cosa sono i meccanismi di risoluzione delle controversie investitore-Stato?

2. Le clausole ISDS nel contesto del diritto del commercio internazionale

Senza ovviamente la pretesa di tracciare mappe dettagliate di territori generalmente poco noti al costituzionalista come quelli del commercio internazionale, è necessario inquadrare brevemente il meccanismo ISDS. Come accennato, esso è compreso nel capitolo “protezione degli investimenti”: quest’ultima si sostanzia in misure e garanzie differenti.

Molto sinteticamente, si possono menzionare la protezione dalla discriminazione (la clausola del trattamento della nazione più favorita e del trattamento nazionale); la protezione dall’espropriazione e/o nazionalizzazione (se non in determinati casi, ovvero per ragioni di pubblico interesse e con equo indennizzo)³¹; la protezione dal trattamento discriminatorio e ingiusto (ovvero il principio del trattamento giusto ed equo); la protezione della possibilità di trasferire i capitali.

In questo quadro si situano – quale strumento di garanzia delle (o di alcune delle) tutele citate – i meccanismi di risoluzione delle controversie fra investitore e Stato e, in specie, gli arbitrati internazionali³², i quali permettono agli investitori di denunciare gli Stati di fronte ad un “tribunale internazionale” qualora ritengano di aver subito un danno nei propri investimenti e profitti a causa di norme e politiche statali³³.

³¹ L’indennizzo deve essere “pronto, adeguato ed effettivo”, nel senso di corrispondente al valore di mercato dell’investimento prima della nazionalizzazione o espropriazione, con un evidente favore per l’interesse dell’investitore a discapito dell’interesse pubblico.

³² Per inciso, completando il quadro, si possono ricordare come strumenti per risolvere le controversie tra investitore e Stato, accanto all’arbitrato internazionale, il negoziato, la conciliazione, la mediazione e il ricorso ai tribunali nazionali.

³³ Si tratta di ipotesi – specifica la Commissione europea (*Protezione degli investimenti*, novembre 2013, cit.) – che non riguardano qualsiasi diminuzione di profitto causata da normative statali, ma la violazione delle garanzie previste dagli accordi; queste ultime, tuttavia, anche nel caso di protezione ad esempio (solo) dal trattamento discriminatorio e ingiusto, paiono fornire comunque agli investitori una garanzia sia strutturalmente ampia sia connotata da confini labili e arbitrari.

Essi risalgono agli anni Sessanta³⁴, conoscono un'espansione nel periodo del liberismo thatcheriano e reaganiano³⁵, e sono previsti nella maggior parte dei trattati bilaterali di investimento (*Bilateral Investment Treaties*, BIT)³⁶, quali quelli – circa 1400 – siglati da Stati membri dell'Unione europea con Paesi terzi o, dopo le nuove competenze attribuite all'UE, direttamente da quest'ultima con Stati terzi³⁷; negli accordi di libero scambio (*Free Trade Agreements*, FTA), come il NAFTA, stipulato fra Stati Uniti, Canada e Messico, in vigore dal 1994³⁸; e in accordi internazionali sul commercio, come l'*Energy Charter Treaty* (in vigore dal 1998, sottoscritto da 52 Stati, l'UE e l'Euratom)³⁹. Si stima che a livello mondiale oggi siano in vigore oltre 3400 accordi bilaterali o multilaterali che contengono disposizioni per proteggere gli investimenti (alle quali sono collegati i sistemi ISDS)⁴⁰.

Fra le sedi arbitrali specializzate, emerge il ruolo svolto dall'ICSID, l'*International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, previsto dal 1966 presso la Banca Mondiale (BM), che ne ha promosso l'istituzione, avvenuta con la Convenzione ICSID (Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti

³⁴ Tra i primi trattati bilaterali di investimento, che prevedono il meccanismo ISDS, si ricorda l'accordo concluso nel 1959 tra la Germania e il Pakistan.

³⁵ Cfr. UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development, *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, UNCTAD/ITE/IIA/2): «the number of treaties quintupled during the decade, rising from 385 at the end of the 1980s to 1,857 at the end of the 1990s», coinvolgendo 173 Stati; al 2007, i BIT sono già circa 3000 (P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 249).

³⁶ Sui BIT, ci si limita a segnalare R. DOLZER, M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1995; M. R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e protezione degli investimenti*, Giappichelli, Torino, 2003.

³⁷ Ai sensi dell'art. 3, c. 1, lett. e), TFUE, l'UE ha competenza esclusiva in materia di politica commerciale comune; per un primo riferimento, ed altre indicazioni bibliografiche, cfr. F. MARRELLA, S. DE VIDO, *Sugli investimenti esteri diretti regolati dai nuovi accordi commerciali dell'Unione europea*, in B. CORTESE (a cura di), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Giappichelli, Torino, 2014.

³⁸ Il NAFTA viene concluso il 17 novembre 1992 ed entra in vigore il 1 gennaio 1994; nello stesso periodo, con il Trattato di Asunción del 26 marzo 1991, siglato tra alcuni Paesi del Sudamerica (Argentina, Brasile, Paraguay e Uruguay, a cui si aggiungono successivamente Venezuela e, in corso di adesione nel 2015, Bolivia), nasce il *Mercado Común del Sur* (MERCOSUR), nell'ambito del quale – specie con il Protocollo di Olivos del 1 febbraio 2002, in vigore dal 1 gennaio 2004 – si prevede la possibilità di rivolgersi, oltre che ai sistemi previsti nel contesto del MERCOSUR, a meccanismi di arbitrato internazionale.

³⁹ L'*Energy Charter Treaty* (che segue la Carta europea dell'energia del 1991, priva di efficacia vincolante) viene siglato il 17 dicembre 1994 ed entra in vigore il 16 aprile del 1998.

⁴⁰ Cfr. Commissione europea, *Protezione degli investimenti*, novembre 2013, cit., p. 4.

tra Stati e cittadini di altri Stati), detta anche Convenzione di Washington, adottata il 18 marzo 1965, ed entrata in vigore il 14 ottobre 1966, trenta giorni dopo la ratifica da parte dei primi 20 Stati⁴¹. Ad oggi l'ICSID conta 159 Stati aderenti⁴².

La risoluzione delle controversie presso l'ICSID avviene applicando la citata Convenzione di Washington del 1965 o il Meccanismo Supplementare (*Additional Facility Rules*). Quest'ultimo, introdotto dal Consiglio di amministrazione dell'ICSID il 27 settembre 1978, viene utilizzato in materia di investimenti quando lo Stato interessato o lo Stato nazionale dell'investitore non sono parte della Convenzione di Washington⁴³ e dà luogo a sentenze arbitrali non immediatamente efficaci⁴⁴.

Altro sistema spesso previsto è quello fondato sul Regolamento di arbitrato dell'UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), approvato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 15 ottobre 1976, definito arbitrato «non amministrato»⁴⁵, in quanto contiene regole, o, meglio, un modello di clausole, in relazione al procedimento arbitrale, senza prevedere una istituzione arbitrale permanente⁴⁶.

Attualmente esistono tre versioni del Regolamento di arbitrato UNCITRAL: quella del 1976, la versione rivista e integrata del 2010 e infine quella aggiornata al 2013 (con l'inclusione di una norma relativa al «Regolamento sulla Trasparenza», *Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration*, entrata in vigore il 1 aprile 2014)⁴⁷.

⁴¹ L'Italia ha ratificato la Convenzione con L. 10 maggio 1970, n. 1093 (ed essa è entrata in vigore, con il deposito della ratifica, il 18 aprile 1971).

⁴² Dati dal sito ICSID, <https://icsid.worldbank.org> (aggiornati ad ottobre 2015).

⁴³ Oppure, ma non rileva in questa sede, quando la controversia non deriva direttamente da un investimento.

⁴⁴ Le sentenze arbitrali in questi casi non godono delle norme della Convenzione di Washington in tema di *exequatur* ma devono essere sottoposte al procedimento di riconoscimento ed esecuzione previsto in via generale per le sentenze arbitrali dalla Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere.

⁴⁵ *Ex multis*, cfr. P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio*, cit., p. 126.

⁴⁶ Nel silenzio del contratto e nell'inerzia delle parti, tuttavia, un ruolo nell'individuazione dell'autorità competente a nominare gli arbitri è affidato al Segretario Generale della Corte Permanente di Arbitrato dell'Aja.

⁴⁷ Sempre in ambito UNCITRAL, in materia di arbitrato internazionale, è da segnalare anche l'adozione della Legge modello sull'Arbitrato Commerciale Internazionale, adottata nel 1985 e modificata nel 2006 (*UNCITRAL Model Law On International Commerce*

Vi sono quindi tutta una serie di arbitrati, come l'Istituto arbitrale della Camera di Commercio di Stoccolma, la *London Court of International Arbitration* (LCIA), la Corte Internazionale di Arbitrato della Camera di Commercio Internazionale di Parigi (ICC)⁴⁸; per tacere dei sistemi con competenze più ampie, come la Corte Permanente di Arbitrato dell'Aja (CPA), istituita con la Convenzione del 1899 (poi confermata e rivista nel 1907), o, in materia di contenzioso fra i membri dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC, più nota come WTO, *World Trade Organization*), l'Organo di risoluzione delle controversie (*Dispute Settlement Body*, DSB), una delle vesti che assume il Consiglio Generale dell'Organizzazione Mondiale del Commercio⁴⁹.

Fra le fonti internazionali, in tema di arbitrato, si possono menzionare il Protocollo di Ginevra del 24 settembre 1923 sulle clausole arbitrali, la Convenzione di Ginevra del 26 settembre 1927 sull'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, la Convenzione di New York del 10 giugno 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere. Tali fonti si raccordano quindi con i vari sistemi continentali (da citare è in specie la Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale, firmata a Ginevra il 21 aprile 1961), multilaterali e bilaterali, con le discipline nazionali, con la *lex mercatoria* e – *last but not least* – con lo spazio lasciato all'autonomia contrattuale, ovvero alla volontà delle parti⁵⁰.

Tornando in specifico ai meccanismi in tema di protezione degli investimenti, è da rilevare come, fra gli accordi regionali prima citati, sia il NAFTA (cap. XI, art. 1120) sia l'*Energy Charter Treaty* (art. 26, c. 4, lett. a) e b)) prevedano la possibilità di utilizzare per la risoluzione

Arbitration, UN Doc. A/40/17), che consiste in una proposta di regolazione della materia rivolta agli Stati, che dovrebbero utilizzarla come riferimento nel legiferare sul tema.

⁴⁸ Per un primo approccio, cfr. P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio*, cit., pp. 116 ss.

⁴⁹ *Ex multis*, cfr. P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, Cedam, 2002.

⁵⁰ Un riferimento sintetico alle varie fonti è presente, fra gli altri, in G. CARELLA, *Le fonti dell'arbitrato*, in M. V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Cedam, Padova, 2010, pp. 549 ss.; sempre nello stesso volume, sottolineano la centralità, fra le fonti dell'arbitrato internazionale, della volontà delle parti, F. BESTAGNO, D. RUSSETTI, *L'organo arbitrale*, p. 714.

ne delle controversie la Convenzione di Washington del 1965 (la fonte convenzionale più importante in materia), il Meccanismo Supplementare e il Regolamento arbitrale dell'UNCITRAL⁵¹. Anche molti BIT fanno riferimento ai meccanismi istituiti presso l'ICSID; per tutti, si può ricordare il CETA, il cui cap. X, sez. 4, affida un ruolo privilegiato all'ICSID, al suo Meccanismo Supplementare e alle Regole UNCITRAL.

3. L'International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) presso la Banca Mondiale e la global economic governance

Oggetto di questo studio sono in specie i procedimenti arbitrari previsti dalla Convenzione di Washington presso l'ICSID, la tipologia più rilevante di meccanismi di risoluzione delle controversie investitore-Stato.

Il Centro Internazionale per la Risoluzione di Controversie in materia di Investimenti è stato istituito, come anticipato, con la Convenzione di Washington del 1965, sotto l'egida della Banca Mondiale, con sede presso la Banca Internazionale per la Ricostruzione e lo Sviluppo (BIRS) a Washington D.C. Esso è una istituzione internazionale autonoma, dotata di personalità giuridica internazionale⁵², ma mantiene un legame con la Banca Mondiale.

L'ICSID, infatti, fa parte del Gruppo Banca Mondiale: come è noto, quest'ultimo è formato dalla Banca Mondiale (di cui fanno parte la Banca Mondiale per la Ricostruzione e lo Sviluppo, IBRD, e l'Associazione Internazionale di Sviluppo, IDA), dalla Società Finanziaria Internazionale (IFC), dall'Agenzia Multilaterale per la Garanzia degli Investimenti (MIGA) e, per l'appunto, dal Centro Internazionale per la Risoluzione delle Controversie in materia di Investimenti.

Come si legge sul sito della *World Bank*, si tratta di «cinque istituzioni distinte, ma tra loro fortemente legate da una comune vocazione

⁵¹ L'*Energy Charter Treaty* contempla anche la possibilità di ricorrere al Regolamento dell'Istituto Arbitrale della Camera di Commercio di Stoccolma (art. 26, c. 4, lett. c)), accanto al ricorso a corti e tribunali amministrativi del Contraente (art. 26, c. 2), e previa ricerca di una risoluzione amichevole della controversia (art. 26, c. 1).

⁵² Convenzione di Washington, art. 18 (si cita dalla traduzione non ufficiale pubblicata nella G.U. 12 gennaio 1971, n. 8).

istituzionale»⁵³, che operano attraverso una «*close coordination*»⁵⁴: l'ICSID, dunque, è pienamente inserito nel sistema delle istituzioni economico-finanziarie deputate a governare la globalizzazione economica. Del resto, il Presidente della Banca Mondiale è di diritto Presidente del Consiglio di Amministrazione dell'ICSID⁵⁵.

Esso è parte, dunque, della c.d. *global economic governance*, che contempla, oltre le citate istituzioni internazionali, *corporations* multinazionali, *law firms*, e – ma non in posizione privilegiata – gli Stati.

È un sistema di *governance* fluido, liquido per dirlo à la Bauman, con la precisazione però che non si deve scambiare la liquidità per debolezza, essendo anzi altissimo il grado di coercitività di tale ordinamento, anche se il diritto è sempre più deformalizzato, privatizzato e contrattualizzato. È un diritto che proviene sempre meno dalle convenzioni internazionali e sempre più dai modelli contrattuali elaborati dagli uffici legali delle grandi multinazionali⁵⁶, con una palese indifferenza per criteri di legittimazione e processi democratici: in questo senso è fluido e flessibile, non certo perché non sia coattivo.

Esemplare di questo tipo di rapporto economia-politica-diritto è la risposta di Sergio Marchionne, amministratore delegato di FCA e presidente di CNH Industrial, alla domanda «lei non si sente in qualche modo gestito dai politici?»: «Assolutamente no. Zero. Ma proprio zero. Quello che i politici possono fare è fissare norme che mi obblighino ad adeguarmi. In ultima analisi, però, sta a me decidere: se mi conviene mi adeguo, altrimenti cerco, nei limiti della legalità ovviamente, di trovare alternative»⁵⁷.

Le grandi *corporations* acquistano un peso sempre maggiore, con una concentrazione di potere, che, muovendo dal settore economico,

⁵³ <http://web.worldbank.org>.

⁵⁴ <http://www.worldbank.org/en/about/history>.

⁵⁵ Convenzione di Washington, art. 5.

⁵⁶ Restando alla dottrina italiana, in questo senso, cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 245; D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 88 ss.; sul ruolo e sul legame delle *transnational corporations* e delle *law firms*, quali «braccio giuridico» delle prime (p. 107), nonché in senso ampio, sul diritto e sugli attori, istituzionali e privati, della globalizzazione economica, cfr. M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna, 2000.

⁵⁷ S. MARCHIONNE, «*Il mondo secondo Marchionne*», conversazione a cura di L. CARACIOLO e F. MARONTA, in *Limes*, n. 10/2015, p. 273.

pervade la sfera politica e il campo normativo⁵⁸. Gli stessi tentativi di circoscrivere la libertà di azione delle imprese transnazionali tradiscono spesso paradossalmente la loro capacità di influenza.

Un esempio recente: il 14 luglio 2014 il Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite ha approvato una Risoluzione sulla *Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*, detta “Risoluzione Ecuador”, dal Paese primo firmatario⁵⁹.

L'intento è sviluppare, mutandone l'approccio, la responsabilità sociale delle imprese, trasferendola dalla *soft law*, al quale oggi è rimessa, all'*hard law*, con l'obiettivo di un progressivo passaggio da un regime di “autogestione”, ovvero dalla volontaria sottoscrizione da parte delle imprese, alla previsione del rispetto di standard obbligatori stabiliti da istituzioni ed agenzie internazionali⁶⁰: un passo nel senso della limitazione del potere (economico) e, quindi, dell'evoluzione del costituzionalismo, internazionale o globale⁶¹.

Tuttavia si tratta di una risoluzione: un atto, dunque, non giuridicamente vincolante; inoltre, Paesi “pesanti”, come Stati Uniti e molti Stati dell'Unione europea (fra i quali l'Italia), hanno votato contro la

⁵⁸ *Ex multis*, cfr. J. H. ZUBIZARRETA, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa*, Hegoa, Bilbao, 2009, ma anche ID., *The new global corporate law*, in N. BUXTON, M. BÉLANGER DUMONTIER (eds.), *State of Power 2015. An annual anthology on global power and resistance*, The Transnational Institute, Amsterdam, 2015, p. 6; Centro Nuovo Modello di Sviluppo, *Top200, La crescita del potere delle multinazionali*, in www.cnms.it, ottobre 2015.

⁵⁹ A/HRC/RES/26/9. Per un primo breve commento al testo della Risoluzione, cfr. A. JR GOLIA, *Responsabilità delle imprese transnazionali e “Risoluzione Ecuador” delle Nazioni Unite: uno strumento per la costituzionalizzazione del diritto internazionale?*, in Forumcostituzionale.it, 29 maggio 2015.

⁶⁰ Vari sono stati nel corso degli anni i tentativi di regolazione della responsabilità sociale delle imprese, tutti peraltro semplicemente esortativi; cfr., ad esempio, c.d. *Global Compact* dell'ONU (1999), la *Tripartite Declaration Concerning Multinational and Social Policy* dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (1977-2000) e le *Guidelines for Multinational Enterprises* del 2000 dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (2000). Per una prima ricognizione della materia, cfr. F. MARRELLA, *Regolazione internazionale e responsabilità sociale delle imprese multinazionali*, in A. PERULLI (a cura di), *L'impresa responsabile. Diritti sociali e corporate social responsibility*, Halley, 2007; A. ODDENINO, *Attuali prospettive di regolazione internazionale dell'attività delle imprese multinazionali*, in G. PORRO (a cura di), *Studi di diritto internazionale dell'economia*, cit., pp. 61 ss.

⁶¹ Per una disamina di varie tesi in tema di costituzionalismo globale o internazionalizzazione del diritto costituzionale, cfr., da ultimo, R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014.

sua adozione⁶². Quanto poi al contenuto, la Risoluzione, premesso un apprezzamento per il ruolo delle imprese transnazionali, prevede, considerando anche il loro possibile impatto negativo sulla tutela dei diritti umani, l'istituzione di un gruppo di lavoro intergovernativo, con il mandato di elaborare uno strumento giuridicamente vincolante per regolare le attività delle imprese, con il coinvolgimento degli Stati e degli *stakeholders*.

Ora, senza misconoscere l'importanza di iniziare a ragionare della necessità di limitare, con un atto giuridicamente vincolante, le *corporations*, vi sono più elementi – il tipo di atto, l'analisi del voto e il contenuto – che mostrano la forza della globalizzazione economica e la debolezza del “costituzionalismo globale”. Ciò, fermo restando che una lettura disincantata non deve tradursi in una passiva accettazione ma deve costituire uno stimolo a pensare e ad elaborare strumenti in grado di arginare e controllare – e, perché no?, indirizzare – il potere economico.

Dunque, una globalizzazione economica dove dominano le multinazionali e dove, quindi, il principio fondante è la ricerca del profitto.

Quanto alle istituzioni economiche internazionali, quali Banca Mondiale, Fondo Monetario Internazionale (FMI) e Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO), esse si conformano alla scarsa attenzione per la democrazia che impera nella *global economic governance* e si mostrano fedeli portavoce del neoliberalismo, interpretato secondo le più rigide (ovvero, le più labili) regole del libero mercato, in sistematica collusione con le imprese transnazionali.

Restando sul piano dei principi, sia sufficiente qui, quanto al Fondo Monetario Internazionale e all'Organizzazione Mondiale per il Commercio, rilevare come fine principale del primo sia la stabilità del sistema monetario (e finanziario), da perseguire attraverso la cooperazione fra gli Stati, in considerazione dell'interdipendenza dell'economia e nella prospettiva della crescita economica e dell'espansione del commercio internazionale. Lo sviluppo di quest'ultimo costituisce, quindi, lo scopo specifico del WTO ed è perseguito attraverso strumenti che assicurino al commercio libertà e pre-

⁶² La Risoluzione è stata approvata con 20 voti a favore, 14 contro e 13 astensioni. Fra gli Stati che hanno votato a favore: Cina, Federazione Russa, India, vari Paesi africani, qualche Paese asiatico, Cuba e Venezuela; contro si sono espressi, fra gli altri, Germania, Stati Uniti, Francia, Italia, Giappone, Regno Unito.

vedibilità; di conseguenza, fra gli obiettivi vi sono l'eliminazione delle barriere commerciali, la creazione di un mercato competitivo (senza, ad esempio, sovvenzioni alle esportazioni o misure analoghe), l'applicazione tra i membri del principio di non discriminazione.

La Banca Mondiale individua, invece, le sue priorità odierne nella lotta alla povertà e nel sostegno allo sviluppo, ma basta considerare le sue politiche e, in specie, la sua attività prevalente, cioè l'erogazione di aiuti finanziari, per notare come ciò avvenga in perfetta consonanza rispetto alla prospettiva del libero mercato. I finanziamenti concessi dalla BM sono infatti subordinati al rispetto delle clausole di condizionalità, in base alle quali il Paese beneficiario deve adottare politiche macroeconomiche orientate nel senso della liberalizzazione, privatizzazione e deregolamentazione (specie in relazione ai servizi sociali)⁶³.

Quando poi si passi a considerare la struttura di FMI, WTO e BM, è facile riscontrare come le regole di organizzazione e di funzionamento non rispettino canoni democratici quanto piuttosto la forza economica.

I sistemi di voto utilizzati sono in vario modo ponderati in relazione alle quote versate dagli Stati, ovvero su base censitaria e diseguale⁶⁴, sul modello delle società di capitale e non di un ordinamento democratico.

La composizione degli organi mostra come vi sia una distanza siderale rispetto alla legittimazione democratica, che è adombrata solo nella riconducibilità dei membri all'esecutivo nazionale (laddove essi siano ministri) o, in forma ancora più indiretta, nella previsione di una loro nomina governativa (come spesso accade quando i membri sono i governatori delle banche centrali). Il *Board of Governors* – l'organo di vertice – della Banca Mondiale, ad esempio, è composto da un Governatore e da un sostituto per ciascun Paese membro, nominati per 5 anni, e la carica di Governatore è per lo più ricoperta dal governatore

⁶³ Tale richiesta si accompagna a quella di riforme strutturali (nella prospettiva di sostenere un "buon governo").

⁶⁴ Per riferimenti più specifici sui sistemi di voto nelle varie organizzazioni che compongono il Gruppo BM, cfr. <http://www.worldbank.org/en/about/leadership/VotingPowers>; per una prima disamina del voto ponderato in seno alla BM e al FMI, si veda C. ZANGHÌ, *Diritto delle Organizzazioni internazionali*, Giappichelli, Torino, 2013, che ricorda anche come, a fronte della palese violazione dell'eguaglianza fra Stati, siano state adottate riforme nel senso di una attenuazione della diseguaglianza.

della banca centrale o dal ministro delle finanze. Quanto all'organo amministrativo – il *Board of Executive Directors* – al quale sono generalmente delegati i poteri del *Board of Governors*, esso riflette la disegualianza fra gli Stati: è composto da 25 Direttori esecutivi nominati o eletti dai paesi membri (i cinque principali azionisti, Francia, Germania, Giappone, Regno Unito, Stati Uniti, esprimono ciascuno un Direttore; gli altri Paesi i rimanenti 20).

Dunque, quanto all'ICSID, in prima istanza si può constatare come sia incardinato in una struttura di governo, che, se pur in questa sede solo sommariamente evocata, appare non democratica e fondata su principi (il perseguimento di un neoliberalismo inteso in senso ortodosso) difficilmente compatibili con la prospettiva dell'eguaglianza (formale e sostanziale), del libero sviluppo della persona, della limitazione del potere.

L'organizzazione, poi, dell'ICSID prevede, come detto, un Presidente (*ex officio* il Presidente della BM), un Consiglio di amministrazione e un Segretariato. Il Consiglio di amministrazione è formato da un rappresentante per ciascuno Stato membro e fra i suoi compiti più significativi sono da annoverare l'approvazione dei regolamenti procedurali relativi alla conciliazione e all'arbitrato e l'adozione del bilancio annuale del Centro⁶⁵. Degna di nota è la previsione di un voto che, a differenza di quanto avviene nella BM e nel FMI, è riconosciuto a ciascuno Stato, a prescindere dal peso economico. Quanto al Segretariato, esso è composto dal Segretario generale, da uno o più Segretari generali aggiunti e dal personale. I segretari generali sono eletti dal Consiglio di amministrazione, a maggioranza dei due terzi dei membri, su designazione del Presidente⁶⁶. Il Segretario generale appare figura centrale nell'organigramma dell'ICSID, essendo a lui affidata la rappresentanza legale del Centro, la sua direzione, la responsabilità dell'amministrazione (compreso il reclutamento del personale)⁶⁷. La nota "positiva" della previsione di un Consiglio che vede la partecipazione paritaria di tutti gli Stati si stempera nei poteri riconosciuti ad un organo monocratico (il Segretario generale), eletto sì con maggioranza qualificata, ma designato dal Presidente della Banca Mondiale.

⁶⁵ Convenzione di Washington, art. 4 e 6.

⁶⁶ Convenzione di Washington, artt. 9 e 10.

⁶⁷ Convenzione di Washington, art. 11.

4. L'ISDS quale obbligo internazionale: posizione nel sistema delle fonti e vincoli costituzionali

Ciò precisato, si può iniziare l'analisi dell'arbitrato, verificando la sua coerenza rispetto al contesto costituzionale, inteso *ça va sans dire* in senso prescrittivo, come diritto che concerne i principi, i diritti e l'organizzazione propri di uno Stato democratico, che limita il potere nella prospettiva della garanzia delle libertà e della separazione dei poteri, nel senso sintetizzato all'art. 16 della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e poi sviluppato con l'evoluzione del costituzionalismo moderno sino alla sua versione «emancipante»⁶⁸ della metà del XX secolo.

All'ICSID, come abbiamo visto, devolvono la risoluzione dei contenziosi investitore-Stato molti BIT (fra i quali, da ultimo, il CETA), nonché importanti accordi multilaterali di libero scambio, come il NAFTA, o trattati internazionali sul commercio, come l'*Energy Charter Treaty*: esso, dunque, nasce da un trattato fra Stati (la Convenzione di Washington del 1965) e interviene in ragione di un accordo sottoscritto fra Stati.

Quali sono i limiti che circoscrivono il potere dello Stato – e, nel caso specifico, di quello italiano – nel sottoscrivere obblighi ed impegni nei confronti di altri Stati o soggetti presenti nella comunità internazionale?

In primo luogo, senza dubbio imprescindibile è l'osservanza dei principi fondamentali della Costituzione. Essi rappresentano «gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale», in quanto tali sottratti alla revisione costituzionale e costituenti un limite rispetto all'ingresso del diritto internazionale, consuetudinario e pattizio, così come un controlimite rispetto alle norme comunitarie (nonché a quelle concordatarie): la giurisprudenza costituzionale in proposito è chiara e costante⁶⁹.

Quanto in particolare al diritto internazionale convenzionale pare poi utile richiamare sinteticamente, aprendo una breve parentesi, la sua posizione nel sistema delle fonti. Innanzitutto si può ricordare co-

⁶⁸ Cfr. A. DI GIOVINE, M. DOGLIANI, *Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, in *Quest. giust.*, n. 2/1993, pp. 321 ss.

⁶⁹ Da ultimo, Corte cost., sent. n. 238 del 2014 (spec. *Considerato in diritto*, 3.2.).

me, in assenza di specifici riferimenti nel testo costituzionale l'interpretazione prevalente assegni al trattato la stessa forza ed efficacia della fonte interna di adattamento, per cui, se, come avviene solitamente, si procede alla ratifica e all'esecuzione del trattato con legge ordinaria, quest'ultimo avrà la posizione e l'efficacia di una norma primaria. La riforma del Titolo V della Costituzione (legge cost. n. 3/2001) ha peraltro modificato – come è noto – parzialmente il quadro⁷⁰, aprendo alla possibilità che le norme internazionali fungano da norma interposta nel determinare l'incostituzionalità, per violazione del rispetto degli obblighi internazionali sancito dall'art. 117, c. 1, di norme legislative interne con esse in contrasto. La Corte costituzionale, con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, confermate da pronunce successive⁷¹, ha chiarito la portata del nuovo testo dell'art. 117, c. 1: «se da una parte [esso] rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU [n.d.r.: nel caso di specie le norme interposte nel giudizio] rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale»⁷². Gli obblighi internazionali, detto altrimenti, integrano e rendono operativo il parametro costituito dall'art. 117, c. 1, Cost.

Le norme che prevedono obblighi internazionali, cioè le norme interposte, possiedono in tal modo una particolare forza, ma non acquistano per questo una posizione costituzionale: esse rimangono ad un livello sub-costituzionale o, meglio, al livello proprio della fonte che le ha introdotte nell'ordinamento⁷³ (diversamente dalle norme che hanno una specifica copertura costituzionale come quella assicurata alle fonti comunitarie dall'art. 11 o alle consuetudini internazionali dall'art. 10, c.1). La Corte costituzionale, in proposito, afferma, in relazione alle norme della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), ratificate e rese

⁷⁰ Il novellato primo comma dell'art. 117 stabilisce che «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

⁷¹ Cfr., ad esempio, Corte cost., sentt. nn. 39 e 311 del 2009.

⁷² Corte cost., sent. n. 348 del 2007.

⁷³ Da ciò evidentemente consegue che nel caso in cui l'adattamento avvenga con legge costituzionale le norme internazionali saranno di livello costituzionale.

esecutive in Italia con legge ordinaria, la l. 4 agosto 1955, n. 848, che la loro funzione quali norme interposte non significa che esse «acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale»: «si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale», per cui «è necessario che esse siano conformi a Costituzione»⁷⁴. Lo scrutinio di costituzionalità non si limita, dunque, in queste ipotesi alla lesione dei principi e dei diritti fondamentali, ma si estende «ad ogni profilo di contrasto fra le “norme interposte” e quelle costituzionali»⁷⁵. La valutazione della conformità a Costituzione delle norme internazionali integrative del parametro di costituzionalità «è assoluta e inderogabile», per evitare il paradosso che una norma legislativa sia dichiarata incostituzionale in relazione ad un'altra norma sub-costituzionale anch'essa contrastante con la Costituzione⁷⁶. Nell'ipotesi in cui la norma interposta risulti in contrasto con una norma costituzionale, la Corte dichiara «l'inefficacia della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano»⁷⁷.

Ora, la legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione ICSID (L. 10 maggio 1970, n. 1093)⁷⁸ è una legge ordinaria, che contempla, come è prassi, l'autorizzazione alla ratifica⁷⁹ e contestualmente l'ordine di esecuzione («piena ed intera esecuzione è data...»)⁸⁰. Essa, dunque, da un lato, può vantare una resistenza passiva a norme primarie posteriori in contrasto con gli obblighi internazionali che dalla stessa sorgono; dall'altro, è tenuta ad osservare non solo i principi fondamentali ma anche tutte le norme di rango costituzionale.

A ciò è da aggiungersi la considerazione che anche qualora non si accertasse *ab origine* un vizio di legittimità costituzionale della legge di ratifica ed esecuzione, permane la necessità di operare comunque

⁷⁴ Corte cost., sent. n. 348 del 2007.

⁷⁵ Corte cost., sent. n. 348 del 2007.

⁷⁶ Corte cost., sent. n. 348 del 2007.

⁷⁷ Corte cost., sent. n. 348 del 2007.

⁷⁸ Analogo discorso può essere fatto per la legge 10 novembre 1997, n. 415, a proposito dell'*Energy Charter Treaty*.

⁷⁹ Non avrebbe potuto essere altrimenti, stante la lettera dell'art. 80 Cost.: «le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi».

⁸⁰ Cfr. rispettivamente gli articoli 1 e 2 della l. 10 maggio 1970, n. 1093.

un «bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione»⁸¹.

Nel ragionare di vincoli costituzionali rispetto agli obblighi che lo Stato può contrarre nei confronti di soggetti appartenenti alla comunità internazionale, un posto di rilievo spetta all'art. 11 Cost., nel caso di specie relativamente alla previsione che l'Italia «consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo»⁸².

Come è noto, l'organizzazione internazionale alla quale pensava il costituente erano le Nazioni Unite, mentre storicamente l'art. 11 è stato utilizzato per fornire copertura costituzionale al processo di integrazione europea. Quanto alle istituzioni economiche internazionali, come BM, FMI e WTO, da un lato, è da escludersi, stante la loro natura, struttura e obiettivi, che l'art. 11 possa fungere da fonte legittimante limitazioni di sovranità *à la* Unione europea. Dall'altro lato, resta che l'art. 11 delinea i parametri che devono ispirare e delimitare gli obblighi internazionali contratti dallo Stato, specie quando essi, se pur non nelle forme di diretta applicabilità del diritto derivato proveniente da una organizzazione sovranazionale, come nel caso dell'Unione europea, danno luogo, di diritto e di fatto, a restrizioni della sovranità statale. Fra le domande, alle quali si cercherà di rispondere, analizzando nel dettaglio la procedura ISDS, vi sono, dunque, quelle relative alle limitazioni di sovranità: sussistono in tale ipotesi? E, se si ritengono esistenti, come si pongono in relazione ai fini di pace e giustizia fra le Nazioni? E, ancora, quali sono le implicazioni della clausola delle «condizioni di parità con gli altri Stati»?

Ma, soprattutto, occorrerà valutare, più ampiamente, la compatibilità del meccanismo di risoluzione delle controversie investitore-Stato con il rispetto, *in primis* dei principi fondamentali, e, quindi, di tutte le norme costituzionali. Le possibilità sono, alla luce del

⁸¹ Corte cost., sent. n. 348 del 2007.

⁸² Da ultimo, sull'art. 11 Cost., anche per riferimenti bibliografici precedenti, si veda L. CARLASSARE, *L'art. 11 Cost. nella visione dei Costituenti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2013.

quadro descritto *ante*, di riscontrare sia una incostituzionalità *tout court* degli obblighi internazionali sia una incostituzionalità derivata quale esito del bilanciamento fra tali obblighi e altri interessi costituzionalmente tutelati.

L'indagine andrà condotta su due livelli: quello *ex lege*, relativo alla lettera delle norme, e quello di fatto, considerando le prassi e gli effetti concreti del meccanismo ISDS. Ciò sia perché si interpreta in senso sostanziale, e non meramente formale, il rispetto della Costituzione, nella prospettiva dell'effettività, sia perché ci si muove in un campo – quello del commercio internazionale – dove il diritto è dominato da fatti e consuetudini, più che da regole predisposte secondo procedimenti formali prestabiliti.

Ora, quanto ai fini di pace e giustizia e al rispetto dei principi fondamentali, fra i quali certamente la centralità della persona e il perseguimento del suo libero sviluppo (principio personalista)⁸³, strettamente connessi al principio di eguaglianza (formale e sostanziale) e a quello di solidarietà, per non scomodare il principio democratico, non si può non rilevare *prima facie*, come già anticipato, una tensione con uno strumento – l'ISDS – che, come argomentato, è parte di una *governance* mondiale dove sono egemoni i principi del modello economico neoliberista e dove la protezione degli investitori costituisce in sé un fine (in ipotesi, e in concreto, anche contro la tutela della persona)⁸⁴. Non si contempla nemmeno la possibilità che gli investimenti possano produrre effetti nocivi e, per questo, debbano essere non tanto protetti, quanto circoscritti e limitati⁸⁵, come, invece, ad esempio, è sostenuto nella *Public Statement on the International Investment Regime* (31 agosto 2010) sottoscritta da numerosi accademici di vari

⁸³ Sul ruolo del principio personalista, e, in specie, sulla sua eccedenza assiologica, cfr., fra gli altri, A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it*, n. 17/2013; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2011.

⁸⁴ *Contra* questa prospettiva cfr. la *Public Statement on the International Investment Regime*, 31 agosto 2010: «the protection of investors, and by extension the use of investment law and arbitration, is a means to the end of advancing the public welfare and must not be treated as an end in itself» (il testo è disponibile sul sito della Osgoode Hall Law School, <http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement-international-investment-regime-31-august-2010/>).

⁸⁵ Nella Convenzione di Washington, al primo *Considerando*, si sottolinea *tout court* il ruolo svolto dagli «investimenti privati internazionali», ruolo dal quale discende l'opportunità di istituire un meccanismo internazionale per le controversie che possano sorgere in materia fra gli Stati e i soggetti (*alias* investitori) appartenenti ad altri Stati.

Paesi⁸⁶. È evidente la distanza con una prospettiva costituzionale, come quella italiana, che, nel disciplinare la libertà di attività economica, «dubita che il suo esercizio sia di per sé in armonia con il bene comune»⁸⁷.

Quanto in specifico alla «giustizia», che l'articolo 11 declina come «fra le Nazioni», due istantanee fotografano nitidamente la sua assenza nel caso di specie. Prima: utilizzando il grandangolo e ragionando sugli effetti del neoliberalismo, nel cui orizzonte sono iscritti i meccanismi ISDS, è pacifico constatare come esso produca e acuisca le diseguglianze (fra i Paesi e fra le persone)⁸⁸. Seconda: pensando alla giustizia come «condizioni di parità» tra gli Stati, le condizioni di parità risultano negate in maniera lampante dall'immagine del voto ponderato (in uso, come detto, non direttamente nell'ICSID, ma un *must* nelle sue istituzioni di riferimento).

Da un lato, la centralità della persona, l'eguaglianza, la limitazione del potere; dall'altro, la centralità del profitto, una diseguglianza strutturale (come meglio si argomenterà *infra*), un potere che costitutivamente si propone di essere *legibus solutus* (il “libero” mercato).

Dunque, pare riscontrabile un contrasto fra l'approccio ISDS e i principi fondamentali della Costituzione; ma, prima di concludere in tal senso, conviene analizzare il funzionamento dell'arbitrato investitori-Stati.

5. La competenza dell'ICSID e i rapporti con la giurisdizione statale

Il Centro internazionale per il regolamento delle controversie relative agli investimenti ha competenza, in base alla Convenzione di Wa-

⁸⁶ Nei principi generali, i sottoscrittori sostengono che: «Foreign investment may have harmful as well as beneficial impacts on society and it is the responsibility of any government to encourage the beneficial while limiting the harmful»; «States have a fundamental right to regulate on behalf of the public welfare and this right must not be subordinated to the interests of investors where the right to regulate is exercised in good faith and for a legitimate purpose».

⁸⁷ M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*, Atti del XXVI Convegno annuale, Torino, 27-29 ottobre 2011, Jovene, Napoli, 2014, pp. 3 ss.

⁸⁸ Si rinvia ai dati citati *infra*.

shington⁸⁹, in materia di «controversie di natura giuridica tra uno Stato contraente (o ente pubblico od organismo dipendente dallo Stato stesso, che esso indica al Centro) e un soggetto di altro Stato contraente, le quali siano in relazione diretta con un investimento e che le parti abbiano consentito per iscritto di sottoporre al Centro»⁹⁰. Per soggetto di un altro Stato contraente si intende sia una persona fisica sia una persona giuridica⁹¹, *alias* l'investitore privato.

Senza scendere in temi che appartengono più strettamente al diritto commerciale, quali quello di definizione dell'oggetto delle controversie – l'investimento – sul quale ci si limita a segnalare come nella Convenzione non vi sia alcuna precisazione e dottrina e giurisprudenza, pur individuando dei criteri, non abbiano raggiunto una definizione univoca condivisa⁹², la prima questione da affrontare concerne l'obbligatorietà o meno del ricorso al Centro e il rapporto fra la “giurisdizione” del Centro e la giurisdizione statale (senza scordare che un problema di competenza si pone anche in relazione alla giurisdizione sovranazionale, come nel caso della Corte di Giustizia dell'Unione europea).

Il consenso rispetto all'intervento dell'arbitrato ICSID, dato per iscritto, può essere oggetto di una specifica clausola in un contratto di investimento, essere prestato successivamente al sorgere di una controversia o, come frequentemente accade – ed è l'ipotesi ricordata *ante* – essere contenuto in un BIT oppure in un trattato multilaterale in tema di libero commercio. In queste ultime ipotesi il consenso è per così

⁸⁹ Per completezza, si ricorda come le *Additional Facility Rules* del 1978 amplino poi la competenza, estendendola a controversie che non derivano direttamente da un investimento o in cui lo Stato parte o lo Stato nazionale dell'investitore non sono membri dell'ICSID.

⁹⁰ Convenzione di Washington, art. 25, c. 1.

⁹¹ Convenzione di Washington, art. 25, c. 2.

⁹² Cfr. G. CARELLA, *Le fonti dell'arbitrato*, cit., p. 558; M. R. MAURO, *Investimenti stranieri*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IV, Giuffrè, Milano, 2011, p. 632; F. COSTAMAGNA, *Promozione e protezione degli investimenti*, cit., pp. 140 ss.; per un primo sintetico riferimento alla prassi Icsid, cfr. M. B. DELI, *ICSID (International Centre for the Settlement of Investment Disputes)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, v. IV, p. 2848; in senso più ampio, cfr. C. H. SCHREUER (with L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR), *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2014.

dire generale e permanente e viene poi integrato con il deposito della richiesta arbitrale da parte dell'investitore nel caso specifico⁹³.

Qui si scopre la natura unilaterale del meccanismo: se è immediato e permanente, con la sottoscrizione del trattato che lo contempla, l'obbligo per lo Stato di sottoporsi all'arbitrato, non altrettanto può dirsi in relazione all'investitore, che risulta protetto in quanto lo Stato di cui è cittadino ha firmato il trattato, ma non è obbligato non avendo personalmente sottoscritto alcun impegno specifico⁹⁴. L'investitore è libero di scegliere se ricorrere o sottostare al meccanismo ISDS, lo Stato vi è obbligatoriamente soggetto e può ricorrervi solo se l'investitore accetta l'apposita clausola arbitrale: è evidente la disparità di trattamento a favore degli investitori.

L'origine pattizia dell'arbitrato denota poi come il fondamento dello stesso risieda nella volontarietà delle parti, il che, d'altro canto, non impedisce che il consenso produca effetti obbligatori. Detto altrimenti, l'assenso dato all'intervento dell'ICSID non può essere revocato: l'art. 25 della Convenzione di Washington stabilisce che «quando le parti hanno dato il loro assenso, nessuna di esse può ritirarlo unilateralmente». La Convenzione può essere denunciata (art. 71) ma tale denuncia ha effetto solo sei mesi dopo la recezione della relativa notifica e comunque non può essere invocata per sottrarsi all'arbitrato, ovvero ai diritti e agli obblighi sorti prima della ricezione della notifica (art. 72). Non solo: alcuni trattati, come ad esempio vedremo l'*Energy Charter Treaty*, prevedono che, anche in caso di denuncia del trattato, la clau-

⁹³ Cfr. E. SAVARESE, *L'investitore straniero dinanzi ai Tribunali ICSID: diritto all'arbitrato e legge applicabile*, paper del Seminario per il Centro studi sui diritti umani nell'era della globalizzazione e dei conflitti, 27 ottobre 2005 (www.centrodirittumani.unina.it).

⁹⁴ Cfr. M. R. MAURO, *Investimenti stranieri*, cit., p. 633, che rileva «una mancanza di equilibrio tra le parti» a proposito della prassi per cui «lo Stato ospite può formulare un'offerta di ricorso all'arbitrato internazionale non a favore di un soggetto specifico ma di una categoria indeterminata di investitori stranieri e manifestare tale offerta in un accordo internazionale o in una legge nazionale, che verrà accettata successivamente dall'investitore interessato», in quanto «mentre l'investitore può avviare la procedura senza la manifestazione di un consenso dello Stato ospite rispetto al caso specifico, lo Stato non può agire in assenza della sottoscrizione da parte dell'investitore di una apposita clausola arbitrale»; ad «elementi di squilibrio... a favore del privato investitore» si riferisce anche F. COSTAMAGNA, *Promozione e protezione degli investimenti*, cit., p. 162, che sottolinea come l'investitore «potrà decidere in via unilaterale il momento, se, ed in che tempi, dare inizio alla procedura».

sola ISDS resti in vigore, pur non essendo lo Stato più parte del trattato, negli anni successivi (nel caso citato, per ben venti anni)⁹⁵.

Dunque, il ricorso all'ICSID, una volta prestato il consenso, anche per così dire *una tantum*, come avviene in caso di investimenti riconducibili ad un BIT o ad un accordo multilaterale di libero scambio, risulta obbligatorio: ma questo significa escludere la possibilità di ricorrere ad altri fori? Ovvero, l'esautoramento della giurisdizione statale, o anche delle sedi sovranazionali come la Corte di Giustizia dell'Unione Europea?

La lettera della Convenzione di Washington, invero, pare ad una prima lettura ambigua, anche se l'arbitrato è previsto proprio per individuare una sede più agevole e rapida dove l'investitore possa ottenere soddisfazione⁹⁶.

L'art. 26 esordisce con una affermazione forte, che contiene però al suo interno la possibilità di una deroga: «il consenso delle parti a sottoporsi ad arbitrato nel quadro della presente Convenzione viene considerato, *salvo stipulazione contraria*, come implicante la rinuncia ad ogni altra forma di ricorso» [corsivo mio].

In questo senso viene considerata «essenziale per il funzionamento del meccanismo ICSID» la *rule of abstention* del giudice nazionale, ovvero il suo obbligo, a fronte di una previsione contrattuale dell'arbitrato, di dichiarare, in caso sia adito da una delle parti, la propria incompetenza, con conseguente rinvio al Centro⁹⁷. Affermazione, questa, che si accompagna all'individuazione – *ex art. 41 della Convenzione di Washington* – del tribunale arbitrale come «giudice della propria competenza».

La regola pare essere quella dell'autonomia dell'arbitrato in questione, anche se è contemplata l'eccezione, come specificato nel prosieguo dell'articolo: «uno Stato contraente può esigere, come condizione al suo consenso a sottoporsi ad arbitrato... che siano esauriti i

⁹⁵ Così, ad esempio – come si vedrà meglio *infra* –, l'Italia, pur avendo deciso di recedere dall'*Energy Charter Treaty* dal 2016, sarà soggetta all'arbitrato ICSID sino al 2036, in quanto «the provisions of this Treaty shall continue to apply to Investments made in the Area of a Contracting Party by Investors of other Contracting Parties or in the Area of other Contracting Parties by Investors of that Contracting Party as of the date when that Contracting Party's withdrawal from the Treaty takes effect for a period of 20 years from such date» (art. 47, c. 3).

⁹⁶ M. R. MAURO, *Investimenti stranieri*, cit., p. 630: «il ricorso ai tribunali nazionali dello Stato ospite poteva non essere agevole per l'investitore straniero, né rapido...».

⁹⁷ P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio*, cit., p. 277.

ricorsi amministrativi o giudiziari interni». Nel Preambolo, poi, pare finanche espressa una posizione di favore nei confronti dell'intervento della giurisdizione statale: «riconoscendo che, mentre tali controversie dovrebbero normalmente formare oggetto di procedimenti legali nazionali, in taluni casi il regolamento di dette controversie mediante metodi internazionali può essere opportuno»; nel prosieguo, peraltro, si torna a discorrere di «particolare importanza» dei meccanismi per la conciliazione e l'arbitrato internazionale⁹⁸.

Di fatto, gli ultimi accordi conclusi, nel tentativo di stemperare le critiche ai meccanismi ISDS, alludono all'intervento delle sedi giurisdizionali nazionali o internazionali, per lo più però concependolo come alternativo, senza imporre, per accedere alla sede arbitrale internazionale, il previo esaurimento dei ricorsi interni⁹⁹. Nella versione consolidata del CETA, ad esempio, fra le condizioni per poter ricorrere all'arbitrato si chiede l'avvenuta chiusura di eventuali procedimenti davanti a tribunali o corti che applicano il diritto nazionale o il diritto internazionale, oppure la rinuncia agli stessi¹⁰⁰. In sostanza, come si precisa nelle direttive di negoziato UE per il TTIP, l'orientamento è prevedere la «risoluzione delle controversie a livello di Stato», ma sempre che non si interferisca «con il diritto degli investitori di avvalersi dei meccanismi di risoluzione delle controversie tra investitore e Stato»¹⁰¹.

Detto in poche parole, e più prosaicamente, la regola pare essere la libertà per l'investitore di scegliere quale via seguire¹⁰².

⁹⁸ Punto fermo è l'esclusione della protezione diplomatica in caso di intervento dei meccanismi della Convenzione di Washington, salvo che eventualmente in fase di esecuzione della sentenza, nell'ipotesi in cui il soccombente non vi si conformi (Convenzione di Washington, art. 27).

⁹⁹ Cfr. S. CANTONI, *Il contributo del Gruppo della Banca Mondiale al finanziamento dello sviluppo e alla promozione degli investimenti internazionali*, in G. PORRO (a cura di), *Studi di diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 178 (spec. nota 46).

¹⁰⁰ *Consolidated CETA Text*, 26 settembre 2014, cit., cap. X, sez. 6, art. 21.

¹⁰¹ Consiglio dell'Unione europea, *Direttive di negoziato sul Partenariato transatlantico per gli scambi e gli investimenti tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America*, 17 giugno 2013 (11103/13 DCL 1), desecretate e rese disponibili il 9 ottobre 2014, par. 23.

¹⁰² M. R. MAURO, *Investimenti stranieri*, cit., p. 634: «l'investitore ha un potere unilaterale di scelta circa il procedimento da adottare tra i diversi meccanismi di soluzione delle controversie contemplati nelle leggi nazionali o nei trattati, mentre lo Stato deve subire tale scelta».

Nel CETA – come anticipato – si prevede che gli investitori in pendenza di giudizio arbitrale non possano utilizzare altri strumenti o debbano rinunciarvi (*Consolidated CETA*

I meccanismi di risoluzione delle controversie investitori-Stati confermano la loro natura di strumento a tutela degli investitori “contro” lo Stato: un “tribunale speciale per la sicurezza degli investitori”. Del resto, è diffusa la considerazione che imputa la scarsa propensione degli investitori a ricorrere a tribunali statali al timore che questi ultimi adottino un atteggiamento “nazionalista”, donde la creazione di arbitrati internazionali, che nascono «per garantire agli investitori stranieri una più efficace tutela dei loro interessi»¹⁰³.

Non stupisce allora leggere nel progetto del CETA, nella sezione dedicata all’*“Investor-State Dispute Settlement”* (sez. 6 del cap. X), che «an investor of a Party may submit to arbitration under this Section a claim...»¹⁰⁴: *an investor non a State*.

Il *forum shopping*, inoltre, produce una rincorsa fra gli Stati e fra le sedi arbitrali sovranazionali nel proporre strumenti sempre più efficienti per l’investitore, che assicurino ampio spazio al diritto a disposizione delle parti (contrattuale) e restringano i margini di intervento del diritto statale¹⁰⁵. L’immagine che risulta è quella di una “giustizia” sempre più *di parte*, che assicura una tutela privilegiata agli interessi economici, a detrimento della concezione del giudice come soggetto deputato *in primis* alla tutela dei diritti della persona.

Vi sono, peraltro, delle resistenze, dei casi nei quali la prepotenza neoliberista incontra un ostacolo nei giudici, che fanno prevalere la Costituzione e, in particolare, i diritti fondamentali della persona. Esempio in questo senso è la vicenda che ha visto gli organi giudiziari ecuadoregni, nei vari gradi, sino alla Corte Suprema, contrapporsi alla Texaco-Chevron, citata in giudizio, nel nome del diritto interno

Text, 26 settembre 2014, cit., cap. X, sez. 6, art. 21), ma ciò – come acclara la richiesta della dimostrazione della chiusura finale di altri procedimenti – altro non significa che semplicemente non possono essere intrapresi più ricorsi contemporaneamente.

¹⁰³ F. COSTAMAGNA, *Promozione e protezione degli investimenti*, cit., pp. 161-162.

¹⁰⁴ *Consolidated CETA Text*, 26 settembre 2014, cit., cap. X, sez. 6, art. 17.

¹⁰⁵ Su questa linea si situa il D. L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, in L. 24 marzo 2012, n. 27, sulle liberalizzazioni adottato dal governo Monti, laddove istituisce il c.d. Tribunale delle imprese, ampliando la competenza di sezioni specializzate esistenti, nell’intento di creare «una giustizia civile *efficiente*, celere e in grado di attirare o, quanto meno, di non allontanare pregiudizialmente l’investitore straniero dal mercato italiano», «una giustizia *prevedibile*» e sempre «più «manageriale»» (così D. BIFULCO, *Il potere giudiziario*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Jovene, Napoli, 2012, p. 361).

e, in specie, del diritto all'ambiente e alla salute, sanciti dalla Costituzione, per la devastazione dell'ecosistema e i danni, spesso letali, alla popolazione connessi alla sua attività di estrazione di idrocarburi nella zona amazzonica. La Chevron viene condannata ad un risarcimento miliardario (9.5 miliardi di dollari), in esplicito dissenso, fra l'altro, rispetto a quanto stabilito da un tribunale arbitrale internazionale (istituito presso la Corte Permanente di Arbitrato) favorevole – come è facile arguire – alla multinazionale¹⁰⁶. Ma, si può citare anche il caso Novartis, che vede l'India, per voce sia della *High Court* sia della *Supreme Court*, respingere le richieste della potente casa farmaceutica (tese, nello specifico, ad ottenere il brevetto di un farmaco, negato anche in base alle disposizioni adottate dal legislatore indiano contro la pratica dell'*evergreening*, nonché ad affermare l'incostituzionalità della suddetta legge)¹⁰⁷.

Certo, sono eccezioni e spesso deboli (difficile sarà per il giudice ecuadoregno, ad esempio, far eseguire la sentenza ed ottenere da Chevron il risarcimento fissato dalla Corte Suprema)¹⁰⁸ e paiono più una testimonianza che non il primo passo per un costituzionalismo globale. Sono, in altre parole, dei casi virtuosi che poco possono contro la forza devastatrice di un potere, quello economico, che, sempre più vittorioso nel conflitto sociale, sta facendo terra bruciata delle strutture e delle difese dei suoi oppositori.

La storia, però, mostra come, a volte, trasformazioni prima impensabili avvengano, come si fronteggino nel corso dei secoli il potere, nelle sue differenti forme, e i tentativi di limitarlo, e come, a volte, questi abbiano successo.

Ciò, fermo restando che i rapporti di forza si giocano a livello politico e sociale, non nelle aule di tribunale; i giudici, nonostante interventi, propri del loro ruolo di garanti, non possono arrestare esonda-

¹⁰⁶ Una precisa descrizione della vicenda è in A. JR. GOLIA, *La responsabilità delle imprese transnazionali per violazione dei diritti fondamentali. Una prospettiva di diritto costituzionale comparato*, in *www.gruppodipisa.it*, 2015, pp. 8 ss.

¹⁰⁷ Per riferimenti puntuali, si veda A. JR. GOLIA, *La responsabilità delle imprese transnazionali*, cit., pp. 10-11.

¹⁰⁸ La Chevron – come è facile immaginare – non aveva alla data della sentenza beni sequestrabili in Ecuador; in altri Paesi, come Argentina e Stati Uniti, l'esecuzione della sentenza è stata negata (cfr. A. JR. GOLIA, *La responsabilità delle imprese transnazionali*, p. 10), anche se, da ultimo, segnali di apertura arrivano invece dalla magistratura canadese (cfr. *Chevron: premio 2015 della vergogna*, in Centro Nuovo Modello di Sviluppo, *Top200*, cit., p. 16).

zioni che hanno la loro origine in un mutamento sociale. Aggiungerei che non solo non possono, ma nemmeno spetta solo a loro: fondamentale è il ruolo della dialettica politica, anche per evitare il rischio che si instaurino forme di oligarchia giudiziaria¹⁰⁹.

Ora, tornando ai rapporti fra corti arbitrali e tribunali nazionali, palese è l'esautoramento della giurisdizione statale laddove il ricorso all'arbitrato sia configurato come alternativo – come generalmente avviene – rispetto ad eventuali istanze giurisdizionali interne sin dal sorgere della controversia, ma esso sussiste anche ove sia previsto il previo esperimento o esaurimento dei ricorsi interni. Infatti, in tali ultimi casi, l'intervento della giurisdizione statale può essere concepito, quando ovviamente non dia luogo all'esito sperato, unicamente come un adempimento burocratico, il quale magari allunga i tempi, creando "fastidio", ma non impedisce che l'ultima parola sia pronunciata in sede di arbitrato internazionale e non dal giudice statale.

Pare alquanto vacuo il riconoscimento dell'intervento della giurisdizione interna, se poi le decisioni da essa rese possono essere del tutto trascurate. Certo, si può obiettare che è quanto avviene anche con altre istanze, che richiedono il previo esaurimento dei ricorsi interni, come la Corte europea dei diritti dell'uomo, ma ben diversi paiono il contesto, gli obiettivi e la natura dell'organo. Quello della CEDU si può configurare come intervento nell'ambito di una tutela multilivello dei diritti, una possibilità in più per la garanzia delle libertà. Ora, per quanto l'idea *à la page* del costituzionalismo multilivello presenti molte ambiguità e si presti ad interpretazioni del diritto che possono dar luogo a circoli virtuosi ma anche viziosi, resta la sostanziale diversità rispetto ad una pronuncia resa nell'ambito di un arbitrato il cui scopo è la tutela degli investimenti. Una diversità che può condurre a due verdetti opposti quando si discorre di conformità a Costituzione.

Dunque, che sia alternativo o successivo rispetto a ricorsi interni, l'arbitrato dell'ICSID comporta un esautoramento della giurisdizione

¹⁰⁹ In argomento, non si può non richiamare G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, che, se pur con la consueta mitezza, disegna un ruolo da attore protagonista per i giudici costituzionali, respingendo però come infondate le critiche di «giuristocrazia»; sempre in tema, cfr. S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009.

statale, incidendo sulla competenza e/o sull'esercizio di un potere dello Stato, limitando la sua sovranità¹¹⁰.

La pericolosità dell'emarginazione della giurisdizione statale risulta poi aggravata dalla considerazione della difformità di principi e obiettivi fra contesto costituzionale statale e contesto ICSID e dalla struttura di quest'ultima in relazione alle qualità che deve possedere una istanza giurisdizionale. Non si tratta solo di rispetto per così dire delle sfere di competenza o dell'intangibilità della sovranità ma altresì dell'eventuale lesione di valori costituzionalmente tutelati.

Della distanza fra i due approcci si è detto *ante*, sia qui sufficiente anticipare anche come sia profondamente diverso il quadro di riferimento del giudice nazionale, vincolato dal diritto statale (dalla Costituzione e da un articolato complesso normativo primario), da quello dell'arbitro, che siede in una istituzione il cui compito è la tutela degli investimenti e decide, con ampia discrezionalità, sulla base di un sistema normativo molto più fluido.

Come chiarisce la Direzione Generale per il Commercio della Commissione europea, «il fatto che un paese disponga di un solido sistema giuridico non sempre garantisce che gli investitori stranieri siano protetti in modo adeguato»¹¹¹. I giudici nazionali (o anche europei) sono inadeguati: forse che abbiano troppa indipendenza, forse che siano troppo vincolati al rispetto delle leggi, e soprattutto delle Costituzioni, con il loro catalogo di diritti?

Facile pensare al *Report* della J. P. Morgan, che stigmatizza le Costituzioni dei Paesi del Sud Europa, colpevoli di assicurare, ad esempio, «constitutional protection of labor rights»¹¹².

Ma soffermiamoci ora sul funzionamento dell'arbitrato, muovendo dall'analisi della declinazione che in tale sede acquistano principi come quelli di indipendenza, neutralità e imparzialità del giudice.

¹¹⁰ Cfr. A. CANTARO, *Libero scambio e forma di stato. Note storico-critiche sull'Accordo di Partenariato Transatlantico*, paper, novembre 2014 (reperibile sul sito www.sbilanciamoci.info), che rileva una lesione dello stato di diritto, laddove si vanifica «la prerogativa pubblica di esercitare il potere giudiziario sul proprio territorio».

¹¹¹ Commissione europea, Directorate-General for Trade, *Domande e risposte*, 20 dicembre 2013 (http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/questions-and-answers/index_it.htm).

¹¹² *Report* della J. P. Morgan, Europe Economic Research, *The Euro area adjustment: about halfway there*, 28 May 2013.

6. Gli arbitri internazionali: *quid iuris* in ordine a imparzialità e indipendenza?

Il procedimento arbitrale ha una «completa autonomia» rispetto a qualsiasi ordinamento giuridico nazionale ed è sottratto «a qualsiasi forma di controllo di giudici nazionali quanto alla validità e messa in opera della convenzione arbitrale, alla nomina o ricusazione degli arbitri e a qualsiasi aspetto o incidente della procedura»¹¹³. Si può aggiungere: è sottratto *tout court* a qualsiasi forma di controllo.

Ora, indubbiamente, una delle caratteristiche classiche, e imprescindibili, per l'esercizio della funzione giurisdizionale in una democrazia è l'indipendenza dei giudici, *in primis* nei confronti del potere esecutivo ma anche del potere legislativo¹¹⁴. Ciò, non solo si configura quale espressione del principio di separazione ed equilibrio dei poteri, ma anche come corollario di una democrazia che per non incorrere in una tirannia della maggioranza sottrae alla stessa alcuni organi, a tutela delle minoranze e dei diritti.

La garanzia dell'autonomia o, meglio, dell'indipendenza esterna, non si traduce però, in una democrazia, in arbitrarietà dell'organo: in una democrazia, l'indipendenza del giudice, correlata con la soggezione (soltanto) alla legge, è elemento coerente e imprescindibile per l'esistenza della democrazia, a garanzia di tutti (maggioranza e minoranze), in modo eguale.

Non pare, da quanto argomentato *ante*, potersi concludere nello stesso senso in relazione ai meccanismi ISDS: nella *governance* economica mondiale, l'autonomia degli arbitri è funzionale rispetto ad un sistema che deve essere fluido per meglio garantire il conseguimento del profitto – valore, questo sì, dotato della rigidità e intoccabilità propria dei principi fondamentali. Il profitto contiene in sé strutturalmente il germe della diseguaglianza; anche senza scomodare Marx e la teoria

¹¹³ P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio*, cit., pp. 281 e 277; *ex multis*, circa l'individuazione dell'autonomia ed autosufficienza, come caratteristica dell'arbitrato IC-SID, cfr. F. GALGANO, F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 935.

¹¹⁴ Il giudice è soggetto alla legge come atto generale ed astratto (o, meglio, che *dovrebbe essere* generale ed astratto, stante la prassi delle leggi *ad personam*, ma anche dei provvedimenti *omnibus* o delle leggi provvedimento), ma immune da interferenze dirette da parte dell'organo parlamentare.

del plusvalore e della sua appropriazione da parte del capitale, è evidente come esso non solo riguardi solo alcuni soggetti (come gli investitori) ma sia costruito sulla spoliazione di altri¹¹⁵.

Basti citare in proposito alcuni dati recenti: il patrimonio delle 62 persone più facoltose del pianeta è cresciuto negli ultimi cinque anni (2010-2015) del 41% (oltre 500 miliardi di dollari), mentre la metà più povera del pianeta si è impoverita in misura pari al 41%¹¹⁶.

Ma veniamo agli aspetti più tecnici.

Gli arbitri che compongono il tribunale arbitrale sono nominati in relazione a ciascuna controversia: nessuna precostituzione – come vorrebbe il principio del giudice naturale – ma designazione *ad hoc*.

Non solo: la regola è che siano le stesse parti a nominare gli arbitri. Emerge qui in modo chiaro ed inequivoco la forte connotazione in senso contrattualistico e privatistico che pervade tutto il procedimento (come è proprio di un sistema arbitrale, ma segnando la distanza dai canoni di un modello giurisdizionale).

Le parti, se non è diversamente disposto dalle stesse, nominano tre arbitri: ciascuna parte indica un arbitro ed il terzo, che assume la funzione di presidente del collegio, è scelto di comune accordo¹¹⁷. Nel caso in cui gli arbitri non siano designati dalle parti subentra il potere sostitutivo del Presidente del Consiglio di amministrazione dell'ICSID (*alias* Presidente della Banca Mondiale)¹¹⁸.

Chi sono gli arbitri?

Presso il Centro è depositata una lista di arbitri (*Panel of Arbitrators*), composta da soggetti segnalati dagli Stati parte della Convenzione (ma non necessariamente aventi la nazionalità dello Stato desi-

¹¹⁵ Indica come prima osservazione conclusiva del suo lavoro «la remontée des inégalités depuis les années 1970-1980», T. PIKETTY, in un testo ormai divenuto un dibattito bestseller, *Le capital au XXIe siècle*, Seuil, Paris, 2013; da ultimo, sull'«opzione disegualitaria» e, in specie, sul fallimento della teoria del *trickle-down*, M. REVELLI, *La lotta di classe esiste e l'hanno vinta i ricchi. Vero!*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

¹¹⁶ Dati citati dal Rapporto Oxfam, presentato in occasione del Forum di Davos, *An economy for the 1%, How privilege and power in the economy drive extreme inequality and how this can be stopped*, 18 January 2016 (210 Oxfam Briefing Paper, www.oxfam.org); per un primo commento, cfr. A. BARANES, *Il mondo in mano all'1% di supermiliardari*, in *il manifesto*, 19 gennaio 2016, che, fra l'altro, evidenzia come le diseguaglianze stiano non solo aumentando, ma anche accelerando.

¹¹⁷ Convenzione di Washington, art. 37.

¹¹⁸ Convenzione di Washington, art. 38.

gnante); ogni Stato¹¹⁹ può indicare quattro nominativi¹²⁰. A questi si aggiungono gli arbitri (dieci) individuati dal Presidente ICSID, che tiene conto nelle sue indicazioni della rappresentanza dei «principali sistemi giuridici del mondo» e dei «principali settori dell'attività economica»¹²¹.

Quanto ai requisiti, è previsto che le persone designate godano di «un'alta reputazione morale», possiedano «una riconosciuta competenza in materia giuridica» – competenza, questa, considerata «particolarmente importante» – «commerciale, industriale o finanziaria» e che offrano «garanzia di indipendenza nell'esercizio delle loro funzioni»¹²².

Sul sito del Centro, si legge poi che è «highly desirable» la considerazione di alcuni criteri addizionali, quali la conoscenza e l'esperienza in materia di diritto internazionale degli investimenti e l'abilità nel trattare conciliazioni ed arbitrati¹²³.

Quest'ultima precisazione rispecchia la realtà. Gli arbitri per lo più sono sempre gli stessi esperti – i giuristi degli investimenti internazionali – i quali, a volte intervengono in qualità di “giudici”, altre volte patrocinano le cause da avvocati, quando non operano quali consulenti di Capi di Stato, di Governi o di istituzioni economiche internazionali, o non figurano tra i negoziatori di trattati di libero commercio. L'incompatibilità e il conflitto di interessi paiono intrinseci al sistema¹²⁴; il *revolving door* è la norma¹²⁵.

¹¹⁹ Qui non si approfondisce il discorso, ma ovviamente non indifferente è anche la considerazione di chi, e con quale procedura, all'interno dello Stato individua i quattro nominativi.

¹²⁰ Convenzione di Washington, art. 13.

¹²¹ Convenzione di Washington, art. 14, c. 2.

¹²² Convenzione di Washington, art. 14, c. 1.

¹²³ *Qualifications for the Panels* (in <https://icsid.worldbank.org>).

¹²⁴ Interessante la ricostruzione di P. EBERHARDT, C. OLIVET, *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom*, Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, Brussels/Amsterdam, 2012, pp. 34 ss.

¹²⁵ Per un esempio tipico di *revolving door* nell'ambito in questione, cfr. P. EBERHARDT, C. OLIVET, *Profiting from Injustice*, cit., p. 44.

Per inciso, il *revolving door* è pratica antica: cfr. G. BERTA, *Oligarchie. Il mondo nelle mani di pochi*, il Mulino, Bologna, 2014, che ricorda un lavoro dello storico Lewis Namier (*The Structure of Politics at the Accession of George III*, 1929), o le considerazioni di Bagehot, che dimostrano come «i nomi dell'élite economica e soprattutto della finanza internazionale erano ormai di casa a Westminster» (p. 51); per altri esempi contemporanei di

«È un piccolo mondo: sono solo quindici persone a dividersi il 55% delle questioni trattate fino a oggi»¹²⁶: sono per lo più avvocati o accademici, alcune volte con un passato in incarichi politici¹²⁷ (gli stessi soggetti che applicano il diritto, contribuiscono a produrlo e, non ultimo, ricavano da tale attività ingenti guadagni).

Come è stato osservato, «investor-state arbitration is a cat-and-mouse game that favours the arbitrators – most importantly, a few dozen repeat players who have driven interpretation of the treaties – who are not subject to judicial override if they interpret a treaty incorrectly or unreasonably and who have a track record of exploiting legal ambiguity to expand their power over states, investors, public money, and so on»¹²⁸.

Numerosi sono i dubbi, dunque, circa l'imparzialità, la neutralità, l'indipendenza, la procedura di nomina, dei “giudici” – le osservazioni che precedono argomentano già sufficientemente l'uso delle virgolette – dell'ISDS¹²⁹. Con un ossimoro si può dire che gli arbitri sono imparziali in quanto sono di parte.

A tutto ciò è da aggiungere che la lista degli arbitri non è vincolante, potendo le parti sceglierli anche al di fuori di essa¹³⁰. Nemmeno nella forma altamente depotenziata della predisposizione di una lista

scambi fra finanza e politica, cfr. L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2011, pp. 75 ss.

¹²⁶ L. WALLACH, *Il trattato transatlantico, un uragano che minaccia gli europei*, in *Le Monde Diplomatique*, novembre 2013, e ora in *MicroMega on line*, 27 gennaio 2014; per una concretizzazione, ovvero un riferimento preciso a nomi, relative carriere e casi trattati, si veda P. EBERHARDT, C. OLIVET, *Profiting from Injustice*, cit., p. 38, table 2.

¹²⁷ A titolo esemplificativo, attualmente (gennaio 2016), l'Italia ha designato quali suoi arbitri quattro professori universitari in materie coerenti rispetto all'incarico; gli Stati Uniti, alcuni noti avvocati, che spesso vantano nel curriculum un periodo di consulenza presso la Casa Bianca.

¹²⁸ G. VAN HARTEN, *Why arbitrators not judges? Comments on the European Commission's approach to investor-state arbitration*, 3 luglio 2014, p. 3, al seguente indirizzo internet: www.trade.ec.europa.eu/consultations-archive/isds.

¹²⁹ Si legga ancora, dal documento prima citato in risposta alla consultazione promossa dalla Commissione europea firmato da numerosi accademici (*Public consultation on investor-state arbitration in TTIP – Comment*): «The benefits to foreign investors include their exclusive right of access to a special adjudicative forum, ...their exceptional role in determining the make-up of tribunals,... the absence of institutional safeguards of judicial independence...».

¹³⁰ Convenzione di Washington, art. 40 (solo il Presidente, nel caso subentri, è vincolato ad attenersi alla lista predisposta).

di nomi dai quali attingere compare il principio del giudice naturale precostituito per legge (o, meglio, data la debolezza che comunque avrebbe, un suo pallido sosia).

Si palesa senza veli il carattere di giustizia privata, e gestita dai privati, dei meccanismi di risoluzione delle controversie investitore-Stato, a testimonianza di un processo di privatizzazione della giustizia sia con riguardo ai soggetti che la dispensano sia per quanto concerne gli interessi tutelati.

Simbolico è in tal senso l'art. 39 della Convenzione di Washington, una disposizione, se si vuole, "minore", che si limita a stabilire che «la maggioranza degli arbitri deve essere costituita da cittadini di Stati diversi dallo Stato contraente parte nella controversia e dello Stato contraente il cui soggetto è parte della controversia», per poi concedere subito che «tuttavia tale disposizione non si applica se l'arbitro unico o ciascuno dei membri del Tribunale sono nominati d'accordo tra le parti».

7. Sulla procedura e sul diritto applicabile nei "tribunali" ICSID

L'egemonia della volontà delle parti nei "tribunali" ICSID è confermata dalle previsioni in tema di procedura da seguire nonché da quelle relative al diritto applicabile per dirimere le controversie.

Quanto alla procedura, le *Arbitration Rules*, ovvero il Regolamento sull'arbitrato, adottato dal Consiglio di amministrazione dell'ICSID ed in vigore dal 2006, prevedono che i termini siano fissati *ad hoc* da ciascuna corte arbitrale in relazione alla singola controversia e che la cadenza delle rispettive memorie e repliche sia decisa dalle parti con il presidente della corte. Le parti, ad esempio, esprimono «their views» in ordine al *quorum* richiesto per le decisioni del tribunale; alla lingua o alle lingue da utilizzare nel procedimento; al numero, alla sequenza e ai termini delle memorie scritte; alla possibilità di prescindere dalla procedura scritta o da quella orale¹³¹. Un procedimento, dunque, dalle forme morbide ed elastiche, gestito consensualmente fra le parti, con regole che dallo stesso Regolamento sono concepite come aperte e ri-

¹³¹ *Arbitration Rules (Rules for Procedure of Arbitration Proceedings)*, art. 20; per un primo riferimento, cfr. L. REED, J. PAULSSON, N. BLACKABY, *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, 2010.

messe alla volontà dei contendenti¹³². Come se il bando nei confronti delle forme predeterminate¹³³ non fosse sufficiente, l'art. 44 della Convenzione di Washington precisa poi che «ogni procedimento arbitrato è condotto in conformità con le disposizioni della presente sezione e, *salvo diverso accordo tra le parti*, col Regolamento di arbitrato in vigore alla data in cui esse hanno convenuto il ricorso all'arbitrato» (corsivo mio).

Come è stato osservato, «la disciplina del procedimento assume un ruolo particolarmente importante nell'arbitrato internazionale ed è essenziale al fine di consentire il conseguimento degli obiettivi che generalmente sottendono la scelta delle parti a favore di questa modalità di soluzione delle controversie, tra cui la speditezza, l'efficienza e la “neutralità” anche rispetto alle diverse tradizioni giuridiche delle parti ...», a differenza del giudizio ordinario che è «retto da norme che, oltre ad essere generalmente in gran parte inderogabili, sono assai diverse da Stato a Stato e spesso poco congeniali alle esigenze del contenzioso commerciale internazionale»¹³⁴.

Al di là della necessità di mediare tra esperienze giuridiche differenti, si palesa di nuovo la natura dei meccanismi ISDS come strumenti al servizio degli investitori e non come sedi imparziali di risoluzione delle controversie. Si noti anche come siano citati alcuni dogmi della nostra epoca: la flessibilità (la presenza di norme inderogabili è un ostacolo da aggirare), nonché la velocità e l'efficienza, spesso concepiti quali valori in sé, a prescindere dal parametro (ad esempio governo efficiente, per chi o per che cosa?), anche se, in verità, nel caso di specie, sono correlati ad un principio, quale, per l'appunto, la tutela degli investitori.

Mancano poi nel procedimento – come è facile immaginare, data la natura privatistica e “informale” del meccanismo – pubblicità e trasparenza. La Commissione europea constata, ad esempio, come, nella

¹³² P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio*, cit., p. 282, descrive il primo atto della procedura come convocazione delle parti in una speciale riunione «per stabilire i loro *desideri* in ordine a vari temi» (corsivo mio).

¹³³ Per tutti, basti ricordare Tocqueville (A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 1835-1840, trad. it. *La democrazia in America*, Rizzoli, Milano, 1997, Libro III, parte IV, cap. VII, ed. cit., p. 740), quando scrive delle «forme», il cui «principale merito è di servire di barriera fra il forte e il debole...».

¹³⁴ C. JERMINI, M. ARROYO, F. MARELLI, *La procedura arbitrale*, in M. V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve*, cit., p. 767.

maggior parte dei trattati già stipulati, i procedimenti si svolgono a porte chiuse¹³⁵ e sostiene la necessità di rendere «il sistema più trasparente, mettendo i documenti a disposizione del pubblico, garantendo l'accesso alle udienze e consentendo alle parti interessate (ad esempio le ONG) di presentare osservazioni»¹³⁶.

Del resto – come è stato evidenziato – spesso la dottrina annovera proprio «confidenzialità e riservatezza... tra i principali vantaggi dell'arbitrato rispetto alle procedure ordinarie»¹³⁷. La regola – anche se gli arbitrati sugli investimenti sono considerati oggetto di un obbligo di confidenza meno stringente rispetto ad altri arbitrati commerciali – è la riservatezza, non sono la pubblicità e la trasparenza.

In coerenza con quanto detto, la Convenzione di Washington, all'art. 48, c. 5, prevede ad esempio che la decisione arbitrale non possa essere pubblicata in assenza del consenso delle parti. Nella prassi invero non mancano tribunali arbitrali che hanno stabilito l'inesistenza di un obbligo generico di confidenzialità (per inciso, concretizzando l'asserita derogabilità delle già scarse regole procedurali)¹³⁸, ma ciò segna comunque la distanza rispetto alla sanzione dell'obbligo, inverso, di pubblicità.

Passiamo ora al diritto applicabile per risolvere la controversia.

L'art. 42 della Convenzione di Washington in primo luogo prevede che «il Tribunale si pronuncia sulla controversia conformemente alle norme di diritto convenute tra le parti». Solo in mancanza di accordo tra le parti «il Tribunale applica la legge dello Stato contraente parte nella controversia – ivi comprese le norme di diritto internazionale privato – come pure i principi di diritto internazionale in materia» (art. 42, c. 1). La norma si premura quindi di precisare che quanto stabilito non pregiudica «la facoltà del Tribunale, se le parti sono d'accordo in tal senso, di statuire *ex aequo et bono*» (c. 3).

¹³⁵ Commissione europea, *Protezione degli investimenti*, novembre 2013, cit., p. 7.

¹³⁶ Commissione europea, *Protezione degli investimenti e risoluzione delle controversie investitore-Stato (ISDS) negli accordi dell'UE*, marzo 2014, p. 2, al seguente indirizzo internet: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/april/tradoc_152418.pdf. In questa prospettiva nel CETA figura un articolo in tema di trasparenza, che richiama, fra l'altro, le nuove *UNCITRAL Transparency Rules (Consolidated CETA Text*, 26 settembre 2014, cit., cap. X, sez. VI, art. 33, p. 174).

¹³⁷ Cfr., anche per indicazioni bibliografiche nel senso indicato, C. JERMINI, M. ARROYO, F. MARELLI, *La procedura arbitrale*, cit., p. 802.

¹³⁸ Per una prima indicazione dei casi, si rinvia a C. JERMINI, M. ARROYO, F. MARELLI, *La procedura arbitrale*, cit., p. 803.

Il principio della legge uguale per tutti è sostituito dalla *grundnorm* della legge a disposizione delle parti¹³⁹: ritorna l'approccio contrattualistico e privatistico, con un conseguente misconoscimento dell'orizzonte pubblico (statale ma anche internazionale), particolarmente sconcertante considerato che si discute di controversie fra un soggetto privato ed un soggetto pubblico e che – come si vedrà – spesso oggetto del contenzioso sono provvedimenti adottati da enti pubblici statali, fra i quali, non di rado, leggi ordinarie.

Sono le parti a stabilire quali norme applicare, esautorando la potestà normativa, e politica, degli Stati. Un solo esempio: nel contratto di investimento può essere inserita una clausola di stabilizzazione, che fissa il diritto dello Stato al momento della sottoscrizione, divenendo irrilevanti, ai fini della risoluzione di una futura controversia, successive modifiche legislative introdotte dagli organi nazionali¹⁴⁰. La volontà delle parti incide, se pur in relazione al caso specifico, sull'efficacia di una fonte del diritto statale, determinandone una sorta di extra-vigenza, in contrasto con l'eventuale scelta abrogativa o modificativa.

Il diritto statale, comunque, non è il riferimento privilegiato quando si discorre di diritto applicabile nelle controversie ISDS. Esso, infatti, pare relegato ad un ruolo sussidiario: interviene in mancanza di indicazioni differenti da parte dei soggetti coinvolti nella controversia e sempre in connessione con «i principi di diritto internazionale». Questi ultimi, inizialmente concepiti come integrativi rispetto al diritto statale, vanno acquisendo un ruolo sempre più rilevante e autonomo rispetto al diritto nazionale¹⁴¹.

In concreto il diritto applicato risulta da un *pot-pourri* di elementi scelti dalle parti che spaziano da disposizioni del diritto statale (per lo più intese come congelate alla data del contratto), a principi comuni fra l'ordinamento dello Stato parte in causa e l'ordinamento dello Stato nazionale dell'investitore (*tronc commun*), al diritto internazionale,

¹³⁹ A. ODDENINO, *Il diritto applicabile al merito della controversia: volontà delle parti, suoi limiti e ruolo dell'arbitro internazionale*, in R. CAVALIERI, F. BALBI, R. BONUZZI, A. CECCHINATO, F. MUTASCIO, *Brics: una nuova geografia economica?*, FrancoAngeli, Milano, 2015, in relazione all'arbitrato commerciale internazionale, ragiona di «“dogma” della volontà sovrana delle parti» (p. 146).

¹⁴⁰ Cfr. M. B. DELI, *Icsid*, cit., p. 2850.

¹⁴¹ Per richiami giurisprudenziali e bibliografici relativi all'evoluzione interpretativa citata, cfr. P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio*, cit., p. 287.

al riferimento agli usi, alle decisioni arbitrali stesse e alle norme facenti capo alla *lex mercatoria*. Di quest'ultima, non si può non ricordare la connivenza con gli interessi degli investitori: essa, se pur eterogenea, è per lo più opera del braccio giuridico delle maggiori *corporations* (ovvero delle più influenti *law firms*, specie statunitensi)¹⁴². È un diritto dunque *di parte*, prodotto al di fuori di un processo di mediazione politica democratico, malleabile rispetto alle esigenze degli attori del commercio internazionale e applicato nell'interesse di *una parte*¹⁴³.

Insomma, esiste un *parterre*, fluido e variegato, per non dire nebuloso, di norme (non di rado prive di legittimazione democratica) al cui interno le parti scelgono quelle che ritengono maggiormente consone ai propri intenti, formando un *patchwork*¹⁴⁴.

Ciò, unito ad un approccio pragmatico nell'individuazione del diritto¹⁴⁵, sfocia inevitabilmente nel riconoscimento di ampi margini di manovra agli arbitri¹⁴⁶ (non di rado i soggetti che quelle norme contribuiscono a creare) e alle parti stesse.

Per inciso, si ragiona qui di parti, ma il riferimento è in specie agli investitori: non solo – come si va argomentando – il meccanismo ISDS è costruito a loro tutela, ma si assiste spesso ad una sproporzione di potere fra l'investitore e lo Stato, a tutto vantaggio del primo.

In proposito sia sufficiente qui richiamare i dati relativi rispettivamente al fatturato di alcune imprese transnazionali e al PIL di alcuni

¹⁴² Cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, spec. p. 14 e pp. 248 ss.

¹⁴³ È la stessa Commissione europea (*Protezione degli investimenti*, novembre 2013, cit., p. 7), che sponsorizza i meccanismi ISDS, ad osservare che «la qualità delle decisioni degli arbitri dipende dalla qualità delle norme che sono chiamati ad applicare. Norme vaghe, di regola, lasceranno spazio all'interpretazione. Pertanto è necessario garantire che... le norme per la protezione degli investimenti negli accordi commerciali vengano chiaramente definite e non lascino spazio all'ambiguità interpretativa».

¹⁴⁴ Emblematico è il c.d. *dépeçage*: le varie parti di uno stesso contratto sono regolate da leggi diverse.

¹⁴⁵ Si veda, fra gli altri, A. MALATESTA, *Il diritto applicabile al merito della controversia*, in M. V. BENEDETTI, C. CONSOLO, L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve*, cit., p. 833.

¹⁴⁶ F. COSTAMAGNA, *Promozione e protezione degli investimenti*, cit., rileva come «il carattere aperto delle disposizioni pattizie fa sì che gli organi arbitrali godano di ampia discrezionalità interpretativa, potendo, così, svolgere una funzione creativa» (p. 139); inoltre, ad esempio, gli arbitri possono esaminare indizi obiettivi e comportamenti delle parti, per individuare la presenza di una eventuale scelta tacita o implicita delle stesse (sinteticamente, cfr. A. MALATESTA, *Il diritto applicabile*, cit., p. 839).

Stati (espressi in milioni di dollari), tutti fra le prime 100 economie mondiali: Wal-Mart Stores, 485.651; Austria, 436.344; Exxon Mobil, 382.597; Colombia, 377.740; Volkswagen, 268.567; Cile, 258.061; Chevron, 203.784; Perù, 202.903; Apple, 182.795; Ungheria, 137.104¹⁴⁷.

Il *patchwork* del diritto applicabile può essere realizzato con qualsiasi materiale? ovvero, esistono dei limiti al diritto applicabile?

Nella dottrina di settore la questione è affrontata in relazione alle c.d. norme ad applicazione necessaria (le quali pretendono applicazione a prescindere dal loro richiamo ad opera delle parti) e all'ordine pubblico (o ordine pubblico internazionale), inteso come complesso dei valori fondamentali di un ordinamento (o della comunità internazionale); nella prospettiva del costituzionalista, sarebbero da chiamare in causa (quantomeno) i c.d. controlimiti.

Manca in materia un orientamento univoco e si tende a valorizzare, ancora una volta, il ruolo dell'autonomia delle parti e il carattere arbitrario – e non giudiziario – della risoluzione delle controversie¹⁴⁸. Si insiste quindi sulla diversità che sussiste fra arbitro e giudice nazionale (o sovranazionale), nella prospettiva che «l'attribuzione di rilievo all'ordine pubblico ed alle norme di applicazione necessaria potrebbe contrastare con le aspettative dei compromittenti, i quali con la scelta dell'arbitrato intenderebbero sottrarre la disciplina del proprio rapporto a limitazioni cogenti derivanti dagli ordinamenti nazionali o ridurre le interferenze statali»¹⁴⁹. Una conferma dell'orientamento pro investitore (o pro *corporation*) degli arbitrati e della volontà di liquidare ogni velleità regolativa degli Stati.

Ma può uno Stato sottoporsi ad un procedimento e sottomettersi ad una decisione assunta senza tener conto (quantomeno) dei principi fondamentali del suo ordinamento? Si sottolinea “quantomeno”, perché – come detto *ante* – non è affatto scontato che la sottoscrizione di obblighi internazionali possa comportare deroghe alla Costituzione. Oltre il discorso dei controlimiti, esiste la valutazione di legittimità costituzionale delle norme che danno luogo agli obblighi internaziona-

¹⁴⁷ Centro Nuovo Modello di Sviluppo, *Top200*, cit., p. 12 (i dati sono relativi al 2014 e tratti da *Fortune Global 500*, ed. 2015, <http://fortune.com/global500/>, e Fondo Monetario Internazionale).

¹⁴⁸ Per un primo approccio, si veda A. MALATESTA, *Il diritto applicabile*, cit., pp. 844-846.

¹⁴⁹ A. MALATESTA, *Il diritto applicabile*, cit., p. 844.

li nonché, eventualmente, un bilanciamento fra interessi costituzionalmente tutelati.

Lo Stato italiano può accettare, vista anche la giurisprudenza costituzionale in tema di limiti al diritto internazionale consuetudinario e all'ordinamento comunitario, che un arbitro non consideri i principi fondamentali e assoggettarsi ad un lodo arbitrale reso a queste condizioni?

Gli arbitri si pongono come poteri *legibus soluti*?

Una volta di più il meccanismo ISDS pare costituire il simbolo di un'epoca – quella presente – che registra l'egemonia e l'arroganza dei poteri economici privati, che applicano categorie ed istituti del diritto commerciale allo Stato, travolgendone le peculiarità che discendono dalla sovranità e dalla natura pubblicistica¹⁵⁰.

8. L'esecutività immediata (e senza appello) del lodo arbitrale

Si è accennato alla sottoposizione al lodo arbitrale: le sentenze rese dagli arbitri dell'ICSID sono, a differenza di altri arbitrati commerciali internazionali, immediatamente obbligatorie ed esecutive. Gli Stati che hanno ratificato la Convenzione di Washington – tutti, non solo le parti – sono tenuti a riconoscere e dare esecuzione ai lodi arbitrali¹⁵¹. Questi ultimi hanno gli effetti propri di una *res judicata*, alla stregua di una decisione definitiva adottata da un giudice nazionale¹⁵², senza nessuna forma di controllo da parte degli organi giurisdizionali interni.

«Ne risulta» – come è stato osservato – «un rafforzamento della tutela dell'investitore privato in ipotesi di mancata esecuzione spontanea

¹⁵⁰ *Ex plurimis*, da ultimo, G. ZAGREBELSKY, *Moscacieca*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 37: «se oggi possiamo dire, come cosa ovvia, che lo Stato può fallire, è perché il suo attributo fondamentale – la sovranità – è franato. Di fronte a lui si erge un potere che non solo lo può condizionare, ma lo può addirittura spodestare. Lo Stato che fallisce china la testa di fronte a una nuova sovranità, la sovranità dei creditori».

¹⁵¹ Convenzione di Washington, art. 54, c. 1: «ogni Stato contraente riconosce come vincolante ogni sentenza resa in conformità alla presente Convenzione e assicura, nel proprio territorio, l'esecuzione delle obbligazioni pecuniarie disposte dalla sentenza...».

¹⁵² ...«come se si trattasse di una sentenza definitiva di un tribunale funzionante sul territorio dello Stato stesso», recita la Convenzione di Washington (art. 54, c. 1).

del lodo, aumentando così la fiducia degli investitori»¹⁵³: l'ennesima conferma dell'orizzonte unilaterale del meccanismo in esame¹⁵⁴.

È prevista una salvaguardia per il «diritto vigente in uno Stato contraente in materia di immunità dello Stato stesso, o di uno Stato estero, dall'esecuzione»¹⁵⁵, ma nulla in relazione ad eventuali controlimiti, quali quelli consistenti nei principi fondamentali dell'ordinamento.

Dunque, un atto – il lodo arbitrale – che esautora totalmente il potere giudiziario nazionale e si impone allo Stato: cosa resta della sovranità nazionale e, soprattutto, della democrazia?

Non è solo la sovranità statale in sé ad essere intaccata e, invero, non vi sarebbe nulla da eccepire – lo prevede la Costituzione stessa – se essa venisse limitata in favore di un «ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni» (art. 11); ciò che è censurabile è che l'espropriazione delle prerogative statali si traduca in una confisca di spazio democratico, nello sfilacciarsi dei confini nei quali il costituzionalismo nel corso dei secoli ha ristretto il potere, nell'abbandono del progetto costituzionale di emancipazione sociale e di eguaglianza sostanziale (con la connessa limitazione dell'attività economica¹⁵⁶). Lo Stato abdica in favore di un sistema non democratico, teso alla garanzia del profitto, connotato dall'arbitrarietà, come si è visto analizzando l'organizzazione e il funzionamento dell'ICSID.

Non stupisce, quindi, leggere che per le sentenze ICSID non è contemplata alcuna possibilità di appello. Ad essere prevista nella Convenzione di Washington è solo l'ipotesi di annullamento, come rimedio eccezionale per alcuni motivi specificamente individuati: vizio nella costituzione del Tribunale; manifesto eccesso di potere da parte del Tribunale; corruzione di un membro del Tribunale; inosservanza

¹⁵³ F. GALGANO, F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 936.

¹⁵⁴ Cfr. P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio*, cit., p. 18: «la definitività della decisione arbitrale è un altro elemento positivamente apprezzato dagli operatori internazionali» [n.d.r.: ovvero, dai soggetti per i quali l'arbitrato è “pensato”].

¹⁵⁵ Convenzione di Washington, art. 55.

¹⁵⁶ Sul collegamento fra l'«utilità sociale», di cui all'art. 41, c. 2, e l'art. 3, c. 2, Cost., cfr., per tutti, M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica*, cit. («quella di cui si parla in Costituzione non può che essere una società in corso di edificazione, quella che gradualmente è (dovrebbe essere) destinata a costruirsi attuando il programma di sviluppo tracciato dall'art. 3, comma 2, al quale (come aveva ben colto... Alberto Predieri) l'art. 41 intimamente si collega»).

grave di una norma procedurale fondamentale¹⁵⁷; difetto di motivazione della sentenza¹⁵⁸. I tempi, fra l'altro, per la formazione di un giudicato assolutamente inoppugnabile sono molto brevi: la domanda di annullamento deve essere presentata dalle parti entro 120 giorni dalla data della sentenza¹⁵⁹.

A giudicare è un Comitato *ad hoc*, composto da tre arbitri, nominati dal Presidente ICSID e scelti fra le persone iscritte nella lista degli arbitri¹⁶⁰.

Quanto alla prassi concreta, di interesse è in specie l'ipotesi del «manifesto eccesso di potere da parte del Tribunale» laddove nei primi ricorsi vi sono stati due annullamenti «per il manifesto eccesso di potere degli arbitri costituito dall'aver gli stessi disapplicato la legge dello Stato»: un orientamento poi abbandonato, ma che ha suscitato preoccupazioni e «timore che la diffusione del ricorso a questo mezzo di attacco delle sentenze ICSID potesse vanificare gli sforzi volti all'affermazione di questo particolare metodo di soluzione delle controversie»¹⁶¹. Come a dire che il meccanismo ISDS ha la sua ragion d'essere nel consentire agli investitori di derogare al diritto statale?

La mancanza di un secondo grado di giudizio è una delle tante critiche mosse al sistema ISDS, invero – sembra – non la più rilevante; il che, ragionando con realistica malizia, spiega il perché probabilmente sarà accolta e superata con la riforma, da più parti ventilata ed in alcuni casi già allo stato progettuale, dei meccanismi di risoluzione delle controversie investitore-Stato¹⁶².

¹⁵⁷ L'insistenza sul «grave» e sul «fondamentale» testimoniano una volta di più come il procedimento sia informale, per non dire arbitrario.

¹⁵⁸ Convenzione di Washington, art. 52, c. 1.

¹⁵⁹ Convenzione di Washington, art. 52, c. 2 (nella sola ipotesi di corruzione di un arbitro – la previsione di questa ipotesi specifica fra i pochi motivi di annullamento è forse una realistica presa d'atto dell'alta possibilità che ciò accada? – i termini decorrono dalla scoperta della corruzione, con il limite di tre anni dalla data della sentenza).

¹⁶⁰ Convenzione di Washington, art. 52, c. 3.

¹⁶¹ P. BERNARDINI, *L'arbitrato nel commercio*, cit. p. 288, al quale si rinvia anche per l'indicazione specifica dei casi e dell'evoluzione della prassi.

¹⁶² Nel CETA, ad esempio, è contemplata l'istituzione di un meccanismo di appello, in un momento però successivo alla conclusione dell'accordo e senza prevedere alcuna indicazione precisa (*Consolidated CETA Text*, 26 settembre 2014, cit., cap. X, sez. 6, art. 42, p. 180); quanto alle proposte relative al TTIP, si rinvia *infra*.

9. I costi e gli esiti delle cause ISDS: un potente deterrente

Sinora si è ragionato soprattutto sulla disciplina prevista – o, meglio, sui poteri delle parti (*rectius*: dell'investitore) –, vi sono però anche degli elementi di fatto, che esercitano una forza deterrente che comprime la sovranità dello Stato, limitando le sue scelte politiche e normative; tra questi i costi del procedimento e le *chances* relativamente agli esiti.

I costi medi per partecipare e resistere in un arbitrato superano per le parti gli 8 milioni di dollari, raggiungendo in alcuni casi i 30¹⁶³. Di questi, circa l'82% è costituito dal compenso percepito dagli assistenti legali e dagli esperti; relativamente basse, il 2%, sono invece le somme corrisposte alle organizzazioni che provvedono all'arbitrato e svolgono funzioni di segreteria, come l'ICSID¹⁶⁴.

Questi sono solo i costi del procedimento, ai quali ovviamente occorre aggiungere eventualmente, in caso di perdita della causa, il pagamento delle spese della controparte (il principio generalmente seguito è quello della soccombenza)¹⁶⁵ e l'importo per un eventuale risarcimento (e qui le somme, come anticipato, sono per lo più espresse in decine di milioni, a fronte di richieste che sono dell'ordine delle centinaia)¹⁶⁶.

¹⁶³ Dati da studi dell'OECD (*Organisation for Economic Cooperation and Development*): D. GAUKRODGER, K. GORDON, *Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community*, in *OECD Working Papers on International Investment*, 2012/03, OECD Publishing (<http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>), p. 19. Per un riferimento ampio ai costi, cfr. L. REED, J. PAULSSON, N. BLACKABY, *Guide to ICSID Arbitration*, cit., pp. 154 ss.

¹⁶⁴ Agli arbitri – per fare un esempio – viene corrisposto un compenso di 3000 dollari al giorno per le riunioni o altri compiti inerenti il procedimento, oltre il rimborso spese ed una diaria (*Cost of Proceedings*, in <https://icsid.worldbank.org>), ma queste, come detto, sono le spese minori.

Dati riportati in uno studio stimano i costi istituzionali (arbitri, oneri all'istituzione e simili) medi del procedimento di fronte all'ICSID in 769.000 dollari (M. HODGSON, *Investment Treaty Arbitration: How much does it cost? How long does it take?*, 18 febbraio 2014, in <http://www.allenoverly.com>).

¹⁶⁵ Cfr. E. SANTORO, M. ZAMBONI, *I costi dell'arbitrato*, in M. V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve*, cit., p. 942.

¹⁶⁶ Per una ricognizione di casi, cfr. S. D. FRANCK, *Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration*, in *North Carolina Law Review*, vol. 86, 2007 (available at <http://ssrn.com/abstract=969257>), pp. 55 ss.; ID., *Using Investor-State Mediation Rules to Promote Conflict Management: An Introductory Guide*, in *Washington & Lee Legal Studies Paper*, n. 2014-13, February 2, 2014 (available at <http://ssrn.com/abstract=2389763>).

Inevitabilmente uno Stato, al momento di modificare la propria legislazione, ad esempio per introdurre normative ambientali più rigorose – e suscettibili di diminuire il profitto degli investitori – o all’atto di concedere o meno determinate autorizzazioni, terrà conto degli eventuali costi di una causa ISDS: è indubbia la funzione deterrente nei confronti delle scelte statali.

Da un lato i costi certi del procedimento, dall’altro l’eventuale risarcimento multimilionario, esercitano una forza persuasiva che mina in concreto l’autonomia, e la sovranità, dello Stato, ovvero, in ultima istanza le libere scelte politiche dei cittadini. Si neutralizza la democrazia sociale, incidendo sulla forma di Stato.

Quanto alle prospettive di perdere o vincere la causa, i dati – non facili da reperire stante la segretezza e l’opacità che caratterizzano i procedimenti in questione – sono oggetto di controversa interpretazione. Le letture maggioritarie, a partire da dati UNCTAD¹⁶⁷, ad esempio, a fronte di un numero complessivo di 356 procedimenti conclusi entro il 2014, riferiscono di un 37% (132 casi) deciso a favore dello Stato (per motivi di merito, ma anche di competenza); un 27% (94 casi), chiuso con la vittoria dell’investitore e l’imposizione (tranne che in 7 casi) di un risarcimento pecuniario; mentre i restanti casi risultano, per il 28% (101 casi), risolti, senza ulteriori precisazioni, e, per l’ultimo 8%, sospesi per cause ignote¹⁶⁸.

Ora, occorre considerare, in primo luogo, come lo Stato non vinca mai, ma al massimo non perda: «only investors win awards of damages; states may at best, receive an award of costs»¹⁶⁹; in secondo luogo, come l’interpretazione dei dati non sia univoca.

¹⁶⁷ UNCTAD, *IIA – Issues Note*, n. 1, febbraio 2015, cit., *Recent trends in IIAs and ISDS*, p. 8.

¹⁶⁸ Cfr., in questo senso, Commissione europea, *Composizione delle controversie investitore-Stato (ISDS)*. *Alcuni fatti e cifre*, 12 marzo 2015, p. 8, al seguente indirizzo internet: trade.ec.europa.eu/doclib/html/153342.htm.

¹⁶⁹ H. MANN, *ISDS: Who Wins More, Investor or State?*, in International Institute for Sustainable Development (IISD), *Investment Treaty News, Breaking News Analysis*, June 2015; in argomento, cfr. anche M. TORAL, T. SCHULTZ, *The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations*, in M. WAIBEL, A. KAUSHAL, K.H. L. CHUNG, C. BALCHIN (ed. by), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, 2010, pp. 577 ss.

Sempre muovendo dai dati forniti dall'UNCTAD (*World Investment Report 2015*)¹⁷⁰, altri, infatti, propongono una lettura che distingue le decisioni a seconda che vertano sulla giurisdizione o sul merito, disaggregando i dati relativi¹⁷¹. Il risultato ribalta l'argomentazione, utilizzata dai sostenitori dell'arbitrato, che vede gli Stati "più vincitori che perdenti": gli investitori risultano vittoriosi nel 72% delle questioni relative alla giurisdizione e nel 60% dei casi decisi nel merito¹⁷².

In conclusione, l'instaurazione di un procedimento ISDS si traduce quasi sempre in un danno per lo Stato, più o meno ingente, a seconda che ai costi "normali" siano da aggiungere quelli derivanti da un esito infausto, con risarcimento pecuniario al seguito: un motivo in più per gli Stati per praticare un eteronomo *self-restraint*, un ossimoro che rende bene la condizione di sudditanza degli Stati.

10. L'oggetto delle controversie e l'eteronomo *self-restraint* dello Stato

Non ultimo per importanza, vi è un altro elemento dal quale si evince la compressione della sovranità e della libera autodeterminazione degli Stati: l'oggetto delle controversie.

I due casi citati nel primo paragrafo, relativi alla *Lone Pine Resources* e alla *Vattenfall*, sono rappresentativi dei due tipi di condotte statali che più inducono le aziende ad agire contro lo Stato: l'adozione di leggi e di provvedimenti amministrativi (gli atti che hanno dato adito al maggior numero di ricorsi riguardano in specie – come ricordato *ante* – licenze amministrative nel settore relativo all'energia e all'estrazione di materie prime)¹⁷³.

¹⁷⁰ UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, United Nations Publication, Geneva, 2015, cap. III, *Recent Policy Developments and Key Issues*.

¹⁷¹ H. MANN, *ISDS: Who Wins More, Investor or State?*, cit.

¹⁷² H. MANN, *ISDS: Who Wins More, Investor or State?*, cit.

¹⁷³ A quanto citato *ante*, adde uno Studio realizzato per il Ministero del commercio con l'estero e della cooperazione allo sviluppo e il Ministro degli Affari esteri dei Paesi Bassi (C. TIETJE E ALTRI, *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, 24 giugno 2014), che, nonostante si esprima in termini ottimistici sulla tutela dell'interesse pubblico («international investment law recognizes both individual economic interests of investors and public interests of the host state») e sul fatto che «legislative acts are subject to ISDS procedures only in exceptional

Si rivela assolutamente fondato il timore che determinate scelte normative o amministrative possano dar luogo ad una causa ISDS, donde l'*eteronomo self-restraint* di cui si discorreva sopra (*alias* la forza deterrente degli arbitrati)¹⁷⁴.

Il legislatore (ma il discorso vale anche per il soggetto che esercita funzioni amministrative) è in libertà condizionata: è libero ma solo nei limiti in cui rispetta determinati parametri. Sin qui nulla di strano, principio di costituzionalità e principio di legalità *docent*, ma in questo caso il parametro non è nell'ordinamento costituzionale, bensì nell'interesse dell'investitore.

Il legislatore è libero, ma se "sbaglia" – ovvero, se nuoce agli utili dell'investitore – lo Stato paga (in termini letterali, dato che si discute di denaro) le conseguenze. È come se esistesse una norma, o meglio, un principio, di rango costituzionale, che interviene restringendo e indirizzando la discrezionalità del legislatore.

"Come se": ma tale principio non è dato rinvenire nel testo costituzionale, anzi, la nostra Costituzione non lascia adito a dubbi sulla centralità, quale principio fondamentale, della persona e del suo libero sviluppo, e sulla subordinazione degli interessi economici ai fini sociali (per tutti, basti ricordare l'art. 41, c. 2 e c. 3). Certo, si è consci che la partecipazione all'Unione europea e, da ultimo, l'inserimento del pareggio di bilancio, con la modifica di alcuni articoli della Costituzione (in specie l'art. 81)¹⁷⁵, hanno intaccato il quadro della Costituzione del 1948.

Ora, non è questa la sede per affrontare la *querelle* fra chi sostiene la contrarietà rispetto alla Costituzione dell'ordinamento comunitario per come è strutturato intorno al principio della libera concorrenza, con conseguente illegittimità dell'adesione allo stesso, e chi ritiene che ciò non porti a ragionare di *vulnus* della Costituzione, bensì a ritenere superate alcune parti (in primo luogo, l'art. 41), così come non è

cases, and these claims are hardly, if ever, successful», sottolinea come comunque questo «does not mean that there is no room for improvement of the system» (p. 127, punti 283 e 284).

¹⁷⁴ Si segnala la proposta del Ministro tedesco dell'economia, S. Gabriel, di modificare il CETA nella prospettiva di sottrarre la legge all'azione giudiziaria, anche quando essa riduca i guadagni di un'azienda (cfr. *Germania. Una proposta per il Ceta*, in *Internazionale* 1091, 27 febbraio 2015).

¹⁷⁵ Legge cost. 20 aprile 2012, n.1.

questo lo spazio per trattare delle complesse questioni, *in primis* di coerenza del testo costituzionale, sollevate dalle modifiche introdotte dalla legge costituzionale n. 1 del 2012¹⁷⁶. Tuttavia non si può non riconoscere come la copertura costituzionale dell'integrazione comunitaria *ex art.* 11 e il rango costituzionale del "principio" di pareggio di bilancio portino lo scontro all'interno del testo della Costituzione. Non si può sottacere, ad esempio, la presenza di una collisione fra il novellato art. 81 e principi fondamentali quali la centralità della persona o l'eguaglianza sostanziale. È uno scontro fra due visioni del mondo differenti: da un lato, la priorità accordata alle esigenze dell'economia (del neoliberalismo); dall'altro, un progetto di emancipazione sociale (il costituzionalismo emancipante del secondo Novecento). Dove stava la volontà del costituente è chiaro; non pare sufficiente la revisione di alcune norme¹⁷⁷ per accantonare il disegno armonico di una Costituzione centrata sul libero sviluppo della persona e per relegare nella soffitta della storia un percorso secolare, quale quello del costituzionalismo, o per subordinarne l'attuazione a stringenti vincoli economici. Il bilanciamento invero pare diseguale: da un lato, un testo armonico; dall'altro, una dissonanza, ovvero una nota errata¹⁷⁸.

Ciò, sempre confidando nell'esistenza di forze sociali e politiche che considerino la Costituzione del 1948 come propria: tra le funzioni della Costituzione vi è senza dubbio quella di valere per i "tempi difficili", ma non può aspirare all'eternità se non ha un riscontro all'interno della società. Il diritto, anche (per non dire in primo luogo)

¹⁷⁶ Fra i moltissimi interventi sul tema, cfr. F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012; G. BUCCI, *Le fratture inferte dal potere monetario e di bilancio europeo agli ordinamenti democratico-sociali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2012, par. 3; 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; R. DICKMANN, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 4/2012, e ID., *Legislazione di spesa ed equilibrio di bilancio tra legittimità costituzionale e legittimità europea*, in *Federalismi.it*, n. 10/2012; G. FERRARA, *Regressione costituzionale*, in *il manifesto*, 18 aprile 2012.

¹⁷⁷ Revisione – si ricorda – approvata sì a maggioranza dei due terzi (e, dunque, senza la conferma referendaria), ma con una composizione del Parlamento segnata da un sistema elettorale nettamente sbilanciato in senso maggioritario.

¹⁷⁸ Per tutti, L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, p. 138: «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 disposizione sta infatti la Costituzione intera, nel suo disegno complessivo, nei suoi fondamenti».

quello costituzionale, è un fenomeno sociale: la sua forza prescrittiva esercita una funzione di indirizzo nei confronti della società ma esso non può prescindere dal riconoscimento sociale.

Tornando ai meccanismi ISDS, si può ricordare come sia la Commissione europea, che ne è una patrocinatrice, a reputare «legittime» le preoccupazioni in ordine alla possibilità di un abuso delle norme a protezione degli investimenti «per impedire ai paesi di compiere scelte politiche legittime», affermando che «alcune disposizioni fondamentali sulla protezione degli investimenti non sono chiare», sì da pregiudicare le capacità degli Stati di regolamentare nell'interesse pubblico¹⁷⁹, anche se poi, per voce della sua Direzione Generale per il Commercio, stempera la sua osservazione, sostenendo che «inserire misure per la protezione degli investitori non impedisce ai governi di adottare leggi, né comporta l'abrogazione di leggi. Al massimo, può portare al pagamento di un risarcimento»¹⁸⁰. Lo Stato è libero di “sbagliare”, incorrendo quindi nella “giusta” punizione?

Il privato si impone sul pubblico, comprimendo l'interesse pubblico e generale in nome di quello privato e individuale: più forte del principio di costituzionalità si rivela il principio della tutela del profitto dell'investitore. A uscirne deprivata non è solo la potestà normativa dello Stato, e, con essa, la sovranità popolare, ma anche la tutela dei diritti: non sono pochi i casi nei quali oggetto delle controversie sono discipline in materia di tutela della salute e dell'ambiente, ma anche del lavoro.

Oltre ai casi citati *ante* – *Lone Pine Resources* e *Vattenfall* – molto noto è il ricorso promosso dalla *Philip Morris* contro l'Australia, in seguito all'adozione del *Tobacco Plain Packaging Act* del 2011, che aveva istituito l'obbligo di apporre sui pacchetti di sigarette, al posto del marchio, avvertimenti circa la loro nocività per la salute¹⁸¹.

¹⁷⁹ Commissione europea, *Protezione degli investimenti*, novembre 2013, cit., pp. 6-7.

¹⁸⁰ Commissione europea, *Domande e risposte*, cit.

¹⁸¹ In questa controversia ad essere applicato, sulla base del BIT tra l'Australia ed Hong Kong (sede della filiale asiatica di *Philip Morris*, e tipico esempio di come le multinazionali riescano di fatto a scegliere la propria sede) è il Regolamento UNCITRAL del 2010; una ricostruzione della vicenda, con il rinvio ai relativi atti arbitrali, è sul sito dell'Australian Government, Attorney-General's Department, al seguente indirizzo: https://www.ag.gov.au/tobaccoplainpackaging#_paad).

Causa “gemella” è *Philip Morris* contro Uruguay.

Osserva Stiglitz: «questi accordi [n.d.r.: relativi alla risoluzione delle controversie investitore-Stato] impediscono ai governi di svolgere le loro funzioni essenziali: tutelare la salute e la sicurezza dei cittadini, assicurare la stabilità economica e proteggere l'ambiente»¹⁸².

11. Un *case study*: i ricorsi ISDS *versus* la Repubblica italiana

Nella difficoltà, data l'opacità che caratterizza la materia, di reperire le informazioni, alla data in cui si scrive¹⁸³, risultano quattro cause ISDS intentate contro l'Italia¹⁸⁴, tutte riguardanti l'*Energy Charter Treaty*¹⁸⁵ e tutte molto recenti (confermando così l'aumento esponenziale, prima rilevato, dell'utilizzo del meccanismo negli ultimi anni).

Il primo ricorso è promosso da tre investitori nel campo delle energie rinnovabili: il belga Blusun S. A., il francese J.P. Lecorcier e il tedesco M. Stein (ICSID Case No. ARB/14/3, registrato il 21 febbraio 2014). Oggetto della controversia è la revisione della disciplina del sistema incentivante l'energia fotovoltaica, con le ricadute concrete su un progetto di costruzione in Puglia di 120 impianti fotovoltaici da 1 MW ciascuno. Nello specifico ad essere contestato è il D. Lgs. 3 marzo 2011, n. 28, recante "Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e

¹⁸² J. E. STIGLITZ, *Il libero scambio non c'entra niente*, in *Internazionale* 1123, 9 ottobre 2015, p. 40; dello stesso Autore, cfr. anche *On the Wrong Side of Globalization*, in *The New York Times*, 15 marzo 2014.

¹⁸³ L'ultima verifica dei dati risale al gennaio 2016.

¹⁸⁴ Informazioni su stato del procedimento, costituzione del collegio arbitrale e materiali, ove resi disponibili, sono consultabili sul sito dell'Icsid, sotto la voce *Cases* (<https://icsid.worldbank.org>).

Per un primo riferimento alle cause, cfr. M. DI SISTO, *Stop Ttip: in Italia c'è già una causa Isds*, 29 giugno 2015, e A. TRICARICO, *Ttip: altre due cause contro l'Italia*, 1 settembre 2015, entrambi in *Sbilanciamoci.info* (www.sbilanciamoci.info).

¹⁸⁵ Sempre riguardo al Trattato sull'energia risulta anche una causa intentata contro lo Stato italiano presso la Camera di commercio di Stoccolma (fonte: Camera dei Deputati, Interrogazione n.5-05924 De Rosa, *Procedura giudiziaria internazionale nei confronti della Repubblica italiana per la revisione del sistema incentivante sull'energia fotovoltaica*, interrogazione a risposta in commissione presentata dall'On. De Rosa ed altri il 1 luglio 2015 con risposta del 5 novembre 2015, reperibile in www.infoparlamento.it).

2003/30/CE”, e i decreti ministeriali di attuazione (D.M. 5 maggio 2011 e D.M. 5 luglio 2012)¹⁸⁶.

Il secondo e il terzo ricorso hanno ad oggetto le disposizioni, sempre riguardanti gli incentivi relativi agli impianti fotovoltaici, previste nell’art. 26 del D. L. 24 giugno 2014, n. 91, recante “Disposizioni urgenti per il settore agricolo, la tutela ambientale e l’efficientamento energetico dell’edilizia scolastica e universitaria, il rilancio e lo sviluppo delle imprese, il contenimento dei costi gravanti sulle tariffe elettriche, nonché per la definizione immediata di adempimenti derivanti dalla normativa europea” (convertito, con modificazioni, in L. 11 agosto 2014, n. 116)¹⁸⁷. A citare davanti all’ICSID l’Italia sono, l’11 agosto 2015, la tedesca Silver Ridge Power BV (ICSID Case No. ARB/15/37) e, con richiesta registrata il 22 settembre 2015, la lussemburghese Belenergia S.A. (ICSID Case No. ARB/15/40).

Ancora in materia di energie rinnovabili, ma senza che al momento siano reperibili notizie più precise, è il quarto ricorso, registrato in data 22 dicembre 2015: la causa promossa da Eskosol S.p.A. in liquidazione (non risulta alcuna nazionalità) v. Repubblica italiana (ICSID Case No. ARB/15/50).

I quattro procedimenti risultano tutti pendenti e ancora nella fase iniziale; il Tribunale è stato, ad oggi¹⁸⁸, costituito solo in relazione alla prima controversia¹⁸⁹.

La legittimità ad adire l’ICSID in questi casi, come detto, è conferita dall’*Energy Charter Treaty*, con la particolarità – cui si è accennato *ante* – che l’Italia nel frattempo ha deciso di recedere dal Trattato (con decorrenza dal 2016), ma per i prossimi venti anni potrà comunque essere citata in giudizio di fronte al Centro di Washington¹⁹⁰.

Da notare, nelle cause nelle quali è coinvolta l’Italia¹⁹¹, come oggetto del contendere sia una fonte normativa primaria, rendendo evidente concretamente come i meccanismi ISDS si pongano ad un livello “costituzionale”, o meglio, sopra-costituzionale, quali procedimenti che giudicano sul rispetto del principio “tutela dell’interesse

¹⁸⁶ Fonte: Camera dei Deputati, Interrogazione n. 5-05924 De Rosa, cit.

¹⁸⁷ Fonte: Camera dei Deputati, Interrogazione n. 5-05924 De Rosa, cit.

¹⁸⁸ Gennaio 2016.

¹⁸⁹ ICSID Case No. ARB/14/3, costituzione del Tribunale: 12 giugno 2014.

¹⁹⁰ Art. 47, c. 3, dell’*Energy Charter Treaty* citato *ante*.

¹⁹¹ Il discorso riguarda in specie le prime tre controversie, mancando al momento informazioni sulla quarta.

dell'investitore". Il Governo italiano, fra l'altro, in relazione al caso in stadio più avanzato – quello che concerne il D. Lgs. n. 28 del 2011 – fa presente come molte delle questioni sollevate dai ricorrenti siano già state vagliate, senza dar luogo a rilievi, dai giudici nazionali sia in relazione alla legittimità costituzionale sia per quanto concerne la conformità ai principi comunitari (come visto, si trattava di attuazione di normativa UE)¹⁹². Tutto ciò però non è sufficiente, perché il metro di giudizio non è la Costituzione, e nemmeno la normativa dell'Unione europea, ma il *superiore* interesse dell'investitore.

La libertà di scelta, politica e normativa dello Stato, è limitata e ristretta in nome di un parametro eteronomo; la Costituzione è subordinata ad un interesse ad essa estraneo; le esigenze dell'economia si impongono sulla politica.

Si potrebbe certamente obiettare che alla base del sistema ICSID vi sia un atto dello Stato, che ha conferito all'arbitrato internazionale i poteri in questione.

Due a questo punto sono le domande: lo Stato, ovvero il Governo, con la negoziazione sostanziale dei relativi trattati, il Parlamento, con la legge di autorizzazione alla ratifica, ed il Presidente della Repubblica, con la ratifica, possono farlo¹⁹³? È conforme a Costituzione la legge che autorizza la ratifica della Convenzione di Washington? L'analisi del meccanismo ISDS che precede mostra – come si è visto – più di un profilo di collisione con il quadro costituzionale.

E, ancora, ammesso – e non concesso – che non vi siano ostacoli in tal senso, non dovrebbero comunque essere opponibili, diciamo, in

¹⁹² Non è molto chiaro, invero, nella risposta del Governo all'interrogazione (Camera dei Deputati, Interrogazione n. 5-05924 De Rosa, cit.), come siano intervenuti i giudici nazionali. Ad esempio nel testo si legge che questi ultimi «hanno definitivamente dichiarato la legittimità costituzionale», formulazione che pare di dover interpretare o come adozione di una sentenza di rigetto (che però, come è noto, ha efficacia solo *inter partes*) ovvero come decisione del giudice *a quo* di non sollevare questione di legittimità costituzionale, rilevando una manifesta infondatezza (decisione certamente priva di alcuna definitività *erga omnes*).

¹⁹³ Il Governo, per voce del Viceministro dello sviluppo economico, Carlo Calenda, nella risposta all'interrogazione citata (Camera dei Deputati, Interrogazione n. 5-05924 De Rosa), considerate anche le riforme che riguardano la protezione degli investimenti, volte a rispondere alle critiche avanzate ai meccanismi ISDS, afferma: «l'Italia rimane, pertanto, favorevole a dei meccanismi di risoluzione delle controversie attraverso corti internazionali e crede – nel medio periodo – alla creazione di una vera e propria Corte Internazionale Permanente sugli investimenti che possa garantire massima terzietà...».

corso d'opera, dei controlimiti, non dovrebbero prevalere (quantomeno) i principi costituzionali?

Infine, un inciso: nei ricorsi contro l'Italia gli investitori (se non altro nelle prime tre controversie) sono soggetti europei. Ciò testimonia, in primo luogo, l'espansione dei meccanismi ISDS, inizialmente utilizzati soprattutto nei confronti dei Paesi in via di sviluppo, fra i Paesi c.d. economicamente avanzati e, in specie, fra i Paesi europei: «nella maggioranza dei casi gli Stati membri dell'UE sono stati oggetto di contestazione da parte di investitori con sede nell'UE»¹⁹⁴. In secondo luogo, il dato dell'aumento dei conflitti tra investitori europei e Paesi europei è suscettibile di essere interpretato nei termini di una defezione rispetto all'ordinamento comunitario (e in specifico rispetto alla giurisdizione della Corte di Giustizia) in favore della *global economic governance*. L'affermazione di quest'ultima, ragionando di geopolitica, può quindi essere valutata come indice – allo stesso modo di quanto si può sostenere a proposito del TTIP – dell'esistenza di un blocco neoliberista egemonico, o che aspira ad essere tale, fra i paesi occidentali, con il misconoscimento delle tesi che individuano una contrapposizione fra capitalismo europeo e capitalismo statunitense.

12. Le proposte di riforma del meccanismo ISDS nel TTIP: l'*International Court System*

La collisione degli arbitrati ICSID con l'orizzonte della democrazia e del costituzionalismo, come si evince da quanto argomentato nei paragrafi precedenti, è così difficilmente contestabile che anche i sostenitori di questa punta di diamante della *global economic governance* non possono semplicemente ignorare le critiche, ma sono costretti ad avanzare proposte di riforma: «il sistema... deve essere migliorato e aggiornato»¹⁹⁵.

Una delle revisioni del meccanismo in stadio più avanzato è quella presentata dalla Commissione europea per il TTIP, ma di riforma del

¹⁹⁴ Così Commissione europea, *Composizione delle controversie investitore-Stato*, 12 marzo 2015, cit., p. 6.

¹⁹⁵ Commissione europea, *Il TTIP visto da vicino*, Unione europea, 2015, p. 44. Sottolinea come «anche i sostenitori dell'idea dell'arbitrato internazionale ammettono un notevole calo di credibilità verso queste strutture», J. HILARY, *Il partenariato transatlantico*, cit., p. 31.

sistema ICSID si occupa anche l'UNCTAD in uno dei suoi ultimi rapporti, il già citato *World Investment Report 2015*, che, non a caso, reca *Reforming International Investment Governance*¹⁹⁶.

Nell'ambito del TTIP, l'ISDS dovrebbe essere declinato, secondo la proposta dell'Unione europea per il negoziato, resa pubblica il 12 novembre 2015, come ICS: *International Court System*¹⁹⁷.

In primo luogo dovrebbe essere istituito un Tribunale di prima istanza, composto da 15 giudici, nominati dall'Unione europea e dagli Stati Uniti (cinque cittadini comunitari, cinque cittadini statunitensi e cinque cittadini di Paesi terzi), con un mandato di 6 anni, rinnovabile una volta. I giudici dovrebbero possedere competenze giuridiche e preferibilmente essere esperti in materia di diritto degli investimenti (il che lascia presupporre che si tratti sempre delle stesse persone)¹⁹⁸.

Come di fronte ad una corte nazionale o internazionale, si prevede che non siano i ricorrenti a scegliere i propri giudici: essi dovrebbero ruotare, sì da assicurare che tutti i giudici svolgano la loro attività su basi paritarie, ma attraverso un'assegnazione casuale e imprevedibile. Il collegio dovrebbe essere composto da tre membri, provenienti dalle varie liste, quindi un giudice comunitario, uno statunitense ed uno cittadino di uno Stato terzo; quest'ultimo dovrebbe esercitare le funzioni di Presidente¹⁹⁹.

Per ovviare ad una delle lacune dell'attuale sistema, viene quindi disciplinata la creazione di un Tribunale di appello permanente, composto da 6 membri, scelti (con un mandato di sei anni, rinnovabile una volta) congiuntamente da UE e USA (sempre in eguale numero fra cittadini statunitensi, comunitari e di Paesi terzi)²⁰⁰.

È contemplata anche una norma in materia di indipendenza dei giudici e di conflitto di interessi, con rinvio ad un codice di condotta; fra i requisiti etici che i giudici dovrebbero rispettare, figura in specie

¹⁹⁶ Qualche accenno di cambiamento affiora già, inoltre – come si è accennato in più punti *ante* –, nel CETA. In dottrina, da ultimo, cfr. J. E. KALICKI, A. JOUBIN-BRET (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Brill Nijhoff, 2015.

¹⁹⁷ *European Union's proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes*, Chapter II – *Investment*, Sec. 3, Sub-sec. 4, consultabile dal seguente sito: <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip>.

¹⁹⁸ *European Union's proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes*, cit., Cap. II, Sec. 3, Sub-sec. 4, art. 9.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ *European Union's proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes*, cit., Cap. II, Sec. 3, Sub-sec. 4, art. 10.

un obbligo di astensione rispetto all'attività di consulente legale in controversie relative agli investimenti²⁰¹. Ora, senza entrare ulteriormente nel merito di una riforma ancora in corso di elaborazione, e, fermo restando quanto si osserverà a breve in tema di revisione di un approccio "irriframabile", si può rilevare come il conflitto di interesse dovrebbe essere valutato in relazione all'intera carriera del giudice e tenendo nel debito conto la sua appartenenza ad esempio ad una *law firm*, che può vanificare in concreto una sua formale astensione.

La riforma vorrebbe ovviare, poi, alla prassi del *forum shopping*, ma invero, al di là delle regole previste per evitare che un soggetto si rivolga contemporaneamente a più organi arbitrali/giurisdizionali²⁰², non pare escludere la possibilità di scegliere, in via alternativa, il giudice nazionale o l'arbitrato internazionale. Anzi, si può aggiungere, presumibilmente, se sarà dato scegliere tra ICS e ISDS, facilmente gli investitori – in grado, fra l'altro, di decidere sostanzialmente la propria sede (attraverso succursali, sussidiarie, controllate, etc.) – eviteranno le "migliorie", sfruttando i tradizionali ISDS previsti negli accordi sino ad oggi conclusi.

Da citare, nella prospettiva di una riforma complessiva del diritto in tema di protezione degli investimenti, è, infine, la volontà di tenere in maggior considerazione il «right to regulate», ovvero l'interesse pubblico dello Stato²⁰³. La Commissione europea muove dalla considerazione che «molti accordi in materia di investimenti già in vigore nei paesi dell'UE non soddisfano il giusto equilibrio che l'UE si attende tra la garanzia del diritto di legiferare dei governi e la necessità di tutelare gli investitori»²⁰⁴, per cui all'art. 2 della proposta testuale per il negoziato TTIP con gli USA, si legge: «the provisions of this section shall not affect the right of the Parties to regulate within their territories through measures necessary to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, environment or pu-

²⁰¹ *European Union's proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes*, cit., Cap. II, Sec. 3, Sub-sec. 4, art. 11.

²⁰² *European Union's proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes*, cit., Cap. II, Sec. 3, Sub-sec. 5, art. 14.

²⁰³ Individua come obiettivo del processo di riforma della *governance* degli investimenti, la salvaguardia del «right to regulate», anche l'UNCTAD, *World Investment Report 2015*, cit.

²⁰⁴ Commissione europea, *Il TTIP visto da vicino*, cit., p. 44.

blic morals, social or consumer protection or promotion and protection of cultural diversity»²⁰⁵.

In verità l'affermazione citata pare più una petizione di principio in risposta alle critiche relative alla lesione della sovranità politica e normativa degli Stati che una concreta ed effettiva tutela della libertà di autodeterminazione degli Stati, assicurando che essi possano agire in conformità alle proprie costituzioni, senza l'obbligo di ottemperare al principio sovra-costituzionale dell'interesse dell'investitore.

In sintesi, le proposte di riforma recepiscono alcune critiche, proponendo soluzioni che paiono ammorbidire, ma non eliminare le contraddizioni, le lacune e le collisioni dei meccanismi di soluzione delle controversie investitore-Stato rispetto ai parametri di un ordinamento democratico e ai principi e alle norme proprie del costituzionalismo moderno.

Modifiche “sincere” o un'abile operazione di *marketing*? Sia il Parlamento europeo sia il Governo italiano, ad esempio, hanno buon agio a giustificare il proprio appoggio al meccanismo ISDS citando il suo “processo di democratizzazione”²⁰⁶, ovvero la versione *light* del TTIP²⁰⁷.

Comunque, quale che sia la risposta, oltre all'osservazione che di semplici progetti si discorre, resta il fatto che non viene messa in discussione l'esistenza di sedi deputate a difendere gli interessi di *una parte*, che persegue fini strutturalmente differenti, per non dire opposti, rispetto a quelli di uno Stato democratico. È difficile “democratizzare” un sistema che è in sé antitetico rispetto alla democrazia: più facile che si tenti semplicemente di smorzarne la natura strutturalmente

²⁰⁵ *European Union's proposal for Investment Protection and Resolution of Investment Disputes*, cit., Cap. II, Sec. 2, art. 2.

²⁰⁶ Quanto al Parlamento europeo, cfr. risoluzione Lange citata *ante*; quanto al Governo italiano, si veda Camera dei Deputati, Interrogazione n. 5-05924 De Rosa, cit.

Non mancano tuttavia anche prese di posizione da parte degli Stati quantomeno più dubitative circa la previsione di meccanismi ISDS; cfr., ad esempio, lo studio commissionato dal governo britannico alla London School of Economics, che si esprime negativamente circa l'inserimento di tali meccanismi («in sum, an EU-US investment chapter is likely to provide the UK with few or no benefits»), stanti il rischio di controversie, con i relativi costi, e, in parallelo, l'improbabilità che in tal modo si generi un aumento negli investimenti (L. N. SKOVGAARD POULSEN, J. BONNITCHA e J. WEBB YACKEE, *Costs and Benefits of an EU-USA Investment Protection Treaty*, London School of Economic, London, 2013, disponibile sul sito <https://www.gov.uk>).

²⁰⁷ In tema cfr. *L'accordo sbagliato (Der Spiegel, Germania)*, in *Internazionale* 1125, 23 ottobre 2015, pp. 18 ss.

antidemocratica, con un sapiente *lifting*, che smussi le armi dell'opposizione.

Un'operazione in odore di mistificazione, che non smentisce la vocazione egemonica dell'economia.

13. “Tribunali speciali per la sicurezza degli investitori” quali emblema delle trasformazioni della democrazia (a mo' di osservazioni conclusive)

Le corti ICSID sono – e facilmente resteranno anche con il *make-up* – tribunali *speciali*, tali sia per la competenza sia per la composizione sia per le regole di funzionamento e di giudizio: dei tribunali speciali per la sicurezza degli investitori.

Esse fotografano in maniera iconica le posizioni ed i rispettivi rapporti di forza degli attori sociali, e, in specifico, ben ritraggono, nel loro offrire protezione privilegiata agli investimenti, il ruolo dominante oggi assunto dal capitalismo finanziario²⁰⁸: per questo esse possono essere considerate emblema e punta di diamante dell'attuale *governance mondiale*²⁰⁹.

Si precisa che il ricorso al termine “*governance*” non è un cedimento al canto delle sirene che da esso promana ma è scelto per la sua forza evocativa, per il bagaglio che esso reca con sé: commistione pubblico-privato, de-formalizzazione nella produzione del diritto, opachi connubi fra istituzioni dotate di legittimazione democratica e costituzionalmente limitate e poteri di fatto, autoreferenziali e aspiranti allo *status* di *legibus soluti*²¹⁰. E ancora: non si è specificato *global eco-*

²⁰⁸ *Ex multis*, sul dominio della finanza, nella dottrina italiana, si vedano le voci autorevoli di L. GALLINO (in specie *Finanzcapitalismo*, cit.), nonché, da ultimo, G. ZAGREBELSKY (*Moscacieca*, cit.).

²⁰⁹ Sul ruolo centrale dell'arbitrato investitore-Stato nel dibattito sulla *global economic governance* e, in specie, sul fatto che esso «costituisce il più compiuto riconoscimento dal punto di vista giuridico del ruolo sempre più rilevante degli attori non statali nelle relazioni economiche internazionali», cfr. le considerazioni di F. COSTAMAGNA, *Promozione e protezione degli investimenti*, cit., p. 168.

²¹⁰ Per tutti, sulla *governance*, sulle sue opacità e sui suoi rischi, si vedano M. R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, il Mulino, Bologna, 2010; P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, Paris, 2006 (trad. it. *La politica nell'era della sfiducia*, Città Aperta Edizioni, Troina (En), 2009), spec. p. 264; P. MEAGLIA, *Governance e democrazia rappresentativa. Un confronto*, in *Teoria politica*, n.s., Annali I, 2011, pp. 381 ss.; R. BIN, *Contro la governance: la partecipazione tra fatto e diritto*, in G.

nomie governance, non per misconoscere il ruolo dei soggetti economici, ma, all'inverso, per suggerire come sia l'intera struttura della *governance* mondiale ad essere dominata dall'economia, con emarginazione delle istituzioni politiche internazionali e statali, donde una tendenziale coincidenza e sovrapposizione fra le due locuzioni, *governance* mondiale e *global economic governance*, ad indicare la natura delle trasformazioni in corso nei rapporti fra economia e politica.

Gli arbitrati internazionali per la risoluzione delle controversie investitore-Stato sono un nodo della rete dei «nuovi sovrani globali»²¹¹, dell'oligarchia economico-finanziaria che aspira ad imporre le proprie volontà, ovvero ad espandere le proprie pulsioni predatorie, imponendo un nuovo modo di intendere i rapporti fra politica ed economia segnato dal netto predominio della seconda. «*Pecunia regit mundi*» è un brocardo che attraversa indenne i secoli; talora, nelle epoche che tentano di limitare il potere del denaro, quest'ultimo esercita la sua influenza nell'illegalità o nell'ombra, talaltra – come ora – vive la sua età d'oro, conformando a sé diritto ed istituzioni²¹². Il potere del dena-

ARENA, F. CORTESE (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme di democrazia*, Cedam, Padova, 2011. Una efficace distinzione etimologica e storica di *governance* e *government*, con ulteriori indicazioni bibliografiche, è in A. ARIENZO, *Dalla corporate governance alla categoria politica di governance*, in *Governance*, I, Dante&Descartes, Napoli, 2004, pp. 125 ss.

²¹¹ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. 50 ss., che nella mappa annovera, fra gli altri, «i diversi «summit» dei capi di Stato e di governo, gli incontri «informali» bilaterali o plurilaterali, ovvero le riunioni «formali» dei G-7, G-8, G-20», gli ordinamenti sovranazionali locali, «le organizzazioni internazionali dal corpo privatistico, ma dall'anima pubblica, ... tipicamente la Wto, il Fmi, la Bce», «le differenti Corti internazionali», «soggetti strettamente privati, come sono i grandi studi legali internazionali, le law firms», le agenzie private di rating; ma vedi anche già M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1996, pp. 164-165, che individua, nella politica nuova, che «ha allo stesso tempo un volto pubblico e privato», dove «si intrecciano le volontà degli esecutivi degli stati (o almeno di alcuni di essi: si pensi al ruolo sempre più significativo che è giuocato dal G7), di potenti tecnocrazie internazionali (WTO, FMI, Banca Mondiale), di imprese transnazionali dominatrici di settori strategici», «il tentativo di creazione di un *antisovrano*».

²¹² G. ZAGREBELSKY, *Moscacioca*, cit., si riferisce a due forze, denaro e potere, che la vita sociale tende a contenere, perché disgregatrici, mentre esse aspirano ad una sempre maggior espansione autoreferenziale: tale «processo – impoverimento di popoli, colonizzazioni, estrazioni, spoliazioni, inquinamenti, deforestazioni, ecc. – è in corso da secoli e, da ultimo, ha preso velocità: *motus in fine velocior*» (p. 30).

R. B. REICH (*Come salvare il capitalismo*, Fazi Editore, Roma, 2015) ragiona di circolo vizioso dell'oligarchia: la ricchezza si concentra progressivamente verso l'alto, cresce il suo

ro è una costante nella storia umana, oggi esso aspira ad una autoreferenzialità “assoluta”.

Il neoliberismo, con i suoi dogmi, le sue teorie, il suo linguaggio, il suo modello di società e la sua antropologia, si riversa nella sfera politica e giuridica, colonizzandole e trasfigurandole, ma la sua *mission* non è (per fortuna) ancora compiuta. E allora, pare consono ragionare di scontro, uno scontro fra due prospettive politiche. E si sottolinea “politiche”, contro il falso mito del mercato concepito alla stregua di una legge naturale, che sotto gli auspici benevoli della competitività, solo può perseguire la crescita (assunta acriticamente come un elemento positivo, prescindendo sia dalla distribuzione della ricchezza sia dagli impatti sociali e ambientali), donde, proteggere gli investitori si presenta come una scelta obbligata per raggiungere, mantenere ed incrementare il benessere (che i dati, prima ricordati, dimostrano essere inesorabilmente diseguale, ovvero parte di un progetto elitario). La competitività evoca inevitabilmente una logica diseguale, presuppone vincitori e vinti, gerarchizzazioni e distinzioni, un mondo dove non a caso un altro dei vocaboli *must* è “eccellenza”.

La razionalità tecnica neoliberista, con la sua aura di scientificità e inderogabilità, ha buon agio nel collocare la prospettiva della democrazia, dell’eguaglianza, dell’emancipazione sociale nello spazio dell’utopia, dell’ingenuo, e irrealizzabile, idealismo.

Essa è pensiero e azione *mainstream*, in grado di indossare la democrazia – conformandone la taglia, in modo che non stringa e non impedisca i movimenti – per migliorare il proprio *look* e, nel caso, proteggersi da eventuali freddi (fuor di metafora, creare condizioni favorevoli per il mercato, gestire il dissenso, etc.): le parole di Sergio Marchionne o le considerazioni della J. P. Morgan prima citate rendono superflue, con la loro arrogante nitidezza, ulteriori argomentazioni.

È l’era – quella odierna, che si può datare dagli anni Ottanta del secolo scorso – della decisione e non della discussione, del cooperativismo e non del conflitto. È in atto una battaglia, che si svolge su più campi: essa revoca in dubbio la titolarità e la forma assunta dalla sovranità, così come la configurazione del sistema delle fonti, e sposta gli equilibri nelle copie dicotomiche classiche, quali pubblico-privato,

peso politico e la sua capacità di influenzare la scrittura delle regole del gioco, il che, a sua volta, incrementa ulteriormente la concentrazione della ricchezza.

eguaglianza-diseguaglianza, e moderne, quale *governance-government*.

Scontando le inevitabili omissioni e genericità che il tentativo di tracciare una mappa di sintesi con i punti di collisione fra le prospettive citate e le linee delle trasformazioni in atto, già avvenute o possibili, inevitabilmente presenta, si può abbozzare una ricognizione delle fratture e delle tendenze che attraversano oggi concetti come sovranità, costruzioni come il sistema delle fonti, storie come quella della limitazione del potere. Senza pretesa, nei limiti di questo studio, di sviscerare, o anche solo di dar conto degli approcci teorici sviluppatisi intorno ai temi citati, seguono quindi alcuni *flash*, a mo' di vocabolario minimo dei termini coinvolti, tratteggiati attraverso esempi tratti dai meccanismi ISDS, quale raffigurazione e concretizzazione emblematica delle metamorfosi in atto.

Conflitto. La creazione di “tribunali speciali per la sicurezza degli investitori”, ovvero di una giustizia oligarchica, che si è visto essere strutturalmente *di parte*, è indice della vittoria, nel conflitto sociale, del capitale, ovvero, in altri termini, dell’egemonia di una classe sociale²¹³. È una affermazione – quella delle *élites* economico-finanziarie²¹⁴ – che tende a negare ogni spazio ai vinti, finanche l’esistenza: si pensi, nel mondo del lavoro, alla logica della concertazione sulla base di interessi comuni fra lavoratore e datore di lavoro, o, nella sfera politica, alle torsioni centripete nella rappresentanza. Il conflitto tende ad essere sostituito da una visione cooperativa – che non a caso è quella propria dei sostenitori dell’ordoliberalismo²¹⁵ – connessa ad una

²¹³ Sul punto, cfr. L. GALLINO, *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, intervista a cura di P. BORGNA, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 12: «non è affatto venuta meno la lotta di classe. Semmai, la lotta che era stata condotta dal basso per migliorare il proprio destino ha ceduto il posto ad una lotta condotta dall’alto per recuperare i privilegi, i profitti e soprattutto il potere»; similmente, M. TRONTI, *Lavoro*, in *Dem. e dir.*, nn. 1-2/2012, pp. 10-11: «la lotta di classe c’è», ma «è diventata unipolare»: «i capitalisti fanno lotta di classe a senso unico»; in senso ampio, sull’esistenza delle classi sociali, nonostante l’oscuramento da parte dei *maître à penser* dominanti, o la loro minore visibilità (ovvero, in termini marxisti, la loro esistenza *in sé* ma non *per sé*), oltre L. GALLINO, *La lotta di classe*, appena citato, si vedano J. HOLLOWAY, *Che fine ha fatto la lotta di classe?*, manifestolibri, Roma, 2007; D. LOSURDO, *La lotta di classe. Una storia politica e filosofica*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

²¹⁴ Sul tema delle *élites*, si segnala R. DI LEO, *Il ritorno delle élites*, Manifestolibri, Roma, 2012.

²¹⁵ Cfr. A. SOMMA, *Some like it soft. Soft law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo*, in ID. (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino,

rappresentanza di interessi. Paradigmatica in questo senso è la costituzione della corte arbitrale ICSID: l'imparzialità discende dalla rappresentanza dei diversi interessi (i due giudici nominati dalle parti) e dal loro accordo (il terzo giudice).

Costituzione. L'analisi degli arbitrati ISDS mostra l'esistenza di un orizzonte che nella sua autoreferenzialità avanza pretese in senso lato costituzionali e con velleità egemoniche nei confronti della Costituzione (italiana, ma non solo) e del costituzionalismo. È in atto, dunque, come si è argomentato, uno scontro fra due prospettive in senso lato costituzionali, fra principi fondativi e parametri (in estrema sintesi, persona e mercato), fra stato di diritto e un potere che aspira ad essere *legibus solutus*.

È una contrapposizione che si riflette anche sulla concezione della costituzione e del costituzionalismo. Da un lato, l'approccio descrittivo: la costituzione come tavola che si limita a rispecchiare gli interessi del potere e ad esplicitare le modalità della sua organizzazione; dall'altro, l'approccio prescrittivo: la costituzione come espressione della sovranità popolare e sanzione delle forme che concretamente assumono la separazione e l'equilibrio fra i poteri e la garanzia dei diritti.

Democrazia. Osserva Crouch, a proposito del progetto TTIP e, in specifico, dei meccanismi ISDS: «an elite of business and governmental persons has been trying to make deals behind the back of the population – potentially undermining a mass of social and environmental policies – and in particular planning to enable tribunals of private corporate lawyers to judge corporation's complaints against government's policies. This is post-democracy in its purest form»²¹⁶. La struttura della democrazia muta, divenendo altro da sé: postdemocrazia.

La democrazia nella sua forma statale è esautorata e espropriata, in favore – *ça va sans dire* –, non certo di una democrazia mondiale, ma di un complesso fluido di soggetti per lo più autoreferenziali.

2009, p. 170, e ID., *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, DeriveApprodi, Roma, 2014.

²¹⁶ C. CROUCH, *Democracy at a TTIP'ing point: Seizing a slim chance to reassert democratic sovereignty in Europe*, in *Juncture*, IPPR's quarterly journal of politics and ideas (<http://www.ippr.org>), 6 dicembre 2014.

Alcuni invero ragionano, a partire dagli arbitrati in materia di investimenti, di *global administrative law*²¹⁷, magari vedendovi l'embrione di una regolazione pubblica. Sono locuzioni, però, nelle quali facilmente si può rintracciare la presenza del «tempo esecutivo», dove l'esecuzione sostituisce la politica, o è espressione di una politica non democratica, dove il governo si riduce ad essere «il mero esecutore e garante della complessa necessità presupposta, della quale è al servizio»²¹⁸.

Eguaglianza. L'esistenza in sé di tribunali specificamente deputati alla tutela degli interessi degli investitori (si può aggiungere, internazionali, con detrimento anche degli investitori nazionali, che non hanno accesso ad analogo trattamento) denuncia una situazione di diseguaglianza. La libera scelta del forum giudiziario/arbitrale, la disponibilità delle parti in ordine al diritto applicabile e, quindi, *forum shopping* ma anche *shopping* normativo²¹⁹, mostrano come l'imperativo sia la competitività, che si fonda sulle diseguaglianze e le acuisce. Ciò, senza scordare che il meccanismo ISDS è parte di un modello economico strutturalmente diseguale e produttore di diseguaglianza, in rotta di collisione con il modello di eguaglianza sostanziale ed emancipazione sociale della Costituzione.

Fonti del diritto. La «volontà delle parti» è un mantra nella Convenzione di Washington e ben simboleggia il processo di contrattualizzazione e privatizzazione del diritto, ma si pensi anche alla fluidità del diritto applicabile nelle controversie ISDS, che denuncia la crescente de-formalizzazione del diritto e la frammentazione e liquefazione del sistema delle fonti, sempre più complesso, multilivello e policentrico, per non dire opaco e sfuggente²²⁰. L'immagine della pira-

²¹⁷ G. VAN HARTEN, M. LOUGHLIN, *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*, in *European Journal of International Law*, 2006, vol. 17, n. 1, pp. 121 ss.

²¹⁸ G. ZAGREBELSKY, *Moscacieca*, cit., p. 16.

²¹⁹ D. BIFULCO, *Il potere giudiziario*, cit., p. 365: «il mercato globale dei servizi della giustizia trasforma le differenze giuridiche in svantaggi o vantaggi competitivi».

²²⁰ A mo' di semplice suggestione sul tema, cfr. G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Armando Editore, Roma, 2005, che ragiona di «coordinamento eterarchico e spontaneo tra le più diverse produzioni giuridiche»; e J.-G. BELLEY, che intitola il suo lavoro, emblematicamente, «diritto solubile» (*Le droit soluble: contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1996).

mide è sostituita da quella della rete²²¹, instabile e mutante, ma allo stesso tempo a maglia d'acciaio rispetto agli interessi delle élites economico-finanziarie. Nel rapporto fra ordinamenti le parole d'ordine sono interazione e integrazione, vocaboli positivi che non di rado occultano eteronomia e competizione, all'insegna, ovviamente, del libero mercato. Il *forum shopping* di cui si è discusso, ma anche la libertà nella scelta del diritto applicabile, sono poi un esempio della competitività fra ordinamenti e sistemi delle fonti.

Legittimazione. Muta la legittimazione del diritto, ma anche della politica o della rappresentanza: quello che rileva è il risultato, l'efficacia, la governabilità (tutto, *ça va sans dire*, valutato alla luce dei parametri della razionalità neoliberista), con buona pace delle forme, delle procedure, delle istituzioni legittimate dal voto o dal ruolo di garanzia. Le corti arbitrali ISDS sono un concentrato di tutto ciò, svincolate da forme e procedure prestabilite, con una legittimazione che senza dubbio deve molto di più al loro costituire soluzioni efficienti per gli investitori che non al derivare da scelte politiche legittimamente assunte.

Quali simboli della nuova legittimazione – e della competitività fra ordinamenti – si possono citare i rapporti *Doing Business*, redatti nell'ambito di un progetto della Banca Mondiale, che stilano una classifica dei vari Paesi in relazione ai costi economici per le imprese legati alla disciplina normativa in alcuni settori-chiave, quali la costituzione dell'impresa, l'utilizzo dell'energia elettrica, le tasse, i tempi e i costi dei processi, le modalità del fallimento, ma anche il rapporto (neanche a dirlo, il termine utilizzato è “market”) di lavoro. Ovviamente i Paesi primi in graduatoria e, quindi, più attrattivi per gli investitori, sono quelli dove le regole, pur tutelando i diritti patrimoniali, presentano il minor grado di ingerenza²²².

²²¹ In argomento, cfr. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés Universitaires Saint Louis, Brussels, 2002; M. G. LOSANO, *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali*, in *Riv. Internaz. Fil. Dir.*, 2005, spec. pp. 427 ss.; P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, il Mulino, Bologna, 2009.

²²² Nel Rapporto *Doing Business 2016* (<http://www.doingbusiness.org/>), nella tabella relativa al “Ease of doing business ranking” (p. 5), al primo posto vi è Singapore, seguita da Nuova Zelanda, Danimarca, Corea, Hong Kong, Regno Unito, Stati Uniti, Svezia, Norvegia, Finlandia, Taiwan, Australia, Germania, ...; l'Italia è meno *business-friendly*, figura al 45° posto sui 189 Paesi considerati. Effetto collaterale – non da poco – dei Rapporti, facilmente prevedibile e “vantato” dai loro estensori, è l'adozione di riforme nei vari Paesi.

Pubblico e privato. Convenzioni e trattati sottoscritti dagli Stati e volontà delle parti, “giudici” privati ed esecuzione statale obbligatoria, sono due esempi concreti della commistione fra pubblico e privato, per tacere della pressione delle *lobbies* e dei conflitti di interesse che sono intrinseci alla costituzione e al funzionamento dei meccanismi ISDS²²³. Il pubblico tende a dissolversi e ad essere assorbito dal privato, a divenire una delle componenti della *lex mercatoria*, in un processo – si può dire – di privatizzazione ma anche di mercificazione. Allo stesso tempo, lo spazio del pubblico è ridotto²²⁴ e strutturato secondo logiche privatistiche: il diritto pubblico o cede il proprio spazio al diritto privato o viene privatizzato. In specifico, come è stato osservato, con il meccanismo ICSID «sia pure tramite un accordo interstatale, si potenzia la posizione giuridica... dell’individuo (ossia delle imprese transnazionali) nel diritto internazionale degli investimenti, attribuendogli un ruolo attivo nell’applicazione e nell’esecuzione coattiva del diritto internazionale»²²⁵.

Sovranità. La struttura e i poteri degli arbitrati internazionali sono indice dell’allocazione della sovranità, senza più veli, nelle mani delle oligarchie economiche. Il fenomeno di *lobbying* dei poteri economici nei confronti delle istituzioni e della politica è sempre esistito, ma ora si assiste ad una vera e propria espropriazione e ad una subordinazione della sovranità intesa come sovranità degli Stati e popolare. Basti ricordare la funzione deterrente dei meccanismi ISDS nei confronti del potere legislativo o delle scelte politiche, o la loro sostituzione agli organi giudiziari nazionali. Ora, lo Stato ben può essere una forma di organizzazione sociale transeunte e legata ad una epoca storica, ma la dicotomia fra oligarchia e democrazia attraversa i secoli: lo scontro è fra *élites* economico-finanziarie e sovranità popolare²²⁶.

²²³ Da ultimo, sull’attività di *lobbying* sui negoziati per il TTIP, cfr. L. WALLACH, *Il trattato transatlantico*, cit.; G. MONBIOT, *The lies behind this transatlantic trade deal*, in *The Guardian* (www.theguardian.com), 2 december 2013: «from the outset, the transatlantic partnership has been driven by corporations and their lobby groups, who boast of being able to “co-write” it. Persistent digging by the Corporate Europe Observatory reveals that the commission has held eight meetings on the issue with civil society groups, and 119 with corporations and their lobbyists. Unlike the civil society meetings, these have taken place behind closed doors and have not been disclosed online».

²²⁴ Potremmo dire, ricorrendo all’immagine che S. SASSEN (*Espulsioni. Brutalità e complessità nell’economia globale*, Bologna, il Mulino, 2015) individua come cifra dell’economia mondiale, che il diritto pubblico subisce un processo di progressiva *espulsione*.

²²⁵ F. GALGANO, F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 934.

²²⁶ La vicenda greca del 2015 è un esempio concreto di questo scontro; per dirlo con le parole di G. ZAGREBELSKY (*Moscacieca*, cit., p. 40): il premier greco «che era lì in base alla

Stato. Lo Stato in questo disegno non scompare ma è sussunto nel sistema della *governance* globale; se non può (ancora) parlarsi di una vera e propria mutazione genetica, si può ragionare di torsione dei suoi fini e dei suoi strumenti²²⁷. Gli Stati rimangono, ma sotto tutela, sono commissariati, limitati e controllati, stretti fra la funzione di fornitori di servizi ed erogatori di appalti, e quella di gestori dell'ordine sociale²²⁸, nonché cassa alla quale attingere nei momenti di traversie, governati secondo le logiche aziendalistiche del finanzcapitalismo. Essi devono garantire un terreno fertile e sicuro, dove gli attori economici possano liberamente muoversi e massimizzare i propri profitti. In altri termini, l'economia non è interessata a limitare il potere degli Stati, quanto piuttosto ad avvalersene (ovvio, senza il fastidio di costituzioni come quelle dei Paesi del Sud Europa, come insegna la J. P. Morgan²²⁹).

forza conferitagli dal suo popolo, confermata da un referendum, doveva smentire sé stesso e riconoscere l'esistenza di un'altra forza, una forza irresistibile», la sovranità della finanza internazionale.

²²⁷ *Ex multis*, cfr., recentemente, W. BROWN, *Walled States, Waning Sovereignty*, 2010, trad. it. *Stati murati, sovranità in declino*, Laterza, Roma-Bari, 2013, che ragiona sulla disgiunzione fra sovranità e Stato-nazione, osservando come rimanga «vitale il ruolo svolto dagli Stati nello stabilizzare i mercati e nell'allestire condizioni favorevoli all'accumulazione di capitali», ma «tuttavia, lungi dall'essere un esercizio di sovranità» il loro intervento rivela la subordinazione al capitale» (p. 63); A. BURGIO, *Senza democrazia. Un'analisi della crisi*, DeriveApprodi, Roma, 2009, che discorre di stato organico al capitale; P. PICONE, *Capitalismo finanziario e nuovi orientamenti dell'ordinamento internazionale*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2014, n. 1, che rileva come il capitalismo finanziario «permea di sé dall'interno le funzioni» degli Stati (p. 13); P. DARDOT, C. LAVAL, *Le nouvelle raison du monde. Essais sur la société néolibérale*, La Découverte, Paris, 2009, trad. it. *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, Roma, DeriveApprodi, 2013, che sottolineano il ruolo dello Stato nel sorreggere il mercato (una interessante analisi del volume è in A. 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*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, pp. 29 ss.); si veda anche, per primi riferimenti al concetto di "stato globale" e al grado della sua autonomia o etero direzione, L. PATRUNO, *Istituzioni globali e autonomia*, relazione al Convegno annuale dell'Associazione Gruppo di Pisa, *Il valore delle autonomie: territorio, potere, democrazia*, Bergamo, 6-7 giugno 2014.

²²⁸ In tema, da ultimo, E. SCREPANTI, *L'imperialismo globale e la grande crisi*, Collana del Dipartimento di Economia Politica e Statistica, n. 14, luglio 2013, spec. pp. 130 ss.; L. GALLINO, *Il colpo di stato di banche e governi. L'attacco alla democrazia in Europa*, Einaudi, Torino, 2013.

²²⁹ Report della J. P. Morgan, *The Euro area adjustment: about halfway there*, cit.

Un meccanismo tossico – è stato definito – il sistema delle controversie fra investitore e Stato²³⁰; potrebbe aggiungersi, un virus, un virus endemico, o, meglio, pandemico, che colpisce la democrazia e il costituzionalismo, come forma acuta di un male che deforma l'eguaglianza in competitività, il conflitto in concertazione, il governo in *governance*, e via discorrendo.

Ora, la Costituzione italiana – come risulta dall'analisi condotta – senza dubbio può opporre validi anticorpi ai “tribunali speciali per la sicurezza degli investitori”. È in gioco la sovranità (dello Stato e popolare)²³¹, il rispetto delle sue istituzioni e della loro autodeterminazione, i principi fondamentali (democrazia, centralità della persona), il progetto di emancipazione.

Certo, è in atto uno scontro, uno scontro che non si può facilmente archiviare con l'etichetta “incostituzionale”, sarebbe ingenuo: non si può non riconoscere l'esistenza di un conflitto tra due prospettive, come si è detto, in senso lato costituzionali (che coinvolgono la forma di Stato e il senso e l'esistenza del costituzionalismo), una sfida, che svela, per inciso, la natura antitetica di capitalismo e democrazia²³². È

²³⁰ Così G. MONBIOT, *The lies behind this transatlantic trade deal*, cit., che definisce il sistema delle controversie fra investitore e Stato «toxic mechanism» osservando come «where this has been forced into other trade agreements, it has allowed big corporations to sue governments before secretive arbitration panels composed of corporate lawyers, which bypass domestic courts and override the will of parliaments» e «this mechanism could threaten almost any means by which governments might seek to defend their citizens or protect the natural world».

²³¹ E, si può aggiungere, in relazione ad un contesto che non pare deputato ad assicurare «la pace e la giustizia fra le Nazioni» (art. 11 Cost.).

²³² Quello fra democrazia e capitalismo è stato definito un matrimonio non felice (S. BOWLES, H. GINTIS, *Divorzio tra capitalismo e democrazia?*, in *La democrazia ibernata* (Dossier di *Le Monde Diplomatique*, n. 2), Torino, 1979, pp. 37 ss.) od anche d'interesse (così A. DI GIOVINE, *L'ingegneria costituzionale fra crisi delle istituzioni e strategie politiche*, in *Crisi politica e riforma delle istituzioni. Dal caso italiano alla Comunità Europea*, Tirrenia – Stampatori, Torino, 1981, p. 13), o, comunque, caratterizzato da una coesistenza contraddittoria (C. OFFE, *Lo stato nel capitalismo maturo*, Etas, Milano, 1977, p. 156) o parziale (N. BOBBIO, *Quale socialismo?*, Einaudi, Torino, 1976, p. 63); più recentemente, sul controverso rapporto democrazia-capitalismo, si segnalano, nell'ampia bibliografia sul tema, J.-P. FITOUSSI, *La démocratie et le marché*, 2004, trad. it. *La democrazia e il mercato*, Feltrinelli, Milano, 2004; R. B. REICH, *Supercapitalism. The Transformation of Business, Democracy and Everyday Life*, 2007, trad. it. *Supercapitalismo. Come cambia l'economia globale e i rischi per la democrazia*, Fazi Editore, Roma, 2008; M. SALVATI, *Capitalismo, mercato e democrazia*, il Mulino, Bologna, 2009; S. ŽIŽEK, *Dalla democrazia alla violenza divina*, in G. AGAMBEN, A. BADIOU, D. BENSÂÏD, W. BROWN, J.-L. NANCY, J. RANCIÈRE, K. ROSS, S.

un conflitto che coinvolge il diritto al suo massimo livello – le norme costituzionali – così come i principi fondamentali della convivenza sociale o istituzioni nodali come lo Stato o fattori essenziali come la sovranità.

Riconoscere la presenza di un contesto che revoca in dubbio la validità della Costituzione e mette in discussione le categorie novecentesche non deve, però, indurre a concludere nel senso del loro superamento. La legittimazione di una Costituzione non dipende dal consenso dei mercati ma dal riconoscimento da parte dei cittadini: dovrebbe essere un'affermazione scontata, ma oggi non lo è. Indubbiamente l'approccio da *homo oeconomicus* o «*homme compétitif*»²³³ propugnato dal neoliberalismo può indurre trasformazioni sociali tali da privare la Costituzione delle forze materiali che la sostengono²³⁴ e condurre ad una nuova “costituzione”, ma – per tacer del fatto che la Costituzione è scritta, e rigida, proprio anche per fungere da argine nei tempi difficili – il momento attuale è, a parer di chi scrive, configurabile in termini di conflitto e non *tout court* di transizione ad altro modello o, meglio, è in atto un attacco alla prospettiva del costituzionalismo, massiccio, indubbiamente, ma non ineluttabile.

Non pare un caso che molte delle locuzioni proposte per sintetizzare la forma di Stato odierna, mantengano, se pur ossimoricamente, la parola “democrazia” (per citarne alcune, postdemocrazia²³⁵, democra-

ŽIŽEK, *In che stato è la democrazia?*, Nottetempo, Roma, 2010, pp. 155 ss.; W. STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, Milano, 2013.

²³³ P. DARDOT, C. LAVAL, *La nuova ragione del mondo*, cit., p. 403.

²³⁴ La domanda è alla base del testo di G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, cit.

²³⁵ Argomenta la tendenza all'affermazione di un modello postdemocratico, C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003, che così ne sintetizza i caratteri: «in base a questo modello, anche se le elezioni continuano a svolgersi e condizionare i governi, il dibattito elettorale è uno spettacolo saldamente controllato, condotto da gruppi rivali di professionisti esperti nelle tecniche di persuasione... La massa dei cittadini svolge un ruolo passivo, acquiescente, persino apatico... A parte lo spettacolo della lotta elettorale, la politica viene decisa in privato dall'interazione tra i governi eletti e le élite che rappresentano quasi esclusivamente interessi economici» (p. 6). In precedenza, il neologismo «postdemocrazia» era già stato utilizzato da A. MASTROPAOLO, *Democrazia, neodemocrazia, postdemocrazia: tre paradigmi a confronto*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2001-IV, pp. 1612 ss.

zia plebiscitaria²³⁶, democrazia dispotica²³⁷, democrazia senza democrazia²³⁸), evidenziando, certo, della democrazia, contraddizioni e trasformazioni, ma anche, forse, certificandone – e non per accanimento terapeutico – l’esistenza in vita.

Per dirlo con le parole di un insolito Bobbio: «non sono così pessimista. Nella storia non si sono mai realizzati i sogni degli utopisti, ma ho ragione di credere che non debbano neppure realizzarsi gli incubi degli utopisti a rovescio. Un popolo quando aveva toccato il fondo dell’abiezione ha saputo rinascere. È storia di ieri. Ma se ci guardiamo attorno nel mondo, è storia di oggi. Non si vede perché non dovrebbe essere storia di domani»²³⁹.

Si aggiunga che *ex parte* Costituzione non giocano solo la vigenza e il riconoscimento sociale della Costituzione del 1948, ma la considerazione che essa costituisce un tassello nel quadro del costituzionalismo, della limitazione del potere e del concetto prescrittivo di costituzione. Essa è parte di un percorso con radici profonde e presenza in contesti diversi, ovvero con un solido ancoraggio diacronico e sincronico²⁴⁰. Le categorie del costituzionalismo, democrazia, diritti, dignità

²³⁶ Cfr. M. REVELLI, *Controcanto*, chiarelettere, Milano, 2010, che si riferisce ad una situazione di «liquefazione istituzionale» (spec. pp. 6 ss.), che approda ad una forma di «democrazia plebiscitaria, sempre meno democratica e sempre più plebiscitaria» (p. 81).

²³⁷ Si veda M. CILIBERTO, *La democrazia dispotica*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

²³⁸ M. L. SALVADORI, *Democrazie senza democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

²³⁹ E così prosegue: «la storia della libertà procede di pari passo con la storia delle privazioni della libertà. Non c’è né libertà perduta per sempre né una libertà conquistata per sempre: la storia è un intreccio drammatico di libertà e di oppressione, di nuove libertà cui fanno riscontro nuove oppressioni, di vecchie oppressioni abbattute, di nuove libertà ritrovate, di nuove oppressioni imposte e di vecchie libertà perdute» (N. BOBBIO, *Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica*, in *Pol. dir.*, 1975, pp. 454-455); la citazione è “rubata” ad A. DI GIOVINE, *Laicità e immanentismo nel pensiero di Norberto Bobbio*, in *Dem. e dir.*, 2015, n. 4 (che così sintetizza la concezione bobbiana della storia: essa è «contrassegnata da una duplice vena: una che legge la storia in chiave ottimistica, come percorso che porta dall’oscurantismo alla luce, l’altra che esprime una visione tragica della storia al cui apice sta il ripetuto richiamo all’hegeliano «immenso mattatoio»»).

²⁴⁰ M. LUCIANI, *L’antisovrano*, cit., p. 128, ricorda Aristotele, nella *Politica* (IV, 4): «dove le leggi non imperano non c’è costituzione»; in senso ampio, sulla storia del costituzionalismo, si vedano, fra gli altri, C. H. MCLWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, 1947, trad. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, il Mulino, Bologna, 1990; M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1994; G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano, 2006; H. MOHNHAUPT, D. GRIMM, *Costituzione. Storia di un concetto dall’Antichità a oggi*, Carocci, Roma, 2008; V. ONIDA, *La Costituzione ieri e oggi*, il Mulino, Bologna, 2008, spec. pp. 52 ss.; M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-

della persona, possiedono, in altri termini, una solidità storica, giuridica e sociale, che oggi è sotto attacco, ma che la storia mostra essere capaci di resistenze e progressi, nella dialettica sempiterna fra potere e limitazione del potere, tendenza al dominio e alla sopraffazione e aneliti all'eguaglianza e all'emancipazione.

Tornando alla concretezza dei meccanismi ISDS, si può quindi chiudere con il riferimento ad alcune resistenze all'apoteosi della globalizzazione finanzcapitalista: nella specie, la decisione di alcuni Stati di recedere dalla Convenzione di Washington. La Bolivia nel 2007, l'Ecuador nel 2009 e il Venezuela nel 2012, con l'obiettivo di sottrarsi agli arbitrati e recuperare la propria autonomia in tema di scelte di politica economica, notificano il proprio recesso²⁴¹. Nel trattato di libero scambio stipulato nel 2004 fra Stati Uniti e Australia il meccanismo ISDS non viene incluso e l'Australia, negli anni successivi, dichiara di non voler più inserire l'arbitrato a tutela degli investitori nei propri accordi²⁴².

Sono piccoli passi nel deserto politico e normativo afflitto dalla cappa del finanzcapitalismo, ma testimoniano la possibilità concreta di sfuggire al TINA (*There Is No Alternative*) della razionalità neoliberista. Nella consapevolezza della durezza, e della sproporzione, fra le opposte prospettive, *si può* non scivolare nel tritacarne della supposta necessità e scegliere la via della democrazia e del costituzionalismo, che è insieme reale, terreno di scontro politico concreto, e ideale, un luogo dove forgiare forme nuove: non dunque una mera resilienza, ma anche fantasia proiettata sull'avvenire²⁴³. Certo, occorre rifuggire dalla forza omogeneizzante che attrae, con la sua aura rassicurante da pen-

Bari, 2009; R. L. BLANCOVALDÉS, *La construcción de la libertad. Apuntes para una historia del constitucionalismo europeo*, Alianza, Madrid, 2010.

²⁴¹ Il recesso della Bolivia, notificato il 2 maggio 2007, è operativo dal 3 novembre 2007; quello dell'Ecuador, notificato il 6 luglio 2009, opera dal 7 gennaio 2010, e quello del Venezuela, notificato il 25 gennaio 2012, esplica i suoi effetti dal 25 luglio 2012.

²⁴² F. COSTAMAGNA, *Promozione e protezione degli investimenti*, cit., pp. 169-170.

²⁴³ Sul «senso della possibilità», cfr., anche per le molte suggestioni letterarie e filosofiche, S. VECA, *Non c'è alternativa. Falso!*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

siero e sistema *mainstream*²⁴⁴, servi del potere ma anche semplici indifferenti, che del potere fanno il gioco²⁴⁵.

Se oggi il potere si presenta sempre più nella sua nuda forma economica, è questa che deve essere frantumata e indirizzata, nel nome di quella parte dell'umanità che oppone l'emancipazione della persona (il «libero sviluppo» dell'art. 3 Cost.) alla prevaricazione del potere²⁴⁶. Il costituzionalismo moderno, per sua natura, figura tra gli antagonisti al potere e può fornire il suo contributo, muovendo da un'opera di demistificazione e denuncia (come si è qui tentato di operare nei confronti dei meccanismi ISDS), per aprirsi quindi alle potenzialità intrinseche nel suo obiettivo di limitare il potere e perseguire la giustizia sociale che le forze ed i soggetti protagonisti dei conflitti politici e sociali sapranno immaginare.

²⁴⁴ In argomento, sul ruolo di supporto degli economisti nel sostenere il modello neoliberista, cfr., fra gli altri, M. PERELMAN, *How economics bolstered power by obscuring it*, in N. BUXTON, M. BÉLANGER DUMONTIER (eds.), *State of Power 2015*, cit., pp. 88 ss.

²⁴⁵ L'indifferenza, l'inerzia o l'opzione per una supposta "neutralità" non possono che risolversi in appoggio al potere dominante, non prendere posizione in un periodo di conflitto implica appoggiare la parte più forte: «dei fatti maturano nell'ombra, poche mani, non sorvegliate da nessun controllo, tessono la tela della vita collettiva, e la massa ignora, perché non se ne preoccupa... Ma i fatti che hanno maturato vengono a sfociare; ma la tela tessuta nell'ombra arriva a compimento; e allora sembra sia la fatalità a travolgere tutto e tutti...» (A. GRAMSCI, *Odio gli indifferenti*, 11 febbraio 1917, in ID., *Odio gli indifferenti*, Chiarelettere, Milano, 2011, p. 4).

²⁴⁶ Il costituzionalismo, detto altrimenti, deve estendersi alla sfera economica, sfruttando, ad esempio, nell'ordinamento italiano, le potenzialità dell'art. 41 (per una sua lettura in chiave antitetica rispetto all'economia di mercato, cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, spec. pp. 19-20, 23), invece di accodarsi all'interpretazione che ne dà una lettura riduttiva (quando non ne sostiene *tout court* il superamento in ragione dell'integrazione comunitaria).

**OLIGARCHIE FINANZIARIE MONDIALI, DEMOCRAZIE
NAZIONALI E LA DICOTOMIA PUBBLICO/PRIVATO
QUALCHE RIFLESSIONE PER I GIURISTI^(*)**

di *Cesare Pinelli*

SOMMARIO: 1. *Comparsa dei mercati finanziari globali, crisi del 2008 e misure di contrasto alla crisi adottate dagli Stati*; 2. *Fattori di erosione della statualità: contestuale aggiramento delle frontiere fra esterno e interno e della dicotomia fra pubblico e privato*; 3. *Condizionamenti dei processi di decisione politica: qualche esempio*; 4. *I paradigmi disciplinari dei fautori del costituzionalismo oltre lo stato*; 5. *Dicotomia pubblico/privato: inadeguatezza delle impostazioni correnti*; 6. *Costituzionalizzazione del diritto internazionale: inadeguatezza delle impostazioni correnti*; 7. *Oligarchie mondiali versus democrazie nazionali*.

1. Comparsa dei mercati finanziari globali, crisi del 2008 e misure di contrasto alla crisi adottate dagli Stati

Le controversie teoriche e politiche intorno a se il costituzionalismo consista di un insieme di limiti al potere, o di congegni volti a legittimarlo, hanno sempre presupposto la sua correlazione al potere politico dello stato. La stessa denuncia, nella seconda metà del XX secolo, della fragilità delle democrazie costituzionali, qualunque fosse la causa – dall’emergere di poteri incontrollati come “il complesso militare-industriale”¹ al “sovraccarico” sul governo “dell’espansione democratica della partecipazione e dell’impegno politico”² –, presupponeva che il termine di riferimento esclusivo dei discorsi sul costituzionalismo fosse il potere politico.

^(*) Scritto destinato alla rivista *Giornale di storia costituzionale*.

¹ Cfr. *Transcript of President Dwight D. Eisenhower’s Farewell Address* (1961), www.ourdocuments.gov.

² M. CROZIER, S. P. HUNTINGTON, J. WATANUKI, *The Crisis of Democracy. Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission*, New York University Press, 1975, 161.

I processi di globalizzazione hanno spostato questa prospettiva. Già nel 1992, un Rapporto dell'OCSE ne parlava come di processi “guidati dal mutamento tecnologico, da una continua crescita degli investimenti esteri di lungo periodo e dalla formazione di nuove forme di raccordo fra imprese e stati a livello internazionale. Questa combinazione sta creando una crescente integrazione fra le economie nazionali e sta cambiando la natura della competizione globale”³. Ancor più significativamente, quei processi non riguardavano soltanto gli scambi di beni e servizi, ma soprattutto la formazione di un solo mercato finanziario, che grazie alle tecnologie per la prima volta disponibili, era aperto in continuazione, ossia nelle ventiquattro ore della giornata, in tutto il mondo.

Nei due secoli di sviluppo del costituzionalismo moderno, vi erano state fasi di globalizzazione, specie quando, tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, l'impero commerciale britannico si estendeva sull'intero pianeta tranne la Cina: ma era riconducibile a uno stato che aveva fondato sul commercio la propria potenza coloniale, al punto da raggiungere una posizione egemonica sugli altri. Nulla di tutto ciò si stava verificando alla fine del XX secolo. I processi di globalizzazione erano stati avviati da una combinazione non programmata di eventi politici, quali le decisioni dei governi Thatcher e Reagan di liberalizzare i mercati finanziari, il crollo del blocco sovietico, l'adesione della Cina all'Organizzazione Mondiale del Commercio, e di innovazioni tecnologiche che a loro volta innescavano processi alimentati dalla crescita incessante del volume della finanza globale, con una corrispondente difficoltà di individuarne i contorni. Non a caso fiorì una letteratura che decretava già dal titolo dei volumi “la fine” delle componenti basilari del paesaggio costituzionale, quali stato-nazione, storia, geografia, politica, democrazia, territorio, lavoro, potere⁴, senza dare conto dell’“inizio” di qualche altra cosa.

³ OECD, *Industrial Policy in OECD Countries: Annual Review 1992*, Paris, 1992.

⁴ K. OHMAE, *The End of the Nation-State – The Rise of Regional Economics*, New York, 1995; F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, London, 1992; R. O' BRIEN, *The End of Geography*, London, 1992; G. GUARINO, *Verso l'Europa ovvero la fine della politica*, Milano, 1997; J. M. GUÉHENNO, *La fin de la démocratie*, Flammarion, Paris, 1993; B. BADIE, *La fin des territoires. Essai sur le désordre international et sur l'utilité sociale du respect*, Fayard, Paris, 1995; J. RIFKIN, *The End of Work: The Decline of the Global Labor Force and the Dawn of the Post-Market Era*, New York, 1995; M. NAIM, *The End of Power: From Boardrooms to Battlefields and Churches to States, Why Being In Charge Isn't What It Used to Be*, New York, 2013.

A seguito della crisi finanziaria del 2008, e ancor più delle reazioni politiche ad essa, all'incertezza si aggiunse una diffusa preoccupazione per il futuro delle democrazie costituzionali. Nonostante la crisi fosse dovuta ai meccanismi interni dei mercati finanziari globali, i governi ne addossarono i costi sui bilanci pubblici, con incrementi dei debiti sovrani che comportarono forti restrizioni delle risorse destinate ai servizi sociali, mentre i mercati globali rimanevano sostanzialmente incontrollati. Nel frattempo il dibattito economico continuava a incentrarsi sul conflitto fra stati e mercati ignorando il potere delle "imprese giganti", ossia di imprese così dominanti nei mercati e così contigue ai governi da poter trasgredire impunemente gran parte delle regole di quello che gli economisti chiamano "libero mercato"⁵.

Dal punto di vista giuridico, la crisi rimetteva potenzialmente in discussione il modello di vigilanza prudenziale nel settore creditizio, che verso la fine del secolo aveva soppiantato il modello fondato sull'esercizio di forti poteri discrezionali da parte dei governi a seguito dell'apertura dei mercati finanziari su scala globale, della eliminazione dell'obbligo di separazione fra banche commerciali e banche di investimento, dell'emergere di conglomerate finanziarie in luogo della segmentazione dei tre comparti bancario, mobiliare e assicurativo nonché, ove necessario, della privatizzazione delle banche pubbliche: la vigilanza prudenziale è svolta da istituzioni neutrali volte a garantire la concorrenza, la trasparenza e la tutela dei consumatori, dunque una serie di regole di un gioco lasciato agli operatori privati sul mercato.

Tuttavia, il summit dei leader del G20 dell'aprile 2009 e l'accordo del Comitato di Basilea, pur dichiarando di voler garantire la stabilità finanziaria del sistema, non reintrodussero la distinzione fra banche commerciali e istituti finanziari, né regole di analoga consistenza⁶. Negli Stati Uniti tale distinzione veniva sì ripristinata con una legge del 2010, ma non applicata in assenza dei relativi atti di normazione secondaria da parte delle autorità di vigilanza⁷. La Dichiarazione dei

⁵ C. CROUCH, *Il potere dei giganti. Perché la crisi non ha sconfitto il neo-liberismo*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 75.

⁶ G. NAPOLITANO, *The 'puzzle' of global governance after the financial crisis*, IUE – Global governance project, May 2012, 6. V. pure A. HELLGART, *Legal Instruments in Financial Markets Regulation*, in W-G. Ringe and P.M. Huber (eds.), *Legal Challenges in the Global Financial Crisis. Bail-outs, the Euro and Regulation*, Hart, Oxford, 2014, 158.

⁷ M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano, 2012, 422.

leader del G7 del 2015 si è egualmente incentrata sull'esigenza di "solidità del settore bancario", oltre che su misure volte a garantire "una regolazione e una vigilanza del settore bancario collaterale adeguate ai rischi sistemici da esso posti"⁸. Ancora una volta le banche sono viste come giudici economici esterni, anziché come attori del mercato, i cui comportamenti potrebbero essere deficitari e richiedere dunque correzioni⁹.

2. Fattori di erosione della statualità: contestuale aggiramento delle frontiere fra esterno e interno e della dicotomia fra pubblico e privato

Possiamo chiederci a questo punto se, e come, le diverse tesi concernenti il rapporto fra costituzionalismo e globalizzazione si siano misurate con le sfide poste da mercati finanziari sostanzialmente incontrollati.

Secondo Dieter Grimm, se è vero che le costituzioni moderne sono sorte sulla base di certi presupposti, non si può negare che questi presupposti potrebbero venire meno, anche se la loro scomparsa potrebbe dipendere da un processo di lunga durata. Le prospettive del costituzionalismo sarebbero dunque legate al perdurare delle sue precondizioni: il fatto che le questioni politiche vengano risolte non da una volontà trascendentale ma in sede politica; l'idea del governo limitato; il confine fra esterno e interno e il confine fra pubblico e privato. Mentre le prime due non pongono problemi di tenuta, le altre hanno a che vedere con l'erosione della statualità, compreso il fatto che, per assolvere ai suoi compiti crescenti, lo stato ricorre ai privati tramite accordi che attribuiscono loro una porzione di pubblico potere, pur senza inserirli nei circuiti di legittimazione e di responsabilità costituzionalmente riservati alle istituzioni statali, senza contare la creazione di sedi e processi decisionali non sottoposti ai requisiti prescritti per gli atti del-

⁸ Dichiarazione dei leaders del G7, Schloss-Elmau, 7-8 Giugno 2015, 2 ss. Nel "settore bancario collaterale", o "ombra", si comprendono i fondi pensione, gli *hedge funds*, le grandi banche di investimento, sfuggite ai tradizionali controlli dei regolatori.

⁹ C. CROUCH, *Il potere dei giganti*, cit., 73.

le autorità pubbliche, ma che non sono proibiti né pienamente costituzionalizzati¹⁰.

Grimm è il costituzionalista più impegnato, insieme a Martin Loughlin¹¹, a sostenere il nesso di reciproca coesistenza fra stato e costituzione¹². La tesi che l'esistenza del costituzionalismo sia legato a certe precondizioni, quasi si tratti di un *simul stabunt simul cadent*, mi pare troppo meccanica, e potrebbe anzi venire rovesciata. Ci si potrebbe chiedere come mai il costituzionalismo dei moderni sia sopravvissuto ai tanti cambiamenti strutturali che ne hanno modificato i presupposti effettuali di partenza: domanda che a sua volta postula una visione non monolitica e statica ma polivalente e dinamica del costituzionalismo, e soprattutto una sua capacità di interagire con l'ambiente circostante anche tramite apprendimenti e virtù trasformative¹³.

Tuttavia, sul piano analitico, mi pare corretto individuare tra i fattori di erosione della statualità non solo la crescente indistinzione dei confini fra esterno e interno, dovuta in particolare all'asimmetria territoriale dei mercati globali rispetto alla dimensione nazionale storicamente inerente alle democrazie¹⁴, ma anche quella fra pubblico e privato, a partire dalla dicotomia fra democrazia e mercato. Da qui occorre muovere per comprendere la portata della sfida dei "giganti" privati al costituzionalismo, per poi ricercare se e come i fautori del "costituzionalismo oltre lo stato" abbiano affrontato la questione.

¹⁰ D. GRIMM, *The Constitution in the Process of Denationalization*, in *Constellations*, 2005, 460 ss.

¹¹ M. LOUGHLIN, *The Nature of Public Law*, in C. MAC AMHALAIGH, C. MICHELON, and N. WALKER (eds.), *After Public Law*, OUP, Oxford, 2013, 11 ss.

¹² V. già D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa?* (1994), in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1997, 339 ss.

¹³ Sia consentito rinviare a C. PINELLI, *Le tradizioni costituzionali comuni ai popoli europei fra apprendimenti e virtù trasformative*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2005, 11 ss., nonché *Dei diritti sociali e dell'eguaglianza sostanziale. Vicende, discorsi, apprendimenti* (2011), in *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti 1985-2011*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 381 ss.

¹⁴ Come pure sostenuto da un'ampia letteratura a partire da D. HELD, *The changing contours of political community: rethinking democracy in the context of globalization*, in B. HOLDEN (ed.), *Global Democracy. Key Debates*, Routledge, 2000, 27 ss.

3. Condizionamenti dei processi di decisione politica: qualche esempio

A proposito di “giganti”, si può portare l’esempio delle agenzie di *rating*. Si tratta di società di diritto privato, nate un secolo fa negli ambienti del giornalismo finanziario statunitense per risolvere il problema dell’asimmetria informativa che si produce nei mercati fra emittenti dei titoli di debito e investitori, che non sono in grado da soli di conoscere la solidità finanziaria degli emittenti se non a costi molto elevati. Le agenzie di *rating* li rifornivano delle informazioni di cui avevano bisogno, a condizione di apparire credibili ai loro occhi. Questa descrizione si basa sulla teoria “reputazionale”, che però non è in grado di dire nulla sul compito, assegnato a tali agenzie dalla legislazione a partire dagli anni Settanta dello scorso secolo, di certificare tramite il loro *rating* la sussistenza dei requisiti minimi di capitale connessi alla qualità dei titoli degli emittenti: da allora, furono gli emittenti dei titoli e non gli investitori ad acquistarne i servizi, per cui si può dire che le agenzie di *rating* vendevano agli emittenti le “*regulatory licences*”, ossia “il diritto” di conformarsi ai requisiti fissati nelle *regulations*: sarebbe questo ad averle rese “eccezionalmente potenti”, non certo l’aver mantenuto una buona reputazione grazie al contenuto informativo dei loro *ratings*¹⁵.

Vi è di più. Con l’esplosione della crisi finanziaria, le agenzie reagiscono all’accusa di aver sottovalutato i livelli di esposizione al rischio dei prodotti della *Lehman* rivolgendo la loro attenzione ai debiti sovrani, enfatizzando i rischi, cercando di anticipare possibili scenari negativi, e in questo modo accelerando i movimenti di mercato in un ambiente iperreattivo¹⁶. Il *rating* sul debito sovrano si distingue da quello sui titoli dei privati sia per il fatto che le informazioni sul bilancio e sull’economia di uno Stato sono pubbliche e a disposizione degli analisti finanziari, sia perché i giudizi delle agenzie di *rating* non sono richiesti dall’emittente. Ciononostante i loro effetti sui mercati sono tali da mettere il destino di un Paese nelle mani di poche agenzie pri-

¹⁵ F. PARTNOY, *The Siskel and Ebert of Financial Markets?: Two Thumbs Down for the Credit Rating Agencies*, in *Washington University Law Quarterly*, Vol. 77, n. 3, 1999, 711.

¹⁶ M. CANNATA, *Sovereign debt and rating agencies*, Relazione al Convegno dell’European Center for the Study of Public Choice, Università Sapienza di Roma, su “New Perspectives on Public Debt”, 26-28 settembre 2011, 9.

vate¹⁷. A fronte di tutto ciò, le reazioni dei pubblici poteri nazionali e sovranazionali sono state a lungo inconsistenti¹⁸.

Un altro esempio di intrusione dei giganti nella sfera del diritto costituzionale viene da un Rapporto di J.P.Morgan, che ha spiegato la crisi dell'eurozona con il fatto che i sistemi politici della "periferia" (Italia, Grecia, Spagna e Portogallo) furono instaurati all'indomani di dittature e vennero predeterminati da quell'esperienza. Le loro Costituzioni dimostrerebbero una forte influenza socialista per via del successo che la sinistra aveva ottenuto con la sconfitta del fascismo, e risultano caratterizzati da governi deboli, stati centrali inermi di fronte alle regioni, protezione costituzionale dei diritti dei lavoratori, sistemi di creazione del consenso che alimentano il clientelismo politico, diritto al dissenso di fronte a modifiche sgradite dello *status quo*. Gli effetti negativi di queste tendenze sono stati rivelati dalla crisi dell'eurozona, ma i governi sono riusciti solo in parte a far avanzare riforme finanziarie ed economiche a causa di vincoli costituzionali (Portogallo), regioni potenti (Spagna) o l'ascesa di partiti populistici (Grecia e Italia)¹⁹.

Non è necessario ribattere a una ricostruzione tanto generica e strumentale. È invece utile segnalare come uno dei maggiori protagonisti della finanza globale individui in quelle Costituzioni il punto di maggior resistenza alla penetrazione dell'ideologia politica totalizzante di cui si fa portavoce.

¹⁷ M. CANNATA, *Sovereign Debt*, cit., 10.

¹⁸ C. PINELLI, *L'incontrollato potere delle agenzie di rating*, in www.costituzionalismo.it, 2/2012, 1 ss. e *Le agenzie di rating nei mercati finanziari globalizzati*, Relazione al Convegno di Bari, 8-9 marzo 2013 su "Economia e diritto amministrativo", in Rivista trimestrale di diritto dell'economia, in www.rtdel.luiss.it, n. 4/2012. Solo con il Regolamento del Parlamento e del Consiglio n. 462 del 2013, specificamente dettato per i rating sovrani, l'Unione europea ha introdotto una disciplina in grado di contenere almeno le pretese più eccessive delle agenzie, come dimostra fra gli altri il divieto di raccomandazioni, prescrizioni e linee guida volte al miglioramento del rating (v. diffusamente F. PERNAZZA, *Il rating del debito sovrano: profili giuridici*, in M. R. MAURO e F. PERNAZZA (a cura di), *Il debito sovrano tra tutela del credito e salvaguardia della funzione dello Stato*, ESI, Napoli, 2014, 132 ss.).

¹⁹ J. P. MORGAN, *The Euro area adjustment: about halfway there*, in *Europe Economic Research*, 28 May 2013, 12.

4. I paradigmi disciplinari dei fautori del costituzionalismo oltre lo stato

Possiamo a questo punto vedere se e come i sostenitori di un costituzionalismo, o di un diritto pubblico, “oltre lo stato” hanno affrontato la sfida dei mercati finanziari.

Nel filone della “costituzionalizzazione del diritto internazionale”²⁰, cui fanno capo cultori del diritto internazionale, si ipotizzano la formazione di una gerarchia interna fra lo *ius cogens* e la Carta delle Nazioni Unite, e l’assimilazione a una struttura federale delle relazioni fra diritto internazionale e diritto interno²¹, ma nulla si dice delle sfide che il potere delle imprese giganti sta ponendo alle democrazie costituzionali, né dell’asimmetria fra il capitalismo, che esporta se stesso, e le democrazie, che hanno invece bisogno di essere esportate con azioni deliberate che incontrano resistenze nei paesi riceventi²².

Quanti invece invocano un “paradigma cosmopolitico del costituzionalismo” ritengono che la divisione fra diritto interno e diritto internazionale debba tener conto delle esternalità negative, dal punto di vista della giustizia, che l’estensione della pratica dell’autogoverno costituzionale comporta al di fuori degli stati²³. Nel caso di trattati internazionali stipulati in vista della formazione dei mercati globali, gli stati debbono assicurare che prassi economiche sviluppatesi sulla base della contrattazione privata o di norme di autodisciplina non inneschino tendenze distruttive, imponendo costi iniqui a terzi: la crisi finanziaria e le risposte in chiave ri-regolatoria che ne sono derivate offrirebbero una prospettiva costituzionale del riassetto dell’ordine globale dei privati²⁴. In questo caso il tema delle ricadute sul costitu-

²⁰ Fra cui v. C. SCHWOEBEL, *The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers*, *German Law Journal*, vol. 13, No.1, 2012, 1.

²¹ J. A. FROWEIN, *Konstitutionalisierung des Voelkerrechts*, in K. DICKE et al. (ed.), *Voelkerrecht und internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System: Auswirkungen der Enstaatslichung transnationaler Rechtsbeziehungen*, Mueller, Heidelberg, 2000, 427 ff.; A. PETERS, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, in *Leiden Journal of International Law*, 19 (2006), 598; E. DE WETT, *The International Constitutional Order*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, January 2006, 57 ff.

²² R. DAHRENDORF, *Democracy and Capitalism*, Hansard Society, London, 2006, 13.

²³ M. KUMM, *Constitutionalism and the Cosmopolitan State*, New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper no. 13-68, October 2013, 25.

²⁴ M. KUMM, *Constitutionalism and the Cosmopolitan State*, cit., 26.

zionalismo dell'ascesa di mercati finanziari globali è affrontato direttamente. Ma presentarle come esternalità dell'azione internazionale degli stati presuppone che essi siano rimasti arbitri del gioco per il solo fatto di aver proceduto alla liberalizzazione dei mercati, laddove i mercati hanno sviluppato una dinamica interna che è largamente sfuggita di mano agli stati.

Ancora diversa è la prospettiva del *Global Administrative Law* (GAL). La ricerca del fondamento costituzionale degli ordini emergenti su scala globale sarebbe in questa fase ancora troppo ambiziosa, in termini di legittimazione democratica, per approdare a risultati convincenti: nell'impossibilità di formare un solo ordinamento cosmopolitico, i governi nazionali avrebbero dato vita a governi e a regolazioni di settore che di fatto competono con essi²⁵, per cui questi studiosi preferiscono una prospettiva più modesta ma più realistica, volta a ricostruire la diffusione globale dei meccanismi idonei a far valere la responsabilità dei poteri pubblici e privati così come elaborati dal diritto amministrativo in sede nazionale, e degli standard adottati dalle organizzazioni e agenzie transnazionali soprattutto in ordine ai moduli di partecipazione ai processi decisionali²⁶.

Ma, per rinunciare all'"ambizione costituzionalistica", basta l'argomento che la legittimazione democratica dei nuovi assetti globali non è ancora verificabile? In sede nazionale il principio costituzionale di corrispondenza fra potere e responsabilità non riguarda più il solo momento della investitura elettorale, investendo ormai l'intero diritto pubblico, e non solo esso²⁷. Una volta escluso che il principio sia riferibile ai soli poteri pubblici statali, la ricerca dei congegni e delle sedi di esercizio del potere in ambiti transnazionali non potrà non collegarsi a quella delle corrispondenti misure di responsabilità²⁸.

²⁵ S. CASSESE, *The Global Polity, Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Global Law Press - Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012, 23.

²⁶ N. KRISCH, *Global Administrative Law and the Constitutional Ambition*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 10/2009, 12; B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, Institute for International Law and Justice Working Paper 2004/1; S. CASSESE, *The Global Polity*, cit.

²⁷ V. ad es. X. BIOY (cur.), *Constitution et responsabilité. Actes du Colloque de Toulouse, 5 et 6 octobre 2007*, Montchrestien, Paris, 2009.

²⁸ Sviluppo il punto in C. PINELLI, *Cittadini, responsabilità politica, mercati globali*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, II, Giuffrè, Milano, 1999, 1301 ss.

Qui troviamo però “poteri amplissimi, responsabilità ridottissime”²⁹. Anche in uno studio di diritto amministrativo globale, al termine di un’analitica ricostruzione degli strumenti di regolazione e controllo dei mercati finanziari adottati a seguito della crisi del 2008, se ne riconosce la complessiva inadeguatezza³⁰. Se, a questo punto, si perde di vista anche il principio di responsabilità quale bussola della ricerca, si galleggia in uno spazio che la più accurata descrizione tecnica delle varie procedure e standard amministrativi non riesce a rifornire di senso. Il fatto che, per quanto possano risultare diffusi su scala globale, tali meccanismi esibiscano una scarsa efficacia, in particolare nei confronti delle imprese giganti, delle agenzie di *rating* e dei derivati³¹, induce a ritenere che l’attivazione di circuiti di responsabilità richieda di sanare squilibri ormai profondi, tramite il combinato intervento di altre forze e adeguate strutturazioni.

Infine, un’osservazione su tutte le posizioni dei fautori del costituzionalismo (o del diritto pubblico) oltre lo stato. Anche una breve rassegna come questa conferma che esse tendono a riflettere i rispettivi paradigmi disciplinari, al punto che le interazioni reciproche somigliano a dialoghi tra sordi³². Il fatto è che, nel decifrare un fenomeno che le coinvolge tutte come la globalizzazione, queste posizioni competono fra loro nel ricercarne una chiave il più possibile comprensiva, candidando la loro disciplina a regina delle scienze che se ne occupano³³.

I risultati non sono dunque incoraggianti. Il tema dei mercati finanziari è affrontato troppo di rado rispetto alla sua importanza, e quando lo è viene sottovalutato nella sua portata dirompente per gli equilibri

²⁹ M. BUSSANI, *Il diritto dell’Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Einaudi, Torino, 2010, 97.

³⁰ Mi riferisco a M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, cit., specie 426 ss.

³¹ V. ad es. I. CLAEYS, *Speculation: The Devil Burning Down the House? On Derivatives, Gambling, and Public Policy*, in L. CORNELIS (ed.), *Finance and Law: Twins in Trouble*, Intersentia, Cambridge, 2015, 92.

³² N. WALKER, *Beyond the Holistic Constitution*, in P. DOBNER and M. LOUGHLIN (eds.), *The Twilight of Constitutionalism*, OUP, Oxford, 2012, 235.

³³ D. KENNEDY, “*The Mystery of Global Governance*”, in *Ohio Northern University Law Review*, 2008, 844. Secondo M. KOSKENNIEMI, *The Politics of International Law – 20 Years Later*, in *European Journal of International Law*, vol. XX, 2009, n. 1, 12, nello spazio transazionale non si sarebbe sviluppata una narrazione di diritto internazionale ma una specializzazione o una creazione di regimi speciali di conoscenza negli ambiti del diritto commerciale, dell’ambiente, della sicurezza, internazionale penale, europeo e così via.

del costituzionalismo³⁴; corrispondentemente, l'erosione della statualità è vista assai più sul versante della rottura del confine fra esterno e interno, che su quello della dicotomia fra pubblico e privato.

5. Dicotomia pubblico/privato: inadeguatezza delle impostazioni correnti

Passando dalle ricostruzioni teoriche alle classificazioni di fenomeni, che poi spesso diventano casi giurisprudenziali, si avvertono sintomi di un diffuso disagio a uscire da categorie tradizionali. Ciò vale per i derivati³⁵, e per le agenzie di *rating*, dove fino a pochi anni fa la teoria reputazionale era rimasta dominante in sede scientifica e in giurisprudenza, con la conseguenza che i ricorsi contro i *ratings* delle agenzie venivano respinti con l'argomento che si trattava di opinioni protette dal I Emendamento³⁶.

Il fatto che, con un'altra classificazione "libertaria" del I Emendamento, "Money is Speech", la Corte Suprema giustifichi il finanziamento virtualmente illimitato delle campagne elettorali da parte delle grandi *corporations* malgrado il connesso condizionamento del diritto di voto³⁷, attesta la perdurante presa del paradigma libertario negli Stati Uniti³⁸, dove del resto è ammessa la sola *state action* avverso la pretesa violazione di diritti fondamentali³⁹. E in campo finanziario gli Stati Uniti hanno rappresentato a lungo il modello giuridico di riferimento per tutti gli altri Paesi⁴⁰.

³⁴ La critica a tutte queste teorie di P. PICONE, *Capitalismo finanziario e nuovi orientamenti dell'ordinamento internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 15 ss., si basa sul diverso argomento della illusorietà della prospettiva di una democrazia o di una cittadinanza internazionale che ignora le ripercussioni della globalizzazione finanziaria.

³⁵ Un'esemplificazione significativa in L. CLAEYS, *Speculation: The Devil Burning Down the House?*, cit., 110 ss.

³⁶ F. PARMEGGIANI, *La regolazione delle agenzie di rating tra tentativi incompiuti e prospettive future*, in *Giur.comm.*, 2010, 146 ss.

³⁷ L'indirizzo va da *Buckley v. Valeo* (1976) a *Citizens United v. Federal Electoral Commission* (2010).

³⁸ M. A. GRABER, *Transforming Free Speech. The Ambiguous Legacy of Civic Libertarianism*, Berkeley, University of California Press, 1991.

³⁹ C. O'CONNOR and M. STELZER, *Horizontal effect/state action*, in M. TUSHNET, T. FLEINER and C. SAUNDERS (eds.), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Routledge, New York, 2013, 186.

⁴⁰ M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente*, cit., 75.

Ma il problema delle implicazioni costituzionali della dicotomia pubblico/privato trova altrove risposte altrettanto inappaganti. Per un verso gioca la convinzione che la tutela dei diritti fondamentali debba assicurarsi solo nei confronti del potere politico, indipendentemente dall'acquisizione di potere privato in ipotesi derivante dal loro esercizio. Una convinzione, come si diceva all'inizio, radicata nello sviluppo del costituzionalismo, nonostante la tutela del contraente debole e la predisposizione di regole del mercato volte a scongiurare la prevalenza della legge del più forte rivelino la compresenza, in molti ordinamenti, di principi costituzionali riferiti ai rapporti fra soggetti privati.

Per altro verso si fa leva sull'inestricabile intreccio fra poteri pubblici e privati nello "spazio globale" per affermare un'indifferenza della natura pubblica o privata del potere per l'assolvimento della funzione del diritto, la quale consiste in ogni caso nel porre limiti all'esercizio del potere in vista della tutela di valori quali la dignità, l'autonomia individuale o la sicurezza⁴¹. Ma è da chiedersi se al tramonto della tradizionale concezione della dicotomia, già verificatosi nella seconda metà dello scorso secolo, segua l'accoglimento del postulato dello *Status Quo Neutrality*, che concepisce il mercato e l'iniziativa privata come dati di natura anziché come istituzioni e diritti creati dalla legge⁴².

Posto che la sfera privata e i valori privati richiedono una sfera pubblica per essere identificati, definiti e protetti, la dicotomia può ancora servire da paradigma interpretativo⁴³, nella misura in cui si adotti una prospettiva costituzionale. Di converso il costituzionalismo, inteso come sistema imperniato sulla superiorità della costituzione sulle leggi ordinarie, non potrebbe fare a meno della distinzione fra potere pubblico e potere privato, quale che sia il grado di ingerenza del primo nella sfera dell'altro, dal minimo degli Stati Uniti al massimo del Su-

⁴¹ D. OLIVER, *Common Values and the Public/Private Divide*, Cambridge University Press, 1999, 36 ss.

⁴² Per una critica decisiva v. già C. R. SUNSTEIN, *The Partial Constitution*, Harvard University Press, 1993, 20.

⁴³ C. MAC AMHLAIGH, *Defending the Domain of Public Law*, in *After Public Law*, cit., 127 ss.

dafrica⁴⁴. Né dalla distinzione si può prescindere nell'impostare il tema del debito estero sovrano, a cominciare dalla questione se gli Stati possano fallire⁴⁵.

L'intrusione di grandi soggetti economici privati nei processi di decisione politica degli Stati, e perfino l'adozione diretta di scelte politiche da parte dei primi, cesseranno allora di ridursi a casi di innocenti intrecci fra poteri pubblici e privati, per investire piuttosto il volto democratico del costituzionalismo. Lo conferma l'ipotesi della "differenziazione", secondo cui il neoliberalismo dei mercati globali aspirerebbe a superare quello che Luhmann aveva chiamato il "peccato originale" della differenziazione funzionale: se il totalitarismo aveva sottomesso immediatamente la società alla politica senza ricorrere a un universo semantico esterno alla politica, il neoliberalismo vi farebbe al contrario ricorso, ma sempre per sottomettere la società a un'ideologia politica totalizzante⁴⁶.

Non è questa, però, una strada battuta dai sostenitori del costituzionalismo oltre lo stato. Alla difficoltà degli economisti, denunciata da Crouch, nel riconoscere che le prassi delle imprese giganti sfuggono alle regole del mercato, corrisponde quella dei giuristi nel cogliere il senso e la direzione del loro potere, ricondotto alla categoria del potere privato e alla sua familiare contrapposizione al potere pubblico⁴⁷.

⁴⁴ F. I. MICHELMAN, *Constitutions and the Public/Private Divide*, in M. ROSENFELD and A. SAJO (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP, Oxford, 2012, 304 ss.

⁴⁵ V. al riguardo M. R. MAURO, *Debito sovrano estero, tutela dei diritti umani e salvaguardia degli interessi essenziali dello Stato debitore*, e P. PUSTORINO, *Immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile in materia di debito sovrano*, in M. R. MAURO e F. PERNAZZA, *Il debito sovrano*, cit., risp. 183 ss. e 281 ss.

⁴⁶ P. F. KJAER, *Law and Order Within and Beyond National Configurations*, in P. F. KJAER, G. TEUBNER, AND A. FEBBRAJO (eds.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective. The Dark Side of Functional Differentiation*, Hart, Oxford and Portland, 419.

⁴⁷ M. BUSSANI, *Il diritto dell'Occidente*, cit., 99, registra "una duplice linea di frattura: tra fenomeni in corso e nostra capacità d'interpretarli, nonché fra i valori fondanti la tradizione giuridica occidentale, al cui interno germinano gran parte degli attori globali, e il diritto che quegli stessi attori producono".

6. Costituzionalizzazione del diritto internazionale: inadeguatezza delle impostazioni correnti

Ma le difficoltà e i ritardi dei giuristi stanno anche dall'altra parte. Gli internazionalisti che parlano di “costituzionalizzazione del diritto internazionale” si riferiscono, come abbiamo visto, a un embrione di gerarchia tra fonti o a una incipiente strutturazione federale di quell'ordinamento. Continuano così a muoversi sul piano della *domestic analogy*, senza prestare attenzione all'assenza di contrappesi politici a poteri privati operanti su scala globale.

Tale assenza è dovuta a molti fattori. Fra questi, mi limito a segnalare un limite strutturale del ‘potere pubblico internazionale’ quale il difetto di coordinamento reciproco fra le organizzazioni operanti nei settori finanziario, economico e sociale (*Financial Stability Board*, Banca mondiale, FMI, OMC, OIL). Sorte in epoche diverse, afflitte perciò da diversi effetti di *path-dependence*, e con dinamiche di funzionamento che sfuggono allo sguardo degli Stati che le hanno istituite, queste organizzazioni non impediscono che il diritto del commercio internazionale dei beni e dei servizi continui a privilegiare “gli imperativi economici a scapito di interessi pubblici, valori sociali e diritti umani”⁴⁸, nonostante tali valori e diritti siano variamente enunciati nei loro stessi statuti oltre che nel diritto internazionale convenzionale. A maggior ragione mancano forme di reciproco coordinamento, senza il quale non è pensabile un contrappeso nei confronti di imprese e istituti finanziari tanto più potenti per via di un forte accentramento della catena di comando⁴⁹.

⁴⁸ M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, il Mulino, Bologna, 2008, 135.

⁴⁹ In una prospettiva in parte diversa, P. PICONE, *Capitalismo finanziario*, cit., 13, rileva come il mancato rispetto delle norme convenzionali a tutela dei diritti dell'uomo, a partire dal Patto sui diritti economici e sociali, è dovuto anche al fatto che organizzazioni quali il FMI e la Banca mondiale attribuiscono agli Stati egemoni un peso prevalente sugli altri anche per via della regola del voto ponderato, e accenna all'esigenza di “rivedere anche formalmente molte soluzioni tradizionali”, quali quelle relative ai rapporti fra norme convenzionali internazionali o alle differenze fra i vari tipi di organizzazioni internazionali.

7. Oligarchie mondiali *versus* democrazie nazionali

L'asimmetria fra oligarchie finanziarie mondiali e democrazie nazionali configura una delle maggiori sfide per il futuro del costituzionalismo dei moderni. Un'antica parola, oligarchia, sembra la più adatta a identificare la strutturazione del potere dei suoi autori. Per costruire un costituzionalismo oltre lo stato, si potrebbe partire da qui. Gli atrezzi concettuali per affrontare la sfida vengono dopo.

PARTE III
COMMENTI

**RIFLESSIONI SUL SEGRETO DI STATO
A PARTIRE DAL CASO ABU OMAR:
QUALI PROSPETTIVE
DOPO LA CONDANNA DI STRASBURGO?**

di *Roberto Prossomariti*

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. I fatti all'origine della vicenda giudiziaria e la sentenza della Corte costituzionale n. 106 del 2009; 3. La natura dell'atto di apposizione del segreto; 4. La possibilità di opporre il segreto per i soggetti indagati o imputati; 5. I successivi sviluppi e la sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2014; 6. L'ambito di operatività del sindacato della Corte costituzionale; 7. Il rispetto dei diritti umani e i limiti all'apposizione del segreto; 8. La sentenza CEDU, 23 febbraio 2016, Nasr e Ghali c. Italia; 9. La possibilità di un'interpretazione della normativa italiana sul segreto più attenta alla necessità di tutela dei diritti umani.

1. Introduzione

La vicenda giudiziaria relativa al rapimento dell'imam Abu Omar presenta risvolti di notevole interesse dal punto di vista del diritto costituzionale.

Essa ha rappresentato il primo banco di prova per verificare l'efficacia dei meccanismi di garanzia approntati dalla legge di riforma dei servizi di sicurezza e della disciplina del segreto di Stato, la numero 124 del 2007.

A distanza di tredici anni dallo svolgimento dei fatti sembra potersi affermare che quei meccanismi non abbiano funzionato e che permanga, dunque, un'inquietante zona d'ombra nell'ordinamento italiano. Come si cercherà di dimostrare, infatti, alla stregua dell'interpretazione della legge operata dalla Corte costituzionale, il rispetto del principio di legalità e la tutela dei diritti costituzionali non appaiono adeguatamente garantiti in presenza di attività poste in essere da appartenenti ai servizi di sicurezza.

Tale conclusione è, ora, avvalorata dalla pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo - alla quale lo stesso Abu Omar e la moglie

Nabila Ghali si erano rivolti fin dal 2009 - che ha condannato l'Italia ad un risarcimento in favore dei ricorrenti per violazione degli artt. 3 (divieto della tortura), 5 (diritto alla libertà ed alla sicurezza), 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 13 (diritto ad un ricorso effettivo) della Convenzione¹.

L'articolo ripercorre la genesi del caso giudiziario, il cui svolgimento si è ben presto sovrapposto all'entrata in vigore della legge n. 124 del 2007². Sono, quindi, richiamate le sentenze della Corte costituzionale e i contrasti tra Consulta e giudici ordinari, relativi proprio alle diverse opzioni ermeneutiche seguite nella ricostruzione della sopravvenuta disciplina.

Si evidenzia come rimangano sul tappeto problemi di notevole momento che, trascendendo il singolo caso, concernono, in via generale, il controllo di legalità sugli atti di apposizione e opposizione del segreto di Stato, le interferenze di tale istituto con il processo penale e, più in particolare, l'esigenza di recuperare meccanismi che assicurino una tutela effettiva dei diritti umani garantiti dalla Costituzione italiana nonché da numerosi accordi internazionali, tra i quali, in primo luogo, proprio la Cedu.

¹ Cfr. CEDU, sent. 23 febbraio 2016, *Nasr e Ghali c. Italia*. La sentenza diverrà definitiva se, entro tre mesi dalla sua emissione, il Governo italiano non presenterà ricorso alla Grande Camera della Corte EDU.

² Sulla legge di riforma, cfr. AA. VV., *I servizi di informazione e il segreto di Stato*, Milano, 2008; G. Illuminati (a cura di), *Nuovi profili del segreto di Stato e dell'attività di intelligence*, Torino, 2008; P. BONETTI, *Aspetti costituzionali del nuovo sistema di informazione per la sicurezza della repubblica*, in *Dir. soc.*, 2008, pp. 251 ss.; AA. VV., *Quaderno di intelligence. Il segreto di Stato*, pubblicazione monografica facente parte di *Gnosis: rivista italiana di intelligence*, Roma, 2011. In tema di segreto, anche prima dell'introduzione della nuova disciplina, tra gli altri, cfr. AA. VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Padova, 1983; A. ANZON, *Segreto di Stato e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1976, II, pp. 1755 ss.; ID. *Aspetti controversi della normativa sul segreto di Stato*, in *Dir. soc.*, 1979, pp. 401 ss.; P. BARILE, *Democrazia e segreto*, in *Quad. cost.*, 1987, pp. 29 ss.; N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, 1980, ora in *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984; P. CARETTI, *Limiti costituzionali del segreto di Stato*, in *Pol. dir.*, 1980, pp. 815 ss.; S. LABRIOLA, voce *Segreto di Stato*, in *Enc. Dir.*, XLI, Milano, 1989, pp. 1028 ss.; G. PITRUZZELLA, voce *Segreto - profili costituzionali*, in *Enc. Giur.*, XXVIII, Roma, 1992, *ad vocem*; M. RAVERAIRA, voce *Segreto nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, pp. 18 ss.

2. I fatti all'origine della vicenda giudiziaria e la sentenza della Corte costituzionale n. 106 del 2009

Fin dalla metà del 2002 la Procura della Repubblica di Milano e la Digos della Questura del capoluogo lombardo avevano sottoposto ad indagine l'imam Nasr Osama Mustafa Assan, noto come Abu Omar, per il reato di cui all'art. 270-bis c.p. (Associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico), nell'ambito di un'inchiesta sul terrorismo di matrice islamica³.

Improvvisamente, il 17 febbraio 2003, lo stesso Abu Omar scompariva, come denunciato dalla moglie un paio di giorni dopo.

Gli inquirenti acclaravano, in seguito, che costui era stato rapito e trasferito al Cairo, in Egitto, suo Paese d'origine, dove era rimasto prigioniero per più di un anno, subendo torture e violenze di vario tipo.

Le indagini della Procura permettevano anche di accertare il coinvolgimento nel rapimento di diversi cittadini statunitensi (rimasti in seguito tutti latitanti), tra i quali appartenenti al personale consolare ufficialmente accreditato in Italia e al personale della C.I.A., compreso il Capo Centro C.I.A. di Milano e, successivamente, anche di militari italiani membri dei servizi di sicurezza.

Alla stregua delle risultanze probatorie non fu difficile inquadrare il caso nell'ambito delle cosiddette *extraordinary renditions*. Era, infatti, già nota la prassi del governo americano di autorizzare il sequestro di soggetti sospettati di terrorismo, al di fuori di ogni procedura legale, con lo scopo di trasferire questi ultimi e sottoporli ad interrogatori in luoghi nei quali fosse più agevole far ricorso a tecniche di tortura e violenza fisica e psichica⁴.

Benché in un primo momento nessuno dei soggetti coinvolti eccesse l'esistenza di fatti o documenti coperti dal segreto di Stato e connessi al rapimento, nel corso del procedimento taluni di essi, tra

³ Il procedimento a carico di Abu Omar si è poi concluso con una condanna definitiva a sei anni di reclusione per terrorismo internazionale; cfr:

http://milano.repubblica.it/cronaca/2015/10/08/news/la_cassazione_conferma_la_condanna_a_sei_anni_per_abu_omar_accusato_di_terrorismo-124650447/.

⁴ Sulle c.d. *extraordinary renditions* cfr. N. NAPOLETANO, *Extraordinary renditions e detenzioni segrete alla luce degli strumenti di tutela dei diritti umani in Europa*, in *Dir. um. dir. int.*, 2007, pp. 412 ss.; A. VEDASCHI, *Extraordinary renditions: esiste una giustizia transnazionale?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2013, IV, pp. 1255 ss.

cui l'allora direttore del SISMI, sostenevano l'impossibilità di svolgere attività difensiva senza svelare informazioni oggetto del vincolo di segretezza.

Mentre lo svolgimento del processo avrebbe permesso di accertare le responsabilità di venticinque imputati⁵, le posizioni di cinque funzionari italiani del SISMI, venivano, così, stralciate e il procedimento nei loro confronti si arricchiva di ben cinque ricorsi proposti dinnanzi alla Corte costituzionale tanto dal Presidente del Consiglio, quanto dalle diverse Autorità giudiziarie coinvolte.

A fronte dell'opposizione del segreto da parte di soggetti nelle diverse vesti di testimoni, indagati e imputati, i vari conflitti di attribuzione vedevano, essenzialmente, il Presidente del Consiglio contestare la validità di atti giudiziari che non avrebbero tenuto conto delle conseguenze scaturite dalla stessa opposizione e dalla relativa conferma presidenziale, mentre l'autorità giudiziaria chiedeva, principalmente, che fosse accertata l'illegittimità sostanziale e procedurale degli stessi atti di conferma del segreto opposto.

Come accennato, peraltro, nel mezzo del turno temporale lungo il quale i vari ricorsi venivano sollevati (tra il 2007 e il 2008), interveniva l'entrata in vigore della legge n. 124 del 2007 di riforma della normativa sul segreto, che abrogava la precedente disciplina contenuta nella legge n. 801 del 1977.

Le questioni affrontate dalla Consulta nella sentenza n. 106 del 2009, pronunciata a seguito della riunione dei cinque ricorsi, pertanto, hanno avuto ad oggetto anche l'interpretazione di disposizioni contenute in tale legge⁶.

Come noto la Corte costituzionale avrebbe finito per accogliere, in gran parte, le richieste del Presidente del Consiglio, respingendo, viceversa, quelle provenienti dalle diverse autorità giudiziarie e annullando diversi atti, tra cui il decreto di rinvio a giudizio degli imputati,

⁵ Due dei quali italiani, tutti gli altri statunitensi, cfr. Cassazione pen., V Sezione, sent. 19 settembre 2012, n. 46340. Con un'ulteriore sentenza della V sezione penale della Corte di Cassazione, poi, sono stati definitivamente condannati altri tre funzionari americani per i quali era stata inizialmente riconosciuta l'immunità diplomatica (cfr. Cass. pen., 11 marzo 2014, n. 39788).

⁶ La sentenza è pubblicata in *Giur. cost.*, 2009, pp. 951 ss., con note di F. RAMACCI, *Segreto di Stato, salus rei publicae e «sbarramento» ai p.m.*, A. ANZON, *Il segreto di Stato ancora una volta tra Presidente del Consiglio, autorità giudiziaria e Corte costituzionale*, V. FANCHIOTTI, *Il gusto (amaro) del segreto*.

nelle parti in cui tali atti si basavano su elementi asseritamente coperti dal segreto.

Il vincolo in parola, secondo la ricostruzione del Presidente del Consiglio, avallata dalla Corte, pur non riguardando direttamente il sequestro di persona, rispetto al quale era predicata l'estraneità del Governo e dei servizi italiani, doveva esser riconosciuto su tutto quanto attinente agli *interna corporis* del SISMI, con particolare riferimento ai rapporti con organismi informativi esteri.

Ciò che qui maggiormente interessa, tuttavia, è mettere in luce alcuni passaggi motivazionali in grado di sollecitare riflessioni che trascendano le particolarità del caso concreto⁷.

3. La natura dell'atto di apposizione del segreto

In primo luogo è ribadita la classica impostazione relativa al problema dell'ammissibilità dell'istituto del segreto di Stato nell'ambito dell'ordinamento democratico e costituzionale, anche alla luce della legge di riforma⁸.

In tal senso si riconosce che la disciplina del segreto involge il supremo interesse della sicurezza dello Stato nella sua personalità internazionale, cioè l'interesse dello Stato-comunità alla propria integrità territoriale e alla propria indipendenza, e che il vincolo da essa previsto può legittimamente interferire con l'attività giurisdizionale, proprio perché finalizzato a preservare l'ordinamento nella sua complessità, una parte della quale è rappresentata dalla stessa amministrazione della giustizia.

La Corte, nella materia *de qua*, rimarca l'ampia discrezionalità dei poteri attribuiti al Presidente del Consiglio, sul cui esercizio si esclude qualsiasi controllo giurisdizionale, e ciò in virtù della affermata natura

⁷ Per la comprensione delle specifiche questioni affrontate dalla sentenza, peraltro, è ineludibile un'attenta lettura della stessa, anche al fine di cogliere le difficoltà poste dal sopravvenire di una normativa innovativa sotto vari profili.

⁸ Cfr. Corte cost. sent. n. 82 del 1976, in *Giur cost.*, 1976, pp. 469 ss.; Corte cost. sent. n. 86 del 1977, in *Giur cost.*, 1977, pp. 696 ss. con note di A. ANZON, *Interrogativi sui riflessi sostanziali della nozione di segreto di Stato individuate dalla Corte costituzionale*, A. M. SANDULLI, *Note minime in tema di segreto di Stato*, P. PISA, *Il segreto di Stato di fronte alla Corte costituzionale: luci ed ombre in attesa della «riforma»*; Corte cost. sent. n. 87 del 1977, in *Giur. cost.*, pp. 706 ss.

politica del giudizio sui mezzi più idonei a garantire la sicurezza dello Stato.

Si tratta di una soluzione che, in verità, non può dirsi del tutto ap-pagante.

A fronte di una parte della dottrina che si attesta sulle medesime posizioni espresse dalla giurisprudenza costituzionale⁹, non manca chi attribuisce natura amministrativa all'atto di apposizione (e di conferma dell'opposizione) del segreto¹⁰, evidenziando, da un lato, la suscettibilità di tale atto di incidere su situazioni soggettive garantite da norme costituzionali, ciò che sarebbe, invece, precluso agli atti di natura politica¹¹, e valorizzando, dall'altro, la circostanza che il potere presidenziale non può essere qualificato come libero nel fine.

L'argomento che pare avvalorare in maniera decisiva la tesi della natura amministrativa, in effetti, va ricercato nel fatto che l'atto di apposizione e conferma del segreto sia teleologicamente orientato al soddisfacimento di una finalità legislativamente prevista, quale appunto quella di preservare l'integrità della Repubblica impedendo la diffusione di talune informazioni¹².

Non vi è dubbio che, ciò detto, residui un notevole margine di discrezionalità quando si tratti in concreto di determinare l'attitudine le-

⁹ Cfr. T. F. GIUPPONI, *La riforma del sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e la nuova disciplina del segreto di Stato*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Nuovi profili cit.*, pp. 114 ss., che ritiene decisivo, ai fini della qualificazione giuridica della natura dell'atto, l'accentramento dei poteri in materia, operato dalla legge n. 124 del 2007; G. SCANDONE, *Il segreto di Stato. Storia, essenza e la nuova definizione nella legge di riforma*, in AA.VV., *I servizi cit.*, pp. 514 ss.

¹⁰ Cfr. S. LABRIOLA, voce *Segreto di Stato cit.*, pp.1031-1032, il quale però operava una distinzione tra l'atto di apposizione e quello di opposizione (*rectius* conferma dell'opposizione), qualificando quest'ultimo come atto politico, e, soprattutto, A. PACE, *L'apposizione del segreto di Stato nei principi costituzionali e nella legge n. 124 del 2007*, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 4055 ss.

¹¹ Cfr. P. BARILE, *Atto di governo*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 220 ss.

¹² Cfr. A. ANZON, *Il segreto di Stato cit.*, pp. 1022-1023; A. MARI, *Segreto di Stato, la Corte costituzionale conferma la non conoscibilità degli arcana imperii*, in *Cass. Pen.*, 2012, p. 3941. Per la definizione di atto politico come atto libero nei fini, cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2014, p. 1283. Del resto, poi, la sindacabilità dell'atto di segretazione da parte del giudice penale è esplicitamente ammessa, tanto dalla giurisprudenza di legittimità, quanto dalla stessa Consulta, ai fini dell'accertamento dei reati rispetto ai quali il segreto di Stato rappresenti un elemento costitutivo della fattispecie, con riferimento ai «requisiti di inerenza contenutistica e di attitudine offensiva della notizia che ne costituisce oggetto» (cfr. Corte cost. sent. n. 295 del 2002, che richiama la sentenza della Corte di Cassazione, sez. I, 10 dicembre 2001-29 gennaio 2002, n. 3348).

siva di tali informazioni¹³, tuttavia, quest'ultima andrà considerata solo ed esclusivamente rispetto ai beni e agli interessi valorizzati dalla legge, senza che al Presidente del Consiglio sia riconosciuta alcuna possibilità di perseguire obiettivi diversi od ulteriori¹⁴.

La legge n. 124 del 2007, pur caratterizzata da una formulazione letterale alquanto macchinosa, pare abbastanza chiara nel condizionare la possibilità di apporre il segreto di Stato alla sola necessità di salvaguardia della integrità della Repubblica¹⁵.

Le esigenze di tutela cui si deve far fronte riguardano l'intera comunità dei consociati e non possono rispondere, pertanto, ad interessi di parte perseguiti dal Governo in carica *pro-tempore*.

L'estremo sviluppo dell'industria e della tecnologia bellica così come le innumerevoli fonti di pericolo caratterizzanti le odierne "società del rischio", non permettono certo, allo stato attuale, di ritenere superata la necessità che gli Stati moderni mantengano una favorevole asimmetria informativa rispetto ai propri nemici, siano essi esterni o, eventualmente, anche interni alla comunità statale stessa¹⁶.

In tal senso, anche in ordinamenti di democrazia costituzionale, sembra si possa riconoscere la legittimità di discipline che tutelino il segreto militare o, comunque, che mirino a preservare informazioni la

¹³ Ciò è tanto più vero se si pensa a settori come quello delle relazioni estere, la cui attitudine espansiva potrebbe consegnare un margine di discrezionalità fin troppo esteso alle valutazioni del Presidente del Consiglio. Del resto vi è chi ritiene che, nell'ordinamento vigente, di veri e propri atti politici possa parlarsi solo con riferimento all'ambito dei rapporti internazionali; cfr. M. PERINI, *Atto politico e di governo*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 2008 (postilla di aggiornamento), *ad vocem*.

¹⁴ Sono (o dovrebbero essere) finiti i tempi in cui il segreto di Stato poteva essere apposto in funzione di «qualsiasi interesse [...] nel dominio economico-sociale [...] per assolvere la sua missione di condurre il Paese verso mete più fulgide di prestigio politico o verso un assetto sempre più propizio della pubblica economia», come si esprimeva la Relazione allegata al codice penale tuttora vigente.

¹⁵ Cfr. art. 39, comma 1, legge n. 124 del 2007: «Sono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno all'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato». Il comma 3 precisa: «Sono coperti dal segreto di Stato le informazioni, i documenti, gli atti, le attività, le cose o i luoghi la cui conoscenza, al di fuori degli ambiti e delle sedi autorizzate, sia tale da ledere gravemente le finalità di cui al comma 1».

¹⁶ Cfr. le posizioni, peraltro non completamente condivisibili, espresse in G. CERRINA FERONI, G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, pp. 31 ss.

cui propalazione sia suscettibile di mettere a rischio la sicurezza collettiva nella sua accezione materiale, connessa alla salvaguardia delle persone, dei beni e del funzionamento delle istituzioni democratiche.

Neppure può escludersi che, nei casi più delicati, tali esigenze di riservatezza possano prevalere anche rispetto ai doveri d'indagine dell'autorità giudiziaria in seguito al verificarsi di un fatto costituente reato.

Appare, tuttavia, necessario accompagnare a tali petizioni di principio almeno due precisazioni.

In primo luogo, il rischio derivante dalla conoscenza dell'elemento oggetto del segreto deve essere tale da mettere direttamente in pericolo l'integrità della Repubblica a cagione del vantaggio operativo, anche potenziale, che sia idoneo a conferire ad altri Stati o a gruppi eversivi o terroristici.

Sarebbe, al contrario, incompatibile con il principio di responsabilità politica e, in definitiva, con quello della sovranità popolare in un ordinamento democratico, ritenere che la minaccia allo Stato possa, indirettamente, essere rappresentata dalla perdita di credibilità e prestigio cui andrebbe incontro il Governo temporaneamente in carica qualora se ne conoscessero decisioni o attività¹⁷.

Non può neppure ammettersi, in secondo luogo, che tutto ciò che riguarda taluni settori, per quanto particolarmente sensibili, come nel caso dei servizi d'informazione, sia indiscriminatamente coperto dal segreto di Stato.

Una simile impostazione si porrebbe in contrasto con lo spirito della legge di riforma, la quale ha delineato una precisa distinzione tra l'istituto del segreto di Stato e quello, prettamente amministrativo, delle classifiche di segretezza¹⁸.

¹⁷ Si veda, però, il D.P.C.M. 8 aprile 2008 (Criteri per l'individuazione delle notizie, delle informazioni, dei documenti, degli atti, delle attività, delle cose e dei luoghi suscettibili di essere oggetto di segreto di Stato) che, mediante disposizioni di dubbia legittimità, sembra ampliare l'ambito di operatività del segreto di Stato ben oltre quanto previsto dalla legge. Sul punto cfr. A. PACE, *L'apposizione cit.*, pp. 4042 ss.; A. ANZON, *Il segreto di Stato cit.*, p. 1022.

¹⁸ Cfr. art. 42, legge n. 124 del 2007. I documenti classificati sui quali non sia opposto anche il segreto di Stato non possono essere negati all'autorità giudiziaria che ne faccia richiesta; il comma 8 dispone, infatti: «Qualora l'autorità giudiziaria ordini l'esibizione di documenti classificati per i quali non sia opposto il segreto di Stato, gli atti sono consegnati all'autorità giudiziaria richiedente, che ne cura la conservazione con modalità che ne tu-

Ma, più ancora, così facendo, si finirebbe per sottrarre sistematicamente a un controllo di legalità rilevantissimi settori dell'ordinamento, che giungerebbero, quasi, ad assumere connotati di istituti *extra ordinem*.

Ecco, allora, delinearci con chiarezza la *ratio* delle disposizioni che prevedono che su ciascun documento o oggetto coperto dal segreto di Stato, tale vincolo sia esplicitamente annotato con l'indicazione della data del relativo provvedimento¹⁹.

Il rispetto di tale normativa consente di evitare strumentali opposizioni tardive, evidenziando, al contempo, la data a partire dalla quale deve essere calcolato il limite temporale della segretazione. Ovviamente nulla esclude che il provvedimento di segretazione sia successivo alla formazione del documento e, tuttavia, non potrebbe ritenersi legittima un'apposizione che intervenisse successivamente all'acquisizione del documento stesso da parte dell'autorità giudiziaria, con l'effetto di sterilizzarne retroattivamente l'attitudine probatoria.

La motivazione del provvedimento di apposizione, poi, deve render ragione della pretesa idoneità dello specifico elemento considerato a provocare, se conosciuto, un grave danno alla sicurezza nazionale²⁰. Ciò resta vero anche quando la pericolosità dell'informazione vada apprezzata tenendo presente il più complesso contesto nel quale essa si colloca e, dunque, l'eventuale serie di atti, attività e operazioni all'interno della quale si inserisce.

E', peraltro, evidente che l'obbligo di motivazione ha una propria ragion d'essere nella misura in cui sia possibile operare un controllo

telino la riservatezza, garantendo il diritto delle parti nel procedimento a prenderne visione senza estrarne copia».

¹⁹ Cfr. art. 39 della legge n. 124 del 2007 e artt. 71-74, D.P.C.M. 22 luglio 2011, n. 4 (Disposizioni per la tutela amministrativa del segreto di Stato e delle informazioni classificate).

²⁰ La necessità che il provvedimento sia motivato, anche a prescindere dal riconoscimento della sua natura propriamente amministrativa, si desume dagli artt. 40, comma 5 e 41, comma 9, legge n. 124 del 2007, secondo i quali il Presidente del Consiglio è tenuto a comunicare al COPASIR ogni caso di conferma dell'opposizione del segreto di Stato, «indicandone le ragioni essenziali». Allo stesso modo, dunque, anche i provvedimenti di preventiva apposizione sembrano dover essere motivati, ancorché tale motivazione possa anche essere particolarmente succinta proprio in ragione delle esigenze di riservatezza del caso.

sulle asserzioni del Presidente del Consiglio, quanto meno in termini di ragionevolezza o non implausibilità.

La Consulta, invece, sulla scorta dell'asserita politicità dell'atto, giunge a negare la possibilità di esperire una valutazione di legittimità persino in sede di giudizio costituzionale, statuendo che «nel conflitto di attribuzione proposto dall'autorità giudiziaria nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri, la Corte è chiamata a valutare la sussistenza o insussistenza dei presupposti del segreto di Stato ritualmente opposto e confermato, non già ad esprimere una valutazione di merito sulle ragioni e sul concreto atteggiarsi della sequenza rappresentata dall'apposizione, opposizione conferma, del segreto stesso; giudizio quest'ultimo riservato [...], in sede politica, al Parlamento»²¹.

Per quanto riguarda i dubbi che, nella vicenda Abu Omar, l'autorità giudiziaria aveva sollevato circa l'effettiva e tempestiva apposizione del segreto sui documenti e le informazioni oggetto di accertamento, i giudici costituzionali affermano, da un lato, che anche una tardiva apposizione e/o opposizione «non può risultare indifferente rispetto alle ulteriori attività dell'autorità giudiziaria»²², dall'altro, che «il documento, la cosa, la notizia o i rapporti, che vengono in rilievo di volta in volta, possono presentare caratteristiche di contenuto o di forma tali da indurre a ritenere che essi, *ictu oculi*, rivestono connotazioni di per sé coperte dal segreto di Stato. In altri termini, in dette particolari ipotesi, la caratteristica della segretezza è intrinseca all'atto, perché percepibile immediatamente ed univocamente».

I passaggi citati sembrano quasi avvalorare una concezione “ontologica” del segreto, che contraddice un'interpretazione di tipo soggettivistico, per la quale il segreto di Stato non potrebbe in alcun modo sussistere senza una preventiva apposizione da parte del soggetto istituzionale al quale la legge attribuisce tale potere, determinandone al contempo le finalità.

Accedere ad una simile impostazione significherebbe, però, vanificare quelle esigenze di certezza del diritto che, invece, la legge n. 124 del 2007 ha inteso valorizzare e porterebbe alla creazione di una cate-

²¹ Cfr. sent. n. 106 del 2009, cons. in dir. n. 12.4. Su tale problematica si tornerà nel prosieguo.

²² La Corte, tuttavia, non giunge ad ammettere la legittimità di un segreto ad efficacia retroattiva, atteso che, nella ricostruzione da essa avvalorata, la secretazione sarebbe stata operativa già in seguito a direttiva del Presidente del Consiglio del 30 luglio 1985, successivamente confermata.

goria di “segreti non dichiarati” la cui tutela, qualora non fosse completamente obliterata, si presterebbe ad una serie di potenziali abusi da parte del potere esecutivo.

Nello stesso testo normativo, peraltro, non mancano disposizioni che appaiono almeno parzialmente contraddittorie e in contrasto con i principi enunciati.

È il caso dell’art. 15, che ha introdotto l’art. 256-bis nel codice di procedura penale, disciplinante l’acquisizione di documenti, atti o altre cose da parte dell’autorità giudiziaria presso le sedi dei servizi di informazione o uffici ad essi collegati²³.

L’autorità giudiziaria, in tali casi, è tenuta a specificare il più precisamente possibile l’oggetto della richiesta ed a effettuare in prima persona (o, al limite, avvalendosi della collaborazione di ufficiali di polizia giudiziaria) l’accesso sul posto, al fine di esaminare i documenti, gli atti e le cose, tra i quali dovrà limitarsi ad acquisire quelli strettamente indispensabile ai fini dell’indagine.

A tal riguardo, qualche perplessità desta la previsione contenuta nel terzo comma, a norma della quale: «Quando ha fondato motivo di ritenere che i documenti, gli atti o le cose esibiti non siano quelli richiesti o siano incompleti, l’autorità giudiziaria informa il Presidente del Consiglio dei ministri, che provvede a disporre la consegna di ulteriori documenti, atti o cose o, se ne ricorrono i presupposti a confermare l’inesistenza di ulteriori documenti, atti o cose».

Una simile disposizione, nel precludere all’autorità giudiziaria la possibilità di procedere ad una ricerca coatta di quanto ritenuto utile, opera una sorta di tutela preventiva del segreto della quale si fatica a cogliere la *ratio*. Su quanto coperto da segreto di Stato, infatti, il vincolo in parola dovrebbe essere materialmente annotato ex art. 39, comma 4, legge n. 124 del 2007, rendendo così evidente il limite posto all’attività di acquisizione²⁴.

²³ Sulla nozione di uffici collegati, cfr. art. 5, D.P.C.M. 12 giugno 2009 n. 7 (Determinazione dell’ambito dei singoli livelli di segretezza, dei soggetti con potere di classifica, dei criteri d’individuazione delle materie oggetto di classifica nonché dei modi di accesso nei luoghi militari o definiti di interesse per la sicurezza della Repubblica).

²⁴ Lo stesso è a dirsi per la particolare ipotesi disciplinata dal comma 4 dell’art. 256-bis, c.p.p., a norma del quale: «Quando deve essere acquisito, in originale o in copia, un documento, un atto o una cosa, originato da un organismo informativo estero, trasmesso con vincolo di non divulgazione, l’esame e la consegna immediata sono sospesi e il documento, l’atto o la cosa è trasmesso immediatamente al Presidente del Consiglio dei Ministri affinché vengano assunte le necessarie iniziative presso l’autorità estera per le relative determi-

Non può essere ammissibile, al contrario, una sorta d'inviolabilità generale che riguardi tutto il materiale contenuto nelle sedi indicate, il quale, in sostanza, verrebbe messo a disposizione dell'autorità giudiziaria solo mediante una fattiva collaborazione dei responsabili degli uffici o, al limite, dello stesso Presidente del Consiglio, con i prevedibili rischi di conflitto d'interessi che si avrebbero qualora l'accertamento giurisdizionale fosse suscettibile di nuocere agli interessi di questi ultimi soggetti.

Merita di essere evidenziato che una cospicua parte del materiale probatorio utilizzato nello stesso procedimento penale instaurato a seguito del rapimento di Abu Omar, era costituito da documentazione e materiale informatico sequestrati in esito a due perquisizioni di alcuni locali nella sede del SISMI di Roma, sita in Via Nazionale n. 230, avvenute rispettivamente il 5 e il 13 luglio 2006, dunque prima dell'entrata in vigore della nuova legge.

Non sembra, pertanto, peregrino avanzare dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 256-bis, comma 3, c.p.p., per via degli irragionevoli limiti che tale norma è in grado di frapporre all'accertamento dei reati, in violazione dei principi d'indipendenza ed autonomia della magistratura, di obbligatorietà dell'azione penale e del diritto a veder tutelate in sede giurisdizionale le proprie situazioni soggettive protette (si pensi, in questo caso, alle persone offese o danneggiate dall'eventuale reato). In questo caso, infatti, non è la possibilità di acquisizione di uno o più atti ad esser rimessa alle determinazioni del Presidente del Consiglio, ma, in definitiva, ad essere preclusa è la stessa facoltà di ricercare fonti di prova in modalità indipendenti dall'intervento del potere politico.

nazioni in ordine all'apposizione del segreto di Stato». Fermo restando che l'apposizione del segreto di Stato dovrebbe essere un atto preventivo e indipendente dalle richieste giudiziarie, la norma in parola sembra trovare giustificazione solo per i casi in cui la trasmissione del documento, dell'atto o della cosa, da parte dell'organismo estero, sia avvenuta in tempi talmente ravvicinati rispetto alla richiesta dell'autorità procedente, da non aver permesso al Presidente del Consiglio di maturare le proprie determinazioni.

4. La possibilità di opporre il segreto per i soggetti indagati o imputati

Nella sentenza n. 106 del 2009 la Corte dà anche risposta affermativa alla questione concernente la possibilità di opporre il segreto per i soggetti che partecipino al procedimento in veste d'indagati o imputati²⁵.

Per quanto astrattamente finalizzata ad una maggior tutela degli interessi afferenti alla *salus rei publicae*, cui l'istituto del segreto è preordinato, tale soluzione non manca di suscitare serie perplessità in ordine alla sua compatibilità rispetto ai principi costituzionali che informano il settore della giurisdizione penale²⁶.

Qualora, infatti, in capo al prevenuto si riconosca non già la mera facoltà, ma un vero e proprio dovere di serbare il silenzio su circostanze e fatti utili alla propria difesa, ne risulterebbe inevitabilmente compromesso il diritto riconosciuto dall'art. 24 della Costituzione²⁷.

Vero è che anche i contributi informativi provenienti da soggetti terzi e vietati dalla legge ai fini della tutela del segreto potrebbero, in ipotesi, rivelarsi favorevoli all'imputato o addirittura essere da costui richiesti, ma altro è la previsione di uno specifico divieto probatorio

²⁵ La problematica è stata poi ulteriormente sviluppata in Corte cost., sent. n. 40 del 2012, pubblicata in *Giur cost.*, 2012, pp. 486 ss., con note di A. PACE, *Sull'asserita applicabilità all'imputato dell'obbligo di astenersi dal deporre su fatti coperti dal segreto di Stato e sull'inosservanza dei "fatti eversivi" come autonoma fattispecie di reato*, A. ANZON, *La Corte abbandona definitivamente all'esclusivo dominio dell'autorità politica la gestione del segreto di Stato nel processo penale*. La sentenza ha deciso su un conflitto di attribuzione insorto nell'ambito di un procedimento penale a carico del medesimo direttore del SISMI e di un collaboratore del servizio segreto, accusati di vari reati per aver, in sostanza, posto in essere un'attività illegale di raccolta di informazioni, anche al fine di organizzare campagne diffamatorie a mezzo stampa, su una serie di soggetti (esponenti politici, magistrati, giornalisti) considerati ostili al Governo allora in carica. Parte del materiale probatorio, peraltro, era stato acquisito dall'autorità giudiziaria nell'ambito della perquisizione alla sede del SISMI di Via Nazionale, disposta nell'ambito delle indagini sul sequestro di Abu Omar.

²⁶ Cfr. A. MASARACCHIA, *Può il mero silenzio della legge n. 124 del 2007 (e della Corte costituzionale) far ripensare la questione del diritto alla prova dell'imputato su fatti coperti da segreto di Stato?*, in *Giur Cost.*, 2010, pp. 5231 ss.

²⁷ Il dubbio sorgeva in ragione del fatto che l'art. 41, legge n. 124 del 2007, estende la possibilità di opporre il segreto di Stato anche al di là dei casi della testimonianza, disciplinati dall'art. 202 c.p.p., senza però precisare se tale dovere gravi anche sugli indagati e sugli imputati. Sul rapporto tra segreto di Stato e processo penale, cfr. C. BONZANO, *Il segreto di Stato nel processo penale*, Padova, 2010; ID., *Segreto di Stato e prova penale*, in *Libro dell'anno del diritto 2015*, Roma, 2015, pp. 617 ss.

(come diversi ne esistono nella normativa italiana), altro è comprimere significativamente la libertà di autodifesa del soggetto nei cui confronti è svolto l'accertamento di una responsabilità penale.

In questo senso la Corte di Cassazione ha, in passato, riconosciuto l'efficacia scriminante, *ex art. 51 c.p.*, del diritto di difendersi «provando», anche rispetto al divieto imposto dall'art. 261 c.p., affermando che «l'imputato ha il diritto di rendere tutte le dichiarazioni idonee a provare la propria innocenza»²⁸.

Certo, nel caso in cui si riconosca l'essenzialità di quanto coperto dal segreto opposto dall'indagato o dall'imputato e confermato dal Presidente del Consiglio, l'autorità giudiziaria è chiamata a chiudere il giudizio dichiarando di non doversi procedere per l'esistenza del segreto di Stato. E tuttavia, in questo caso, il vaglio di essenzialità si profila particolarmente arduo perché concernente elementi rientranti nella sfera conoscitiva del soggetto verosimilmente più informato rispetto ai fatti da provare in giudizio²⁹.

Può ben darsi, d'altra parte, l'eventualità di un imputato che postuli fraudolentemente l'esistenza di circostanze scagionanti coperte dal segreto, attraverso riferimenti, anche generici, a materie effettivamente interessate dalla disciplina sul segreto di Stato. Del resto, in sede di conferma, al Presidente del Consiglio non spetta pronunciarsi «sulla reale idoneità delle informazioni segretate a fornire prove decisive della non colpevolezza di chi ha opposto il segreto, apprezzamento che non gli compete»³⁰, ma solo sull'effettiva sussistenza del segreto di Stato sulle circostanze indicate.

Pertanto, se da un lato il meccanismo delineato può rappresentare un serio *vulnus* rispetto al diritto di difesa, dall'altro potrebbe configurarsi come fonte di gravi abusi, specie nell'eventualità in cui il Presidente del Consiglio assuma un atteggiamento di complicità rispetto alle manovre dell'indagato/imputato che tenti, per questa via, di giungere al risultato di ottenere l'impunità per quanto commesso.

Si percepisce, quindi, la necessità di individuare dei meccanismi in grado di evitare un uso strumentale dell'eccezione del segreto di Stato

²⁸ Cfr. Cass., sez. VI pen., 10 marzo 1987, *Pazienza ed altri*, in *Cass. Pen.*, 1988, pp. 1898 ss., richiamata anche nella giurisprudenza costituzionale citata.

²⁹ Cfr. C. BONZANO, *Il segreto di Stato cit.*, p. 158.

³⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 40 del 2012, cons. in dir. n. 7.

che potrebbe permettere a «qualsiasi imputato, in qualsiasi momento, di paralizzare l'azione giurisdizionale»³¹.

La Corte costituzionale, investita della richiesta di verificare l'utilità di materiale segreto ai fini della definizione di un processo penale, ha ritenuto di non poter procedere ad una simile valutazione, che resterebbe di pertinenza esclusiva dell'autorità giudiziaria titolare del procedimento *a quo*. Ma nel momento in cui, seguendo l'impostazione della Consulta, si postuli che la sola autorità procedente sia legittimata a valutare l'essenzialità, ai fini del giudizio, dei documenti e delle notizie segreti che restano ad essa ignoti, le conseguenze in ordine all'esito del giudizio non possono che lasciare insoddisfatti.

O si ritiene, infatti, che in presenza di un segreto di Stato, opposto dall'imputato e confermato dal Presidente del Consiglio, sia praticamente impossibile raggiungere quella certezza «al di là di ogni ragionevole dubbio» che risulta indispensabile, *ex art.* 533 c.p.p., per addivenire ad una pronuncia di condanna, col rischio di lasciar campo libero a manovre del Presidente del Consiglio tese ad assecondare le possibili finalità fraudolente perseguite dall'imputato; ovvero si riconosce un margine di apprezzamento maggiore all'autorità giudiziaria, la quale potrebbe non essere persuasa dall'asserita sussistenza di un nesso tra quanto è oggetto del segreto e la strategia difensiva dell'imputato.

In quest'ultimo caso, che appare preferibile perché maggiormente rispettoso sia del tenore della legge, sia, più in generale, di un'effettiva indipendenza della funzione giurisdizionale, sembra difficile negare che, nel caso in cui si profili un esito sfavorevole del giudizio, l'imputato, sinceramente convinto di poter trarre da elementi segreti di sua conoscenza fonti di prova utili alla dimostrazione della propria innocenza, veda riespandersi il proprio diritto di difesa anche in deroga a quanto previsto dall'art. 261 c.p. e 41, comma 1, legge n. 124 del 2007³².

³¹ Così, cogliendo appieno il risvolto più grave del problema, A. MASARACCHIA, *Può il mero silenzio cit.*, p. 5263.

³² La stessa Corte costituzionale, del resto, ha espressamente lasciato impregiudicata la questione, ritenendo superfluo per il caso allora in esame stabilire «se – e in quali termini – la nuova disciplina resti comunque “permeabile” all'operatività della scriminante prevista dall'art. 51 c.p., nel caso in cui i soggetti in questione violino il divieto di rivelazione del segreto nell'esercizio del proprio diritto di difesa» (Corte cost., sent. n. 40 del 2012, cons. in dir. n. 7).

5. I successivi sviluppi e la sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2014

Con la sentenza del 2009, come visto, la Consulta aveva annullato taluni atti del procedimento penale, demandando all'autorità giudiziaria l'individuazione della concreta incidenza sul piano probatorio di tali invalidità.

In virtù dell'ampio perimetro del segreto, del quale, come visto, erano riconosciuti esser oggetto tutti gli aspetti organizzativi dell'attività dei servizi e specialmente i rapporti di collaborazione con gli organismi informativi di altri Stati, sia il Tribunale che, dopo il ricorso della Procura, la Corte d'Appello, statuivano il non luogo a procedere nei confronti dei cinque indagati italiani.

Cionondimeno il Procuratore generale presso la Corte d'appello di Milano impugnava anche la decisione di secondo grado, rilevando che l'esame degli atti di segretazione rendeva evidente che il Governo italiano avesse escluso responsabilità proprie e dei servizi di informazione nel sequestro di Abu Omar, cosicché poteva escludersi che il SISMI avesse avuto rapporti con altri servizi in ordine a tale fatto e che si fosse trattato di un'operazione congiunta autorizzata dai vertici del servizio italiano.

Del resto, si era in presenza di un'operazione illegittima che mai sarebbe stato possibile autorizzare. Si sarebbe trattato, dunque, di iniziative di singoli agenti, al di fuori dei compiti istituzionali ed in assenza di rapporti ufficiali tra servizi, come tali non coperte dal segreto.

La Corte di Cassazione, con sentenza della V sezione penale n. 46340 del 2012, accoglieva il ricorso e disponeva un nuovo giudizio³³.

Pur concordando con la Consulta sull'opportunità di riconoscere, in linea di principio, anche agli indagati e agli imputati la possibilità di opporre il segreto, la Suprema Corte offriva un ulteriore e apprezzabile contributo per un'equilibrata ricostruzione della disciplina in parola.

Essa affermava, in generale, che «l'apposizione del segreto costituisce, comunque, un *vulnus* per il corretto dispiegarsi della vita de-

³³ Con la medesima pronuncia, come visto, venivano, inoltre, confermate le condanne che nel frattempo erano state emesse nell'ambito del parallelo filone processuale dei venticinque imputati, in gran parte statunitensi.

mocratica, che è fondata sulla trasparenza e sulla conoscenza da parte dei cittadini delle decisioni e degli atti di governo, cosicché si deve ricorrere ad esso nei casi assolutamente indispensabili» e che, comunque, «le norme sui segreti tendono ad evitare che ciò che è destinato a rimanere segreto venga reso noto e, quindi, i reati che puniscono la delittuosa rivelazione sono reati di pericolo, pericolo non più ravvisabile quando la notizia riservata sia divenuta di pubblico dominio»³⁴.

In ambito processuale, un'attenta lettura dell'art. 202 c.p.p. avrebbe reso, infatti, evidente che «il divieto di utilizzazione segue alla illegittima acquisizione delle notizie; dal che si deve dedurre che quando le prove siano state acquisite legittimamente non è più possibile per una apposizione tardiva del segreto rendere le stesse inutilizzabili», salva l'eventuale adozione di accorgimenti per le cadenze successive del processo, atti ad impedire la ulteriore divulgazione del segreto, quando questa possa ancora essere dannosa per gli interessi protetti.

Il 12 febbraio 2013, sulla scorta di tale pronuncia del giudice di legittimità, la Corte d'appello, all'esito del giudizio di rinvio, condannava i cinque imputati per il sequestro di Abu Omar, quando, però, era già pendente un nuovo ricorso per conflitto di attribuzioni sollevato dal Presidente del Consiglio dei Ministri.

Nei motivi di ricorso si evidenziava la circostanza che la sentenza n. 106 del 2009 aveva riferito il segreto di Stato ai rapporti tra SISMI e CIA, anche se relativi alle *extraordinary renditions*, con la conseguenza che sarebbe risultato arbitrario circoscrivere l'ambito di operatività del segreto «ai soli rapporti tra Servizi che si siano estrinsecati nella partecipazione ad operazioni gestite da entrambi i Servizi, legittimamente approvate dai vertici del Servizio italiano».

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 24 del 2014, accoglieva le doglianze del Presidente del Consiglio, annullando i provvedimenti giudiziari adottati in asserita violazione del segreto, ivi comprese, per le relative parti interessate dal vincolo in parola, la sentenza n. 46340 del 2012 della Corte di Cassazione e la successiva pronuncia della Corte d'appello³⁵.

³⁴ Come statuito anche da alcune pronunce della CEDU richiamate, in particolare sent. 9 febbraio 1995, *Vereniging Weekblad Bluf c. Olanda*; sent. 26 novembre 1991, *Observer e Guardian c. Regno Unito*.

³⁵ La sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2014 è pubblicata in *Giur. cost.*, 2014, pp. 368 ss., con note di A. PACE, *Le due Corti e il caso Abu Omar* e A. VEDASCHI, *Il segreto di Stato resta senza giudice*.

Aderendo alle prospettazioni presidenziali, la Consulta ha ritenuto corretto che «la copertura del segreto – il cui effettivo àmbito non può, evidentemente, che essere tracciato dalla stessa autorità che l’ha apposto e confermato e che è titolare del relativo *munus* – si proietti su tutti i fatti, le notizie e documenti concernenti le eventuali direttive operative, gli *interna corporis* di carattere organizzativo e operativo, nonché i rapporti con i Servizi stranieri, anche se riguardanti le *renditions* ed il sequestro di Abu Omar»³⁶. Con la precisazione, tuttavia, che ciò, «ovviamente» è ammissibile «a condizione che gli atti e i comportamenti degli agenti siano oggettivamente orientati alla tutela della sicurezza dello Stato».

Non altrettanto ovvio, a questo punto, è comprendere a chi mai, nella ricostruzione della Corte, spetterebbe il riscontro dell’effettiva sussistenza di tale “oggettivo” orientamento, considerato il fatto che anche qualora il Parlamento esercitasse con pienezza i poteri attribuitigli dalla legge, essi non sarebbero comunque sufficienti a rimuovere lo sbarramento frapposto dal segreto all’accertamento giudiziario³⁷.

6. L’ambito di operatività del sindacato della Corte costituzionale

A ben vedere il più importante e problematico lascito della vicenda in esame è proprio quello dell’atteggiamento di eccessivo *self restraint* adottato dai giudici costituzionali.

L’inserimento, nella riforma del 2007, di un esplicito riferimento al ruolo della Corte costituzionale come giudice del segreto fu, giustamente, avvertito come un’innovazione d’importanza straordinaria³⁸.

³⁶ Cfr. cons. in dir. n. 6. L’artificiosa distinzione tra tutto ciò che afferisce alle strutture organizzative dei servizi di sicurezza e il fatto del sequestro che, di per sé, non dovrebbe considerarsi coperto da segreto era già stata stigmatizzata dal Tribunale di Milano che, nella sentenza del 4 novembre 2009, aveva parlato di «paradosso logico e giuridico di portata preoccupante» e del fatto che «non può (dovrebbe) consentirsi che il segreto di Stato diventi un’eccezione incomprensibile allo stato di diritto e si tramuti in un “segreto di status”, intendendosi come tale la copertura immunitaria di chi può usufruirne». In effetti, come già rilevato, non pare conforme al canone della proporzionalità un’apposizione del segreto che arrivi a coprire qualsiasi elemento afferisca alle strutture e all’organizzazione dei servizi di sicurezza.

³⁷ Cfr., nello stesso senso, T. F. GIUPPONI, *Il segreto di Stato ancora davanti alla Corte (ovvero del bilanciamento impossibile)*, 2014, in www.penalecontemporaneo.it, p. 11.

³⁸ Cfr. la dichiarazione del relatore On. Luciano Violante nella seduta della Camera dei Deputati del 5 febbraio 2007: «Il legislatore è apparso consapevole della straordinaria im-

Non che in passato la Corte avesse negato la propria competenza a giudicare nei conflitti insorti tra l'autorità giudiziaria e il potere esecutivo in materia di segreto; al contrario, tale competenza era stata esplicitamente riconosciuta in diverse pronunce, anche in anni non troppo distanti dall'entrata in vigore della nuova legge. E, tuttavia, il tenore delle nuove disposizioni approvate sembrava rendere non più eludibile una riconsiderazione del carattere del sindacato della Consulta nella materia in discussione.

È stato previsto, infatti, che in caso di opposizione del segreto di Stato, confermato dal Presidente del Consiglio, nell'ambito di un procedimento penale, l'autorità giudiziaria sia legittimata ad adire la Corte costituzionale sollevando un conflitto di attribuzioni che dovrà essere risolto nel senso della sussistenza ovvero dell'insussistenza del segreto.

Nel primo caso la magistratura vede precludersi la possibilità di acquisire ed utilizzare, anche indirettamente³⁹, gli atti e i documenti rispetto ai quali sia stato opposto il segreto; nel secondo, il procedimento prosegue nelle forme ordinarie, con il divieto, per il Presidente del Consiglio, di opporre o confermare nuovamente il segreto sul medesimo oggetto.

Ma la novità più dirompente, quella che, correttamente interpretata, avrebbe potuto (e, ci si augura, possa ancora) rappresentare la chiave

portanza della norma e della sua portata innovativa, come risulta dai lavori preparatori, ove essa è stata più volte richiamata per contrastare i dubbi di un'eccessiva mortificazione dei poteri di accertamento dei reati; i molti, nuovi vincoli dell'autorità giudiziaria sarebbero infatti bilanciati dalla possibilità di ricorrere a una Corte nella pienezza dei poteri di accertamento e decisione».

³⁹ La medesima *ratio* del divieto di utilizzazione indiretta era già stata affermata da Corte cost., sent. n. 110 del 1998, cons. in dir. n. 7: «Tale divieto riguarda l'utilizzazione degli atti e documenti coperti da segreto in via diretta, ai fini cioè di fondare su di essi l'esercizio dell'azione penale, sia in via indiretta, per trarne spunto ai fini di ulteriori atti di indagine, le cui eventuali risultanze sarebbero a loro volta viziate dall'illegittimità della loro origine. Fermo il principio di legalità, i rapporti tra Governo e autorità giudiziaria debbono essere ispirati a correttezza e lealtà, nel senso dell'effettivo rispetto delle attribuzioni a ciascuno spettanti. Entro questo quadro, non potrebbe ad esempio l'autorità giudiziaria aggirare surrettiziamente il segreto opposto dal Presidente del Consiglio, inoltrando ad altri organi richieste di esibizione di documenti dei quali le sia nota la segretezza formalmente opposta». In merito a tale impostazione, cfr., problematicamente, G. ARCONZO, I. PELLIZZONE, *Il segreto di Stato nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. tel. giur. AIC*, numero 1/2012, pp. 10 ss.

di volta del sistema dei controlli sul segreto di Stato, è racchiusa in una disposizione riprodotta, con identica formulazione, in quattro diversi articoli e che così recita: «In nessun caso il segreto è opponibile alla Corte costituzionale. La Corte adotta le necessarie garanzie per la segretezza del procedimento»⁴⁰.

Assicurare ad un organo giurisdizionale, ancorché *sui generis*, la piena conoscibilità di quanto coperto dal vincolo del segreto, avrebbe dovuto garantire l'affermazione piena del principio di legalità anche in un settore dell'ordinamento rispetto al quale troppo spesso si è ritenuto che i rigori della legge potessero esser elusi da impropri ricorsi alla ragion di Stato.

Sembrava, in definitiva, aver trovato una soddisfacente risposta l'interrogativo su chi dovesse essere il custode della Costituzione in materia di segreto o⁴¹, per meglio dire, su chi dovesse avere l'ultima parola sul rispetto dei limiti funzionali e materiali individuati inizialmente dalla stessa giurisprudenza costituzionale e recepiti poi dal legislatore, al fine di rendere costituzionalmente legittima la disciplina del segreto.

Esclusa la possibilità che un tale ruolo fosse da rinvenire nell'ambito del potere esecutivo ovvero dell'autorità giudiziaria ordinaria⁴², la scelta di investire la Consulta di una simile funzione permetteva di superare le criticità cui andava incontro un controllo meramente politico demandato agli organismi parlamentari.

Evidentemente, però, la Corte avrebbe potuto svolgere efficacemente il compito assegnatole solo ove le si fosse riconosciuta la possibilità di esercitare un sindacato che trascendesse la pura legalità formale della catena procedimentale di apposizione, opposizione e conferma. In altri termini, sembra corretto sostenere che la possibilità per la Corte di accedere a tutte le informazioni segretate sia indicativa

⁴⁰ Cfr. artt. 202, comma 8, 204, comma 1-quater, 270-bis, comma 8, c.p.p., art. 41, comma 8, legge n. 124 del 2007.

⁴¹ S'intende, evidentemente, parafrasare l'oggetto della notissima disputa che, nella prima metà del Novecento vide contrapposti H. Kelsen e C. Schmitt attorno alla questione se funzioni di salvaguardia dei principi costituzionali dovessero essere affidate a un organo giurisdizionale o politico.

⁴² Cfr. G. SCANDONE, *La tutela processuale del segreto di Stato*, in AA. VV., *I servizi cit.*, pp. 616 ss., anche per interessanti riferimenti al dibattito parlamentare sviluppatosi sul punto.

della volontà legislativa di instaurare una forma di controllo sostanziale sul segreto.

Non si vuole con ciò affermare che la Corte sia stata investita del potere di sostituirsi al Presidente del Consiglio al fine di determinare, in concreto, la potenzialità lesiva delle informazioni da segretare; al contrario, pare doversi riconoscere che solo nell'ambito del potere esecutivo sia possibile riscontrare la costante disponibilità di un quadro conoscitivo tale da permettere un effettivo e pieno apprezzamento della reale portata delle singole informazioni⁴³.

Il giudice del conflitto, però, dovrebbe poter valutare se l'atto di opposizione e conferma del segreto abbia rispettato il suo vincolo finalistico, quello, cioè, di impedire che la conoscenza indiscriminata di determinate informazioni procuri un grave danno all'integrità della Repubblica.

Il vaglio sul rispetto del criterio di proporzionalità, che è imposto dalla natura eccezionale dell'istituto del segreto di Stato⁴⁴, dovrebbe essere condotto dalla Corte secondo il parametro della ragionevolezza, valutando, alla luce degli atti, la plausibilità delle ragioni del Presidente del Consiglio espresse nella motivazione ed, eventualmente, ulteriormente esplicate in giudizio⁴⁵.

D'altra parte, per quanto riguarda il rispetto dei limiti materiali, se controllo deve esservi, esso non può che concernere anche profili di merito.

La legge del 2007, ampliando il novero delle fattispecie previste dalla precedente normativa, dispone che mai possano essere oggetto del segreto notizie, documenti o cose relativi a fatti di terrorismo o eversivi dell'ordine costituzionale, o a fatti costituenti i delitti di strage, associazione mafiosa e scambio elettorale politico-mafioso, ad esclusione dei nomi degli informatori della polizia e dei servizi di sicurezza; è inoltre vietato coprire con il segreto condotte di appartenen-

⁴³ Sul ruolo del Presidente del Consiglio quale vertice del Sistema di Informazione per la Sicurezza della Repubblica, cfr. M. VALENTINI, *L'ordinamento del sistema politico dell'informazione per la sicurezza*, in AA. VV., *I Servizi cit.*, pp. 40 ss.

⁴⁴ Si tratta di ribadire la necessità del «ragionevole rapporto di mezzo a fine», già postulato da Corte cost., sent. n. 86 del 1977.

⁴⁵ Appare, peraltro, evidente che qualora, all'esito di un tale esame, dovesse essere confermata la legittimità dell'atto di segretazione, sarebbe impossibile dar pienamente conto, in motivazione, delle risultanze del procedimento, perché ciò finirebbe appunto per render noti gli elementi oggetto del vincolo.

ti ai servizi di sicurezza poste in essere in violazione della speciale causa di giustificazione approntata dalla stessa legge n. 124 per il personale dei servizi⁴⁶.

L'operatività dei suddetti limiti è individuata, in prima battuta, dalla stessa autorità giudiziaria, che deve valutare se la natura del reato in esame sia tale da permettere di respingere l'opposizione del segreto e, tuttavia, risulta, in definitiva, sempre possibile la conferma del segreto stesso da parte del Presidente del Consiglio, essendo a tal fine sufficiente che quest'ultimo dichiari che il fatto, la notizia o il documento coperto dal segreto di Stato non concerna il reato per cui si procede, come previsto dal secondo comma dell'art. 66 disp. att. c.p.p.

Ciò detto, si comprende facilmente come, per valutare la rispondenza al vero di una simile asserzione, la Corte costituzionale, adita in via di conflitto, non potrà che procedere ad un esame volto ad apprezzare l'effettiva pertinenza dell'elemento segretato rispetto al fatto di reato che si intende provare.

In questo quadro, non sembra esagerato affermare che la legge n. 124 del 2007 abbia attribuito alla Corte costituzionale un compito dal cui effettivo esercizio dipende la permanenza dell'intera disciplina sul segreto nell'alveo dei principi propri di uno Stato democratico di diritto.

Purtroppo, però, ad un simile livello di aspettativa è ben presto corrisposta un'ancor maggiore delusione originata dalla prima giurisprudenza costituzionale in materia che si è andata sviluppando dopo il 2007 con le sentenze in commento⁴⁷.

La Corte, in effetti, sembra limitarsi a prendere atto delle asserzioni del Presidente del Consiglio, eludendo così la *ratio* della norma che le rende accessibile tutto il materiale riservato⁴⁸.

Né, del resto, il carattere squisitamente politico che la giurisprudenza costituzionale attribuisce alle valutazioni alla base del potere di segretazione, rappresentando evenienza frequente e fisiologica in molti casi di conflitti di attribuzione interorganici, dovrebbe essere d'ostacolo a che la Corte possa accertare un detrimento delle attribu-

⁴⁶ Cfr. artt. 204 c.p.p. e 66 disp. att. c.p.p.

⁴⁷ Oltre che con la sentenza n. 40 del 2012, anch'essa già richiamata.

⁴⁸ Cfr. A. MARI, *Segreto di Stato cit.*, pp.3943-3944; A. ANZON, *La Corte abbandona cit.*; G. SALVI, *Alla Consulta il ruolo di ultimo garante*, in *Guida dir.*, 2007, p. 85; G. SCANDONE, *La tutela processuale cit.*, p. 627.

zioni giurisdizionali provocato da uno sviamento nell'esercizio del potere in parola⁴⁹.

Sembra allora inevitabile auspicare una rimeditazione della descritta giurisprudenza⁵⁰. La stessa Corte di Cassazione, adeguandosi con riluttanza alle statuizioni della sentenza della Consulta n. 24 del 2014 e, quindi, vedendosi obbligata ad annullare senza rinvio la sentenza di condanna pronunciata nel secondo giudizio d'appello, commentava l'orientamento espresso dai giudici costituzionali, osservando che lo stesso «sembra abbattere alla radice la possibilità stessa di una verifica di legittimità, continenza e ragionevolezza dell'esercizio del potere di segretazione in capo alla competente autorità amministrativa, con compressione del dovere di accertamento dei reati da parte dell'autorità giudiziaria che inevitabilmente finisce per essere rimessa alla discrezionalità dell'autorità politica – il che non può non indurre ampie e profonde riflessioni che vanno al di là del caso singolo»⁵¹.

È difficile non concordare con la posizione espressa dalla Suprema Corte, soprattutto ove si consideri che una tale verifica non solo è, appunto, preclusa all'autorità giudiziaria, ma risulta, obiettivamente, di assai difficile realizzazione anche per il Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica, organismo previsto dalla legge n. 124 del 2007 con compiti di controllo sull'attività dei servizi di sicurezza⁵².

⁴⁹ Cfr. S. GAMBACURTA, *Il diritto di accesso ed il sistema dei controlli*, in AA. VV., *I Servizi cit.*, p. 777, secondo il quale sarebbe proprio la natura politica degli atti a rendere inservibili gli ordinari strumenti di natura giurisdizionale e necessario, invece, il ricorso al conflitto di attribuzione davanti alla Corte costituzionale. Anche per tale Autore il sindacato della Corte dovrà concentrarsi «sui vizi tradizionali di legittimità e, in particolare, sui vizi di eccesso di potere e difetti di ragionevolezza che abbiano recato detrimento alle attribuzioni difese, alla luce del principio di leale collaborazione».

⁵⁰ Cfr. A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Nuovi profili cit.*, p. 50, il quale evidenzia come le decisioni della Corte siano spesso fortemente influenzate dagli equilibri e dai rapporti di forza politici in concreto determinatisi.

⁵¹ Cfr. Corte di cassazione, sez. I pen., 24 febbraio 2014, n. 20447.

⁵² Sulle attribuzioni del Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica, cfr. artt. 30 ss., legge n. 124 del 2007. Anche a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 133 del 2012, che ha ampliato i poteri del COPASIR in materia di controllo sul segreto di Stato, l'unico caso in cui si prevede espressamente la possibilità per i membri dell'organismo parlamentare di superare lo sbarramento del segreto e venire direttamente a conoscenza delle informazioni che ne sono oggetto è quello di cui all'art. 31, comma 9, legge n. 124 del 2007. Tale disposizione concerne il caso d'indagini disposte dal COPASIR ed aventi ad oggetto la rispondenza dei comportamenti di appartenenti ai servizi di informazione ai compiti istituzionali previsti dalla legge. Le indagini in parola, tuttavia, possono essere dispo-

Il segreto di Stato rischia così di rimanere non solo senza giudice⁵³, ma senza alcun tipo di controllo effettivo ed efficace, appannaggio esclusivo delle determinazioni presidenziali.

7. Il rispetto dei diritti umani e i limiti all'apposizione del segreto

Si è visto, dunque, come la Corte costituzionale abbia, fino a questo momento, evitato di procedere ad un sindacato di ragionevolezza sulle scelte del Presidente del Consiglio in tema di segretazione e come ciò abbia comportato un sostanziale abbandono nelle mani dell'autorità politica della possibilità di frapporre ostacoli, potenzialmente insuperabili, all'accertamento giurisdizionale dei reati.

Se tale posizione può essere difficilmente considerata compatibile con i principi costituzionali che regolano la materia penale, *in primis* quello relativo all'obbligatorietà dell'azione penale, anche con riferimento ai valori di eguaglianza che esso veicola⁵⁴, interrogativi ancor più seri si pongono in relazione al rispetto dei diritti soggettivi che le fattispecie di reato mirano a garantire.

Nell'ambito del processo penale è, infatti, serio il rischio che il segreto di Stato si trasformi da mero limite probatorio in vera e propria causa d'improcedibilità, anche in considerazione dell'estrema ampiezza e genericità degli oggetti che sono stati considerati coperti dal vincolo in parola.

Né potrebbe argomentarsi che le vittime dei reati avrebbero comunque la possibilità di trovare ristoro in sede civile, posto che, com'è d'altronde ovvio, anche nel processo civile vigono i medesimi divieti di acquisizione probatoria⁵⁵.

Se da un lato un parziale sacrificio della tutela giudiziaria dei diritti, garantita dagli articoli 24 e 113 della Costituzione, deve considerarsi connaturata alla natura dell'istituto del segreto, in vista di un fine più alto, vale a dire la preservazione dell'ordinamento in quanto tale,

ste dal Comitato solo con un voto favorevole di almeno due terzi dei componenti, rendendo di fatto tale eventualità di assai difficile realizzazione.

⁵³ Così A. VEDASCHI, *Il segreto di Stato cit.*

⁵⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 88 del 1991.

⁵⁵ Cfr. art. 249 c.p.c., che richiama i limiti all'ammissibilità della testimonianza già previsti dal codice di procedura penale con riferimento alle varie categorie di segreti.

che l'insieme dei diritti di tutti i consociati è chiamato a tutelare, dall'altro deve essere sottolineata la perdurante presenza di problematiche questioni ancora aperte, rispetto alle quali gli orientamenti espressi dalla recente giurisprudenza costituzionale non possono che lasciare insoddisfatti.

La circostanza che alle determinazioni presidenziali sia riconosciuto un margine di discrezionalità tale da sfociare, di fatto, nell'arbitrio, rappresenta, di per sé, un serio *vulnus* per uno Stato di diritto rispetto al principio di legalità nell'azione dei pubblici poteri. Le maggiori perplessità, tuttavia, si pongono nei casi in cui ad essere impedito è l'accertamento di reati posti a tutela dei diritti umani, la cui valorizzazione permea l'intera Costituzione repubblicana, a partire dall'articolo 2, che tali diritti qualifica come inviolabili⁵⁶.

Il rispetto dei fondamentali diritti dell'uomo è, peraltro, oggetto di numerosi obblighi internazionali che vincolano l'Italia, fra i quali è opportuno ricordare la Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali (Roma, 1950), il Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici (New York, 1966), la Convenzione contro la tortura e gli altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti (New York, 1984), così come la Convenzione internazionale per la tutela di tutte le persone vittime di sparizione forzata (Parigi-New York, 2006)⁵⁷.

A prescindere dai trattati stipulati, inoltre, si ritiene che vi sia un nucleo essenziale di diritti umani fondamentali che trovano posto nel nostro ordinamento anche in virtù della clausola di apertura prevista dall'art. 10 della Costituzione rispetto alle norme internazionali generalmente riconosciute. Si tratta del diritto alla vita e all'integrità fisica, alla libertà e alla sicurezza della persona, i quali si sostanziano in norme come quella che postula il divieto di tortura, da alcuni ritenute inderogabili e ricomprese nella categoria del c.d. *ius cogens*⁵⁸.

⁵⁶ Cfr., già, Corte cost., sent. n. 183 del 1973 e n. 1146 del 1988, che annoverano i diritti inalienabili della persona umana tra i principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano, che non potrebbero essere compresi neppure da leggi di revisione costituzionale.

⁵⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 348 e n. 349 del 2007. Con le notissime sentenze gemelle del 2007, la Consulta ha fornito un'interpretazione dell'art. 117, comma 1, Cost., come modificato dalla legge cost. n. 3 del 2001, giusta la quale gli obblighi internazionali si attecchiano alla stregua di norme interposte, di talché un contrasto tra queste ultime e leggi statali o regionali condurrebbe alla dichiarazione di illegittimità delle norme interne.

⁵⁸ Cfr. A. P. PILLITU, *Crimini internazionali, immunità diplomatiche e segreto di Stato*, nella sentenza del tribunale di Milano nel caso «Abu Omar», in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 690.

Se fuor di dubbio è, allora, la necessità che lo Stato appresti una tutela sostanziale a garanzia dei suddetti diritti, deve anche riconoscersi la sussistenza di un'inscindibile relazione tra la tutela sostanziale e quella processuale. Il concetto è efficacemente espresso dall'articolo 13 della Cedu, che garantisce il diritto ad un «ricorso effettivo» in ogni caso di violazione di diritti e libertà riconosciute alla persona, «anche quando la violazione fosse stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio di funzioni ufficiali».

Dall'analisi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, peraltro, si possono trarre elementi utili a definire i limiti entro i quali la disciplina sul segreto possa legittimamente interferire con i procedimenti volti ad accertare la violazione di diritti garantiti dalla Convenzione⁵⁹.

Ferma restando la distinzione tra diritti che possono subire limitazione e diritti assolutamente inderogabili⁶⁰, la Corte postula la necessità che il ricorso al segreto avvenga sulla base di puntuali disposizioni normative predisposte al fine di garantire la sicurezza nazionale e che il perseguimento di tale scopo avvenga, in ogni caso, nel rispetto del principio di proporzionalità⁶¹.

In questa prospettiva, per garantire un controllo sull'esercizio del potere di segretazione e, per questa via, il rispetto del diritto ad un effettivo ricorso, si ritiene necessario che all'autorità giudiziaria siano riservatamente fornite anche quelle informazioni che, non potendo essere rese pubbliche, non risulterebbero pienamente utilizzabili ai fini processuali⁶².

E', inoltre, escluso che l'apposizione del segreto sia ammissibile quando ciò agevoli o segua la commissione di delitti che ledano la di-

⁵⁹ Cfr. G. ARCONZO, I. PELLIZZONE, *Il segreto di Stato cit.*, i risultati della cui analisi vengono sommariamente richiamati. Come è noto, del resto, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 348 del 2007, ha esplicitamente riconosciuto alla Corte europea dei diritti umani la competenza esclusiva a fornire l'esatta interpretazione delle disposizioni della Convenzione.

⁶⁰ L'art. 15 della Cedu prevede la possibilità per gli Stati di prendere misure in deroga agli obblighi sanciti dalla Convenzione «in caso di guerra o in caso di altre pubbliche calamità che minacciano la vita della nazione». Tali deroghe non possono, tuttavia, comportare la compressione del diritto alla vita, del divieto di tortura, del divieto di schiavitù e lavoro forzato né eccezioni al principio di legalità della pena.

⁶¹ Cfr. sent. 1 ottobre 2008, *Liberty e altri c. Regno Unito*; sent. 22 ottobre 2009, *Case Pasko c. Russia*; sent. 10 dicembre 2007, *Stoll c. Svizzera*.

⁶² Cfr. sent. 24 luglio 2008, *C. G. e altri c. Bulgaria*.

gnità umana⁶³. Tale principio è stato esplicitamente ribadito proprio con riferimento ad un caso di *extraordinary rendition*, in una decisione nella quale la Corte ha anche affermato l'esistenza di un "diritto alla verità", che, in casi del genere, rende ineludibile il perseguimento del pubblico interesse allo svolgimento di indagini accurate e indipendenti⁶⁴.

Alla stregua di tali precedenti non era difficile ipotizzare una condanna dell'Italia⁶⁵.

8. La sentenza CEDU, 23 febbraio 2016, *Nasr e Ghali c. Italia*

I giudici di Strasburgo, in effetti, hanno statuito all'unanimità che, nel caso Abu Omar, il pur legittimo istituto del segreto è stato palesemente distorto al fine di assicurare l'impunità degli agenti italiani imputati⁶⁶.

Il vincolo di segretezza, infatti, è stato apposto su vicende di pubblico dominio, rispetto a fonti di prova già acquisite dall'autorità giudiziaria⁶⁷. Nella pronuncia, peraltro, si dà atto del fatto che, a differenza di quanto avvenuto in vicende simili, i magistrati italiani si sono attivati tempestivamente, operando con grande competenza e rigore per tentare di fare piena luce sul rapimento e assicurare l'individuazione e la punizione dei responsabili.

L'opposizione del segreto di Stato e la successiva conferma della sua legittimità ad opera della Corte costituzionale, ha, tuttavia, impedito di addivenire ad una sentenza di condanna di diversi esponenti dei servizi segreti italiani coinvolti. Si accerta, così, una violazione

⁶³ Cfr. G. ARCONZO, I. PELLIZZONE, *Il segreto di Stato cit.*, pp. 22 ss. Nella sentenza 9 febbraio 2007, *Imakayeva c. Russia*, la Corte ha ravvisato nel rifiuto del Governo russo di fornire alcuni documenti concernenti le indagini sulla sparizione di due uomini ceceni, perché asseritamente coperti dal segreto, anche una violazione dell'art. 38 della Cedu, a norma del quale gli Stati membri sono tenuti a fornire tutte le facilitazioni necessarie ai fini di un'efficace conduzione dell'esame delle questioni sottoposte alla Corte.

⁶⁴ Cfr. CEDU (Grande Camera), sent. 13 dicembre 2012, *El Masri c. Repubblica di Macedonia*; S. SALUZZO, *Le extraordinary renditions al vaglio della corte europea dei diritti dell'uomo: alcune osservazioni a margine della sentenza El Masri c. Repubblica di Macedonia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2013, II, pp. 632 ss.

⁶⁵ Cfr., in tal senso, A. PACE, *Le due Corti cit.*

⁶⁶ Cfr. CEDU, 23 febbraio 2016, *Nasr e Ghali c. Italia*, in particolare par. 268.

⁶⁷ La Corte peraltro nega che il segreto di Stato possa rappresentare un ostacolo procedurale per lo svolgimento del procedimento dinnanzi ad essa incardinato.

dell'art. 3 della Convenzione e, in particolare, dell'aspetto "procedurale" veicolato da tale disposizione, che impone agli Stati membri di attivarsi al fine di indagare e reprimere episodi di tortura o sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti.

Violazione procedurale dell'art. 3 che, per altro verso, risulta integrata dalla mancata esecuzione delle sentenze di condanna emesse nei confronti degli imputati statunitensi, a causa di plurime omissioni del Governo italiano (mancata richiesta di estradizione e non diramazione dei mandati internazionali di cattura), nonché dei tre provvedimenti di grazia concessi ad altrettanti condannati dai Presidenti della Repubblica succedutisi negli anni⁶⁸.

La Corte europea ha accertato poi anche una violazione del profilo sostanziale dell'art. 3, così come il mancato rispetto degli articoli 5 e 8, posti a presidio, rispettivamente, del diritto alla libertà e alla sicurezza contro arresti e detenzioni arbitrarie e del diritto al rispetto della vita privata e familiare⁶⁹.

La tesi del Governo italiano, secondo il quale l'operazione di *extraordinary rendition* sarebbe stata posta in essere dalla Cia senza alcun coinvolgimento delle autorità italiane, è stata, infatti, ritenuta, alla luce delle risultanze processuali e della stessa, tormentata, vicenda relativa all'opposizione del segreto di Stato, come priva di plausibilità.

I giudici hanno inoltre condannato l'Italia anche per il mancato rispetto dell'articolo 13 della Convenzione, relativo al diritto ad un ricorso effettivo, in relazione ai vari parametri sostanziali evocati. Il ricorso al segreto di Stato, infatti, nel precludere l'accertamento della responsabilità penale in capo agli imputati italiani, ha anche contribuito in misura determinante a rendere impraticabile la via di un pieno ricorso in sede civile⁷⁰.

La sentenza, facendo piazza pulita di bizantinismi argomentativi e giustificazioni di facciata, richiama, in definitiva, il valore indefettibi-

⁶⁸ Sui dubbi di costituzionalità relativi al provvedimento di grazia in favore del colonnello statunitense Joseph Romano III, peraltro estensibili anche agli altri due successivi casi, cfr. A. DEFFENU, *La grazia (anche) "politica" come atto formalmente e sostanzialmente presidenziale: la "slogatura" interpretativa dell'art. 87, c. 11, Cost. nella prassi dell'ultimo Napolitano*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, pp. 26 ss.

⁶⁹ Violazioni degli articoli 3 e 8 della Convenzioni sono state accertate anche nei confronti della moglie di Abu Omar.

⁷⁰ Cfr., in particolare, par. 334-337.

le della tutela dei diritti fondamentali della persona⁷¹. Principio il cui rispetto non può venir meno neppure di fronte all'esigenza di fronteggiare l'emergenza terroristica, non fosse altro perché le istanze di sicurezza nazionale dovrebbero esser volte a salvaguardare la convivenza civile in un contesto di democrazia costituzionale, ordinamento che proprio nella garanzia dei diritti rinviene una delle principali ragioni d'essere della sua affermazione storica.

9. La possibilità di un'interpretazione della normativa italiana sul segreto più attenta alla necessità di tutela dei diritti umani

Il caso in esame induce a dubitare che l'ordinamento italiano, al momento, presenti sufficienti garanzie che valgano ad escludere la possibilità di un'illegittima compressione degli strumenti approntati per la prevenzione e la repressione dei delitti incidenti su situazioni soggettive inviolabili⁷².

Una soluzione che, *de iure condito*, tenti di porre rimedio al problema può essere rinvenuta nell'opzione ermeneutica cui accede quella parte della dottrina secondo la quale i fatti eversivi dell'ordine costituzionale, in riferimento ai quali la legge vieta l'apposizione del segreto di Stato⁷³, dovrebbero essere considerati comprensivi di tutte le condotte contrastanti con il complesso di valori fondanti l'ordinamento e il suo carattere democratico, ivi compreso il rispetto dei diritti umani⁷⁴.

⁷¹ Tra i primi commenti alla sentenza, cfr. M. MARIOTTI, *La condanna della Corte di Strasburgo contro l'Italia sul caso Abu Omar*, in www.penalecontemporaneo.it

⁷² Cfr. T. SCOVAZZI, *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili della segretezza delle relazioni internazionali?*, in *Riv. dir. int.*, 2009, pp. 959 ss. L'Autore ritiene che si vada affermando, nel diritto internazionale generale, il principio per il quale non si possa ricorrere al segreto di Stato quando vengano in rilievo le più gravi violazioni dei diritti umani (p. 990).

⁷³ Cfr. art. 39, comma 11, legge n. 124 del 2007.

⁷⁴ Si tratta di una tesi sostenuta con forza da Alessandro Pace, che l'ha esposta in diversi contributi; cfr. A. PACE, *I «fatti eversivi dell'ordine costituzionale» nella legge n. 801 del 1977 e nella legge n. 124 del 2007*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2009; ID., *Sull'asserita applicabilità cit.*; ID., *La Corte di cassazione e i «fatti eversivi dell'ordine costituzionale»*, 2014, in www.associazionedeicostituzionalisti.it. L'A. mette in luce la vicinanza che dovrebbe caratterizzare i concetti di "ordine costituzionale" e "principi supremi dell'ordinamento" tra i quali ultimi la giurisprudenza costituzionale ha tradizionalmente riconosciuto anche la tutela dei diritti umani fondamentali. In tale prospettiva acquisirebbe rilevanza anche la

La Corte costituzionale, tuttavia, nel respingere una simile tesi, ha sostenuto che un «singolo atto delittuoso, per quanto grave, non è di per sé suscettibile di integrare un fatto eversivo dell'ordine costituzionale, se non è idoneo a sovvertire, disarticolandolo, l'assetto complessivo delle Istituzioni democratiche», anche in considerazione del fatto che, nel caso di specie, ad essere contestato era il reato di sequestro di persona semplice e non già quello a scopo terroristico o eversivo di cui all'art. 289-bis del codice penale⁷⁵.

Un'ulteriore possibilità di armonizzare il diritto italiano con quanto imposto dalla normativa sovranazionale consisterebbe nel valorizzare appieno il portato dell'art. 204, comma 1-bis, del codice di procedura penale, che vieta di opporre il segreto su ciò che concerne le condotte di appartenenti ai servizi d'informazione poste in essere in violazione della speciale causa di giustificazione prevista dalla legge; la disposizione precisa che «si considerano violazioni della predetta disciplina le condotte per le quali, essendo stata esperita l'apposita procedura prevista dalla legge, risulta esclusa l'esistenza della speciale causa di giustificazione».

discrepanza terminologica per la quale mentre l'art. 204 c.p.p. esclude dall'operatività del segreto i fatti eversivi dell'«ordinamento costituzionale», il riferimento dell'art. 39, comma 11, legge n. 124 del 2007, con la nozione di «ordine costituzionale» sarebbe indicativo della volontà di estendere la portata della norma oltre la mera difesa delle istituzioni dello Stato-apparato (in questo senso anche Cass., sez. V. pen., sent. n. 46340 del 2012, § 24.7). Viene, inoltre, rilevato che quando, nel 1977, la Corte costituzionale esplicitò, per la prima volta, il divieto di allegare il segreto di Stato per impedire l'accertamento di fatti eversivi dell'ordine costituzionale, non vi era nel codice penale alcuna disposizione che espressamente richiamasse tale concetto che, invece, dovrebbe servire a qualificare «de più varie e disparate fattispecie di reato che in sede interpretativa siano ritenute suscettibili di pregiudicare il nucleo fondamentale dei valori costituzionali [...], quale si andrà evolvendo nella giurisprudenza costituzionale in una con la mutata sensibilità dei consociati» (A. PACE, *Sull'asserita applicabilità cit.*, p. 9) Per un'interpretazione estensiva dei «fatti eversivi dell'ordine costituzionale», cfr. anche A. MARI, *Segreto di Stato cit.*, pp. 3942-3943; T. SCOVAZZI, *Considerazioni in tema di segreto di Stato e gravi violazioni dei diritti umani*, in *Liber Fausto Pocar. Diritti individuali e giustizia internazionale*, Milano, 2009, p. 897.

⁷⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 106 del 2009, cons. in dir. n. 8.5. In dottrina, cfr. E. RINALDI, *La Corte costituzionale e gli arcana imperii*, in *Diritto e società*, 2010, pp. 187 ss., secondo la quale è corretto identificare i fatti eversivi dell'ordine costituzionale con le fattispecie così qualificate dalla legge penale, sia nella forma di autonomi reati (artt. 270-bis, 280, 289-bis, c.p.) che di aggravante (art. 1, d.l. n. 625 del 1979, conv. in l. n. 15 del 1980); A. ANZON, *Il segreto di Stato ancora cit.*, p. 1032.

Le speciali cause di giustificazione, cui la citata norma fa riferimento, rappresentano garanzie funzionali che la legge assicura agli appartenenti ai servizi di sicurezza che pongano in essere condotte previste dalla legge come reato, legittimamente autorizzate, di volta in volta, in quanto indispensabili alle finalità istituzionali di tali servizi. Gli articoli 17-20 della legge n. 124 del 2007 ne regolano l'ambito di applicazione, i limiti, le procedure di autorizzazione e l'opposizione all'autorità giudiziaria.

Particolare rilievo, ai nostri fini, assume l'esclusione, dall'ambito di applicazione delle esimenti in questione, delle condotte che configurino delitti volti a mettere in pericolo beni fondamentali quali la vita, l'integrità fisica, la personalità individuale, la libertà personale, la libertà morale, la salute o l'incolumità di una o più persone⁷⁶.

Più in generale si prevede che, qualora la condotta integrante una fattispecie di reato si realizzi in assenza ovvero oltre i limiti delle autorizzazioni previste, il Presidente del Consiglio sia tenuto ad adottare le necessarie misure e ad informare tempestivamente l'autorità giudiziaria⁷⁷.

Di fronte al panorama normativo cui si è fatto riferimento, sembra inevitabile propendere per un'interpretazione estensiva dell'art. 204, comma 1-bis, sopra citato.

Non sembra ragionevole, infatti, ritenere il segreto di Stato inopponibile rispetto alle condotte delittuose che siano state precedute da una richiesta di autorizzazione poi negata (o concessa entro limiti, nei fatti, oltrepassati) e non, invece, rispetto a quelle poste in essere senza che neppure sia stato esperito un tentativo di procedere nel rispetto della legge⁷⁸.

Con riferimento alla vicenda Abu Omar, tuttavia, la Corte costituzionale non ha rilevato l'operatività del limite in parola, argomentando che proprio dalla conferma del segreto da parte del Presidente del Consiglio dovrebbe desumersi la non estraneità della condotta rispetto alle finalità istituzionali del servizio di sicurezza⁷⁹.

⁷⁶ Cfr. art. 17, comma 2, legge n. 124 del 2007.

⁷⁷ Cfr. art. 18, comma 6, legge n. 124 del 2007.

⁷⁸ Nello stesso senso, cfr. C. MOSCA, *Le garanzie funzionali*, in AA. VV., *I servizi cit.*, pp. 266-267.

⁷⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 24 del 2014, cons. in dir. n. 6. Pur se tale argomento non è stato espressamente preso in considerazione dalla Corte, deve, comunque, considerarsi che

Una simile impostazione presenta, però, evidenti limiti di natura logica e sistematica; infatti, tanto il segreto di Stato, quanto la disciplina delle cause di giustificazione degli appartenenti ai servizi, perseguono la medesima finalità, che può essere riassunta nella difesa dell'integrità e della sicurezza della Repubblica⁸⁰. Di entrambi gli istituti il legislatore ha inteso fornire un'articolata disciplina e non dovrebbe essere consentito al Presidente del Consiglio di abusare dell'uno al fine di coprire l'elusione delle norme introdotte per assicurare la compatibilità costituzionale dell'altro.

D'altronde il limite previsto dall'art. 204, comma 1-bis, c.p.p., è volto, in definitiva, a contenere il potere propriamente presidenziale di segretazione: quale sarebbe, allora, la sua effettiva efficacia se si ritenesse che esso sia reso inoperante proprio dall'esercizio di detto potere⁸¹?

La recente pronuncia della Corte EDU potrebbe, del resto, rappresentare un ulteriore argomento in favore dell'interpretazione qui proposta. Quest'ultima assicurerebbe senza dubbio una maggiore tutela dei diritti fondamentali, qualora dovesse nuovamente accadere che l'accertamento delle responsabilità in ordine ad un delitto contro la persona sia ostacolato dall'apposizione del segreto di Stato.

Più in generale, tuttavia, come si è già cercato di argomentare, solo il superamento dell'atteggiamento di eccessivo *self-restraint* assunto dalla Corte costituzionale in sede di conflitto di attribuzioni potrebbe garantire una soddisfacente chiusura del sistema.

Un effettivo controllo di legalità degli atti di opposizione, così come un sindacato relativo alla correttezza dell'esercizio del potere del

i fatti di causa oggetto del processo risalgono ad un periodo antecedente alla legge di riforma del 2007 che ha introdotto la disciplina delle cause di giustificazione.

⁸⁰ L'art. 17, comma 4, legge n. 124 del 2007, prevede, non a caso, che non possono essere autorizzate condotte previste dalla legge come reato per le quali non è opponibile il segreto di Stato (pur con alcune, specifiche, eccezioni in materia di reati associativi).

⁸¹ Cfr. T. F. GIUPPONI, *Il segreto di Stato cit.*, pp. 3 ss. Per T. SCOVAZZI, *Considerazioni in tema di segreto cit.*, p. 397, il fatto di non aver previsto il divieto di opporre il segreto di Stato per tutti i reati rispetto ai quali la legge esclude l'operatività delle cause di giustificazione rappresenterebbe un'incongruenza legislativa. Ciò che sembra opportuno sottolineare è che, se tale incongruenza non possa essere risolta in via interpretativa come qui si propone, allora dovrebbe concludersi per l'illegittimità costituzionale delle norme sui limiti materiali del segreto di Stato, proprio in ragione dell'assenza delle ulteriori preclusioni in parola.

Presidente del Consiglio, in grado di rilevare eventuali vizi di eccesso di potere e, in particolare, di sviamento rispetto alle finalità legislativamente previste, appare l'unica strada veramente percorribile al fine di dissipare la zona grigia e ricomporre la disciplina in esame alla luce dei principi costituzionali.

LA RIFORMA RENZI-BOSCHI: GOVERNO FORTE, COSTITUZIONE DEBOLE

di *Massimo Villone*

SOMMARIO: 1. *Premessa*: 1.1. *La data del voto popolare*; 1.2. *Questi parziali?*; 2. *Questioni di metodo*: 2.1. *La mancanza di legittimazione del Parlamento in carica*; 2.2. *L'iniziativa del Governo*; 2.3. *Una riforma e un referendum che dividono il paese*; 3. *Questioni di merito*: 3.1. *Il Senato non elettivo e i costi della politica*; 3.2. *Il nuovo Senato e la rappresentanza politica*; 3.3. *Il bicameralismo differenziato*; 4. *Riforma costituzionale e Italicum*; 5. *Gli strumenti di democrazia diretta*; 6. *Un argine alle cattive riforme: i referendum*; BIBLIOGRAFIA.

1. Premessa

Il 12 aprile 2016 la Camera dei deputati con 361 voti favorevoli ha concluso con la seconda deliberazione il tormentato iter parlamentare del d.d.l. Renzi-Boschi di riforma della Costituzione (AC 2613-D). Il percorso è stato segnato da dure polemiche, che anche nell'ultimo e conclusivo voto si sono tradotte nell'uscita dall'Aula delle opposizioni.

1.1. La data del voto popolare

Non essendo stata raggiunta la maggioranza dei 2/3 prevista dall'articolo 138 Cost., decorre ora dalla pubblicazione in G.U.¹ il termine di tre mesi per chiedere il voto popolare sul testo approvato. È stata avanzata la richiesta da parte di 166 deputati e 103 senatori dell'opposizione, e 237 deputati della maggioranza. Un comitato promotore ha presentato in Corte di cassazione la richiesta di procedere alla raccolta delle 500.000 firme necessarie². È certo che sulla riforma si voterà.

¹ 15 aprile 2016: www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/04/15/16A03075/sg.

² GU 19 aprile 2016, n. 91 SG, www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/04/19/16A03143/sg.

La data fin qui indicata è il mese di ottobre 2016. Il procedimento è scandito dai tre mesi per la richiesta ex art. 138 Cost., cui si aggiungono un termine massimo di 30 giorni per l'ordinanza sulla legittimità della stessa da parte dell'Ufficio centrale per il referendum, e di 60 giorni per il decreto di indizione. Il voto cade in una domenica tra il 50mo e il 70mo giorno dopo l'indizione³.

Notizie di stampa⁴ riferiscono una supposta intenzione del Governo di anticipare il voto facendolo coincidere con il turno elettorale amministrativo. Il fine potrebbe trovarsi nel depotenziare la campagna referendaria per il no, facendola scomparire nel frastuono delle questioni e delle risse locali. Giocando al tempo stesso d'anticipo su inchieste giudiziarie in corso e dati economici insoddisfacenti. L'obiettivo potrebbe essere perseguito argomentando che una immediata presentazione della richiesta di referendum da parte di parlamentari rende inutile attendere ancora tre mesi ai sensi dell'art. 138, e puntando a un giudizio sulla legittimità e una indizione in tempi brevissimi. Eventuali rimanenti discrasie nei tempi potrebbero essere affrontate con decreto-legge.

Ma l'azzeramento del termine di tre mesi sarebbe lesivo dell'art. 138, e del diritto dei soggetti ivi previsti ad avanzare la richiesta di referendum. Non a caso i precedenti vanno in senso contrario. Per i referendum costituzionali del 2001 e del 2006 più soggetti tra quelli legittimati hanno presentato la richiesta, ed è stato atteso il decorso completo del termine. E nel 2001 il governo Amato nel decidere in tal senso richiamava appunto la necessità di “consentire all'apposito Comitato di cittadini di promuovere ed eventualmente completare la raccolta delle 500.000 firme prescritte”⁵.

³ Artt. 12 e 15 l. 352/1970.

⁴ M. MALDO, *Prove di “golpe”? Comunali e referendum insieme, il piano segreto di Renzi*, in ilsussidiario.net, 11 aprile 2016.

⁵ Comunicato della Presidenza del Consiglio dei ministri, in *GU* 7 maggio 2001, n. 104, www.gazzettaufficiale.biz/atti/2001/20010104/001A4975.htm. Sui tempi del procedimento r sull'ipotesi richiamata nel testo v. anche il mio *Referendum. Le tentazioni del capopopolo*, in *Il Manifesto*, 29 gennaio 2016, pag. 1.

1.2. Quesiti parziali?

Una questione è stata posta⁶ sul punto che possa, o debba, aversi un singolo quesito referendario rivolto all'intera legge, o una molteplicità di quesiti aventi separatamente ad oggetto parti del testo. Il tema è ripreso nel documento per il no nel referendum da ultimo sottoscritto da oltre cinquanta studiosi e personalità⁷. Il punto di partenza è dato dalla intrinseca e inevitabile eterogeneità di una riforma di ampia portata della Costituzione, e dalla affermata necessità di applicare al referendum confermativo ex art. 138 Cost. gli stessi principi elaborati dalla Corte costituzionale sulla indispensabile omogeneità del quesito nel referendum abrogativo ex art. 75⁸.

Non c'è dubbio che di fronte alla modifica di decine di articoli della Costituzione chi vota potrebbe orientarsi favorevolmente per alcuni, e in senso contrario per altri. Mutuando gli argomenti svolti dalla Corte in ordine al quesito ex art. 75 Cost., una scelta per il sì o per il no sull'intera riforma potrebbe dunque ritenersi lesiva della libertà di voto dell'elettore. Si trarrebbe da questo in via di astratto principio la necessità di leggi di revisione di contenuto omogeneo e suscettibile di autonomo referendum, dovendosi una legge di revisione eterogenea nei contenuti considerare di per sé costituzionalmente illegittima. In alternativa, per una legge di revisione di contenuto eterogeneo dovrebbero essere consentiti più quesiti referendari parziali. Per il d.d.l. Renzi-Boschi approvato in unico testo solo questa ultima ipotesi sarebbe di fatto ipotizzabile.

⁶ V. da ultimo PACE A., *Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali*, in *Giur. Cost.*, n. 6/2015, ed *ivi* riferimenti.

⁷ Nel quale si afferma che “se il referendum fosse indetto – come oggi si prevede su un unico quesito, di approvazione o no dell'intera riforma, l'elettore sarebbe costretto ad un voto unico, su un testo non omogeneo, facendo prevalere, in un senso o nell'altro, ragioni “politiche” estranee al merito della legge. Diversamente avverrebbe se si desse la possibilità di votare separatamente sui singoli grandi temi in esso affrontati (così come se si fosse scomposta la riforma in più progetti, approvati dal Parlamento separatamente)”. Il testo si legge in www.astrid-online.it/static/upload/doc/doc_50_costit_apr_2016.pdf. Un diverso appello “per un voto informato e consapevole” si legge al seguente indirizzo internet: www.astrid-online.it/static/upload/protected/appe/appello.pdf.

Per un documento di netta critica v. AZZARITI G., CARLASSARE L., FERRARA G., PACE A., RODOTÀ S., VILLONE M., *La peggiore riforma*, in *Il Manifesto*, 13 ottobre 2015.

⁸ A partire dalla sent. [16 del 1978](#). Il parallelismo può trovare fondamento nella ricostruzione della omogeneità del quesito come dato imposto dalla logica binaria geneticamente propria di un voto referendario.

Ma la via appare preclusa dalla legge 352/1970, che nel definire il contenuto necessario della richiesta di referendum e la formula testuale del quesito richiama la legge approvata dalle Camere nella sua interezza⁹. Un quesito parziale sarebbe in contrasto con il modello stabilito. Prevedibilmente, sarebbe quindi respinto dall'Ufficio centrale per il referendum, in quanto *contra legem*. Un rifiuto superabile solo attraverso una dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge 352/1970¹⁰.

Va peraltro considerato che la preclusione di quesiti parziali desumibile dalla legge 352/1970 per il referendum ex art. 138 può trovare spiegazione in un dato genetico diverso rispetto al referendum ex art. 75. Questa ultima norma dispone infatti esplicitamente che l'abrogazione della legge o dell'atto avente forza di legge possa essere parziale. È qui che nasce il tema dell'omogeneità del quesito, che ovviamente non ha ragion d'essere in caso di abrogazione totale. L'art. 138 richiama invece la legge approvata dalle Camere nella sua interezza, come tale sottoposta a referendum ove richiesto.

Una ragione di tale diversità si può cogliere nel *favor* dell'art. 138 Cost. per il concorso di un ampio arco di forze politiche alla revisione. Tale appare il senso della previsione di particolari maggioranze, e in specie dell'esclusione del referendum nel caso sia raggiunta quella più alta. Ma a un ampio concorso non può non legarsi la possibilità che i soggetti politici che partecipano alla iniziativa di riforma perseguano

⁹ Artt. 4 e 16 l. 352/1970.

¹⁰ Che non potrebbe venire in via incidentale da una questione sollevata in sede di valutazione della regolarità/legittimità del quesito, mancando il requisito oggettivo della natura giurisdizionale della funzione svolta dall'Ufficio centrale.

Nel 1978 il comitato promotore del referendum sulla legge 152 del 1975 (cd legge Reale) sollevò un conflitto tra poteri avverso la Corte di cassazione per una modifica del quesito da parte dell'Ufficio centrale a seguito di normativa sopravvenuta. In sede di conflitto la Corte costituzionale sollevò di ufficio dinanzi a sé la questione di legittimità dell'art. 39 della legge 352/1970, arrivando poi a una sentenza di accoglimento additiva sulla trasferibilità del quesito referendario sulle nuove norme. V. Corte cost., ordinanze [17/1978](#) e [44/1978](#), e sentenze [68/1978](#) e [69/1978](#). Nel caso qui in esame bisognerebbe ipotizzare uno scenario simile, per giungere a una sentenza di accoglimento additiva sulla legge 352: "in quanto non prevede un quesito referendario parziale" Va peraltro considerato che nel 1978 il conflitto fu sollevato dal comitato promotore dopo la raccolta delle 500.000 firme, che ne certificavano la posizione di esponente e portavoce degli elettori richiedenti il voto popolare. Ma potrebbe riconoscersi al comitato la qualità – ai fini del conflitto - di potere dello Stato prima della raccolta delle firme, per la sola lesione del diritto costituzionalmente conferito di raccoglierle?

priorità diverse ancorché compatibili, e che dunque il testo conclusivamente approvato abbia un contenuto composito.

In tale ipotesi che la revisione sia contenuta in un unico testo è garanzia della reciproca solidarietà nel sostenere la riforma da parte delle forze politiche che partecipano all'approvazione. Lo stesso vale per il voto referendario unico. Nessuno si esporrebbe al rischio di concorrere all'approvazione delle priorità altrui e di vedere poi bocciate le proprie in un testo o un voto popolare separato. Quindi si può almeno argomentare che il mancato richiamo nell'art. 138 a un quesito referendario parziale non sia mera omissione. E che il dato genetico dell'ampio concorso nella revisione suggerisca il corollario di una unica legge di revisione e di un unico voto referendario¹¹.

Nel tempo che separa dal voto sarà possibile riflettere sulle questioni di metodo e di merito, e sugli effetti negativi derivanti dalla interazione con un'altra importante riforma – il sistema elettorale - già tradotta nella legge 52 del 2015 (Italicum).

2. Questioni di metodo

2.1. La mancanza di legittimazione del Parlamento in carica

Va preliminarmente segnalato il dubbio sulla radicale mancanza di legittimazione del Parlamento in carica a discutere e deliberare la più ampia e importante revisione della Costituzione della storia repubblicana. La Corte costituzionale¹² ha infatti dichiarato illegittima la legge elettorale sulla base della quale le assemblee legislative sono state formate. In particolare la Corte ha colpito il premio di maggioranza,

¹¹ L'argomento qui svolto trova riscontro nella esperienza concreta delle revisioni tentate o attuate. Da un punto di vista strettamente tecnico il tema è se siano o meno consentite revisioni "organiche" della Costituzione, o se l'art. 138 sia limitato a una mera "manutenzione ordinaria" della Carta. Che vi siano limiti alla revisione – potere costituito e non costituente – non è dubbio. Ma la individuazione degli stessi, e della loro portata, rimane relativamente incerta, e in dottrina si riscontrano letture diverse. Va anche detto che non è l'ampiezza di una revisione di per sé, ma piuttosto il suo orientamento, che determina lo stravolgimento o meno degli assetti costituzionali di fondo. Mentre anche una revisione mirata e puntuale può essere tuttavia stravolgente. Tale è il caso, ad esempio, della l. cost. 1/2012 di riforma dell'art. 81, nemmeno sottoposta al voto popolare per aver superato la soglia dei 2/3 dei componenti in seconda deliberazione.

¹² [Corte cost., sent. 1/2014.](#)

per l'eccessiva sproporzionalità tra voti e seggi resa possibile dalla mancanza di una soglia, e le liste bloccate, per la lesione della libertà di voto degli elettori, ai quali precludevano del tutto la scelta dei propri rappresentanti. La sentenza colpiva dunque direttamente il Parlamento in carica nella sua composizione, determinata nel rapporto tra le forze politiche proprio dal premio di maggioranza dichiarato illegittimo.

È ben vero che la Corte precisa nella sua sentenza che non viene meno la legittimazione formale delle Camere elette in base al Porcellum a deliberare e ad esercitare le proprie funzioni. La Corte argomenta infatti che l'elezione dei parlamentari in carica deve considerarsi tra i rapporti cosiddetti esauriti, che non subiscono gli effetti di una dichiarazione di incostituzionalità¹³. Ma non è di legittimazione formale che qui si parla, quanto di legittimazione sostanziale e politica. Mentre la prima si può ritenere sopravvissuta alla sentenza 1/2014, la seconda è certamente venuta meno. È constatazione elementare che senza i numeri parlamentari posticci determinati dall'applicazione del premio di maggioranza dichiarato illegittimo la proposta di riforma non avrebbe avuto i voti necessari per l'approvazione. E che quindi un Parlamento composto nell'osservanza dei principi posti dalla Corte costituzionale non avrebbe scritto una riforma secondo le linee oggi conclusivamente definite.

Tutto questo certamente suggeriva che il Parlamento si limitasse a scrivere una legge elettorale coerente con i principi stabiliti dalla Corte costituzionale, lasciando alle assemblee elette in base a una legge così emendata la responsabilità di una riforma – soprattutto così ampia e incisiva - della Costituzione. È invece accaduto il contrario. Nel merito e nel metodo, il Governo (con la sua maggioranza) si è comportato come se la pronuncia della Corte non fosse mai stata adottata. *Tamquam non esset*. Si è messa in campo la proposta di revisione, e al tempo stesso è stata approvata una legge elettorale – Italicum - che come vedremo più avanti ripete e in qualche misura forse persino aggrava i vizi di costituzionalità già propri del Porcellum. Un comportamento inaccettabile dal punto di vista politico, istituzionale, costituzionale.

¹³ Punto 7 del *Considerato in diritto*.

2.2. *L'iniziativa governativa*

È stato per lungo tempo un principio convenzionalmente accettato che la riforma della costituzione fosse una questione essenzialmente parlamentare, nella quale il governo dovesse astenersi dall'intervenire. Il fondamento di tale principio si trovava anzitutto nella ragione che un'iniziativa governativa è geneticamente di parte, e tende a segnare uno spartiacque nel confronto parlamentare tra maggioranza e opposizione. Ponendo la riforma della Costituzione tra le questioni di indirizzo politico e di governo, favorisce che il contrasto al governo fisiologicamente messo in atto dalla opposizione diventi anche contrasto alla riforma. Una Costituzione che entra a far parte dell'indirizzo politico di governo non può che essere una Costituzione di maggioranza. E non può che esserne indebolita, essendo più difficile che abbia il largo riconoscimento e l'ampia condivisione che sono la misura prima della sua solidità.

Di tutto questo è prova la più recente - e negativa - esperienza costituzionale, perché lo scontro frontale tra maggioranza e opposizione segnò sia la riforma del Titolo V approvata nel 2001 dal centrosinistra¹⁴, sia la proposta di riforma della Parte II approvata dal centrodestra nel 2005 e poi respinta nel voto popolare.

Nella legislatura in corso già il Governo Letta aveva assunto la revisione della Costituzione come propria ragion d'essere¹⁵. Ugualmente la riforma è stata posta da Renzi tra i principali obiettivi del governo¹⁶. È stata elemento essenziale nella stesura del cosiddetto patto del Nazareno con Berlusconi, fondamento del sostegno parlamentare nella prima fase della vita dell'esecutivo. Con la conseguenza che la proposta di riforma ha subito gli effetti della tormentata vicenda politica che ha segnato il patto e l'anomala maggioranza da esso nata, fino al soccorso a Renzi prestato da Verdini¹⁷, che si iscrive così tra i padri della

¹⁴ V. per la Casa delle libertà l'intervento di La Loggia in dichiarazione di voto per la seconda deliberazione in Senato l'8 marzo 2001, al seguente indirizzo internet:

www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=13&id=00007399&part=doc_dc-ressten_rs-ddliti_deaisdddldc4809brdtvdc-trattazione_ddvf-intervento_laloggia&parse=no.

¹⁵ V. il discorso programmatico tenuto nella Camera dei deputati il 29 aprile 2013: www.camera.it/leg17/410?idSeduta=0010&tipo=stenografico#sed0010.stenografico.tit00040.int00020%20-%20sed0010.stenografico.tit00040.int00020.

¹⁶ Senato della Repubblica, XVII leg., 24 febbraio 2014, al seguente link: www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/750049.pdf.

¹⁷ Senato della Repubblica, XVII leg., 20 gennaio 2016, al seguente link:

nuova Costituzione. Confermando in tal modo le considerazioni negative sulla mancanza di legittimazione sostanziale del Parlamento in carica. La nuova Costituzione nasce nel segno di numeri parlamentari falsati, di maggioranze spurie e occasionali, costruite sui cambi di cassetta e sui voltagabbana.

Una menzione specifica merita la querelle sul ruolo del Capo dello Stato. Come Presidente, Napolitano ha ripetutamente sollecitato le “necessarie riforme”, anche con riferimento alla Costituzione¹⁸. Ha anche istituito una commissione di “saggi”¹⁹. Da senatore a vita ha ribadito consenso e appoggio²⁰. Intervenendo a chiusura della discussione generale nella Camera dei deputati in occasione del voto finale in seconda deliberazione, Renzi ha inteso calcare i toni, definendo l’ex Presidente come il senatore senza il quale la riforma non sarebbe stata possibile²¹. Quale che sia l’opinione in proposito, rimane vero che quando un Presidente della Repubblica si esprime in termini di *moral suasion* – come nel caso – è poi nella decisione delle forze politiche se accettare o meno suggerimenti e consigli. Non è dunque in tal modo che il Governo può sottrarsi alla sua specifica responsabilità politica per l’iniziativa e le scelte di riforma.

2.3. *Una riforma e un referendum che dividono il paese.*

L’iniziativa governativa avrebbe potuto comunque essere mantenuta nell’ambito di uno stimolo sostanzialmente corretto e ancora accet-

www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/956844.pdf

¹⁸ Tra le molte esternazioni, v. il *Messaggio al Parlamento* del 22 aprile 2013 in occasione del giuramento, su presidenti.quirinale.it, e *L’Intervento alla cerimonia per lo scambio degli auguri con i rappresentanti delle istituzioni, delle forze politiche e della società civile*, 16 dicembre 2013, su www.quirinale.it.

¹⁹ Il gruppo era composto da Mauro, Onida, Quagliariello e Violante. La *Relazione Finale* si trova in www.quirinale.it. Anche il Governo Letta ha successivamente nominato una commissione di 35 “saggi”, la cui *Relazione finale* del settembre 2013 si legge in presidenza.governo.it

²⁰ Breda M., *Intervista a Giorgio Napolitano, «Sosterrò il sì al referendum sulle riforme»*, in *Il Corriere della Sera*, 6 gennaio 2016.

²¹ Camera dei deputati, XVII leg., Seduta n. 605 di lunedì 11 aprile 2016, il cui resoconto stenografico è consultabile al seguente indirizzo internet: www.camera.it/leg17/410?idSeduta=0605&tipo=stenografico#sed0605.stenografico.tit00050.sub00020.int00160

tabile se, una volta presentata la proposta, l'esecutivo avesse lasciato piena libertà al confronto parlamentare. Ma così non è stato.

Già il Governo Letta aveva definito un cronoprogramma, indicando un termine di 18 mesi entro il quale alla riforma si doveva pervenire²². Da un fallimento sarebbero state tratte le dovute conseguenze. Quindi non solo la riforma era assunta nell'indirizzo politico di governo, ma diventava condizione per la sopravvivenza stessa dell'esecutivo. Ugualmente Renzi ha pesantemente condizionato il lavoro parlamentare, vincolando la maggioranza alle posizioni dell'esecutivo, e minacciando in caso contrario la crisi. Abbiamo ripetutamente sentito intimare: "O si vota così, o tutti a casa"²³. Sono state fortissime le pressioni sui parlamentari di maggioranza dei quali erano note le posizioni contrarie su singoli punti della proposta di riforma, come ad esempio sul Senato non elettivo.

L'esempio ultimo e conclusivo della pressione governativa sul tema lo abbiamo nella pressione sui parlamentari di maggioranza per la richiesta del referendum confermativo ex articolo 138 Cost., e nella simultanea trasformazione del voto popolare in un plebiscito sullo stesso Renzi. Ai parlamentari di maggioranza non si chiedeva, in buona sostanza, di rivolgersi al popolo italiano perché valutasse nel merito la riforma. Si chiedeva di chiamare il popolo a beatificare il premier. Anche qui con la minaccia che la vittoria del no condurrebbe alla crisi e a nuove elezioni. Dopo aver sequestrato il voto parlamentare si vuole ora sequestrare il voto dei cittadini italiani. Non si vota per consolidare la Costituzione, ma per imbullonare il primo ministro alla poltrona. Una torsione plebiscitaria certamente lontana dall'articolo 138 della Costituzione.

Questa posizione può solo ulteriormente esacerbare il conflitto sulla Carta fondamentale, che ancor più viene ridotta a espressione di maggioranza ed è posta come elemento che divide il paese, piuttosto che unirlo.

²² V. *supra*, nota 15.

²³ V. conclusivamente l'intervento per la seconda deliberazione del Senato il 20 gennaio 2016, il cui resoconto stenografico è consultabile al seguente indirizzo internet: www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=17&id=00956844&part=doc_dc-ressten_rs-dldtit_rddddd1c1429drdpide:4-intervento_renzipresidente&parse=no.

3. Questioni di merito

3.1. *Il Senato non elettivo e i costi della politica*

Uno dei punti più controversi della riforma è nella trasformazione del Senato in assemblea non elettiva. Essenzialmente tre gli argomenti addotti a sostegno: la riduzione dei costi della politica; il superamento del bicameralismo paritario per semplificazione istituzionale e più rapide decisioni; il raccordo con le autonomie territoriali. Che si condividano o meno queste ragioni, si traducono nella proposta Renzi- Bosschi in soluzioni in vario modo inaccettabili.

Quanto alla riduzione dei costi, si persegue riducendo il numero dei senatori a 100 senatori, e cancellando la natura elettiva. Novantacinque sono eletti dai consigli regionali nel proprio ambito, salvo per ogni consiglio un sindaco di comune della Regione²⁴. Non si prevede una specifica indennità di carica²⁵. Cinque sono nominati dal Capo dello Stato per un mandato di sette anni²⁶.

Va anzitutto notato che una scelta istituzionale di primario livello non dovrebbe farsi solo in base alla spesa. Che un Senato abbia carattere elettivo o meno non si decide perché un senatore eletto direttamente costa di più di un senatore eletto in secondo grado, ma in base a considerazioni che guardano all'architettura di sistema.

Inoltre, cancellare l'indennità di carica non azzerava i costi dell'istituzione, di cui l'indennità è solo una frazione. La gran parte dei costi viene infatti dai servizi, dalla gestione degli immobili, dal personale. Sono costi che non si riducono affatto con la cancellazione della natura elettiva, e di poco con la riduzione del numero. E va aggiunto che abolire l'indennità non equivale comunque ad avere senatori a titolo gratuito. È quanto meno ovvio che la trasferta romana per lo svolgimento della funzione di senatore comunque comporta una spesa a carico di soggetti pubblici, sia pure di regioni e comuni e non dello stesso Senato.

In ogni caso, maggiori risparmi si sarebbero con certezza matematica conseguiti con scelte diverse pur mantenendo la natura elettiva. Ad esempio, riducendo il numero dei deputati a 400 e il numero dei

²⁴ Art. 57 Cost., come sostituito dall'AC 2613-D, art. 2.

²⁵ Art. 69 Cost., come modificato dall'AC 2613-D, art. 9.

²⁶ Art. 59 Cost., come modificato dall'AC 2613-D, art. 3).

senatori a 200, come era stato già proposto in passato. Un totale di 600 parlamentari avrebbe assicurato risparmi comunque più consistenti rispetto ai 730 della proposta approvata.

3.2. Il nuovo Senato e la rappresentanza politica

La scelta di abbandonare l'elezione diretta come metodo di selezione dei senatori appare censurabile molteplici motivi.

Anzitutto con la scelta di consiglieri regionali e sindaci si popola il Senato di un ceto politico di bassa qualità, come la lettura delle cronache nazionali e locali ampiamente dimostra da molti anni a questa parte. Ed è un ceto politico che ovviamente manterrà il proprio orizzonte primario di interessi nel circuito regionale e locale, in cui essenzialmente gioca il proprio destino e le prospettive di ulteriore carriera politica. Facile allora capire come un elemento che aggrava gli effetti collaterali della scelta sia quello di aver riconosciuto al senato il potere di formare commissioni di inchiesta con i poteri della magistratura²⁷, o di aver mantenuto in capo al senatore non eletto le prerogative del parlamentare, ivi incluse le garanzie quanto a intercettazioni, perquisizioni, arresti. Si introduce tra l'altro nella politica regionale e locale una diversità potenzialmente gravida di conseguenze tra chi è più garantito e chi è meno garantito, in specie rispetto al giudice penale. È di immediata evidenza che sarebbe difficile o impossibile distinguere le tutele applicabili a seconda delle funzioni esercitate, assumendo ad esempio che l'ufficio del sindaco-senatore non sia protetto, e che invece la segreteria del senatore-sindaco sia assistita dalle garanzie costituzionali. Non è improbabile che proprio questa tutela sia il benefit che renderà più di altri la carica di senatore effettivamente appetibile per un consigliere regionale o un sindaco.

Emerge poi un problema di rappresentatività. Si dice che con l'assemblea così composta vedrebbe la luce un Senato delle autonomie, rappresentativo dei territori. Ma un consigliere regionale non rappresenta certo la regione, essendo espressione di una circoscrizione territoriale ben più limitata. Tanto meno un sindaco sarebbe rappresentativo in generale dei comuni della regione, per di più essendo probabile che i consiglieri regionali preferirebbero eleggere i sindaci di piccoli comuni piuttosto che i grandi sindaci metropolitani. Ogni re-

²⁷ Art. 82, come sostituito dall'AC 2613-D, art. 20.

gione, esprimendo alcuni consiglieri e un sindaco, sarebbe in realtà rappresentata a macchia di leopardo, trovando voce in Senato i territori che sono la base elettorale di ciascun senatore, ad esclusione degli altri.

È mera finzione che una composizione così definita sia una rappresentanza delle autonomie. È assai più probabile una traduzione a livello nazionale di localismi e di interessi particolari. Molto meglio sarebbe stato un senato direttamente elettivo che, pur con pochi senatori, avrebbe in ogni caso dato eguale voce a tutto il territorio regionale, e agli enti locali in esso compresi.

Queste considerazioni negative non vengono attenuate o smentite dalla soluzione che alla fine è stata data, con l'etichetta di un recupero della elettività dei senatori. Rimane chiaro che i consiglieri regionali comunque hanno il potere di scegliere nel proprio ambito i senatori, conformemente a una volontà degli elettori non si sa come espressa. Il tutto è rimandato a una legge ancora da fare²⁸. Una soluzione pasticciata, essenzialmente frutto della sostanziale impotenza della sinistra PD, che alla fine si è coraggiosamente arresa al diktat governativo dichiarando una vittoria della quale nel testo non è dato trovare traccia.

Il punto della opinabile rappresentatività del Senato sottolinea l'incongruità nella definizione delle funzioni. Come giustificare la partecipazione paritaria del senato – sia pure solo in alcuni casi – alla funzione legislativa? Appare in specie grave che rimanga in un bicameralismo perfetto la revisione della Costituzione²⁹. A quale titolo si consente a un consigliere regionale o un sindaco, eletto con una campagna e un programma volti a questioni locali e per il relativo mandato, a porre mano con pienezza di poteri alle libertà e ai diritti fondamentali di tutti?

3.3. *Il bicameralismo differenziato*

Il superamento del bicameralismo paritario viene spesso ad arte confuso con la cancellazione della natura elettiva dell'assemblea. Ma è bene sottolineare che i due problemi vanno tenuti distinti, perché sarebbe stato del tutto possibile pervenire a un bicameralismo differenziato mantenendo l'elezione diretta.

²⁸ Art. 57, co. 5, come sostituito dall'AC 2613-D, art. 2.

²⁹ Art. 70, co. 1, come sostituito dall'AC 2613-D, art. 10.

Le ragioni che più specificamente attengono al superamento del bicameralismo paritario sono di due ordini: rapidità nelle decisioni, e semplificazione istituzionale.

Il primo punto è nei fatti privo di fondamento. Basta a tale proposito guardare alle statistiche dei lavori parlamentari, reperibili sui siti istituzionali di Camera e Senato. Laddove si riscontrano ritardi, è agevole la constatazione che trovino origine nel governo piuttosto che nelle assemblee, o in difficoltà politiche di cui il percorso parlamentare accidentato è solo un riflesso. Un'intesa di maggioranza che non si raggiunge o che non tiene è generalmente la causa dell'inerzia del legislatore o di una navetta prolungata, piuttosto che una complessità tecnica dell'iter di formazione della legge.

In ogni caso, il disegno riformatore non garantisce affatto linearità e velocità delle decisioni. Il procedimento di formazione della legge non è semplificato, ma al contrario è reso più complesso³⁰. È infatti spezzettato in una molteplicità di modelli, che vedono il Senato partecipare in modi e con effetti diversi in ragione della materia oggetto della legge. Si apre in tal modo un'incertezza dalla quale viene non solo la possibilità di un contrasto tra le due Camere, ma anche il rischio di un contenzioso davanti al giudice delle leggi. Il mancato rispetto della norma sull'iter di formazione potrebbe infatti tradursi in un vizio di costituzionalità della legge conclusivamente approvata.

Si potrebbe anche pensare al sorgere tra le due Camere di una forma inedita di conflitto tra poteri dello Stato. La premessa si trova nei casi in cui la funzione legislativa non è esercitata collettivamente da entrambe le Camere³¹. In tale ipotesi quella funzione rimane imputata separatamente a ciascuna Camera, titolare di attribuzioni proprie conferite dalla Costituzione, per la difesa delle quali lo strumento del conflitto tra poteri sembra appropriato.

Mentre, quanto meno nelle materie – a torto ritenute marginali – in cui la partecipazione del Senato è paritaria, la natura non elettiva e la composizione dell'assemblea rendono del tutto eventuale che vi sia un idem sentire politico tra le due Camere. Se mancasse, nessuna garanzia potrebbe trarsi dal testo approvato per un fluido e rapido svolgersi dell'iter legislativo.

³⁰ In specie, artt. 70-72, come sostituiti o modificati dagli artt. 10, 11 e 12 AC 2613-D.

³¹ Art. 70 e 72 Cost., come sostituiti dall'AC 2613-D, artt. 10 e 12.

Quanto alla semplificazione istituzionale, il punto di rilievo è dato dall'attribuzione del rapporto di fiducia alla sola Camera dei deputati. Ma va ancora sottolineato che allo stesso risultato poteva certamente giungersi mantenendo il carattere elettivo del Senato. Mentre, di fronte agli errori e alle aporie di una pessima riforma, sarebbe stata alla fine preferibile una scelta radicale di monocameralismo.

4. Riforma costituzionale e *Italicum*

Una valutazione compiuta della riforma costituzionale non è possibile senza considerare l'interazione con la legge elettorale già approvata (legge 52/2015). E questo non tanto perché l'*Italicum* anticipa la riforma stessa, riguardando la sola Camera dei deputati. Per tale profilo una integrazione non presenterebbe particolari difficoltà. Piuttosto, per la sinergia perversa tra l'impianto della riforma costituzionale e quello del sistema elettorale adottato.

L'*Italicum* riprende e ribadisce i vizi che avevano condotto la Corte costituzionale alla dichiarazione di illegittimità del Porcellum³². La sentenza 1/2014 fulminava la legge elettorale in specie perché il premio di maggioranza senza soglia ledeva il principio di rappresentanza, e la lista bloccata colpiva la libertà di voto.

È mera apparenza che l'*Italicum* superi le censure della Corte. È ben vero che si introduce una soglia del 40% per l'attribuzione del premio di 340 seggi nella Camera dei deputati. Ma è anche vero che se nessuno raggiunge la soglia si va a un ballottaggio tra le prime due formazioni politiche, quali che siano i voti conseguiti, e dunque senza soglia alcuna. A chi vince vanno i 340 seggi.

Allo stato, in un sistema ormai orientato almeno in senso tripolare, è questa la prospettiva che possiamo definire prevedibile e normale. La domanda è: ma la situazione che poteva realizzarsi con il Porcellum – forte disproporzionalità tra consensi reali e seggi assegnati – può riprodursi con l'*Italicum*? Non sembra dubbio che la risposta sia positiva. Anzi, con l'aggravante che l'*Italicum* assegna il premio di maggioranza alla singola lista, e non alla coalizione. E dunque in ultima analisi aggiungendo una forte torsione in chiave bipartitica.

³² Per un'analisi v. il mio *La legge 52/2015 (Italicum): da pochi voti a molti seggi*, in Co-sistuzionalismo.it, 22 giugno 2015.

Il mantra ossessivamente portato a sostegno dell'impianto dell'Italicum è stato il conoscere chi ha vinto la sera stessa del voto. Si nota anzitutto che nessun sistema elettorale garantisce in termini assoluti un simile risultato, rimanendo comunque possibile che il conformarsi del sistema politico ne produca comunque uno diverso. Persino lo storico bipartitismo britannico si è evoluto nel tempo fino a rendere inevitabile nella scorsa legislatura un faticoso governo di coalizione. Inoltre, una cosa è vincere, altra è governare. Il primo obiettivo si può anche raggiungere taroccando i numeri parlamentari. Ma per il secondo non è possibile taroccare i consensi reali. Ciò è in specie vero in un sistema politico assestato su un modello tripolare, e non più bipolare, come il nostro. Assegnare con artifici la vittoria a uno dei poli insieme a una maggioranza di seggi, con una simultanea forzosa riduzione della rappresentanza degli altri due, non può negare la realtà di un governo verso il quale in parte prevalente gli elettori non hanno espresso un consenso.

Il forte premio di maggioranza alla singola lista a seguito di ballottaggio senza soglia apre dunque la via a governi blindati da numeri parlamentari posticci, ma sostenuti da un ridotto consenso reale. Governi a vocazione minoritaria, padroni di un'assemblea addomesticata non solo dallo stravolgimento della rappresentanza determinato dal premio, ma anche dal mantenimento di un'ampia quota di parlamentari nominati derivanti dal voto bloccato sui capilista.

A questo si aggiunge la soglia per l'accesso al seggio parlamentare, che, pur abbassata al 3%, si mostra in ogni caso non necessaria ai fini della governabilità. Questa è già assicurata dal premio, e dunque la soglia si configura come una ulteriore distorsione, che per essere non necessaria suscita dubbi di incostituzionalità. Infatti, la governabilità è stata definita dalla Corte costituzionale come obiettivo costituzionalmente rilevante e da bilanciare con la rappresentatività delle assemblee. Ma il diverso fine di tendere alla semplificazione forzosa del panorama politico con la scomparsa dei partiti minori è altra cosa, non riconducibile a obiettivi costituzionalmente rilevanti, e forse anche in contrasto con il diritto di associarsi in partiti per concorrere a determinare la politica nazionale di cui all'art. 49 della Costituzione. E non sarà male ricordare che persino il già citato sistema britannico, fondato su una rigida ingessatura elettorale in chiave maggioritaria, vede nell'assemblea legislativa anche parlamentari eletti con poche migliaia di voti.

Lo scenario che si prefigura è quello di un'assemblea dominata in virtù degli artifici elettorali da un singolo partito, anche se sostenuto da un ridotto consenso nel paese, e in specie dal leader di quel partito. Una illusione di stabilità unitamente a una forte concentrazione e verticalizzazione del potere, ed a un radicale indebolimento della rappresentatività del Parlamento. È questo il contesto in cui vanno valutati sia l'azzeramento del Senato elettivo – elemento cruciale di perdita di rappresentatività del sistema nel suo complesso – sia l'introduzione di istituti fin qui ignoti nella nostra esperienza, come il voto a data certa su richiesta del Governo³³. In tale ultimo modo si consegna nelle mani del Governo un pervasivo strumento di controllo dell'agenda parlamentare. La scelta di sancirlo con norma costituzionale ha il senso di rendere necessario e strutturale il cambiamento nel rapporto tra l'assemblea e l'esecutivo, che non viene lasciato alla relativa maggiore flessibilità di un regolamento parlamentare.

L'osservanza dei principi sanciti dalla Corte costituzionale nella sentenza 1/2014 avrebbe dovuto suggerire indirizzi radicalmente diversi nella scrittura della legge elettorale. Era anzitutto disponibile il cd Consultellum, dato dalla normativa di risulta derivante dalla sentenza stessa e configurato come un proporzionale di lista e preferenza. Oppure sarebbe stata possibile la scelta di un modello alla tedesca, misto di collegi uninominali e liste brevi bloccate, con soglia al 5% ed esito finale proporzionale quanto al riparto dei seggi tra le forze politiche. Ma, pur avendo dato ottima prova quanto a stabilità e governabilità nella repubblica federale, non avrebbe garantito un vincitore il giorno stesso del voto. Lo stesso peccato originale avrebbe segnato il ritorno al Mattarellum, maggioritario uninominale di collegio con quota proporzionale, che pure aveva dato nella nostra esperienza esiti migliori del Porcellum. Quanto meno, aveva assicurato una più accettabile qualità del ceto politico parlamentare e un soddisfacente radicamento delle istituzioni. Ma, a quanto è dato sapere, l'Italicum discende direttamente dall'accordo Renzi-Berlusconi, e come tale è stato circondato da una pretesa di intoccabilità. Al punto di giungere alla forzosa sostituzione di componenti dissenzienti in commissione, e a pesanti forzature di prassi e regolamenti nel lavoro d'aula, com'è accaduto con il cd maxicanguro per stroncare l'ostruzionismo, e la que-

³³ Art. 72, u.co, come sostituito dall'AC 2613-D, art. 12.

stione di fiducia su una materia come la legge elettorale, che avrebbe dovuto ritenersi ad essa sottratta.

È particolarmente grave che sia stata persa l'occasione di scrivere una legge elettorale meno stravolgente per i canoni della forma di governo parlamentare e della stessa democrazia. Mentre è chiaro come dalle norme costituzionali ed elettorali unitamente considerate venga un indebolimento del sistema complessivo di *checks and balances*. Il numero limitato di componenti riduce il peso del Senato nelle sedute comuni delle due Camere per l'elezione del Capo dello Stato e dei membri laici del CSM, mentre esalta il ruolo dell'assemblea elettiva e del partito gonfiato dal premio di maggioranza che in essa è dominante. Lo stessa censura può essere avanzata per l'elezione di tre giudici costituzionali attribuita alla Camera dei deputati, mentre la carente rappresentatività e la probabile bassa qualità del ceto politico fanno dubitare della saggezza di aver attribuito al Senato la scelta separata di altri due giudici. E questo anche a non voler considerare che la Corte costituzionale non dovrebbe essere configurata come sede di rappresentanza di interessi in senso proprio territoriali.

Ma è sul piano della stessa revisione della Costituzione che vengono i dubbi maggiori. Premio di maggioranza, ballottaggio e 340 seggi garantiti nella Camera dei deputati avvicinano pericolosamente la Carta fondamentale alla disponibilità da parte di un singolo partito, anche se largamente minoritario nel paese. Una condizione che indebolisce in prospettiva la Costituzione e ne mina la rigidità, unanimemente considerata come pietra angolare del sistema, ed essenziale difesa dei diritti, delle libertà, della democrazia. La vocazione minoritaria si estende dai governi alla stessa Costituzione.

5. Gli strumenti di democrazia diretta

Gli effetti negativi sopra descritti avrebbero potuto almeno essere temperati da un irrobustimento degli strumenti di democrazia diretta. È invece accaduto il contrario.

Sono state triplicate a 150.000 le firme richieste per la proposta di legge di iniziativa popolare, che rimane comunque pienamente rimessa alla decisione parlamentare³⁴. In altri ordinamenti è ad esempio

³⁴ Art. 71, come modificato dall'AC 2613-D, art. 11, lett. b).

consentita la diretta sottoposizione a referendum della proposta di legge, quanto meno nel caso di rigetto o modifica nella sede legislativa.

Quanto al referendum, si conferma la natura unicamente abrogativa, rinviando ogni altra ipotesi – come il referendum propositivo e di indirizzo – ad una futura (e ovviamente incerta) legge costituzionale, e a una successiva legge bicamerale per le modalità di attuazione³⁵. Nulla impediva di prevedere già nella riforma in modo puntuale l'ampliamento a forme nuove, lasciando l'ulteriore disciplina alla legge ordinaria, come è per la legge 352/1970. La scelta fatta è puramente di facciata.

Sostanzialmente di facciata è altresì l'abbassamento del quorum di validità del referendum abrogativo alla metà più uno dei votanti alle ultime elezioni politiche³⁶. Un vantaggio che potrebbe essere importante, visto che il quorum di partecipazione è ormai decisivo in un paese in cui l'astensionismo elettorale è stabilmente collocato tra il 35 e il 40% degli aventi diritto. Ma tale vantaggio viene inspiegabilmente legato al raggiungimento di almeno 800.000 firme a sostegno dei quesiti. Con ciò introducendo nel dettato costituzionale una intrinseca irrazionalità. Se si considera in principio sufficiente, nella condizione data della politica e delle istituzioni, una partecipazione al voto referendario più bassa di quella prevista nell'art. 75 Cost. vigente, non c'è ragione di differenziare in base alle firme a sostegno dei quesiti. La raccolta delle firme è solo il momento di avvio del procedimento referendario, mentre il voto popolare che lo conclude rimane un dato autonomo rispetto alla richiesta. La partecipazione al voto o è adeguata a certificare la volontà popolare, o non lo è. Non si vede alcun motivo razionale per cui quella volontà possa essere certificata da un minor numero di elettori nel caso in cui le firme a sostegno dei quesiti siano state più numerose. Ciò è particolarmente vero in un momento che vede sostanzialmente dissolte o indebolite le organizzazioni di massa, con una conseguente maggiore difficoltà nella raccolta delle firme.

³⁵ Art. 71, come modificato dall'AC 2613-D, art. 11, lett. c).

³⁶ Art. 75, come sostituito dall'AC 2613-D, art. 15).

6. Un argine alle cattive riforme: i referendum

Le scelte fin qui illustrate rendono la proposta Renzi-Boschi inaccettabile, e stravolgente rispetto alla Costituzione repubblicana nata dalla Resistenza. Non bastano a bilanciare il giudizio negativo alcuni contenuti della proposta meno inaccettabili. Sopprimere il CNEL – inutile superfetazione istituzionale - è una ovvietà ripetutamente proposta anche in passato. In parte condivisibile è poi la stretta sul versante del rapporto Stato-Regioni, a correzione parziale della pessima riforma varata nel 2001 dal centrosinistra in vano inseguimento di pulsioni leghiste sui temi di un federalismo d'accatto.

Ma nel complesso la riforma costituzionale, insieme alle altre, produce l'effetto di togliere spazio vitale alla democrazia, e di concentrare il potere su Palazzo Chigi ed in specie sul primo ministro leader del partito vincente nella competizione elettorale. Effetto ancora accentuato da altre riforme messe in campo, come quella della RAI e della pubblica amministrazione.

Poiché è inutile pensare a un recupero con il Parlamento del Porcellum, ed è prevedibile che quello dell'Italicum sia anche peggiore, l'unica via a disposizione rimane quella referendaria. È anche la sola che Renzi mostra in qualche misura di temere, come si trae dalla torsione plebiscitaria sul referendum costituzionale e dall'invito ad andare al mare per quello sulle trivelle, ad arte fissato al 17 aprile senza abbinamento con le amministrative per favorire l'astensione. Il voto popolare sulla riforma assume dunque una decisiva importanza per la stessa impostazione data dal premier.

Va però sottolineato che non basterebbe una vittoria dei no nel referendum confermativo a garantire nuovo ossigeno a una democrazia in apnea. La riduzione degli spazi di confronto e di partecipazione democratica è già in atto essendo vigente la Costituzione del 1948. Bloccare la sola riforma Renzi-Boschi non basterebbe di per sé a invertire la tendenza. Bisogna quanto meno affiancare alla battaglia referendaria sulla nuova Costituzione un voto popolare tendente alla radicale correzione della legge elettorale, nell'ambito di una più ampia stagione referendaria contro le leggi emblematiche del renzismo: scuola, lavoro, ambiente.

Non è una strategia passatista, in un momento in cui gli strumenti di democrazia diretta si mostrano cedenti. È una via dettata dalla necessità. Viviamo un tempo di sostanziale dissolvimento delle organiz-

zazioni di partito, di personalizzazione estrema della politica, di marginalizzazione dei sindacati, di sordità delle istituzioni. I canali di partecipazione democratica e di rappresentanza fino a ieri disponibili si sono ristretti o prosciugati. Vanno ricostruiti con un lavoro politico di lunga lena. Quali alternative ha un popolo che vuole essere composto di cittadini e non di sudditi, che vuole difendere la sovranità concessa dalla Costituzione? Sapendo che se il tentativo dovesse fallire, e le strategie di riforma messe in campo si consolidassero, nulla sarebbe più come un tempo, o come vorremmo che fosse.

BIBLIOGRAFIA

La letteratura sui temi trattati è vasta. Per i contributi più recenti v. le analisi di esperti e studiosi nelle indagini conoscitive svolte sui temi della Costituzione e della legge elettorale nella XVII legislatura: Camera dei deputati, I Commissione, 9 ottobre–13 novembre 2014; 13-17 gennaio 2014; 14-15 aprile 2015; 28-29 ottobre 2015; Senato della Repubblica, I Commissione, 13-28 maggio 2014; 18-25 novembre 2014; 27 luglio-10 settembre 2015.

V. anche il mio *La legge 52/2015 (Italicum): da pochi voti a molti seggi*, cit. *supra*, in nota 33, e *Di riforme e riformatori*, in *Costituzionalismo.it*, 29 giugno 2012; nonché *Il tempo della Costituzione*, V ed., Aracne, Roma, 2014, cap. IV, e i numerosi articoli da me pubblicati su *Il Manifesto*, da ultimo in parte raccolti in *Un decennio incostituzionale*, ed. Manifestolibri, Roma, 2015. V. altresì, nello stesso quotidiano, i contributi di FERRARA, AZZARITI, DE FIORES.

Ancora *adde*:

AINIS M., *I virtuosismi che non servono*, in *Corriere della Sera*, 8 aprile 2014; ID., *Più quesiti per capire la riforma*, in *Corriere della sera*, 8 febbraio 2016; ALLEGRETTI U. e BALBONI E., *Una revisione costituzionale con alcune buone intenzioni e molte contraddizioni*, IV Seminario delle Università toscane sulla riforma costituzionale, 15 febbraio 2016; AZZARITI G., *Il merito delle cose. La riforma costituzionale e lo stile delle polemiche*, in *Costituzionalismo.it*, 8 aprile 2014; ID., *La riforma del Senato. Prima della scelta sulle modalità di composizione vengono le funzioni*, in *Costituzionalismo.it*, 25 marzo 2014; ID., *Legge elettorale e democrazia d'investitura. Quattro criticità costituzionali per un modello di democrazia*, in *Nomos*, n. 3/2015;

ID., *Vento di cambiamento. Verso dove?* In *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015 - 15 febbraio 2016; ID., *Contro il revisionismo costituzionale*, Bari, Laterza, 2016, part. cap. X; BALDUZZI P. e BORDIGNON M., *Due riforme inseparabili*, in *Lavoce.info*, 12 febbraio 2016; BALTRUNAITE A., CASARICO A., PROFETA P., SAVIO G., *Se il nuovo Senato è per soli uomini*, in *Lavoce.info*, 29 gennaio 2016; BASSANINI F., *Prime riflessioni sulla bozza di riforma del bicameralismo e del Titolo V del Governo Renzi*, in *ASTRID Rassegna*, n. 199, 31 marzo 2014; BILANCIA F., *“Ri-porcellum” e giudicato costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 24 gennaio 2014; BILANCIA F., *Oltre il bicameralismo paritario. Osservazioni a margine del ddl Renzi. Sfidando il divieto di una discussione pubblica*, in *Costituzionalismo.it*, 2 aprile 2014; BIN R., *Il problema non sono le regioni (e il Titolo V), ma il governo (e la sua burocrazia). Note alla bozza di riforma costituzionale del 12 marzo 2014*, in *ASTRID Rassegna*, n. 199, 31 marzo 2014; BIN R., *In vista della revisione del Titolo V, Parte II, della Costituzione: Quale ruolo per le Autonomie speciali?*, in *ASTRID Rassegna*, n. 200, 14 aprile 2014; BINDI E., *La promozione dell’equilibrio tra donne e uomini nella rappresentanza (artt. 55, comma 2, e 122, comma 1, cost.)*, IV Seminario delle Università toscane sulla riforma costituzionale, 15 febbraio 2016; BRUNELLI G., *Appunti sulla proposta del governo di riforma costituzionale della Parte II della Costituzione*, marzo 2014, in www.astrid-online.it; ID., *La funzione legislativa bicamerale nel testo di revisione costituzionale: profili problematici*, in *Rivista AIC*, n. 1/2016, 15 febbraio 2015; CAMERLENGO Q., *Ritratto costituzionale della legittimazione politica*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 9 aprile 2016; CARAVITA B., *Riforme e referendum: un metodo che unisce*, in *Federalismi.it* n. 7/2016 - 30 marzo 2016; CARETTI P., *Una proposta di nuovo Senato confusa e probabilmente inutile*, in www.articolo21.org, 29 marzo 2014; ID., *Relazione introduttiva al IV Seminario delle Università toscane sulla riforma costituzionale*, 15 febbraio 2015; CARLI M., *La riforma costituzionale*, IV Seminario delle Università toscane sulla riforma costituzionale, 15 febbraio 2016; CARNEVALE P., *La Corte vince, ma non (sempre) convince. Riflessioni intorno ad alcuni profili della “storica” sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in *ASTRID Rassegna*, n. 200, 14 aprile 2014; CASO G., *Sulla riforma elettorale*, in *ASTRID Rassegna*, n. 200, 14 aprile 2014; CATELANI E., *Il disegno di legge costituzionale Boschi/Renzi: il primo passo di una riforma complessa*, IV Seminario delle Università toscane sulla

riforma costituzionale, 15 febbraio 2016; CAZZULLO A., *No, il Senato non sarà più elettivo*, intervista a Renzi in *Corriere della Sera*, 31 marzo 2014; CECCANTI S., *Fusaro versus Zagrebelsky: una lettera al Corsera*, in www.landino.it, 5 aprile 2014; ID., *L'Italicum come rimedio alla frammentazione*, in *Nomos*, n. 3/2015; ID., *Le tre alternative alla riforma renziana del Senato? Un testo peggiorativo (Chiti), uno con qualche spunto (Monti) e uno migliorativo (Tonini)*, in *Huffington Post*, 7 aprile 2014; ID., *L'Italicum, dimezzato o meno, ha bisogno soprattutto di una riforma del Senato che ancora non si vede*, in *Huffington Post*, 5 marzo 2014; ID., *Referendum, l'errore di Scalfari*, in *l'Unità.tv*, 11 gennaio 2016; ID., *Dopo la sentenza della Corte – il nodo della legge elettorale*, in *ASTRID Rassegna*, n. 200, 14 aprile 2014; Cerri A., *Prime riflessioni interlocutorie sul progetto di riforma costituzionale*, in *ASTRID Rassegna*, n. 200, 14 aprile 2014; CERRINA FERONI G., *Difetti e pregi, di metodo e di merito, della riforma comunque da salvare*, IV Seminario delle Università toscane sulla riforma costituzionale, 15 febbraio 2016; CHELI E., *Una riforma necessaria, ma che rischia di non funzionare*, IV Seminario delle Università toscane sulla riforma costituzionale, 15 febbraio 2016; CHERCHI R., *L'esecutivo tra effettività costituzionale e revisione costituzionale: verso la "presidenzializzazione" del Governo?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015 - 19 febbraio 2016; CLEMENTI F., *Il nuovo Senato sia solo delle Autonomie*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 marzo 2014; COLASANTE P., *Unità e diversità nel (parziale) regionalismo asimmetrico italiano, alla luce della riforma costituzionale in itinere*, in *Italian Papers on Federalism*, n. 1-2/2015; CONFINDUSTRIA, *Position Paper sulle Riforme istituzionali*, marzo 2014; CURRERI S., *La Costituzione non è un derby*, in *L'Unità*, 28 aprile 2016; D'ATENA A., *La specialità regionale tra deroga ed omologazione*, in *Rivista AIC.*, n. 1/2016, 15 febbraio 2015; ID., *Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni ed il ruolo della Corte costituzionale*, in *Italian Papers on Federalism*, n. 1-2/2015; DE FIORES C., *La riforma della legge elettorale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2015; ID., *Un Senato di garanzia a suffragio universale*, in *Costituzionalismo.it*, 3 aprile 2014; DE MARTIN G.C., *I chiaroscuri della riforma costituzionale*, in *Amministrazione In Cammino*, 21 aprile 2016; DE SIERVO U., *Lettera ai componenti dell'Associazione italiana dei costituzionalisti sulla riforma costituzionale Renzi-Boschi*, 20 gennaio 2016, in www.astrid-online.it; ID., *Una prima lettura del progettato nuovo art. 117 Cost.*, in *Rivista Aic*, n. 1/2016,

15 febbraio 2015; DOGLIANI M.-PALLANTE F., *Sull'attuale forma del procedimento di revisione costituzionale (e sui presupposti della sopravvivenza del regime parlamentare)*, in *Rivista AIC*, 28 giugno 2013; FABOZZI A., *Una falsa democrazia anticipa il nuovo regime*, *Intervista a Stefano Rodotà*, in *Il Manifesto*, 31 dicembre 2015; FELICETTI F., *Democrazia rappresentativa e illegittimità costituzionale delle leggi elettorali*, in *Osservatorio AIC*, 1/2016, 26 aprile 2016; FERRAJOLI L., *Come raddrizzare l'Italicum*, in *Costituzionalismo.it*, 31 gennaio 2014; FERRARA G., *Contro i colpi di Stato elettorali*, in *Costituzionalismo.it*, 27 gennaio 2014; FRANCHI P., *Dalla democrazia parlamentare a quella plebiscitaria*, in *Corriere della Sera*, 1 febbraio 2016; FRANCO M., *Il pericolo di una campagna che delegittimi le istituzioni*, in *Il Corriere della Sera*, 12 gennaio 2016; FROSINI E., *Bicameralismo strabico*, in www.confronticostituziona-li.eu, 10 marzo 2014; ID., *Rappresentanza + Governabilità = Italicum*, in www.confronticostituzionali.eu, 12 maggio 2015; FUSARO C., *A proposito del progetto di legge costituzionale del governo Renzi*, in *ASTRID Rassegna*, n. 200, 14 aprile 2014; ID., *Le trasformazioni del modello Westminster e le difficoltà crescenti del governo parlamentare in Europa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, dicembre 2015; ID., *Traccia di ragionamento sulla riforma costituzionale in itinere*, IV Seminario delle Università toscane sulla riforma costituzionale, 15 febbraio 2016; GALLI C., *La legge elettorale, e oltre*, in *Costituzionalismo.it*, 13 febbraio 2014; GAMBINO S., *La sfida di Renzi: «O me o la Costituzione»*, in *Corriere della Calabria*, 2 gennaio 2016; ID., *Rappresentanza e stabilità, governativa*, in *Astrid Rassegna*, 7/2014, 14 aprile 2014; GIANELLO S., *L'Italicum "a processo": la possibilità concreta per la Corte di un ritorno alla normalità (del giudizio incidentale)*, in *Osservatorio AIC*, 1/2016; GIGLIOTTI A., *I pro e in contro dell'Italicum*, in *Nomos*, n. 3/2015; GORODISKY D., *Quagliariello: meglio eleggere chi entrerà a Palazzo Madama*, intervista pubblicata sul *Corriere della Sera*, 30 marzo 2014; GRISOLIA M.C., *Il futuro della riforma Renzi: la sua attuazione o il suo abbandono*, IV Seminario delle Università toscane sulla riforma costituzionale, 15 febbraio 2016; GUALMINI E. e VASSALLO S., *Cari Professori del No...*, in *L'Unità*, 27 aprile 2016; IACOBONI J., *Zagrebel'sky: l'appello forse è stato tranchant. Ma Renzi con noi è presuntuoso*, intervista pubblicata su *La Stampa*, 8 aprile 2014; LANCHESTER F., *Dal Porcellum all'Italicum: nuovi collegamenti e nuovi orari, ma su vecchi binari*, in

Osservatorio AIC, febbraio 2014; ID., *Innovations institutionnelles et séparation des pouvoirs: considérations sur le dangereux chevauchement des différentes lois électorales italiennes*, in *Nomos*, n. 3/2015; LARCINESE V., *Se abolire il Senato tocca la divisione dei poteri*, in www.lavoce.info, 4 aprile 2014; LIPPOLIS V., *Le riforme istituzionali: trent'anni di sterili tentativi parlamentari e di modifiche della legislazione elettorale. Dall'articolo di Bettino Craxi su l'Avanti del 28 settembre 1979 al discorso programmatico di Matteo Renzi il 24 febbraio 2014*, in corso di stampa in *Rassegna Parlamentare*, 2014; LUCIANI M., *Funzione di controllo e riforma del Senato*, in *Rivista AIC.*, n. 1/2016, 15 febbraio 2016; ID., *Nota sul d.d.l. sul superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della Costituzione*, in *ASTRID Rassegna*, n. 199, 31 marzo 2014; ID., *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 15 aprile 2016; MACCIOTTA G., *La soppressione del CNEL nel progetto Renzi: sia sciolto ... a meno che ...!*, in *ASTRID Rassegna*, n. 200, 14 aprile 2014; MANGIAMELI S., *Il Titolo V della Costituzione alla luce della giurisprudenza costituzionale e delle prospettive di riforma*, in *Italian Papers on Federalism*, n. 1-2/2015; MANZELLA A., *La riforma del Senato e le garanzie*, in *La Repubblica*, 4 aprile 2014; ID., *Quei nodi irrisolti del nuovo Senato*, in *La Repubblica*, 12 gennaio 2016; MARINI F. S., *Commento a prima lettura del ddl costituzionale del Governo Renzi sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *ASTRID Rassegna*, n. 200, 14 aprile 2014; MARSOCCI P., *Effettività e "sincerità" della partecipazione popolare. Spunti sui cambiamenti dell'assetto costituzionale italiano*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015 - 15 febbraio 2016; MARTINI F., *Parisi: Lo stallo di questi 20 anni è anche colpa dei professoroni*, *Intervista in La Stampa*, 6 aprile 2014; MASSARI O., *Italicum: errare humanum est, perseverare autem diabolicum*, in *ASTRID Rassegna*, n. 200, 14 aprile 2014; MASTROMARINO A., *Oltre il bicameralismo paritario italiano: alcune note di diritto comparato*, in *Centro Studi sul Federalismo*, marzo 2016; MERLINI S., *La riforma costituzionale, l'art. 138 della Costituzione e il referendum*, IV Seminario delle Università toscane sulla riforma costituzionale, 15 febbraio 2016; MILELLA L., *Grasso: non abolite il Senato. Resti un'assemblea di eletti*, *Intervista in La Repubblica*, 30 marzo 2014; ID., *Gustavo Zagrebelsky: "Io dico no: questa riforma segna il passaggio dalla democrazia al potere dell'oligar-*

chia”, *Intervista* a G. Zagrebelsky, in *La Repubblica*, 13 gennaio 2016; ID., *Nel nuovo Palazzo Madama niente sindaci, spazio alle Regioni*, intervista a Valerio Onida, in *La Repubblica*, 9 marzo 2014; MONTI M., *Una proposta a Renzi per cambiare il Senato*, lettera pubblicata sul *Corriere della Sera*, 30 marzo 2014; MORRONE A., *Uno, nessuno, centomila referendum costituzionali?*, in *Focus Riforma Costituzionale*, *Federalismi.it*, 17 febbraio 2016; OLIVITO E., *Le inesaustrate ragioni e gli stridenti paradossi della governabilità*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015 - 15 febbraio 2016;); ONIDA V., *Una legge elettorale che non rispetta la reale maggioranza*, Lettera al *Corriere della Sera*, 10 marzo 2015; PACE A., *Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali*, in *Giur. Cost.*, n. 6/2015; ID., *I limiti di un Parlamento delegittimato*, in *Osservatorio AIC*, marzo 2014; ID., *Le ragioni del No nel Referendum sulla riforma costituzionale Renzi-Boschi*, in *ASTRID Rassegna*, 24 gennaio 2016, n. 237 (n. 1/2016); PACE A., *Un procedimento “speciale derogatorio”, “straordinario”, “in rottura della Costituzione”...e anche illegittimo ex art. 138 Cost. Note critiche al d.d.l. cost. n. 813 AS (n. 1359 AC)*, in *Costituzionalismo.it*, 1 agosto 2013; ID., *Il rischio del premier*, in *La Repubblica*, 31 dicembre 2015; PAJNO S. e RIVOSECCHI G., *Le autonomie speciali e la riforma costituzionale: profili problematici ed effetti di complicazione normativa*, in *ASTRID – CRANEC, Territori e autonomie: un’analisi economico-giuridica*, dicembre 2015; PALMERINI L., *Dopo il Parlamento, sfida nella società*, in *Il Sole 24 Ore*, 12 gennaio 2016; PASQUINO G., *Quel premier debordante*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 maggio 2015; PASSIGLI S., *Il voto francese mette in luce i molti rischi dell’Italicum*, in *Il Corriere della Sera*, 20 dicembre 2015; ID., *L’Italicum è rischioso premia troppo chi vince di poco*, in *Il Corriere della Sera*, 2 gennaio 2016; PATRONI GRIFFI A., *Il “Senato delle autonomie”, un disegno in chiaroscuro*, in www.confronticostituzionali.eu, 5 aprile 2014; PATTA E., *Riforme, verso la fine della transizione*, in *Il Sole 24 Ore*, 27 gennaio 2016; PERTICI A., *Un bicameralismo differenziato per rafforzare il Parlamento*, in www.articolo21.org, 25 marzo 2014; PINELLI C., *Le funzioni del nuovo Senato in riferimento all’adesione della Repubblica all’Unione europea*, in *Rivista AIC*, n. 1/2016, 15 febbraio 2015; ID., *Ci sarà un vero Senato dei territori*, in *l’Unità*, 30 aprile 2016; PIRONE D., *Non svilire il ruolo di Palazzo Madama. Tagliamo deputati, Regioni e Province*, intervista a Linda Lanzillotta, in *Il Messaggero*, 30 marzo 2014; PROSPERO M., *Referen-*

dum, “Questo PD non ha più nulla di sinistra”, in *L'Espresso*, 18 aprile 2016; REPOSO A., *Questioni irrisolte ed equivoci in ordine alla riforma della legge elettorale*, in *Rivista AIC*, 14 giugno 2013; RODOTÀ S., *Il pasticcio delle riforme*, in *La Repubblica*, 8 aprile 2014; RONCHETTI L., *Rappresentanza politica come rappresentanza costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015 - 15 febbraio 2016; RUGGERI A., *Lacune costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 18 aprile 2016; ID., *Nota minima in tema di referendum costituzionali 'parziali': un rebus risolvibile solo spostando il tiro dal piano della normazione al piano dei controlli?*, in *Federalismi.it*, 17 febbraio 2016; ID., *Note minime a prima lettura del disegno Renzi di riforma costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 9 aprile 2014; RUGGIU I., *Il futuro Senato della Repubblica: un contributo alla risoluzione dei problemi del bicameralismo, ma irrilevante, se non dannoso, per il regionalismo*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015 - 15 febbraio 2016; SALVI C., *La posta in gioco nel referendum*, in *Fondazioneenni.wordpress.com*, 27 gennaio 2016; SAITTA A., *La forma di governo in Italia tra revisione costituzionale e nuova legge elettorale*, in *Rivista AIC*, 2/2015; SAPPINO, *Referendum, che 'fastidio' per i cittadini*, *Intervista a Stefano Rodotà*, in *L'Espresso*, 30 marzo 2016; SCACCIA G., *Riflessi ordinamentali dell'annullamento della legge n. 270 del 2005 e riforma della legge elettorale*, in *Confronti costituzionali*, 30 gennaio 2014; STAIANO S., *Le leggi monocamerali (o più esattamente bicamerali asimmetriche)*, in *Rivista AIC*, n.1/2016, 15 febbraio 2015; TONDI DELLA MURA V., *Del Porcellum “camuffato”*, in *www.confronticostituzionali.eu*, 12 maggio 2015; ID., *La fiducia e l'Italicum: dal “primato della politica” al “primato dei meccanismi elettorali”*, in *Osservatorio AIC*, maggio 2015; ID., *Il paradosso del «patto del nazareno»: se il revisore costituzionale resta imbrigliato nella persistenza di un mito*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 1 aprile 2016; TRAVAGLIO M., *I Jalisse e padre Pizarro*, in *Il Fatto quotidiano*, 29 aprile 2016; TREU T., *Documento per una riforma del CNEL*, 3 febbraio 2014, in *www.astrind-online.it*; TRUZZI S., *Intervista a Alessandro Pace, “Dalla Boschi solo sofismi. Il Senato rimanga elettivo”*, in *Il Fatto quotidiano*, 13 agosto 2015; VANDELLI L., *Trasformare il Senato: qualche riflessione e qualche ipotesi sulla bozza di disegno di legge costituzionale 12 marzo 2014*, in *ASTRID Rassegna*, n. 199, 31 marzo 2014; VILLONE M., *Cinque domande su saggi e riforme*, in *Costituzionalismo.it*, 11 giugno 2013; ID., *La lezione dei Lords*, in *Il Manifesto*, 4 marzo 2014; ID., *Nuovo*

senato. Una riforma con capo ma senza coda, ivi, 1 aprile 2014; ID., *Un nuovo senato si può fare così*, ivi, 25 febbraio 2014; ID., *Il referendum plebiscito*, ivi, 30 dicembre 2015; ID., *Il canguro suona sempre due volte*, ivi, 23 febbraio 2016; ID., *Riforme e diritti, l'inevitabile unione*, ivi, 19 marzo 2016; VOLPI M., *Quei consiglieri del principe*, in *Costituzionalismo.it*, 10 aprile 2014; ID., *Italicum: un sistema anormale e antidemocratico*, in *Costituzionalismo.it*, 5 giugno 2015; ID., *Le riforme e la forma di governo*, Relazione al III Seminario dell'AIC I Costituzionalisti e le Riforme, Bologna, 11 giugno 2015; ZACCARIA R., *I vizi di fondo che condizionano la riforma costituzionale del Senato*, in *www.articolo21.org*, 2 aprile 2014.; ID., *Incontri toscani sulla riforma. Appello per il referendum: distinguere le responsabilità di Governo dalla scelta costituzionale*, IV Seminario delle Università toscane sulla riforma costituzionale, 15 febbraio 2016.

**LA CLAUSOLA DI SUPREMAZIA STATALE
NEL DDL DI REVISIONE COSTITUZIONALE:
SI SCRIVE “INTERESSE NAZIONALE”, SI LEGGE
“INDIRIZZO POLITICO-GOVERNATIVO”**

di *Stefano Aru*

SOMMARIO: 1. Introduzione: contesto politico-costituzionale di riferimento e delimitazione del campo d'indagine; 2. La clausola di supremazia statale nel Ddl di revisione costituzionale Renzi-Boschi: le origini; 3. In mezzo al guado: un procedimento legislativo sbilanciato; 4. I presupposti di attivazione dell'intervento statale: a) l'astrattezza del concetto di unità giuridica ed economica; b) l'ermetismo dell'espressione “interesse nazionale”; 5. La costituzionalizzazione “amputata”, ovvero sulla misteriosa assenza di proporzionalità, adeguatezza e leale collaborazione; 6. Si scrive “interesse nazionale”, si legge “indirizzo politico-governativo”: alcune riflessioni critiche conclusive.

1. Introduzione: contesto politico-costituzionale di riferimento e delimitazione del campo d'indagine

Uno dei nodi principali del disegno di legge costituzionale in corso di approvazione nella XVII legislatura è, *sine dubio*, quello inerente alla revisione del Titolo V, Parte II, della Costituzione¹. Tale aspetto assume particolare rilievo in quanto – a poco più di dieci anni dalla precedente riforma costituzionale – si assiste ad un profondo ripensamento del rapporto Stato-Regioni. Difatti, se l'*intentio* del legislatore di revisione del 2001 era quella di espandere, attraverso il ribaltamento del sistema di attribuzione delle competenze, i margini di autonomia delle Regioni, l'attuale tentativo di riforma sembra pendere, di

¹ Si tratta, nello specifico, dell'AS 1429-D, recante «*Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della parte II della Costituzione*», approvato dal Senato della Repubblica, in sede di seconda deliberazione, in data 20 gennaio 2016.

converso, per una nuova centralizzazione delle funzioni, con un conseguente protagonismo “di ritorno” in favore dello Stato².

È estremamente significativa, in questi termini, la previsione nell’art. 31 del progetto di revisione costituzionale – modificativo dell’art. 117 Cost. – di una clausola di supremazia in forza della quale «su proposta del Governo, la legge dello Stato può intervenire in materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell’unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero la tutela dell’interesse nazionale».

In merito, si è detto, sia che la scelta insita nel citato art. 31 rappresenti nulla di più di un mero assestamento rispetto alla giurisprudenza della Corte costituzionale e che, pertanto, tale strumento non sia idoneo ad incidere sull’attuale rapporto Stato-Regioni³; sia, all’opposto, che la clausola in parola possa configurarsi quale atteso e indispensabile elemento di chiusura del sistema⁴.

² Sul punto si v. P. CARETTI, *Venti domande su Regioni e riforme costituzionali*, in *Le Regioni*, n. 1, 2015, p. 102, secondo cui più che di riforma dovremmo parlare di «controriforma» del Titolo V della Costituzione. Ad avviso di S. BARTOLE, *Cosa intende fare lo Stato delle Regioni?*, in *Le Regioni*, n. 1, 2015, p. 65, «le molte aperture del disegno per interventi centrali in campo regionale potrebbero essere lette come indici di un’alterazione del rapporto fra Stato e Regioni, non più configurabile in termini di autonomia e collaborazione, tant’è che le previsioni costituzionali in materia di collaborazione non si arricchiscono, ma in chiave di ausiliarità delle seconde a vantaggio strumentale delle politiche del primo, con conseguente espansione degli interventi statali volti a riconfigurare e ridefinire le competenze regionali in vista delle esigenze dello Stato centrale». Così, inoltre, G. FALCON, *La riforma costituzionale nello specchio del regionalismo (Editoriale)*, in *Le Regioni*, n. 1, 2015, p. 3, il quale osserva che le Regioni «sono al centro di entrambe le dimensioni del progetto di riforma: da una parte, nella riforma del bicameralismo, per *entrare* nel Senato; dall’altra, nella revisione del Titolo V, per *cedere poteri* allo Stato».

³ Si tratta della posizione sostenuta da R. BIN, *Coerenze e incoerenze del disegno di legge di riforma costituzionale: considerazioni e proposte*, in *Astrid-online*, n. 8, 2014, secondo cui «molte delle innovazioni che si vorrebbero introdurre all’art. 117 della Costituzione sono in larga parte già consolidate dalle sentenze della Corte costituzionale, per cui i trasferimenti di competenza a favore della potestà esclusiva dello Stato e l’introduzione della clausola di supremazia non mutano il quadro attuale, se non nel senso dell’assestamento di quanto già la Corte costituzionale ha elaborato».

⁴ Così, ad esempio, A. MORRONE, *Questioni di principio per la riforma costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 8, 2014, p. 3, il quale evidenzia che l’inserimento della clausola di supremazia e il nuovo riparto di competenze siano da ritenersi «una proposta che [...] corrisponde a ciò che la migliore dottrina di diritto regionale andava dicendo da tempo e che, soprattutto, cerca di superare l’esperienza infausta conosciuta dopo la riforma costituzionale del Titolo V del 2001». V., inoltre, A. ANZON, *Il progetto di riforma costituzionale del Governo Renzi: una sorpresa positiva*, in *Oss. Cost. AIC*, 2014, p. 9, secondo cui «questa clausola, da sempre contestata da chi vi vede uno strumento per comprimere arbitraria-

A nostro sommo avviso nessuna delle due tesi richiamate convince fino in fondo. Difatti riteniamo – e tenteremo in questa sede di dimostrarlo – che se è vero da un lato che può dirsi del tutto pertinente, in astratto, la scelta del legislatore di costituzionalizzare uno strumento che gli permetta di intervenire per la tutela delle indefettibili esigenze di carattere unitario; risulta parimenti vero, dall'altro lato, che, in concreto, così come formulata nell'art. 31 del Ddl di revisione costituzionale, la clausola di supremazia statale possa debordare dal ruolo per cui è stata teorizzata e tramutarsi *de facto* in un congegno in grado di incidere indebitamente, erodendola, sull'autonomia legislativa regionale, per finalità riconducibili al perseguimento e alla tutela dell'indirizzo politico di maggioranza⁵.

mente lo spazio legislativo delle Regioni, si deve considerare invece davvero indispensabile per garantire il corretto funzionamento del sistema data, appunto, la incontestabile impossibilità di una separazione rigida e netta delle competenze, e la incapacità di un assetto basato su di essa a garantire la realizzazione di esigenze unitarie anche imprevedibili e non predeterminabili specificamente». Infine, C. FUSARO, *A proposito del progetto di legge costituzionale del governo Renzi*, in *Astrid Rassegna*, n. 7, 2014, p. 12, ritiene che l'inserimento nell'art. 117, Cost., di una clausola di supremazia statale sia da accogliersi come un effettivo «contributo alla chiarezza».

Criticamente rispetto alla dottrina richiamata, v. G. M. SALERNO, *Il progetto di riforma costituzionale del Governo Renzi: qualche osservazione preliminare*, cit., p. 13, il quale ritiene che l'introduzione della clausola di supremazia «avrà l'esito opposto a quello prefigurato, ovvero di ridurre la conflittualità». Analogamente, v. L. VIOLINI, *Note sulla riforma costituzionale*, in *Le Regioni*, n.1, 2015, p. 308, la quale non condivide «per nulla l'entusiasmo che molti mostrano per la clausola di salvaguardia». A suo avviso, difatti, «essa finirà invece per funzionare con un *passpartout* per comprimere ogni tipo di autonomia regionale anche ove vi siano conflitti di natura politica tra governo nazionale e governi locali». Per L. ANTONINI, *Venti questioni su Regioni e riforme costituzionali*, in *Le Regioni*, n. 1, 2015, p. 49, il limite della clausola di supremazia, così come formulata allo stato, risiederebbe nell'omettere «alcuna possibilità di differenziazione per quelle realtà che dimostrino di avere usato efficacemente e in modo responsabile l'autonomia». In questo senso, la stessa «dovrebbe essere utilizzabile anche solo per alcune Regioni e non per tutte in modo uniforme».

In una posizione intermedia, a nostro avviso, può essere ascritta la soluzione interpretativa proposta da A. RUGGERI, *Una riforma che non dà ristoro a Regioni assetate di autonomia*, in *Le Regioni*, n. 1, 2015, p. 252, secondo cui la «discussa clausola di salvaguardia [...] in astratto può prestarsi ad una buona ovvero cattiva "collaborazione" tra Stato e Regioni. L'arma, insomma, come tutte le armi, è in sé neutra e tutto dipende pur sempre dall'utilizzo che in concreto se ne fa».

⁵ La letteratura in tema di indirizzo politico è vasta. Si v., almeno, P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Napoli, 1988; E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, ed. 2, 1968; M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985 e ID., *L'indirizzo politico nei moderni ordi-*

Per dimostrare quanto in seguito affermato, dopo aver rinvenuto le fonti ispiratrici della clausola in oggetto (§ 2), procederemo all'analisi dell'*iter* legislativo *ad hoc* concepito dal legislatore di revisione per l'attivazione e deliberazione della stessa (§ 3). Mostreremo, inoltre, per quali ragioni i presupposti sostanziali previsti nell'art. 31 del Ddl di revisione costituzionale non possano né configurarsi quale idoneo ancoraggio costituzionale degli interventi da parte del legislatore statale, né atteggiarsi ad efficaci strumenti di garanzia per la salvaguardia dell'autonomia regionale (§ 4, 5).

Da ultimo, focalizzeremo l'attenzione sulle ragioni dell'assenza, nella formulazione prevista nell'art. 31 del Ddl di revisione costituzionale, del richiamo alla proporzionalità, adeguatezza e leale collaborazione, parametri di sindacabilità che, introdotti nel corso degli anni dalla giurisprudenza costituzionale⁶, ci pare avessero contribuito al raggiungimento di un equilibrio – seppur delicato – tra l'indefettibilità della tutela delle istanze unitarie e la salvaguardia delle autonomie regionali (§ 6, 7).

2. La clausola di supremazia statale nel Ddl di riforma costituzionale Renzi-Boschi: le origini

Si tratta di capire, anzitutto, quali siano le ragioni che hanno indotto alla previsione, nell'art. 31 del progetto di riforma costituzionale, di una clausola di supremazia che funga da titolo d'intervento statale per la tutela delle esigenze di carattere infrazionabile⁷.

Al riguardo, un impulso forse decisivo è rinvenibile nella giurisprudenza, inerente al rapporto Stato-Regioni, immediatamente successiva all'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001.

namenti policentrici, in *Le forme di governo nei moderni ordinamenti policentrici. Tendenze e prospettive nell'esperienza costituzionale italiana e spagnola*, G. ROLLA (a cura di), Milano, 1991, p. 7 ss.

⁶ Il riferimento è, nello specifico, ai parametri di proporzionalità (e ragionevolezza), adeguatezza, e leale collaborazione rinvenibili nelle note sentenze n. 177 del 1988 e n. 303 del 2003 della Corte costituzionale.

⁷ Per una dettagliata analisi sui sistemi di tutela delle esigenze di carattere unitario nel modello statunitense si v., per tutti, C. BOLOGNA, *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, Bologna, 2010.

Difatti, come è ben noto, già con la sentenza n. 303 del 2003 emerse l'ineluttabile esigenza di fornire il legislatore statale di strumenti con cui garantire quelle istanze di carattere unitario che, «pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale, giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze»⁸. Detto in altri termini, si trattava di individuare dei «congegni volti a rendere più flessibile un disegno che, in ambiti nei quali coesistono, intrecciate, attribuzioni e funzioni diverse, rischierebbe di vanificare, per l'ampia articolazione delle competenze, istanze di unificazione presenti nei più svariati contesti di vita, le quali, sul piano dei principi giuridici, trovano un sostegno nella proclamazione di unità e indivisibilità della Repubblica»⁹.

In uno scenario siffatto, la soluzione più immediata e politicamente percorribile non poteva che configurarsi nel tentativo di elaborare, in sede di revisione costituzionale, una «riforma della riforma»¹⁰ che convertisse in diritto positivo le indicazioni che promanavano dalla giurisprudenza costituzionale e che avrebbero dovuto appunto incidere, riducendolo, sul contenzioso legislativo tra Stato e Regioni.

E difatti, soprattutto dopo la sentenza n. 303 del 2003 della Corte costituzionale, sono state presentate in Parlamento numerose proposte – tutte peraltro rilevatesi infruttuose – volte a innestare, nel Titolo V, Parte II, della Costituzione, meccanismi che fossero funzionali, almeno in apparenza, al soddisfacimento degli obiettivi *supra* richiamati.

⁸ V. Corte costituzionale, n. 303 del 2003, Punto 2.1 del *Considerato in diritto*. Con specifico riferimento alla sentenza in oggetto v., tra i tanti, i commenti di A. D'ATENA, *Le aperture dinamiche del riparto delle competenze, tra punti fermi e nodi non sciolti*, in *Le Regioni*, n. 4-5, 2008, p. 811 ss.; L. VANDELLI, *Esigenze unitarie e prospettive dinamiche della delimitazione delle competenze: qualche nota a margine delle sentenze nn. 303/2003 e 14/2004 della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 4-5, 2008, p. 883 ss.; I. RUGGIU, *Il principio di competenza tra flessibilizzazione ed esigenze unitarie nelle sentenze della Corte costituzionale n. 303 del 2003 e n. 14 del 2004*, in *Le Regioni*, n. 4-5, 2008, p. 865 ss.; V. ONIDA, *Applicazione flessibile e interpretazione correttiva del riparto di competenze in due sentenze storiche*, in *Le Regioni*, n. 4-5, 2008, p. 773 ss.; R. BIN, *Divagazioni sul ruolo del giudice (e della Corte costituzionale), a proposito di due sentenze di Carlo Mezzanotte*, in *Le Regioni*, n. 4-5, 2008, p. 801 ss.; P. CARETTI, *La Corte e la tutela delle esigenze unitarie: dall'interesse nazionale al principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, n. 2-3, 2004, p. 381 ss.; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 2-3, 2004, p. 578 ss.; L. VIOLINI, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa «concorrente», leale collaborazione e strict scrutiny*, in *Le Regioni*, n. 2-3, 2004, p. 587 ss.

⁹ V. Corte costituzionale, n. 303 del 2003, Punto 2.1 del *Considerato in diritto*.

¹⁰ Così, R. TOSI, *Riforma della riforma, potestà ripartita, interesse nazionale*, in *Le Regioni*, n. 4, 2003, p. 547 ss.

In effetti, dall'analisi delle più significative proposte di revisione costituzionale presentate alle Camere a partire dal 2003, emerge il tentativo di utilizzare le logiche della chiamata in sussidiarietà per favorire un vero e proprio riaccostamento della potestà legislativa in capo allo Stato.

Così, alcune proposte hanno cercato di introdurre – sul modello del previgente art. 127 Cost. – un controllo successivo e di merito nei confronti di quelle leggi regionali che avrebbero potuto apportare un pregiudizio per l'interesse nazionale della Repubblica. È il caso, per esempio, della previsione nell'art. 45 del testo bocciato in occasione del referendum costituzionale del 2006, il quale stabiliva che «il Governo, qualora ritenga che una legge regionale o parte di essa pregiudichi l'interesse nazionale della Repubblica, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione invita la Regione a rimuovere le disposizioni pregiudizievoli. Qualora entro i successivi quindici giorni il Consiglio regionale non rimuova la causa del pregiudizio, il Governo, entro gli ulteriori quindici giorni, sottopone la questione al Parlamento in seduta comune che, entro gli ulteriori quindici giorni, con deliberazione adottata a maggioranza assoluta dei propri componenti, può annullare la legge o sue disposizioni. Il Presidente della Repubblica, entro i successivi dieci giorni, emana il conseguente decreto di annullamento»¹¹.

Proposte come quella più sopra richiamata, risultavano chiaramente ispirarsi a un modello di regionalismo duale e contrappositivo, antitetico in rapporto a quello cooperativistico che, come è noto, caratterizza la legge costituzionale n. 3 del 2001¹². Si trattava, in sostanza, di

¹¹ Si fa riferimento, nello specifico, all'art. 45, rubricato “*leggi regionali e interesse nazionale*”, del testo pubblicato in Gazzetta ufficiale n. 269 del 18 novembre 2005 (“Testo di legge costituzionale approvato in seconda votazione a maggioranza assoluta, ma inferiore ai due terzi dei membri di ciascuna Camera, recante: «*Modifiche alla Parte II della Costituzione*»), modificativo dell'art. 127 della Costituzione. Sul tema si v. C. PADULA, *Principio di sussidiarietà verticale ed interesse nazionale: distinzione teorica, sovrapposizione pratica*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2006, p. 1 ss.

¹² Sul punto v. F. BENELLI, *La «smaterializzazione» delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2006, p. 13, secondo cui «l'entrata a regime della riforma del 2001» ha respinto con nettezza il regionalismo duale, «dimostrando la presenza di una tendenza opposta in cui le competenze dei due legislatori si sovrappongono. È uno dei risultati più tangibili del processo di smaterializzazione delle materie».

In senso contrario, v. A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Torino, 2002, p. 209, secondo la quale «è possibile enunciare con una certa sicurezza la conclusione che il nuovo disegno è ispirato

proposte che mal si confacevano rispetto a quel principio di leale collaborazione che, come ha avuto modo di ribadire a più riprese la Corte, deve «permeare di sé i rapporti istituzionali tra lo Stato e le Regioni»¹³.

Anche se in maniera meno esplicita, si sono ancorati a logiche analoghe i progetti di revisione orientati a introdurre in Costituzione non tanto un controllo a posteriori sulle leggi regionali, quanto una norma in grado di giustificare un intervento del legislatore statale volto a richiamare verso il centro, senza adeguate garanzie per le Regioni, le competenze legislative regionali¹⁴.

Così, in alcune di queste proposte il titolo d'intervento statale è privo della benché minima forma di tutela per l'autonomia legislativa regionale¹⁵; in altre, i pur presenti limiti – procedurali o sostanziali – alla chiamata in sussidiarietà statale, appaiono insufficienti.

Più in particolare, talune proposte – ritenendolo erroneamente sufficiente – si sono limitate a prevedere un particolare *iter* di attivazione del titolo d'intervento statale che, in qualche guisa, tenesse in debita considerazione il ruolo delle autonomie regionali¹⁶. Un esempio è costituito dall'AS 1416 dell'aprile 2014, contestuale, in termini di pre-

ad una impostazione fortemente caratterizzata nel senso della separazione/contrapposizione tra centro e periferia ed è perciò molto lontano dal modello... del federalismo/regionalismo cooperativo fondato sulla possibile integrazione delle competenze e sul loro esercizio in forma collaborativa».

¹³ In questi termini v., tra le tante, Corte costituzionale, n. 213 del 2006, Punto 9.6 del *Considerato in diritto*.

¹⁴ Per una minuziosa ricostruzione sul tema v. L. VANDELLI, *Voce "Interesse nazionale (dopo la riforma del 2001)"*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali II*, t. 2, p. 739 ss.

¹⁵ Ci riferiamo, nello specifico, all'AS 3520 del novembre 2012, (disegno di legge costituzionale presentato dall'allora Presidente del Consiglio Mario Monti, rubricato «*Disposizioni di revisione della Costituzione e altre disposizioni costituzionali in materia di autonomia regionale*»), il cui art. 2 statuiva che «nelle materie di legislazione concorrente le Regioni esercitano la potestà legislativa nel rispetto della legislazione dello Stato, alla quale spetta di disciplinare i profili funzionali all'unità giuridica ed economica...stabilendo, se necessario, un termine non inferiore a centoventi giorni per l'adeguamento della legislazione regionale». È evidente, in questi termini, come la scelta del legislatore di revisione di pre-determinare finanche un limite temporale entro il quale procedere all'adeguamento collida irrimediabilmente con il principio di salvaguardia dell'autonomia legislativa regionale.

¹⁶ Il riferimento è all'AS 1416 dell'aprile 2014, XVII Legislatura. Si tratta della proposta di legge costituzionale presentata dal senatore a vita M. Monti e dalla senatrice L. Lanzillotta, recante: «*Abolizione del bicameralismo paritario, riforma del Senato della Repubblica, disposizioni in materia di fonti del diritto e modifiche al Titolo V, Parte II della Costituzione in materia di autonomie territoriali*».

sentazione, al disegno di legge in questa sede commentato. In siffatta previsione, difatti, si stabiliva che «nelle materie di legislazione concorrente la Camera dei deputati, acquisito il voto favorevole del Senato, può adottare una disciplina uniforme nella misura in cui sia strettamente necessario alla tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica o alla realizzazione di equivalenti condizioni di vita nel territorio nazionale. Ove il voto reso dal Senato sia contrario, la Camera, su iniziativa del governo, delibera a maggioranza dei tre quinti dei presenti»¹⁷. Si prevedeva, inoltre, che tale norma sarebbe stata applicabile finanche «nelle materie di legislazione residuale», ma, in questo caso, nell'eventualità di un voto contrario del Senato, sarebbe stata necessaria una deliberazione «adottata a maggioranza dei tre quinti dei deputati»¹⁸.

La proposta richiamata, pertanto, condizionava l'attivazione del titolo d'intervento statale al solo rispetto di un *iter* procedimentale rinforzato, scontando così l'assenza di qualunque limite di carattere sostanziale in grado di porre un freno all'erosione delle competenze legislative regionali. Non era presente, ad esempio, alcun riferimento alla proporzionalità, adeguatezza e leale collaborazione, elementi la cui presenza avrebbe reso la previsione citata espressione di un maggior bilanciamento tra istanze unificanti e istanze autonomistiche.

In altri casi ancora, poi, il legislatore di revisione ha previsto solamente dei limiti di natura sostanziale¹⁹. Nell'AC 445 dell'aprile 2008, ad esempio, si stabiliva che, dopo il c. 4 dell'art. 117 Cost., venisse inserito il seguente: «con legge dello Stato, per assicurare il rispetto di norme internazionali...o quando lo richiedano la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare dei diritti civili e sociali, può essere stabilita una disciplina legislativa uniforme ed esaustiva, efficace per l'intero territorio nazionale, nelle materie di cui al comma terzo e quarto, nel rispetto del principio di leale collaborazione»²⁰. Nel

¹⁷ Così l'art. 34, rubricato “*Potestà legislativa delle Regioni*”, della proposta di legge costituzionale a firma Monti-Lanzillotta, AS 1416 dell'aprile 2014.

¹⁸ V. *supra*.

¹⁹ Si fa riferimento, nello specifico, alla proposta di legge costituzionale Zaccaria ed altri, AC 445 (aprile 2008), XVI Legislatura, rubricata: «*Modifiche all'articolo 117 della Costituzione, concernenti la determinazione della competenza legislativa dello Stato e delle Regioni*».

²⁰ Si tratta, segnatamente, dell'art. 2 della proposta di legge costituzionale Zaccaria ed altri, AC 445 (aprile 2008), rubricata: «*Modifiche all'articolo 117 della Costituzione, concernenti la determinazione della competenza legislativa dello Stato e delle Regioni*».

caso di specie, difatti, la tutela delle autonomie regionali sarebbe originata dal solo ossequio, da parte del legislatore statale, del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni, senza alcuna garanzia di carattere procedurale. Anche questa soluzione, dunque, avrebbe rischiato di consentire la chiamata in sussidiarietà delle competenze regionali senza adeguate garanzie e limiti per l'autonomia.

In sintesi, quindi, entrambe le proposte succitate presentavano degli evidenti punti di debolezza. La prima, difatti, pur prevedendo un *iter* procedimentale idoneo a valorizzare il ruolo delle autonomie regionali, scontava l'assenza di un esplicito riferimento a principi come la proporzionalità, l'adeguatezza e la leale collaborazione. La seconda, al contrario, pur presentando un richiamo – seppur generico – al principio di leale collaborazione, scontava l'assenza di un *iter* procedimentale che si traducesse in un pieno coinvolgimento delle autonomie regionali nel processo di tutela delle istanze unitarie.

Detto in altri termini, le proposte di revisione presentate risultano affette dalla medesima criticità, ovvero quella di consentire l'attrazione in sussidiarietà delle competenze regionali senza sufficienti garanzie, procedurali e sostanziali, in grado di impedire arbitrarie e incontrollabili tendenze “bulimiche” da parte dello Stato.

Ebbene, la clausola di supremazia statale prevista nel Ddl di revisione costituzionale Renzi-Boschi, non pare sottrarsi da siffatta problematicità. Ciò è rinvenibile, a ben osservare, dalla lettura congiunta dell'art. 31 e – soprattutto – dell'art. 10 del progetto di riforma²¹, in cui si stabilisce che «l'esame del Senato per le leggi che danno attuazione all'articolo 117, quarto comma, (*rectius*, clausola di supremazia), 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»²².

²¹ Occorre rammentare che all'art. 31 del disegno di legge di revisione costituzionale, AS 1429-D, nel testo approvato dal Senato, in sede di seconda deliberazione, in data 20 gennaio 2016, si prevede che «su proposta del Governo, la legge dello Stato può intervenire in materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero la tutela dell'interesse nazionale».

²² Il riferimento è all'art. 10 («Procedimento legislativo») dell'AS 1429-B, nel testo licenziato dal Senato in data 13 ottobre 2015.

Già ad una valutazione *prima facie*, emerge come il grado di tutela dell'autonomia legislativa regionale sotteso alla previsione richiamata sia da ritenersi del tutto inadeguato. Intanto, per l'assenza – in entrambi gli articoli – di qualsiasi riferimento testuale al rispetto, da parte del legislatore statale, dei principi di proporzionalità, adeguatezza e leale collaborazione. In secondo luogo, poiché riteniamo che la scelta di consentire, alla Camera dei deputati, di superare le eventuali modificazioni proposte dal Senato con un semplice voto a maggioranza assoluta, rischi di ridurre – in forza della nuova legge elettorale per la Camera n. 52 del 2015 – il ruolo del Senato, e quindi delle autonomie regionali, in una posizione marginale²³. In altri termini, i vincoli procedurali previsti, osservati da un punto di vista regionalistico, appaiono inidonei a valorizzare compiutamente l'apporto del Senato nei procedimenti di tutela delle esigenze di carattere unitario e quindi a garantire le autonomie regionali in esso rappresentate²⁴.

È evidente, infatti, che a seconda delle modalità attraverso le quali si costruisce il rapporto tra istanze unitarie e istanze autonomiste il rischio è che possano prevalere le prime sulle seconde o, per converso,

²³ Vale ricordare, a tal riguardo, che l'art. 2 del Ddl di revisione costituzionale (AS 1429-D), rubricato “*Composizione ed elezione del Senato della Repubblica*” e sostitutivo dell'art. 57 Cost., prevede che «Il Senato della Repubblica è composto da novantacinque senatori rappresentativi delle istituzioni territoriali e da cinque senatori che possono essere nominati dal Presidente della Repubblica. I Consigli regionali e i Consigli delle Province autonome di Trento e di Bolzano eleggono, con metodo proporzionale, i senatori tra i propri componenti e, nella misura di uno per ciascuno, tra i sindaci dei Comuni dei rispettivi territori. Nessuna Regione può avere un numero di senatori inferiore a due; ciascuna delle Province autonome di Trento e di Bolzano ne ha due. La ripartizione dei seggi tra le Regioni si effettua, previa applicazione delle disposizioni del precedente comma, in proporzione alla loro popolazione, quale risulta dall'ultimo censimento generale, sulla base dei quozienti interi e dei più alti resti. 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. Con legge approvata da entrambe le Camere sono regolate le modalità di attribuzione dei seggi e di elezione dei membri del Senato della Repubblica tra i consiglieri e i sindaci, nonché quelle per la loro sostituzione, in caso di cessazione dalla carica elettiva regionale o locale. I seggi sono attribuiti in ragione dei voti espressi e della composizione di ciascun Consiglio».

²⁴ Più in generale, sul rapporto tra Camera e Senato nel quadro della riforma costituzionale v. P. CIARLO – G. PITRUZZELLA, *Monocameralismo: unificare le due Camere in un unico Parlamento della Repubblica*, in *Osservatorio costituzionale Aic*, n. 1, 2013, 1, secondo i quali «una volta che si riconoscesse solo ad una camera...la signoria sul procedimento legislativo, fatalmente l'altra verrebbe costruita e percepita, non tanto come una seconda camera, quanto come una “camera secondaria”».

e auspicabilmente, essere oggetto di un ragionevole equilibrio. Da questo punto di vista – come vedremo – la clausola di supremazia prevista nell’art. 31 del progetto di riforma costituzionale sembra procedere in direzione opposta rispetto al modello prefigurato nella nota sentenza n. 303 del 2003 della Corte e consolidato nella giurisprudenza successiva. E in effetti, mentre da quest’ultima affiora un compiuto bilanciamento tra istanze unificanti e istanze autonomistiche, dalla formulazione della clausola di supremazia statale sembra emergere una visione stato-centrica che attraversa, a ben osservare, l’intero disegno di revisione costituzionale in *itinere*²⁵.

Ciò, tuttavia, non può essere immune da conseguenze. Difatti, il pericolo è che un così profondo squilibrio a favore delle istanze unificanti, oltre a generare un evidente detrimento dell’autonomia legislativa regionale, possa determinare un mutamento, nei presupposti e nelle finalità, della clausola di supremazia statale. Così, quest’ultima, da strumento volto alla tutela delle esigenze di carattere unitario, si potrebbe trasformare in un meccanismo, nelle mani del Governo e della maggioranza parlamentare, di imposizione di fatto del proprio indirizzo politico.

3. In mezzo al guado: un procedimento legislativo sbilanciato

Si procederà ora all’analisi dell’*iter* legislativo, prefigurato nel Ddl di revisione costituzionale, per l’attivazione e deliberazione della clausola di supremazia, con l’obiettivo di metterne in rilievo luci (poche) e ombre (molte).

Primariamente, mette conto osservare che nel disegno di legge di riforma costituzionale è prevista, tra le altre cose, una organica revisione dell’art. 70, Cost., ovvero una rivisitazione *ex novo* del procedimento legislativo elaborato dai Costituenti²⁶.

²⁵ Sul punto si v., condivisibilmente, G. C. DE MARTIN, *L’autonomia e le differenziazioni regionali. I nodi pendenti*, in *Riv. Aic*, p. 6, il quale ha parlato di «deriva statocentrica... che si va sancendo nella riforma costituzionale». V., inoltre, A. RUGGERI, *Una riforma che non dà ristoro a Regioni assetate di autonomia*, cit., p. 244, secondo cui il «disegno Renzi risulta animato da una vistosa e marcata vocazione centralistica».

²⁶ Per una puntuale ricostruzione dei diversi *iter* legislativi previsti v. M. CAVINO, *Corte costituzionale e potenziale sviluppo del contenzioso sui vizi formali degli atti legislativi*, Relazione al seminario organizzato dal Gruppo di Pisa il 23 Ottobre 2015 sul tema “Corte costi-

Ebbene, con puntuale riferimento all'art. 10 del Ddl di riforma costituzionale – modificativo dell'art. 70 Cost. – la più autorevole dottrina ha parlato di una «tendenziale tripartizione»²⁷ dei procedimenti legislativi.

In questi termini, alcune leggi verrebbero deliberate tramite un procedimento bicamerale paritario, con l'approvazione finale in identico testo da parte di entrambi i rami del Parlamento²⁸.

Tutte le altre, invece, sarebbero assoggettate a un *iter* legislativo caratterizzato da un ruolo prevalente della Camera dei deputati. Difatti, nell'art. 10 del Ddl di revisione costituzionale si statuisce che «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... può deliberare proposte di modificazione del testo, sulle quali la Camera dei deputati si pronuncia in via definitiva. Qualora il Senato... non disponga di procedere all'esame o sia inutilmente decorso il termine per deliberare, ovvero

zionale e riforma della Costituzione», www.gruppodipisa.it, p. 3; E. ROSSI, *Procedimento legislativo e ruolo del Senato nella proposta di revisione della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 1, 2015, p. 203 ss.; v., inoltre, R. ROMBOLI, *Le riforme e la funzione legislativa*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015, p. 4 ss.

²⁷ In questi termini si v. S. BARTOLE, *Cosa intende fare lo Stato delle Regioni?*, cit., p. 60.

²⁸ Nell'art. 10 del progetto di revisione costituzionale, AS 1429-D, modificativo dell'art. 70 Cost., si stabilisce che «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».

Con riferimento a tale gruppo di leggi R. ROMBOLI, *Le riforme e la funzione legislativa*, cit., p. 6, ha osservato che «le ipotesi in cui la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere debbono ritenersi tassative, mancando il riferimento a *altre ipotesi previste nella Costituzione*».

quando la Camera dei deputati si sia pronunciata in via definitiva, la legge può essere promulgata».

Infine, il terzo procedimento contemplato nell'art. 10 del disegno di legge di revisione è quello congegnato *ad hoc* dal legislatore per l'attivazione e deliberazione della clausola di supremazia statale. Più precisamente – come già anticipato *supra* – si stabilisce che «l'esame del Senato per le leggi che danno attuazione all'articolo 117, quarto comma, (*rectius*, alla clausola di supremazia), 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».

Rispetto all'*iter* previsto per l'attivazione della clausola di supremazia statale, la dottrina sembra essersi sostanzialmente divisa: taluni, difatti, hanno ritenuto del tutto appropriata la scelta compiuta dal legislatore²⁹; altri, in direzione opposta, hanno sostenuto che sarebbe stato preferibile ascrivere la legge di attivazione della clausola in parola tra quelle soggette al procedimento bicamerale paritario, così da garantire un adeguato coinvolgimento delle autonomie regionali³⁰; altri ancora,

²⁹ Si fa riferimento alla posizione sostenuta da E. GIANFRANCESCO, *Regioni e riforma costituzionale: alcuni (non pochi) profili problematici*, in *Le Regioni*, n. 1, 2015, p. 175, il quale ha ritenuto «condivisibile l'allocatione dal punto di vista procedimentale della clausola nella sede delle leggi a prevalenza della Camera dei Deputati, sia pure a maggioranza assoluta e dietro deliberazione a maggioranza assoluta delle proposte emendative da parte del Senato».

³⁰ Così S. LIETO, *Sullo stato di avanzamento della riforma del bicameralismo*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2014, p. 26, la quale ha osservato che «sarebbe stata forse proprio l'ipotesi dell'interesse nazionale una fattispecie rispetto alla quale prevedere un ruolo legislativo del Senato paritario rispetto a quello della Camera dei deputati». Nella medesima direzione v. M. OLIVETTI, *Alcune osservazioni sulla riforma del Senato e del Titolo V nel disegno di legge costituzionale n. 1429, approvato dal Senato l'8 agosto 2014*, cit., p. 23, secondo cui sarebbe stato preferibile che «l'esercizio della clausola di supremazia fosse condizionato all'assenso del Senato, rappresentativo delle istituzioni territoriali». Analogamente, U. DE SIERVO, *Risposte a «Venti domande sulle riforme costituzionali»*, in *Le Regioni*, n. 1, 2015, p. 148, ha osservato che sarebbe stata consigliabile un'«apposita legge bicamerale». Dello stesso avviso, infine, G. TARLI BARBIERI, *Venti questioni su Regioni e riforme costituzionali*, in *Le Regioni*, n. 1, 2015, p. 268, e L. VANDELLI, *Qualche appunto e qualche osservazione sulla riforma costituzionale approvata dal Senato*, in *Le Regioni*, n. 1, 2015, p. 293. Secondo quest'ultimo, sarebbe stato preferibile che la partecipazione del Senato venisse configurata «non come meramente eventuale ma come generale e necessaria, secondo la soluzione adottata in Germania».

infine, avrebbero preferito ricondurla all'interno della tipologia con ruolo prevalente della Camera dei deputati³¹.

Ora, dai sostenitori dell'ultima posizione richiamata, è stato obiettato che, così come configurato nel progetto di revisione costituzionale, il procedimento previsto per l'attivazione della clausola di supremazia attribuisca al Senato un ruolo troppo incisivo e che sarebbe stato preferibile evitare di sottoporre al possibile veto dello stesso la disciplina delle istanze di carattere unitario³². Si è finanche argomentato, in questi termini, che sarebbe stato consigliabile non richiedere alla Camera, per poter disattendere le modifiche proposte dal Senato, un voto a maggioranza assoluta, bensì a maggioranza relativa, come previsto, appunto, in relazione al procedimento legislativo con ruolo prevalente della Camera dei deputati³³.

Ci pare, diversamente, e tenteremo di dimostrarlo, che la soluzione procedimentale delineata nel Ddl di revisione costituzionale non soddisfi le esigenze del regionalismo cooperativo e che, al contrario, determini uno sbilanciamento eccessivo a favore dello Stato. Quanto affermato deriva da una serie di considerazioni³⁴. Intanto, giova rilevare

³¹ In questi termini v. V. LIPPOLIS, *Audizione presso la Commissione affari costituzionali della Camera dei deputati del 9 ottobre 2014*, secondo cui il particolare iter predisposto per la clausola di supremazia «conferirebbe al Senato un potere interdittivo rispetto alla disciplina di situazioni nelle quali si manifesta l'esigenza di superare l'ordinario riparto di competenze».

³² Così V. LIPPOLIS, *Audizione presso la Commissione affari costituzionali della Camera dei deputati*, cit.

³³ Sul punto C. FUSARO, *Venti questioni su Regioni e riforme costituzionali*, in *Le Regioni*, n. 1, 2015, p. 160, ha sostenuto che sarebbe stata auspicabile «una congrua riduzione o meglio abolizione delle leggi riguardo alle quali la Camera debba pronunciarsi a maggioranza assoluta per superare l'opposizione del Senato». Al limite, prosegue l'Autore, si sarebbe potuto optare per una «semi-generalizzata potestà di richiamo (da parte di una consistente minoranza, o addirittura della maggioranza del Senato) sempre superabile però da parte della Camera a maggioranza ordinaria».

³⁴ Riferendosi nello specifico al procedimento legislativo prefigurato per l'attivazione e deliberazione della clausola di supremazia statale, R. ROMBOLI, *Le riforme e la funzione legislativa*, cit., p. 9, ha osservato come la formulazione dello stesso non risulti affatto «impeccabile». E in effetti, l'art. 10 del progetto di revisione costituzionale presenta numerosi profili problematici, sia in relazione a ciò che la previsione stabilisce sia, e soprattutto, in relazione a ciò che la stessa omette di stabilire.

Con riferimento alle criticità relative a ciò che l'art. 10 del progetto di revisione costituzionale stabilisce v. E. ROSSI, *Procedimento legislativo e ruolo del Senato nella proposta di revisione della Costituzione*, cit., p. 221, il quale si è interrogato sulla vincolatività di quella parte dell'enunciato in cui si statuisce che «l'esame del Senato per le leggi che danno attuazione all'articolo 117, quarto comma, è disposto nel termine di dieci giorni dalla data di

trasmissione». Al riguardo, l'Autore ritiene che l'inciso «è disposto» non debba essere interpretato come prescrittivo di un obbligo nei confronti del Senato. Anche perché, se così non fosse, «non avrebbe senso prevedere un termine [dieci giorni] per *decidere di disporre l'esame*: se questo fosse obbligatorio, non vi sarebbe nulla da deliberare al riguardo».

V., inoltre, R. ROMBOLI, *Le riforme e la funzione legislativa*, cit., p. 9, il quale ha riflettuto sulla possibilità per il Senato di proporre delle modifiche, al testo trasmesso dalla Camera, con il supporto di un voto a maggioranza relativa, nonostante l'art. 10 del disegno di legge preveda che «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». Secondo l'Autore, tale opzione deve ritenersi concreta. In questi termini, sarebbe possibile per il Senato «presentare emendamenti anche a maggioranza semplice, mentre l'effetto indicato, necessità della camera di respingere le modifiche a maggioranza assoluta, sarà valido solo per le proposte senatoriali approvate a maggioranza assoluta».

Con riferimento invece a ciò che l'art. 10 del disegno di legge omette di statuire, si tratta di capire, per esempio, quali possano essere, in punto di diritto, le conseguenze derivanti dall'eventualità in cui la Camera dei deputati, non raggiungendo nella votazione finale la maggioranza assoluta dei propri componenti, non riesca a discostarsi dalle modifiche proposte dal Senato. In merito, la scelta sullo strumento interpretativo da adottare incide notevolmente sulle conclusioni alle quali successivamente pervenire. Difatti, adoperando il parametro letterale si potrebbe ipotizzare che, qualora la maggioranza non raggiungesse la soglia prevista nella disposizione, il disegno di legge dovrebbe intendersi approvato con le modifiche al testo proposte dal Senato. In questo senso v. la ricostruzione operata da E. ROSSI, *Procedimento legislativo e ruolo del Senato nella proposta di revisione della Costituzione*, cit., p. 222, il quale osserva che dalla formulazione delle due disposizioni potremmo essere ragionevolmente indotti a ritenere che «nel caso in cui la Camera *non si conformi* la proposta del Senato si deve intendere accolta e, di conseguenza, la legge modificata». Tuttavia, aggiunge l'Autore, «anche ammettendo che questa ricostruzione sia corretta, si porrebbe un ulteriore interrogativo: se la Camera non riesce a respingere le proposte senatoriali a maggioranza assoluta, e di conseguenza queste divengano parte del disegno di legge, il testo finale dovrà comunque essere definitivamente approvato dalla Camera, oppure esso dovrà essere promulgato come riformulato dal Senato?».

Una soluzione siffatta verrebbe suffragata, a ben riflettere, dalla comparazione tra la formulazione del procedimento legislativo con ruolo prevalente della Camera e quello *ad hoc* per la clausola di supremazia statale. Invero, mentre con riferimento al primo si prevede che «il Senato della Repubblica può deliberare proposte di modificazioni del testo, sulle quali la Camera si pronuncia in via definitiva», nel secondo si statuisce, così in astratto vincolandola, che la Camera «può non conformarsi alle modificazioni proposte dal Senato..., solo pronunciandosi nella votazione finale a maggioranza assoluta dei propri componenti». Una ricostruzione di questo tipo, pur confortata dall'argomento testuale, non può convincere fino in fondo. Al contrario riteniamo che, nella fattispecie, sia da preferirsi l'adozione del parametro interpretativo dell'*intentio legislatoris* il quale, a uno sguardo più attento, sembrerebbe condurre ad una conclusione opposta, ovvero nel senso che il disegno di legge debba intendersi respinto.

In questi termini v., ad esempio, E. CATELANI, *Venti risposte, o quasi, su Regioni e riforme costituzionali: occorre ancora fare chiarezza sul ruolo dello Stato e delle Regioni*, cit., p. 113, la quale ritiene, con riferimento alla parte dell'art. 10 del progetto di revisione disci-

che dall'analisi dei lavori parlamentari emerge come, mentre la formulazione della clausola di supremazia prevista nell'art. 31 del Ddl di revisione costituzionale è rimasta sostanzialmente immutata, altrettanto non possa dirsi con riferimento all'art. 10 del Ddl, ovvero ai singoli passaggi necessari per la sua concreta attivazione³⁵. E difatti, nella versione licenziata in prima lettura al Senato, non si prevedeva per quest'ultimo alcun termine temporale entro il quale disporre l'esame del testo trasmesso dalla Camera e, ancor di più, nulla si diceva in merito alla necessità di una deliberazione delle eventuali proposte di modifica – sempre da parte del Senato – con il supporto di un voto a maggioranza assoluta dei propri componenti³⁶. Un siffatto aggrava-

plinante il procedimento di attivazione della clausola, che «ciò che si intende introdurre è la non approvazione di quella legge che non ha ottenuto il consenso della maggioranza qualificata prevista della Camera». Nella stessa direzione, v. M. D'AMICO, *Audizione presso la Commissione affari costituzionali della Camera dei Deputati, sul disegno di legge costituzionale approvato in prima deliberazione dal Senato della Repubblica l'8 agosto 2014*, ottobre 2014, in *Osservatorio costituzionale AIC*, p. 9, secondo cui l'effetto sarebbe «la non promulgazione del disegno di legge», oppure, M. OLIVETTI, *Alcune osservazioni sulla riforma del Senato e del Titolo V nel disegno di legge costituzionale n. 1429, approvato dal Senato l'8 agosto 2014*, cit., p. 13, il quale ritiene che «il progetto di legge dovrebbe intendersi abbandonato». Ancora, R. ROMBOLI, *Le riforme e la funzione legislativa*, cit., 10, secondo cui «l'ipotesi nella quale la proposta di modificazione, approvata a maggioranza assoluta dal Senato, non venga respinta con voto a maggioranza assoluta della Camera, parrebbe meglio far concludere per la mancata approvazione della legge e quindi per la impossibilità di procedere alla sua promulgazione e, nel caso in cui invece lo fosse, la legge sarebbe impugnabile davanti alla Corte costituzionale per vizio di procedimento». Da ultimo, A. PISANESCHI, *Brevi osservazioni sul potere di "rinvio" del Senato nel disegno di legge di revisione della Costituzione*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2, 2014, p. 2 ss., il quale ha osservato che «se la Camera non approva il testo del Senato e non raggiunge la maggioranza assoluta sul proprio testo, la legge non può essere promulgata».

³⁵ A dire il vero, nel testo deliberato dal Senato nell'Agosto del 2014, AS 1429, è stato eliminato il riferimento alla realizzazione di programmi e riforme quale presupposto per l'attivazione della clausola di supremazia. Tale modifica intervenuta è da ritenersi appropriata poiché, come è stato acutamente argomentato in dottrina, consentire il ricorso alla clausola di supremazia per la realizzazione degli intenti programmatici, avrebbe avuto quale possibile conseguenza quella di fornire al legislatore l'arma della auto-qualificazione legislativa che gli avrebbe garantito un titolo di intervento troppo esteso e, di conseguenza, avrebbe obbligato «la Corte ad individuare di volta in volta, in modo pressoché discrezionale, un non facile punto di equilibrio». In questi termini, G. M. SALERNO, *Il progetto di riforma costituzionale del Governo Renzi: qualche osservazione preliminare*, in *Federalismi.it*, n. 8, 2014, p. 14.

³⁶ Difatti, nel testo licenziato in prima deliberazione dal Senato, AS 1429 (8 agosto 2014), si prevedeva solamente che la Camera dei deputati potesse non conformarsi alle

mento procedurale rende più difficile, chiaramente, la partecipazione del Senato ai processi di tutela dell'unità giuridica ed economica e dell'interesse nazionale.

Le modificazioni apportate durante i lavori parlamentari, dunque, paiono porsi, osservate da un punto di vista sistematico, a vantaggio della maggioranza parlamentare alla Camera e, di riflesso, del Governo espressione della medesima. A voler seguire fino in fondo tale ragionamento, emerge come il rispetto dell'autonomia legislativa regionale, nel Ddl di revisione in esame, rischi di essere lasciato alla «totale discrezionalità dell'Esecutivo e che il processo di rafforzamento di questo proceda in parallelo con la flessibilizzazione delle attribuzioni regionali»³⁷.

Ma c'è di più. Difatti, riteniamo che un'analisi sistematica sul tema non possa prescindere da indagare quali possano essere, in una prospettiva *de iure condendo*, le interconnessioni tra l'iter di attivazione e deliberazione della clausola in oggetto e la nuova legge elettorale – n. 52 del 2015 – per la Camera dei deputati che entrerà in vigore a partire dal 2016³⁸. Come è ben noto, questa garantirà alla lista vincente una maggioranza così ampia (*rectius*, blindata) da indurci a ritenere che, le eventuali modificazioni proposte dal Senato, potranno essere disattese abbastanza agevolmente³⁹.

Detto in altri termini, gli scenari realisticamente ipotizzabili rispetto al funzionamento congiunto tra la clausola di supremazia e la legge elettorale n. 52 del 2015 risultano in concreto due. In un primo caso, ovvero nelle situazioni di affinità tra la maggioranza alla Camera e quella al Senato, il problema non si porrebbe nemmeno, giacché ci sembra da escludere l'ipotesi per cui il nostro sistema di rappresentan-

modificazioni proposte dal Senato solo pronunciandosi nella votazione finale a maggioranza assoluta dei suoi componenti.

³⁷ In questo senso v., condivisibilmente, S. BARTOLE, *Cosa intende fare lo Stato delle Regioni?*, in *Le Regioni*, n. 1, 2015, p. 66.

³⁸ Sulla necessità di analizzare congiuntamente il progetto di revisione costituzionale e la legge elettorale n. 52 del 2015 v. T. F. GIUPPONI, *Legge elettorale, riforma costituzionale e forma di governo*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015, p. 2.

³⁹ Secondo R. BIFULCO, *Osservazioni sulla riforma del bicameralismo (d.d.l. cost. A.C. 2613-A)*, in *Le Regioni*, n. 1, 2015, p. 79 ss., se è vero che la soggezione al procedimento legislativo di cui all'art. 10 del progetto di revisione costituzionale comporta «un aggravamento per la deliberazione della Camera», tuttavia, «la nuova legge elettorale dovrebbe assicurare al partito vincente i numeri per garantirsi questa maggioranza».

za politica possa *ex abrupto* disancorarsi dalle tradizionali dinamiche di partito, dovendosi viceversa ritenere plausibile che il Senato si muoverà secondo logiche di stretta appartenenza partitica e, dunque, in sintonia con la Camera dei deputati. Di converso, come già *supra* argomentato, pur ammettendo che le stesse possano divergere, ci pare che il sistema elettorale messo a punto per la Camera garantirà alla maggioranza un numero di deputati in grado di superare, con relativa facilità, le eventuali proposte di modificazione presentate – con un voto a maggioranza assoluta – dal Senato.

Orbene, i numerosi profili di criticità emersi, non possono che condurci a concludere nel senso che la soluzione più congrua al fine di non estromettere *de facto* il Senato dai processi di tutela delle esigenze di carattere unitario, sarebbe stata quella di ascrivere la legge di attivazione della clausola di supremazia tra quelle deliberabili con il procedimento bicamerale paritario e non attraverso un *iter*, come quello previsto, sbilanciato con evidenza a favore dello Stato. Riteniamo, difatti, che, tra quelli previsti, il procedimento legislativo bicamerale, presupponendo un coinvolgimento paritario del Senato, sarebbe stato senza dubbio il più idoneo, da un lato, a valorizzarne adeguatamente il ruolo e, dall'altro, a garantire compiutamente le autonomie regionali⁴⁰.

⁴⁰ In tal senso v. G. TARLI BARBIERI, *Venti questioni su Regioni e riforme costituzionali*, cit., p. 268, il quale ha osservato che «la scelta di inserire la legge con la quale attivare la clausola di supremazia tra quelle per cui la Camera dei deputati può non conformarsi alle eventuali modificazioni proposte dal Senato ma solo a maggioranza assoluta dei componenti pronunciandosi a sua volta nella votazione finale a maggioranza assoluta dei componenti [...] appare sorprendente soprattutto a seguito delle modifiche apportate al testo di riforma da parte della Camera, e in particolare all'ampliamento del numero delle leggi approvate con procedimento bicamerale». In effetti, a ben osservare, nella prima formulazione dell'art. 10 del progetto di revisione costituzionale, AS 1429, si prevedeva che la funzione legislativa venisse esercitata collettivamente dalle due Camere limitatamente alle leggi di revisione della Costituzione e alle altre leggi costituzionali, alle leggi di attuazione delle disposizioni costituzionali in materia di tutela delle minoranze linguistiche, di referendum popolare, alle leggi che danno attuazione all'articolo 117, c. 2, lettera p), alla legge di cui all'articolo 122, c. 1, e negli altri casi previsti dalla Costituzione. Tuttavia, già nella versione licenziata in prima lettura dalla Camera (C. 2613, poi AS 1429-B) si prevedeva che si seguisse il tradizionale procedimento bicamerale «per le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali, e ... 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

4. I presupposti di attivazione della clausola di supremazia statale:

a) l'astrattezza del concetto di unità giuridica ed economica

L'art. 31 del Ddl di revisione costituzionale condiziona l'attivazione della clausola di supremazia statale alla sussistenza di due presupposti sostanziali, tra loro alternativi, ovvero l'unità giuridica ed economica e l'interesse nazionale. Ad uno sguardo attento della previsione emerge come il legislatore riformatore abbia optato, rispetto al primo, per la riproposizione della formula prevista, in materia di poteri sostitutivi statali, all'art. 120, c. 2, Cost.; rispetto al secondo, per la rievocazione esplicita dell'istituto dell'interesse nazionale⁴¹.

Con riferimento al parametro dell'unità giuridica ed economica, occorre rilevare come già dai molteplici studi condotti sul potere sostitutivo statale trapeli una persistente difficoltà ad individuarne un'accezione del tutto pacifica e compiuta. Difatti, se per taluni con l'espressione *unità giuridica ed economica* ci si riferisce «ad ipotesi di gravi violazioni della Costituzione da parte di specifiche Regioni, ri-

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».

⁴¹ Il c. 2 dell'art. 120, Cost., dispone che «Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'*unità giuridica* o dell'*unità economica* e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali. La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione».

Sulla possibile sovrapposizione tra l'art. 31 del Ddl di revisione costituzionale e il c. 2 dell'art. 120, Cost., v. F. PALERMO, *Diagnosi errata e terapia inefficace. Le Regioni nella riforma costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, p. 7, il quale osserva che «non è dato di riscontrare un ordinamento composto in cui la stessa clausola di supremazia sia presente due volte». Inoltre, prosegue l'Autore, «ciò che il nuovo art. 117, c. 4, aggiunge rispetto all'art. 120, c. 2, è la reintroduzione della categoria politica dell'interesse nazionale quale criterio derogatorio del riparto giuridico di competenze costituzionalmente garantite».

spetto al riparto di poteri stabilito dall'art. 117»⁴², per altri la stessa andrebbe scissa in due parti, in quanto in grado ciascuna di essere investita di un significato autonomo rispetto all'altra.

In questi termini, si è detto che per *unità giuridica* si debba intendere «la coerenza del diritto oggettivo, come non contraddittorietà tra i suoi elementi costitutivi»⁴³, o ancora, «non solo l'esigenza indefettibile di coerenza interna dell'ordinamento, ma anche l'interesse primario alla certezza del diritto»⁴⁴. Per quanto concerne invece l'*unità economica*⁴⁵, taluni hanno ritenuto che essa rappresenti il fondamento dell'intervento statale finalizzato a «colpire le inerzie in grado di alterare le potenzialità del sistema economico nazionale, a cominciare dai rapporti con i sistemi economici di altri Paesi»⁴⁶; talaltri, invece, ne hanno rinvenuto quella funzione di «guida della politica economica e finanziaria del Paese» dalla quale la Repubblica «non può in nessun modo abdicare»⁴⁷. Infine chi, preferendo ancorare siffatte espressioni a limiti già conosciuti dell'autonomia legislativa regionale, ha ritenuto opportuno agganciarle, la prima, «ai principi generali dell'ordinamento giuridico» e, la seconda, «alle norme fondamentali delle riforme economico-sociali»⁴⁸.

Quale che sia la ricostruzione preferibile, in questa sede occorre rilevare come tali presupposti (sempreché li si intenda di per sé autonomi) rappresentino – a ben riflettere – «più un problema interpretativo che una soluzione»⁴⁹. Un simile punto di vista è stato suffragato dalla stessa giurisprudenza costituzionale che, chiamata a definire i contenuti della locuzione *unità giuridica ed economica*, si è preoccupata più di ricondurla a solide fondamenta costituzionali che di deli-

⁴² Così G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 6, 2001, p. 1262.

⁴³ In tal senso v. Q. CAMERLENGO, voce «Potere sostitutivo» (*Dir. cost.*), in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg., III, Tomo II, 2008, p. 657.

⁴⁴ In questi termini v. F. CINTIOLI, *Unità giuridica ed economica o interesse nazionale?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2002, p. 89.

⁴⁵ Sul tema v. *amplius* Q. CAMERLENGO, *La tutela dell'unità economica nello Stato autonomista italiano*, in *Le Regioni*, n. 5-6, 2014, p. 977 ss.

⁴⁶ V. Q. CAMERLENGO, voce «Potere sostitutivo» (*Dir. cost.*), cit., p. 657.

⁴⁷ Così F. CINTIOLI, *Unità giuridica ed economica o interesse nazionale?*, cit., p. 89.

⁴⁸ In questi termini v. C. MAINARDIS, *Il nuovo regionalismo italiano e i poteri sostitutivi: una riforma con (poche) luci e (molte) ombre*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2001, p. 3.

⁴⁹ Così si è espresso G. FALCON, *Il nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, n. 1, 2001, p. 12.

nearne adeguatamente il significato. E difatti, nella sentenza n. 43 del 2004, il Giudice costituzionale ebbe a dire che, con riferimento «all'unità giuridica e all'unità economica, quale che ne sia il significato, si tratta all'evidenza del richiamo ad interessi "naturalmente" facenti capo allo Stato, come... responsabile del mantenimento della unità e indivisibilità della Repubblica garantita dall'articolo 5 della Costituzione»⁵⁰.

Il primo presupposto sostanziale di attivazione esaminato, dunque, presenta un «contenuto estremamente generico»⁵¹, per cui è concreto il rischio che il legislatore statale, proprio per l'estrema vaghezza semantica della formula, possa adoperarlo per incidere, erodendole *ad libitum*, sulle competenze legislative regionali. Solamente la Corte costituzionale potrà al limite discernere, *ex post* e caso per caso, cosa sia meritevole, e cosa meno, di essere ricondotto all'alveo dell'unità giuridica ed economica.

b) l'ermetismo dell'espressione "interesse nazionale"

Analoghe considerazioni, a nostro avviso, possono essere estese con riferimento all'interesse nazionale, secondo presupposto di attivazione della clausola di supremazia statale. In altre parole, ci pare che quest'ultimo, parimenti al caso dell'unità giuridica ed economica, possa inverarsi in un *escamotage* nelle mani del legislatore statale grazie al quale poter comprimere *ad nutum* i margini di autonomia regionale.

Ora, per meglio capire il significato dell'espressione "interesse nazionale" può essere utile richiamare l'autorevole dibattito dottrinale svoltosi tra gli anni Sessanta e Settanta sul punto. Ciò ci permetterà, per di più, di rintracciare il substrato politico-culturale sul quale pog-

⁵⁰ Si v. Corte costituzionale n. 43 del 2004, Punto 3.3 del *Considerato in diritto*. Sulla sentenza in oggetto, v. i commenti di R. DICKMANN, *La Corte riconosce la legittimità dei poteri sostitutivi regionali (Osservazioni a Corte costituzionale, 27 gennaio 2004, n. 43)*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2004; T. GROPPI, *Nota alla sentenza n. 43 del 2004*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2004; S. PARISI, *Sui poteri sostitutivi dopo la sentenza n. 303/2003*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2004; F. MERLONI, *Una definitiva conferma della legittimità dei poteri sostitutivi regionali*, in *Le Regioni*, n. 4, 2004, p. 1074 ss.; G. MARAZZITA, *I poteri sostitutivi fra emergency clause e assetto dinamico delle competenze*, in *Le Istituzioni del federalismo*, n. 5, 2005.

⁵¹ Così Q. CAMERLENGO, voce *Potere sostitutivo (Dir. cost.)*, cit., p. 656 ss., che osserva come tali presupposti sostanziali condividono la «comune aspirazione a preservare l'integrità di interessi infrazionabili».

gia la concezione di interesse nazionale assunta, con riferimento alla clausola di supremazia, dal legislatore di revisione costituzionale.

Ebbene, volgendo per un attimo lo sguardo al passato è possibile rinvenire due orientamenti dottrinali tra loro intimamente eterogenei⁵²: così, da una parte si sostenne che l'interesse nazionale dovesse essere ancorato alla volontà politica della contingente maggioranza parlamentare, e quindi, alle dinamiche che sottendono il rapporto tra Governo e Parlamento⁵³; dall'altra, si ritenne, per converso, che lo stesso dovesse intendersi svincolato rispetto all'indirizzo politico governativo e della maggioranza e che riguardasse, piuttosto, valori di rilievo costituzionale che trascendono la mera contingenza politico-parlamentare⁵⁴.

Ancora, tra coloro che ne evidenziarono la stretta interconnessione con la dimensione politico-partitica, taluni ricostruirono l'interesse nazionale quale conflitto tra diversi indirizzi politici che, in forza della posizione di subalternità della legge regionale rispetto a quella statale, si sarebbe dovuto risolvere sistematicamente in favore del legislatore nazionale⁵⁵; talaltri, più cautamente, rilevarono che il Parlamento avrebbe dovuto sindacare esclusivamente quelle leggi regionali che, pur legittime sul piano strettamente formale, fossero rivolte all'attuazione di orientamenti politici suscettibili di «apportare grave turbamento agli indirizzi di politica generale dello Stato»⁵⁶.

⁵² Sul tema v. *amplius* F. PALAZZI, *Voce "Interesse nazionale (nella Costituzione del 1948)"*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali* II, t. 2, p. 730 ss.

⁵³ Sul punto v. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Studi sulla potestà legislativa delle Regioni*, Milano, 1961, p. 201 ss.; ID., *Considerazioni sul rapporto fra leggi regionali e legge statale secondo la Costituzione*, Milano, 1957, p. 86 ss.; C. MORTATI, *L'interesse nazionale come limite della legislazione regionale esclusiva*, in *Studi in onore di E. Crosa*, Tomo II, Milano, 1960, p. 1282 ss. e ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, p. 944 ss.; S. BARTHOLINI, *Rapporti fra i supremi organi regionali*, Padova, 1961, p. 348 ss. e ID., *Interesse nazionale e competenza delle Regioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Cedam, Padova, 1967, p. 1 ss.; A. D'ATENA, *Autonomia legislativa delle Regioni*, Roma, 1974, p. 117 ss.

⁵⁴ Così A. BARBERA, *Regioni ed interesse nazionale*, Milano, 1974, p. 18 ss.; L. PALADIN, *La potestà legislativa regionale*, Padova, 1958, p. 18 ss. e ID., *Il limite di merito delle leggi regionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 624 ss.; T. MARTINES, *L'interesse nazionale come limite alle leggi regionali*, in G. MARANINI (a cura di), *La Regione e il governo locale*, vol. III, Milano, 1965, p. 183 ss.

⁵⁵ In tal senso v. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Studi sulla potestà legislativa delle Regioni*, Milano, 1961, p. 190 ss. Analogamente, S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Rivista Trimestrale Diritto Pubblico*, 1971, p. 34 ss.

⁵⁶ Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1969, p. 1305. Per tali ragioni, come evidenziato dallo stesso Autore in *L'interesse nazionale come limite della legisla-*

In direzione opposta, tra coloro i quali sostennero che l'interesse nazionale dovesse venire in rilievo come parametro svincolato dall'indirizzo politico, alcuni ritennero che fosse da ricondurre «a quei supremi valori [...] che valgono ad identificare la nazione italiana e ad unire tutti gli italiani a un comune patrimonio spirituale»⁵⁷. Si tratterebbe, dunque, in questi termini, di tutti quei valori «non normativizzati e immanenti nella comunità»⁵⁸, come ad esempio «l'unità etico-sociale caratterizzata dalla comunione di razza, di lingua, di cultura, di costumi, di tradizione, di religione»⁵⁹ i quali, non potendo ricevere adeguata tutela per mezzo dello strumento legislativo, avrebbero dovuto essere più efficacemente salvaguardati grazie, appunto, all'istituto dell'interesse nazionale.

Secondo altri, invece, esso individuerrebbe un «elemento portante della costituzione materiale», non coincidendo, pertanto, «né con gli interessi perseguiti con l'indirizzo politico di maggioranza, né con i valori della Nazione, né con l'interesse dello Stato»⁶⁰. Siffatti valori rappresenterebbero, allora, il cosiddetto «indirizzo politico costituzionale»⁶¹, con il risultato che l'interesse in parola si configurerebbe quale strumento giuridico predisposto al fine di garantirne l'effettiva attuazione.

zione regionale esclusiva, in *Studi in onore di E. Crosa*, Tomo II, Milano, p. 1280 ss., doveva ritenersi esclusa la sindacabilità delle eventuali lesioni dell'interesse nazionali in sede di legittimità, ovvero davanti alla Corte costituzionale. In questi termini, la dottrina richiamata non negava l'esistenza di una pluralità di indirizzi politici, ma riteneva che il Parlamento, quale «interprete più qualificato a far valere determinate concezioni dell'interesse nazionale», avrebbe dovuto occuparsi di evitare di far prevalere l'indirizzo regionale, laddove questo avrebbe potuto compromettere, come detto, la realizzazione di obiettivi programmatici perseguiti a livello centrale.

⁵⁷ V., in tal senso, T. MARTINES, *L'interesse nazionale come limite alle leggi regionali*, in *La regione e il governo locale*, Milano, 1965, p. 188.

⁵⁸ *Ivi*, p. 189.

⁵⁹ *Ivi*, p. 195.

⁶⁰ Così A. BARBERA, *Regioni e interesse regionale*, cit., p. 98. Invero, come è stato precisato dalla stessa dottrina, l'interesse nazionale «dovrebbe porsi in coincidenza con i fini perseguiti dalla maggioranza, ma è nella logica di ogni sistema politico che, talvolta, questi divergono dai valori fondamentali su cui si regge l'unità e la coerenza dell'ordinamento».

⁶¹ *Ivi*, p. 136. L'Autore ha sostenuto che i suindicati valori «a) possono essere formalizzati in puntuali norme della costituzione formale; possono non emergere nella costituzione formale ma tuttavia b) tradursi in principi posti con leggi cornice o c) non tradursi affatto in norme giuridiche espresse e rimanere a livello di principi generali dell'ordinamento».

Orduunque, riportando una disputa siffatta all'art. 31 del Ddl di revisione costituzionale, il pericolo è che, delle varie dottrine richiamate, il substrato politico-culturale su cui si innesta l'interesse nazionale, come presupposto di legittimazione dell'attivazione della clausola di supremazia, sia rinvenibile nella dottrina per cui lo stesso debba intendersi inestricabilmente connesso alla volontà del Governo e della sua maggioranza parlamentare. Un convincimento siffatto scaturisce da tre diversi ordini di ragioni.

In primo luogo, origina dalla *ratio legis*, ovvero dal fatto che dalla lettura sistematica del Ddl di revisione costituzionale trasudi, all'evidenza, un generale rafforzamento del ruolo dell'Esecutivo a scapito delle Aule parlamentari⁶².

In secondo luogo, come abbiamo già avuto modo di osservare, discende dagli scenari plausibili rispetto al rapporto tra la clausola di supremazia statale e la legge elettorale n. 52 del 2015 per la Camera dei deputati, che entrerà in vigore, sempre che la stessa non sia oggetto di ulteriori modificazioni, a partire dal 2016. Difatti, questa garantirà alla lista vincente un premio tale, da rendere alquanto remota l'ipotesi per cui la maggioranza alla Camera non riesca a procedere all'attivazione e deliberazione della clausola, finanche senza un previo accordo con la minoranza parlamentare.

Infine, e soprattutto, deriva dalla scelta del legislatore di attribuire il potere di attivazione della clausola al solo Governo⁶³, escludendo in

⁶² Sul punto v. le considerazioni critiche di 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. 2, secondo cui «sia il progetto governativo che altri d.d.l. costituzionali... hanno come primo obiettivo quello di ratificare questo netto squilibrio a favore del Governo e a detrimento del Parlamento, tentando altresì di arginare gli aspetti più macroscopici di abuso della decretazione d'urgenza, ma soprattutto sancendo costituzionalmente il completo dominio del Governo sull'ordine del giorno parlamentare: rispetto alla prassi attuale non cambierebbe molto ma, a differenza di oggi, si avrebbe una legittimazione costituzionale di questo squilibrio».

⁶³ A nostro avviso, anche la previsione di una riserva d'iniziativa governativa rappresenta, a ben riflettere, una criticità. Difatti, non è chiaro il motivo per cui il potere d'iniziativa non sia stato esteso anche a deputati e senatori, residuando agli stessi il solo potere di controllo da esercitarsi per il tramite del voto. Sull'iniziativa governativa si v. R. BIN, *Riforma costituzionale e Regioni: ancora troppi equivoci*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, p. 4, secondo cui la legge che impone la prevalenza dell'interesse nazionale potrebbe essere qualificata come atipica. Ciò, a ben osservare, impedirebbe «alla Corte costituzionale di continuare a salvare le tante norme che superano i confini delle materie statali attribuendo loro la natura di norme ispirate al prevalente interesse nazionale, perché ora sarebbe la *forma* (proposta del Governo esplicita, approvazione a maggioranza assolu-

tal modo che in Parlamento possa emergere, tramite l'iniziativa legislativa, l'esigenza di tutelare le istanze di carattere unitario.

In questi termini, allora, la clausola di supremazia statale prevista nell'art. 31 del progetto di revisione costituzionale pare riposare sull'assunto per cui l'organo deputato a stabilire che cosa possa assurgere a interesse nazionale e che cosa sia meritevole di essere ricondotto all'alveo dell'unità giuridica ed economica sia il Governo, unico titolare dell'iniziativa legislativa della clausola di supremazia, e, quindi, la maggioranza politica di cui è espressione. Pertanto, assumendo una connotazione così irriducibilmente politica e sganciandosi del tutto dal richiamato indirizzo politico costituzionale, i contenuti dell'interesse nazionale sarebbero destinati a variare al mutare del Governo e della maggioranza parlamentare di riferimento.

5. La costituzionalizzazione “amputata”, ovvero sulla misteriosa assenza di proporzionalità, adeguatezza e leale collaborazione

A ulteriore dimostrazione della natura stato-centrica della clausola di supremazia statale, è possibile richiamare l'assenza, nell'art. 31 del Ddl di revisione costituzionale, di qualsiasi riferimento ai principi di proporzionalità, adeguatezza e leale collaborazione. Si tratta, nello specifico, di quei parametri di sindacabilità davanti alla Corte costituzionale che, introdotti nel corso degli anni dal Giudice delle leggi in via pretoria e sussunti in uno stringente scrutinio di costituzionalità,

ta) a distinguere tali leggi da ogni altra». V., inoltre, E. CATELANI, *Venti risposte, o quasi, su Regioni e riforme costituzionali: occorre ancora fare chiarezza sul ruolo dello Stato e delle Regioni*, in *Le Regioni*, n. 1, 2015, p. 118, secondo la quale la riserva d'iniziativa «rende responsabile la maggioranza di fronte agli elettori dell'uso eventualmente improprio o eccessivo di tale clausola». Ad avviso di S. PAJNO, *Considerazioni sulla riforma costituzionale in progress, tra Governo, Senato e Camera dei deputati*, in *Federalismi.it*, n. 24, 2014, p. 35, «dal testo di quello che potrebbe essere il futuro art. 117, c. 4, pare agevolmente desumibile una riserva di legge formale, discorrendosi di “legge dello Stato” adottata “su proposta del Governo”. Manca, dunque, la possibilità di attivare questa clausola tramite atti normativi primari dell'esecutivo». Infine v. A. BARBERA, *Note sul Disegno di legge costituzionale n. 1429 (Audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato)*, 27 maggio 2014, che condivide la riserva di iniziativa legislativa ma avrebbe accolto con favore l'inciso «o con il consenso del Governo».

avevano contribuito a circondare di alcune garanzie le autonomie regionali contro arbitrarie attrazioni in sussidiarietà⁶⁴.

Come è ben noto, i parametri summenzionati sono rinvenibili in due importanti pronunce della Corte costituzionale: la n. 177 del 1988⁶⁵, riconducibile al modello originario del Titolo V, e la n. 303 del 2003⁶⁶, ascrivibile al sistema costituzionale tutt'ora vigente. Più precisamente, con la prima decisione la Corte ebbe modo di intervenire in riferimento all'interesse nazionale, non nella sua dimensione di limite in negativo alla potestà legislativa regionale, bensì quale fondamento positivo dell'intervento statale dinnanzi alla necessità di tutelare quelle esigenze che, per la loro natura infrazionabile, erano ritenute meritevoli di essere disciplinate a livello centrale.

A tal riguardo, dopo aver precisato che l'interesse nazionale «non presenta affatto un contenuto astrattamente predeterminabile né sotto il profilo sostanziale né sotto quello strutturale [e che], al contrario, si tratta di un concetto dal contenuto elastico e relativo, [non racchiudibile] in una definizione generale dai confini netti e chiari»⁶⁷, la Corte argomentò che, proprio per evitare che «per il suo carattere sfuggente potesse essere brandito dal legislatore statale come un'arma per aprirsi qualsiasi varco», risultava necessario che lo stesso fosse «sottoposto, in sede di giudizio di costituzionalità, ad un controllo particolarmente severo»⁶⁸. Invero, se così non fosse stato, «la variabilità ... del suo contenuto semantico [avrebbe potuto] tradursi, nei casi in cui il legislatore statale ne [avesse abusato], in un'intollerabile incertezza e in un'assoluta imprevedibilità dei confini che la Costituzione ha voluto porre a garanzia delle autonomie regionali»⁶⁹.

⁶⁴ In tema v. V. ONIDA, *Applicazione flessibile e interpretazione correttiva del riparto di competenze in due sentenze storiche*, cit., p. 775, secondo cui la sentenza n. 303 del 2003 della Corte esprime «un punto di incontro equilibrato e ben fondato fra esigenze dell'autonomia e istanze unitarie». Secondo G. FALCON, *Un problema, due risposte, alcune riflessioni*, in *Le Regioni*, n. 4-5, 2008, p. 823, la sentenza n. 303 del 2003 realizza «sul piano dei principi un equilibrio istituzionale coerente con il ruolo sia dello Stato che delle Regioni».

⁶⁵ Sulla sentenza della Corte costituzionale n. 177 del 1988 v. F. TRIMARCHI BANFI, *Nuovi "risvolti positivi" per l'interesse nazionale*, in *Le Regioni*, n. 3, 1988, p. 729 ss., oppure, C. MEZZANOTTE, *Interesse nazionale e scrutinio stretto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1988, p. 631 ss.

⁶⁶ Si v. la nota n. 8.

⁶⁷ V. Corte costituzionale, n. 177 del 1988, Punto 2.4.1 del *Considerato in diritto*.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Ancora, Corte costituzionale, n. 177 del 1988, Punto 2.4.1 del *Considerato in diritto*. La Corte precisò, inoltre, che «la sua ... pervasività [avrebbe potuto] causare, in mancan-

Da qui, dunque, la necessità di istituire un modello procedimentalizzato che, in qualche modo, scongiurasse il rischio poc' anzi paventato. Ebbene, affinché la legge – con la quale il legislatore avesse inteso positivizzare l'interesse in parola – potesse aspirare a superare lo stringente vaglio di legittimità costituzionale sarebbe stato necessario che la stessa perseguisse un *rilevante, e non pretestuoso e arbitrario*, interesse di carattere unitario, tale che lo stesso non potesse essere *adeguatamente* perseguito dal legislatore regionale. Ma non basta. Difatti, l'atto legislativo avrebbe dovuto essere *contenuto* nei limiti segnati dalla reale esigenza di soddisfare quell'interesse nazionale posto a proprio fondamento. Inoltre, con riferimento specifico al potere sostitutivo statale, la Corte stabilì che il suo esercizio dovesse essere circondato da garanzie, sostanziali e procedurali, rispondenti precipuamente al principio di leale cooperazione⁷⁰.

Con riferimento invece alla sentenza n. 303 del 2003, l'oggetto della decisione ha riguardato la disciplina relativa al cosiddetto *assorbimento sussidiario*⁷¹, ovvero la possibilità riconosciuta al legislatore statale, grazie all'azione congiunta dei principi di sussidiarietà e legalità, di attrarre a sé non solo l'esercizio delle funzioni amministrative

za di un'approfondita verifica dei presupposti di costituzionalità relativi alla sua effettiva sussistenza, una sostanziale corrosione e una illegittima compressione ... dell'autonomia costituzionalmente garantita alle Regioni».

⁷⁰ Da uno sguardo attento della giurisprudenza costituzionale relativa al modello originario, emerge come il Giudice delle leggi abbia condivisibilmente ancorato il principio di leale collaborazione all'art. 5 Cost. Si pensi, ad esempio, alla sentenza della Corte costituzionale, n. 19 del 1997, Punto 3 del *Considerato in diritto*, laddove il Giudice delle leggi ha argomentato esplicitamente che «il principio costituzionale di leale cooperazione trova il suo diretto fondamento nell'art. 5 della Costituzione». Nella medesima direzione, v. Corte costituzionale, n. 242 del 1997, Punto 4 del *Considerato in diritto*, in cui si fa riferimento alla leale collaborazione come principio che «deve governare i rapporti fra lo Stato e le Regioni nelle materie e in relazione alle attività in cui le rispettive competenze concorrano o si intersechino, imponendo un contemperamento dei rispettivi interessi. Tale regola, espressione del principio costituzionale fondamentale per cui la Repubblica, nella salvaguardia della sua unità, *riconosce e promuove le autonomie locali*, alle cui esigenze *adegua i principi e i metodi della sua legislazione* (art. 5 Cost.), va al di là del mero riparto costituzionale delle competenze per materia, e opera dunque su tutto l'arco delle relazioni istituzionali fra Stato e Regioni, senza che a tal proposito assuma rilievo diretto la distinzione fra competenze legislative esclusive, ripartite e integrative, o fra competenze amministrative proprie e delegate».

⁷¹ Così F. BILANCIA, *L'instabile quadro del riparto delle competenze legislative*, in *Le Istituzioni del federalismo*, n. 1-2, 2010, p. 72.

bensì anche quello delle corrispondenti competenze di carattere legislativo.

È noto come il principio di sussidiarietà possa essere declinato in due differenti varianti: una prima dimensione statica, in forza della quale la generalità delle funzioni amministrative vengono attribuite al Comune, e una dimensione dinamica, allorché la sussidiarietà non opera più «come *ratio* ispiratrice e fondamento di un ordine di attribuzioni stabilite e predeterminate, ma come fattore di flessibilità di quell'ordine in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie»⁷².

Ecco allora che dalla indefettibile necessità di tutelare gli interessi di carattere unitario può scaturire, seguendo il ragionamento della Corte, una deroga – seppur eccezionale – al normale riparto di competenze delineato dalla Costituzione⁷³. Detto in altri termini, il Giudice delle leggi ha riconosciuto al legislatore statale la possibilità, quando lo richieda la garanzia di interessi infrazionabili, di scardinare il rigido riparto delle competenze legislative strutturato intorno al criterio della enumerazione per materia.

Purtuttavia, ha precisato nell'occasione la Corte, affinché la legge con la quale il legislatore abbia provveduto ad attivare l'avocazione in sussidiarietà possa aspirare a superare il vaglio di legittimità, è necessario che «la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza, [...], e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata»⁷⁴. Con riferimento all'ultimo parametro, ha concluso la Corte, è imprescindibile che il legislatore statale predisponga una disciplina che prefiguri «un *iter* in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordina-

⁷² Si v. Corte costituzionale, n. 303 del 2003, Punto 2.2 del *Considerato in diritto*.

⁷³ Nella sentenza della Corte n. 303 del 2003, Punto 2.1 del *Considerato in diritto*, il Giudice delle leggi ha argomentato che «limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principi nelle materie di potestà concorrente», significherebbe, certo, «circondare le competenze legislative delle Regioni di garanzie ferree», ma vorrebbe anche dire, parimenti, «svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze».

⁷⁴ Corte costituzionale n. 303 del 2003, Punto 2.2 del *Considerato in diritto*.

mento orizzontale, ovverosia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà»⁷⁵.

A ben riflettere, le sentenze n. 177 del 1988 e n. 303 del 2003 sembrano essere legate da un comune filo rosso che le attraversa diametralmente. Difatti, è possibile in entrambe cogliere un atteggiamento che potremmo definire “demiurgico” da parte del Giudice costituzionale che si estrinseca, dopo aver ribadito la legittimità di tutti quegli strumenti con i quali il legislatore abbia inteso tutelare le esigenze di carattere unitario, nel congegnare un meccanismo procedurale che, configurandosi quale stringente scrutinio di costituzionalità, impedisce allo stesso di erodere, *ad nutum*, l'autonomia legislativa regionale. Di conseguenza, il rispetto dei principi di adeguatezza, proporzionalità e leale collaborazione, funge da adeguato contrappeso posto all'azione del legislatore statale affinché la legittima tutela degli interessi nazionali non comporti un eccessivo sacrificio per l'autonomia regionale.

Ebbene, con specifico riferimento alla sentenza “Mezzanotte” si è detto, in senso critico, che la Corte costituzionale avrebbe operato una sostanziale «riscrittura»⁷⁶ del Titolo V, Parte II, Cost., così creando i presupposti affinché l'interesse nazionale, cacciato dalla porta, finisse invece con il rientrare dalla finestra⁷⁷. Diversamente, è stato sostenuto

⁷⁵ Sul tema dell'intesa v., *ex multis*, O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto (nota a sent. n. 6/2004)*, in *Le Regioni*, n. 4, 2004, p. 950 ss.; F. CINTIOLI, *Le forme dell'intesa e il controllo sulla leale collaborazione dopo la sentenza 303 del 2003*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 31 ottobre 2003, p. 1 ss.; M. CECCHETTI, *Le intese tra Stato e Regioni su atti necessari. Come preservare il valore della “codecisione paritaria” evitandone gli effetti perversi (nota a Corte cost., n. 27/2004)*, in *Le Regioni*, n. 4, 2004, p. 1044 ss.; A. D'ATENA, *Giustizia costituzionale e autonomie regionali. In tema di applicazione del nuovo Titolo V*, in *Istituto di Studi sui Sistemi Regionali Federali e sulle Autonomie*, in <http://www.issirfa.cnr.it/>, 2006.

⁷⁶ In questi termini v. A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 ottobre 2003, p. 1, il quale ha criticamente ritenuto che la Corte, nella sentenza n. 303 del 2003, con «bagliori di potere costituente», abbia «inciso in maniera significativa sia il sistema delle fonti del diritto, sia i rapporti dialettici tra i livelli di governo statale e regionale». Sul punto v., inoltre, M. BETZU, *L'ambiente nella sentenza della Corte costituzionale n. 62 del 2005: le pressioni del caso e le torsioni del diritto*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 5, 2005, p. 908, il quale, con riferimento alla giurisprudenza costituzionale in materia ambientale, ha parlato di una «fissazione in concreto delle competenze ad opera della Corte costituzionale».

⁷⁷ Così si è espresso, con riferimento specifico ai poteri sostitutivi, C. MAINARDIS, *Il nuovo regionalismo italiano ed i poteri sostitutivi statali: una riforma con (poche) luci e (molte) ombre*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2001, p. 3. Sul tema v. inoltre A. BARBERA, *La polverizzazione delle materie regionali e la (ormai necessaria) clausola di supremazia*, in *Le Regioni*, n. 2-3, 2011, p. 559, secondo cui pur essendo scomparso nel Titolo V ogni rife-

che davanti all'orientamento della giurisprudenza costituzionale «si possano assumere atteggiamenti diversi. Si può...ritenere che esso finisca per tradire lo spirito della riforma attraverso...forzature interpretative. Ma si può anche ritenere, all'opposto, che questo indirizzo non rappresenti altro che il contributo ad una migliore e più razionale implementazione di un modello che, così come concepito, difficilmente avrebbe potuto assicurare una effettiva tutela delle esigenze unitarie»⁷⁸.

E in effetti, se da un lato è vero che le due pronunce, a norma dell'art. 5 Cost., hanno rappresentato il fondamento giudiziale che ha consentito al legislatore statale, tanto nel modello previgente quanto in quello attuale, di elaborare strumenti talvolta particolarmente erosivi della autonomia regionale, risulta similmente vero che le stesse decisioni hanno provveduto, per mezzo di uno stringente “test di giustiziabilità”, a delineare dei confini oltre ai quali, a pena di una dichiarazione di illegittimità costituzionale, lo stesso non si sarebbe potuto inoltrare.

Ora, dei limiti suindicati, rappresentati segnatamente dal rispetto dei principi di proporzionalità, adeguatezza e leale collaborazione, con i quali si è impedito che la tutela degli interessi di carattere nazionale si trasformasse in un'arma da brandire per invadere *ad libitum* le funzioni attribuite alle Regioni, nel progetto di revisione costituzionale *in itinere* non c'è traccia⁷⁹. Sotto questo aspetto, è possibile concordare con quella dottrina secondo cui la clausola di supremazia, così come formulata nell'art. 31 del Ddl di revisione costituzionale, si porrebbe *de facto* «agli antipodi rispetto alla costruzione concertata e proceduralizzata della sussidiarietà legislativa, codificata nella sentenza n.

rimento agli interessi nazionali, «l'esperienza di questi anni ci dice che l'interesse nazionale, cacciato dalla porta nel testo del Titolo V, è rientrato dalla finestra».

⁷⁸ In questo senso v. P. CARETTI, *La Corte e la tutela delle esigenze unitarie: dall'interesse nazionale al principio di sussidiarietà*, cit., p. 387.

⁷⁹ Siffatte criticità sono condivise in dottrina da G. TARLI BARBIERI, *Venti questioni su Regioni e riforme costituzionali*, cit., p. 268, secondo cui «la cosiddetta clausola di supremazia, di cui all'art. 117, c. 4, Cost., nel testo risultante dalla proposta, è declinata in termini assai generali, per non dire generici, del tutto slegati rispetto al principio di legalità, e per di più attivabile solo su proposta del Governo, senza alcun riferimento ai meccanismi di coinvolgimento delle autonomie regionali oggi necessari a partire dalla celebre sentenza n. 303 del 2003 della Corte costituzionale. [...] A ciò si aggiunga che il novellato art. 117, c. 4, Cost., non allude al rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità».

303 del 2003»⁸⁰. Se ciò è vero, come è vero, deve finanche escludersi che la stessa rappresenti il prodotto finale del processo di costituzionalizzazione della chiamata in sussidiarietà, in quando «cambiano i presupposti, le procedure ma soprattutto le garanzie a favore delle autonomie regionali»⁸¹. In questi termini, inoltre, è concreto il rischio per cui dall'omissione dalla formulazione prevista all'art. 31 del progetto di revisione costituzionale dei parametri richiamati possa scaturire, quale immediata conseguenza, una rilevante difficoltà per il Giudice delle leggi nel giustiziare un eventuale esercizio distorto e arbitrario della clausola da parte del legislatore statale⁸².

⁸⁰ In questo senso v., condivisibilmente, S. PARISI, *Il sistema delle competenze e la clausola di supremazia: un «falso movimento»?», in *Le Regioni*, n. 1, 2015, p. 199; ID., *Appunti sul sistema delle competenze Stato-Regioni proposto dalla Commissione per le riforme costituzionali*, in *Le Regioni*, n. 4, 2013, p. 724, dove già rilevava il fatto che non risultasse chiaro quali fossero «i test per la verifica dell'esistenza dei presupposti per attivare la clausola».*

Con riferimento alle differenze intercorrenti tra il meccanismo della chiamata in sussidiarietà e la clausola di supremazia statale v. G. SCACCIA, *Prime note sull'assetto delle competenze legislative statali e regionali nella proposta di revisione costituzionale del Governo Renzi*, in *Astrid-online*, n. 8, 2014, p. 10, secondo cui «nel primo caso l'intervento del legislatore statale trovava il suo fondamento nel rispetto dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e leale collaborazione; nel secondo caso invece i presupposti di esercizio non sono altrettanto stringenti e promettono di essere soggetti a uno scrutinio di costituzionalità non particolarmente incisivo». Secondo A. CERRI, *Prime riflessioni interlocutorie sul progetto di riforma costituzionale*, in *Astrid-online*, n. 8, 2014, p. 3, «il problema della sovrapposizione delle competenze statali alle competenze regionali [...] (potrebbe) essere meglio compreso e anche disciplinato in base ad un principio di sussidiarietà ascendente e discendente, che confina con il principio di adeguatezza», e non da «una clausola di contenuto ed oggetto indeterminato di salvaguardia degli interessi dell'intera collettività».

⁸¹ Si tratta della condivisibile posizione sostenuta da P. CARETTI, *La potestà legislativa regionale nelle proposte di riforma del Titolo V della seconda parte della Costituzione*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3, 2014, p. 4, secondo cui «ci troviamo di fronte a un sistema che prevede un legislatore (quello statale) libero di determinare con ampi spazi di discrezionalità l'effettiva misura della potestà legislativa regionale e, se del caso, di attrarla a sé, sulla base di presupposti generici e in sostanza non sindacabili».

⁸² In questi termini v. A. FERRARA, *Osservazioni a prima lettura sul Ddl costituzionale Renzi-Boschi*, in *Federalismi.it*, n. 8, 2014, p. 6, il quale ha sostenuto che una clausola di supremazia così costruita «esclude qualsiasi giustiziabilità della sua applicazione innanzi alla Corte costituzionale in termini di adeguatezza e proporzionalità». Secondo E. PALICI DI SUNI, *Note a prima lettura – Il nuovo art. 117 Cost.*, in *Astrid-online*, n. 8, 2014, p. 2, sarebbe stato preferibile assegnare un ruolo preminente alla Corte costituzionale al fine di «assicurare una maggiore chiarezza nei rapporti di competenza e nelle rispettive responsabilità e garantire un utilizzo non arbitrario delle competenze statali nei settori di competenza regionale». Ancora, ad avviso di F. S. MARINI, *Commento a prima lettura del ddl costituzionale del Governo Renzi sul riparto tra Stato e Regioni*, in *Astrid-online*, n. 8, 2014, p. 4,

Rebus sic stantibus, possiamo sostenere che tale costituzionalizzazione amputata, più che essere il prodotto di una mera amnesia da parte del legislatore, sia da intendersi come una scelta del tutto ponderata e funzionale *in re ipsa* all'obiettivo al quale lo stesso intende pervenire. In altre parole, ci pare che il reale fine ultimo del legislatore di revisione non sia rinvenibile tanto nella tutela delle indefettibili esigenze unitarie, quanto nell'irriducibile salvaguardia dell'indirizzo politico-governativo⁸³.

6. Si scrive “interesse nazionale”, si legge “indirizzo politico-governativo”: alcune riflessioni critiche conclusive

È ora possibile tirare le fila di quanto fino a questo punto argomentato. Ebbene, muovendo dall'assunto per cui deve ritenersi che il Titolo V della Costituzione debba essere interpretato alla luce dei principi fondamentali contenuti nella stessa⁸⁴, è possibile sostenere che la decisione del legislatore di revisione di introdurre una clausola di supremazia statale sia espressione, in astratto, di una esigenza costituzionalmente rilevante e finanche doverosa. Ciò, in quanto, se da un lato è vero che l'art. 5 Cost. riconosce e promuove le autonomie territoriali,

con una clausola di supremazia così formulata «vengono meno i limiti sostanziali e procedurali all'intervento statale, sindacabili dalla Corte costituzionale».

⁸³ Sul punto v. S. BARTOLE, *Cosa intende fare lo Stato delle Regioni?*, cit., p. 62, secondo cui è possibile «assegnare all'interesse nazionale significati che vanno aldilà della tutela dell'unità giuridica ed economica, cui verrebbe spontaneo fare richiamo nella individuazione dei suoi meno arzigogolati contenuti. Il che finisce per allargarne le potenzialità di utilizzo, e sembra lasciare ancora una volta spazio alle oscillazioni e variazioni dell'indirizzo politico governativo».

⁸⁴ In questi termini v. C. MORTATI, *Voce “Costituzione della Repubblica italiana”*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 214 ss., secondo cui «mediante la qualifica loro attribuita di “fondamentali”, ... si volle esprimere la funzione ad essi assegnata di porre le linee direttive del disegno poi svolto nelle parti successive, di fornire il criterio generale di interpretazione, suscettibile di riunire in un insieme unitario le molteplici manifestazioni di vita dello Stato, segnando altresì i limiti invalicabili ad ogni mutamento costituzionale». Sul rapporto tra le diverse norme costituzionali v., inoltre, M. LUCIANI, *La «Costituzione dei diritti» e la «Costituzione dei poteri». Notevole brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli (Le fonti normative e altri temi di vario diritto)*, II, Padova, 1985, p. 508, nota n. 44, il quale riconosce condivisibilmente «una fattuale diversità di contenuto delle varie norme costituzionali senza però desumerne l'esigenza di una corrispondente diversità di trattamento».

eodem tempore è parimenti vero che lo stesso sancisce l'unità e indivisibilità della Repubblica, determinando in tal modo una costante «tensione tra le ragioni dell'unità e quelle dell'autonomia»⁸⁵.

Tuttavia, come di sovente accade, alla convergenza sull'obiettivo non sempre corrisponde, *sic et simpliciter*, la condivisione intorno alle modalità attraverso le quali raggiungerlo. E difatti, come abbiamo cercato di dimostrare, il combinato disposto dell'art. 31 e dell'art. 10 del progetto di revisione costituzionale presenta, senza dubbio, numerosi profili problematici. Di conseguenza, non può convincere quanto si legge nella relazione di accompagnamento al disegno di legge di revisione costituzionale, laddove – a ben riflettere – ci pare si assista ad un tentativo di insabbiamento, per mano del legislatore, della reale *ratio legis* sottesa allo stesso. Invero, sostenere che il novellato art. 117 Cost. attribuisca alle Regioni «un'autonomia in sé piena... contemperata soltanto dalla possibilità [per il legislatore statale] di attivare la clausola di supremazia, condizionata peraltro nei presupposti e nelle procedure»⁸⁶, ci pare contraddittorio e – sia consentito – del tutto lontano dal vero.

Difatti, se l'obiettivo perseguito fosse stato realmente quello dichiarato, ovvero riconoscere alle Regioni un'autonomia in sé piena e solo marginalmente condizionata, risulta poco chiaro il motivo per cui il legislatore non abbia optato per ascrivere la legge di attivazione della clausola in parola, considerandone la sua potenzialità erosiva rispetto all'autonomia legislativa regionale, tra quelle soggette al procedimento bicamerale paritario. Oltretutto, assumendo che la nuova sede principale della rappresentanza politica delle autonomie regionali sarà il Senato, ci saremmo intuitivamente aspettati, nei confronti di quest'ultimo, un coinvolgimento pieno e non, come invece previsto,

⁸⁵ La felice definizione si deve ad A. D'ATENA, *Il principio unitario nel sistema dei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, Vol. II, p. 738, il quale, con riferimento alla formulazione dell'art. 5 Cost., ha sottolineato che essa «ha il pregio di scolpire una tensione che informa di sé tutto il costituzionalismo federale e regionale: la tensione tra le ragioni dell'unità e le ragioni dell'autonomia».

⁸⁶ V. la *Relazione di accompagnamento* all'AS 1429, p. 23. Si tratta del disegno di legge costituzionale presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri Renzi e dal Ministro per le riforme costituzionali e i rapporti con il Parlamento Boschi, in data 8 aprile 2014, recante «*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*».

solo eventuale e agganciato al raggiungimento della maggioranza assoluta.

Se a ciò si aggiunge, come statuito dall'art. 10 del disegno di legge costituzionale, l'attribuzione alla Camera dei deputati della prerogativa di disattendere le modificazioni proposte dal Senato con il semplice voto a maggioranza assoluta, allora appare davvero impresa ardua – in forza del sistema elettorale prefigurato per la Camera dalla l. 52 del 2015 – comprendere, *in primis*, come le autonomie regionali (*rectius*, il Senato) possano effettivamente contribuire alla tutela delle esigenze di carattere unitario e, *in secundis*, come si possa giungere a sostenere che la clausola di salvaguardia possa incidere sulle stesse del tutto marginalmente.

Detto in altri termini, riteniamo che: a) la scelta in favore di un procedimento deliberativo *ad hoc* (sul modello monocamerale) e non bicamerale paritario; b) la riserva di iniziativa governativa, con il conseguente disconoscimento del potere d'iniziativa parlamentare; c) la riproposizione di presupposti sostanziali di attivazione caratterizzati da estrema vaghezza semantica e, da ultimo, d) l'assenza di stringenti parametri di sindacabilità sulla legittimità costituzionale, rappresentino l'espressione più evidente di come il reale obiettivo del legislatore di revisione altro non sia che perfezionare un meccanismo non tanto orientato a garantire l'«indirizzo politico-costituzionale»⁸⁷, quanto al perseguimento dell'«indirizzo politico-governativo»⁸⁸.

A ben riflettere, ci pare che la formulazione, da parte dell'art. 31 del Ddl, della clausola di supremazia statale poggi su una torsione interpretativa del concetto di unità della Repubblica dalla quale scaturisce, secondo un rapporto causa-effetto, una distorsione della nozione di interesse nazionale⁸⁹. Riteniamo, in questi termini, che la clausola prevista si innesti su una concezione di unità della Repubblica intesa

⁸⁷ Così A. BARBERA, *Regioni e interesse regionale*, cit., p. 136.

⁸⁸ Sul punto v. § 5.

⁸⁹ In riferimento all'art. 5 Cost. e, più in generale, sul concetto di unità della Repubblica v. G. BERTI, *Art. 5*, in *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, G. BRANCA (a cura di), 1975, p. 277 ss.; V., inoltre, R. BIFULCO, *Art. 5*, in *Commentario alla Costituzione. Vol. I, artt. 1-54*, R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), 2006, p. 132 ss.

da un punto di vista politico-programmatico e non, come pare preferibile, nel senso di unità sotto il profilo costituzionale⁹⁰.

Or dunque, se si muove da un assunto siffatto e se si ritiene che l'interesse nazionale affondi le sue radici nell'art. 5 Cost., dovrebbe dedursene che lo stesso non debba e non possa essere funzionale alla tutela dell'unità politica (*rectius*, indirizzo politico della maggioranza) quanto, appunto, alla tutela dell'indirizzo politico costituzionale⁹¹, che si estrinseca, per esempio, nella prescrizione al legislatore statale – ai sensi dell'art. 117, lett. *m*), c. 2, Cost., – di assicurare a tutti, sull'intero territorio nazionale, i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

Ecco allora che, seguendo tale impostazione argomentativa, è possibile convergere con quella risalente dottrina secondo cui l'interesse nazionale dovrebbe intendersi sganciato rispetto al circuito politico e alle logiche della dialettica parlamentare⁹². Così configurato quest'ultimo, trascendendo da esse, ritroverebbe la sua funzione più pregnante, ovvero quella di strumento volto alla tutela dell'«unità costituzionale»⁹³.

Da quanto detto, quindi, ne scaturisce l'impossibilità di ritenere che la clausola di supremazia prevista nell'art. 31 del Ddl di revisione costituzionale, per come strutturata e per ragioni di ordine sistematico, possa effettivamente assurgere a strumento idoneo alla tutela dell'unità costituzionale e, quindi, a garantire tutti quegli interessi che,

⁹⁰ In questi termini v., condivisibilmente, M. LUCIANI, *Unità nazionale e principio autonomistico alle origini della Costituzione*, in *Le idee costituzionali della resistenza*, C. FRANCESCHINI – S. GUERRIERI – G. MONINA (a cura di), Roma, 1997, p. 85 ss.; ID., *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, Ottobre 2011, p. 7 ss.

⁹¹ Sul punto v. A. BARBERA, *Regioni e interesse nazionale*, cit., p. 136.

⁹² Così A. BARBERA, *Regioni ed interesse nazionale*, cit., p. 18 ss.; L. PALADIN, *La potestà legislativa regionale*, Padova, 1958, p. 18 ss. e ID., *Il limite di merito delle leggi regionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 624 ss.; T. MARTINES, *L'interesse nazionale come limite alle leggi regionali*, in G. MARANINI (a cura di), *La Regione e il governo locale*, vol. III, Milano, 1965, p. 183 ss.

⁹³ Riferendosi ai lavori della Costituente M. LUCIANI, *Unità nazionale e principio autonomistico alle origini della Costituzione*, cit., p. 85, ha acutamente osservato che «l'unità costituzionale non poté che essere unità nel nome di valori onnicontesi, e cioè unità nazionale di contenuto». All'interno di tali contenuti, prosegue l'Autore, «spiccavano necessariamente i diritti fondamentali di libertà, che sono lo strumento con il quale qualunque costituzione persegue il fine di conformare lo Stato a se stessa, e i diritti fondamentali sociali, con i quali le costituzioni, ottenuto il risultato di assoggettarsi lo Stato, provano a conformare la società».

per la loro estrema rilevanza, eccedono in qualche modo il rapporto maggioranza-opposizione per collocarsi su un livello più alto, involgente ragioni connesse alla tutela dell'unità costituzionale.

Ci pare, insomma, che la strada intrapresa dal legislatore costituzionale rischi di condurre alla perfetta fungibilità tra interesse nazionale e indirizzo politico-governativo. In questo senso, la clausola di supremazia sembra porsi in linea di coerenza rispetto a tutte le altre modifiche che lo stesso legislatore intenderebbe apportare al Titolo V della Costituzione. Del resto, gli interventi previsti, ovvero sia lo spostamento di numerosi ambiti competenziali all'alveo della potestà esclusiva statale, l'abolizione della competenza ripartita⁹⁴, la soppressione delle Province⁹⁵ e, da ultimo, l'introduzione di una clausola di supremazia statale, parrebbero inestricabilmente connessi da un comune filo rosso dal quale è possibile rinvenire il reale intento del legislatore riformatore: un appiattimento verso l'alto del baricentro decisionale a totale detrimento delle autonomie territoriali.

Vero è, per concludere, che ogni revisione costituzionale è figlia del suo tempo. Se non doveva e poteva stupire, ieri, dinnanzi alle pressanti istanze federalistiche, la scelta del legislatore di eliminare (seppur soltanto formalmente) qualsiasi riferimento testuale all'interesse nazionale, non deve sorprendere, oggi, con una bilancia che pende pesantemente verso soluzioni stato-centriche, la decisione di introdurre una clausola di supremazia che, per come è congegnata, risulta lontana da posizioni più equilibrate e rispettose dell'autonomia regionale.

⁹⁴ Sulla possibile “nuova” configurazione del riparto delle competenze legislative v. M. LUCIANI, *La riforma del bicameralismo, oggi*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2014; S. PAJNO, *Il peso della mitologia politico-giuridica nelle vicende della revisione costituzionale in itinere*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2014; G. SERGES, *La potestà legislativa delle Regioni nel progetto di riforma della Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015.

⁹⁵ Sul tema v. A. DEFFENU, *Il ridimensionamento delle Province nell'epoca dell'emergenza finanziaria tra riduzione delle funzioni, soppressione dell'elezione diretta e accorpamento*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3, 2012; M. BETZU, *Crucifige Provinciam! L'ente intermedio di area vasta al tempo della crisi*, in *Federalismi.it*, n. 21, 2013; F. PIZZETTI, *La legge Delrio: una grande riforma in un cantiere aperto. Il diverso ruolo e l'opposto destino delle città metropolitane e delle Province*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015; R. BIN, *Il nodo delle Province*, in *Le Regioni*, n. 5-6, 2012, p. 899 ss.

**L'UFFICIO CENTRALE DELLA CASSAZIONE DICHIARA
LEGITTIME LE RICHIESTE DI REFERENDUM COSTITUZIONALE:
NON C'È DUE SENZA TRE**

di *Paolo Carnevale*

1. C'era da aspettarselo... D'altronde così era andata nelle due precedenti occasioni. Solo che, questa volta, la questione si presentava in modo diverso e ci si poteva per questo aspettare un esito differente.

Mi riferisco alla decisione di qualche giorno fa con cui l'Ufficio centrale per il *referendum*, secondo quanto reso noto da apposito comunicato del suo Presidente, ha dichiarato la legittimità delle quattro richieste di *referendum* popolare presentate sulla legge di revisione costituzionale della seconda parte della Costituzione recentemente approvata dalle Camere. Non è certo la dichiarazione di legittimità in sé a sorprendere, quanto la formulazione del quesito compiuta dall'Ufficio centrale che risulta fraseggiata nel modo seguente:

«Approvate il testo della legge costituzionale concernente “disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione”, approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 88 del 15 aprile 2016?».

Si dirà: cosa c'è di strano? Del resto, è ben noto che nella redazione del *petitum* referendario l'Ufficio centrale ha una limitatissima (e men che mai discrezionale) possibilità di intervento, trattandosi di formula fissata autoritativamente dalla legge n. 352 del 1970 e segnata dall'art. 16 della stessa, la quale lascia allo stesso Ufficio il solo compito di inserirvi i dati formali indicativi della legge oggetto della richiesta referendaria.

Il fatto è però che quel medesimo articolo 16 prevede una duplice formula da adottare, a seconda che ad essere coinvolta sia una legge di revisione costituzionale oppure un'altra legge costituzionale. Mentre nella prima ipotesi il tenore del quesito è: «*Approvate il testo della legge di revisione dell'articolo ... (o degli articoli...) della Costitu-*

zione, concernente ... (o concernenti ...), approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale numero ... del ... ?», nella seconda invece è: «Approvate il testo della legge costituzionale ... concernente ... approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale numero ... del ... ?».

Piccola, ma significativa la differenziazione fra le due distinte versioni, tutta imperniata sull'oggetto del "concernere": nell'una, essa ha riguardo all'ambito di disciplina proprio degli articoli della Costituzione modificati; nell'altra, invece, direttamente al testo di legge, cioè a dire al suo "argomento". Dico significativa, perché riflette e segnala, a mio avviso, il discrimine funzionale tra le due categorie di leggi *ex art. 138 Cost.*, il quale poggia sul diverso ruolo giocato dalla finalità regolatoria che – a differenza delle altre leggi costituzionali – per le leggi di revisione è logicamente gregaria e consequenziale, in quanto totalmente dipendente dalla *condicio per quam* della modifica dei precepti della Carta costituzionale, che anzi costituisce il fine poziore. Insomma, una legge di revisione costituzionale è tale, non perché innova il diritto oggettivo al livello costituzionale, ma perché lo fa solo ed esclusivamente attraverso la modifica dei disposti della Costituzione.

Ecco perché nella formula riservata alla legge di revisione compare l'indicazione delle parti della Costituzione incise, che invece è nell'altra sostituita dalla individuazione della materia disciplinata dalla legge, tradizionalmente espressa dal titolo della stessa. Non siamo quindi in presenza di una bizzarria o di un formalismo del legislatore privo di effettiva consistenza. Tutt'altro. Siamo piuttosto dinanzi ad una chiara opzione del legislatore del 1970, volta a focalizzare l'attenzione dell'elettore su quella che è l'operazione centrale compiuta da ciascuna legge di revisione costituzionale, vale a dire la modifica della Costituzione.

2. Dicevo in apertura che nelle due circostanze precedenti – ossia nel caso del *referendum* del 2001, relativo alla legge di riforma del titolo V della seconda parte della Carta, approvata alla fine della XIII legislatura; nonché in quello del 2006, riguardante la legge di modifica dell'intera seconda parte della stessa, approvata in chiusura della XIV legislatura – l'Ufficio centrale, allo scopo di definire i quesiti referendari, aveva proceduto in modo sostanzialmente identico a quanto fatto nella vicenda che qui ci occupa, attingendo cioè alla formula

prevista per le altre leggi costituzionali e non a quella predisposta per le leggi di revisione (cfr. ordd. 22 marzo 2001; 21 febbraio e 16 marzo 2006).

Nessuno, per quanto mi consta, se ne lamentò.

La ragione però è presto detta. In ambo le ipotesi, infatti, si trattava di leggi di revisione costituzionale caratterizzate dal c.d. titolo muto, definito dalla semplice perimetrazione formale dell'intervento riformatore, il quale risultava fraseggiato: «Modifica del Titolo V della parte II della Costituzione», per l'una; «Modifica della parte II della Costituzione», per l'altra. Ciò, peraltro, nel solco di una prassi – assolutamente costante – seguita in occasione degli altri tentativi di riforma organica o ad ampio spettro sempre della parte II della Costituzione, partoriti (e poi abortiti) dalle Commissioni per le riforme costituzionali di cui alle leggi costituzionali n. 1 del 1993 (c.d. Commissione “Iotti-De Mita”) e n. 1 del 1997 (c.d. Commissione “D’Alema”) e – sicuramente dominante – in tutti gli ulteriori casi di leggi di modifica costituzionale approvate dal 1948, per i quali, salvo qualche sporadica circostanza, al più si registra l'eventualità secondo la quale la delimitazione formale sia accompagnata (e non sostituita) da una esplicitazione contenutistica.

Del resto – si noti incidentalmente – per le leggi di revisione costituzionale il titolo muto, a differenza di quanto generalmente si ritiene per le leggi ordinarie, non è né una anomalia, né un fatto censurabile, bensì il portato naturale della assorbente *ratio* funzionale che le connota, la quale – come già osservato – capovolgendo la logica comune, marginalizza il fine di disciplina *ex novo* rispetto a quello di modifica della normativa preesistente.

Ebbene, è evidente che nella situazione presentatasi all'Ufficio centrale nel 2001 e nel 2006 risultava del tutto irrilevante l'uso della seconda formula del quesito di cui all'art. 16 l. n. 352 in luogo della prima, giacché l'*oggetto* della legge, delineato dal titolo della stessa, si identificava in buona misura con le *porzioni* della Costituzione incise dall'intervento riformatore, sia pur indicate con formula comprensiva (con riferimento alla “parte” o al “titolo”) e non declinate articolo per articolo. Quindi, che il “concernente” del *petitum* riguardasse l'uno – l'*oggetto* – o le altre – le *porzioni* – era sostanzialmente poco rilevante.

Senonché, nel caso che oggi ci interessa le cose stanno assai diversamente.

Invero, la legge di revisione della seconda parte della Costituzione approvata il mese scorso si connota per un titolo tutt'altro che muto, anzi assai loquace, il cui tenore è il seguente:

«Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della parte II della Costituzione».

Titolo per l'appunto, come visto in apertura, riportato nel quesito formulato dall'Ufficio centrale.

Si tratta di un titolo di natura mista, anzi ancipite che, alla definizione dell'ambito materiale di intervento (il c.d. argomento, in senso proprio) della legge – là ove parla di «superamento del bicameralismo paritario, [...] riduzione del numero dei parlamentari, [...], soppressione del CNEL e [...] revisione del Titolo V della parte II della Costituzione» – accompagna l'indicazione di quello che appare a tutti gli effetti non un oggetto normativo, bensì uno scopo che anima l'azione del legislatore di riforma – il «contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni».

Ora, al di là di ogni altra considerazione che pure si potrebbe fare circa l'eccesso di congiunturalizzazione della Carta costituzionale che sembrerebbe derivarne, appare abbastanza chiaro, se non evidente che, sia sul piano della definizione dell'argomento-oggetto che su quello della individuazione dell'argomento-fine, il titolo del disegno di legge di revisione si presenta solo parzialmente rappresentativo.

Per quanto riguarda il primo profilo, risultano esclusi settori materiali su cui il disegno di riforma costituzionale indubbiamente incide. Non si parla, ad esempio, di iniziativa legislativa, *referendum* abrogativo, Presidente della Repubblica, Corte costituzionale, ecc. È ovvio che il titolo ha la funzione di un'esposizione sintetica e sommaria del contenuto della legge, come pure il fatto che l'ampio raggio della riforma costituzionale – la quale investe buona parte degli ottantacinque articoli di cui si compone la seconda parte della nostra Costituzione – avrebbe reso assai impervia la strada della rassegna esaustiva. Questo, tuttavia, avrebbe dovuto semmai portare a mantenere la prassi del titolo muto, piuttosto che abbandonarla. E ad ogni modo, una volta compiuta tale ultima scelta, il problema della selezione, per grado di importanza, dei temi da evidenziare va affrontato e risolto. A tale propo-

sito, mi chiedo a quale logica possa richiamarsi, ad esempio, l'inclusione dell'abolizione del CNEL e la non inclusione della procedura di elezione del Presidente della Repubblica. Forse che, da un punto di vista costituzionale, la prima modifica può ritenersi più significativa della seconda?

In ordine al secondo profilo, quello dell'argomento-fine del contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, va osservato che esso può essere considerato come motivo ispiratore solo di alcune scelte compiute nella riforma e non certo di altre. Si pensi, a quest'ultimo riguardo, alle modifiche – che so – in tema di iniziativa legislativa, *referendum* abrogativo, procedimento legislativo di conversione dei decreti-legge, elezione del Presidente della Repubblica, rinvio delle leggi in sede di promulgazione, modifica delle competenze della Corte costituzionale, ecc.

Il sospetto che la selezione operata, da un verso, e la sovraesposizione prodotta, dall'altro, possano rispondere ad una strategia di enfattizzazione di alcuni aspetti dell'operazione riformatrice, individuati più sulla scorta di una valutazione politica, che non sulla base di una scelta realmente fedele al contenuto del disegno di legge in questione, è ben legittimo.

Ne consegue che, in ipotesi come quella qui in esame, il distinguo fra le due formule del quesito referendario torna ad essere rilevante stante l'importanza assunta dal fatto che il titolo della legge compaia (nel caso si prescelga la formula prescritta per le altre leggi costituzionali) o meno (nella ipotesi che si opti per quella prevista per le leggi di revisione) nel quesito e di conseguenza sulla scheda elettorale. Quel titolo, infatti, finisce inevitabilmente per definire il *thema decidendum* della pronunzia popolare surrettiziamente assumendo il ruolo della denominazione della richiesta di *referendum*. E quanto una tale denominazione, specie in occasione di *referendum* su complessi normativi assai articolati, sia capace di svolgere una funzione di orientamento dell'elettore – il quale ultimo difficilmente nell'urna indirizzerà la sua attenzione al contenuto normativo del *petitum*, preferendo piuttosto la comprensione rapida e complessiva dell'oggetto del proprio voto assicurata, per l'appunto, dalla intitolazione – è, come dimostra anche l'esperienza del *referendum* abrogativo, abbastanza evidente.

Ed allora, per evitare il pericolo che, un titolo elaborato e calibrato con una qualche libertà di troppo rispetto al contenuto della legge anche (o proprio) in funzione dell'esigenza di indirizzare il consenso

possa condizionare il voto popolare, con la possibilità di produrre un esito della consultazione referendaria “non genuino”, la via maestra non può che essere quella dell’applicazione della formula petitoria prevista per le leggi di revisione costituzionale nel rispetto scrupoloso della previsione dell’art. 16 l. n. 352.

È quanto l’Ufficio centrale avrebbe a mio avviso dovuto fare, cogliendo la diversità del caso di specie al fine di sovvertire l’indirizzo sin qui seguito.

3. A sostegno della soluzione adottata dalla Cassazione potrebbe essere invocata una recente tesi dottrinaia, secondo la quale il fatto che la legge oggetto di richiesta di *referendum* contenga anche modifiche di disposizioni non appartenenti al testo della Costituzione – «quali, tra le altre, [...] la novella all’art. 3, comma 1, della legge costituzionale 22 novembre 1967, n. 2 [...] ma anche le disposizioni sul ruolo unico dei dipendenti del Parlamento (art. 40, comma 3) – porta a ritenere che la qualificazione dell’atto come “legge di revisione costituzionale”, e dunque della elencazione nel quesito dei soli articoli della Costituzione oggetto di novella, senza la contestuale indicazione delle parti ulteriori, finirebbe per fornire una informazione parziale (in quanto omissiva di tali parti ulteriori dell’atto, e quindi distorta e distorsiva) all’elettore. Al contrario, solo il riferimento all’intitolazione dell’atto appare idoneo a individuarlo nella sua interezza e senza possibili ambiguità». Vero è, si aggiunge, che in questo modo «si finisce per valorizzare notevolmente gli intenti dei proponenti originari (e dunque, in questo caso, del Governo), con tutti i limiti propri di qualsiasi autoqualificazione [, affidandosi così] ad un titolo altamente connotativo e, in qualche modo “tendenzioso”. Tuttavia, pur con i limiti segnalati, la soluzione suggerita appare l’unica in grado di assicurare completezza e univocità della informazione presente sulla scheda».

Ora, a me sembra che l’argomento sia davvero un po’ forzato. Da un verso, si paventa l’effetto fuorviante la libertà di voto dell’elettore prodotto dall’assenza nel quesito referendario del riferimento ad alcuni (marginali) disposti modificati dalla legge di riforma costituzionale (il cui mutamento, peraltro, è diretta conseguenza della revisione del testo della Carta), dall’altro, ci si affida, come rimedio, ad un “trovatello” – com’è, secondo una ironica espressione, il titolo della legge non espressamente votato da ciascuna Camera – il quale presenta, per

come formulato, una attitudine ben più fuorviante di quella medesima assenza. A questo si deve aggiungere il fatto che, a differenza di quanto accade per il *referendum* abrogativo, nel nostro caso non esiste la possibilità di assegnare alla richiesta referendaria una «denominazione» da parte dell'Ufficio centrale della Corte di Cassazione in grado di obiettivizzare il *thema decidendum* referendario.

Il rischio di vedere la pagliuzza e trascurare il trave, come pure di incorrere nel paradosso nicciano del rimedio peggiore del male è di tutta evidenza.

Senza poi dire che il tutto dovrebbe passare per una riqualificazione della legge di revisione in parola – tra le più poderose della storia repubblicana – in legge costituzionale non di revisione, trasformando l'accessorio in principale, la mera comparsa in protagonista assoluto: il che sembra davvero urtare contro il buon senso.

Invero, il problema sollevato potrebbe trovare una ben più lineare soluzione in una interpretazione correttiva dell'art. 16, prima parte, l. n. 352 da parte dell'Ufficio centrale, al fine di ricomprendere nella formula del quesito anche le disposizioni modificate in via derivativa dalla legge di revisione. Operazione ermeneutica, questa, che troverebbe giustificazione nel rispetto della *ratio* della disposizione legislativa interpretata.

4. Per concludere, siamo a mio parere dinanzi ad una decisione dell'Ufficio centrale segnata *in parte qua* da una sostanziale disapplicazione o, meglio, da una falsa applicazione di legge, nella fattispecie dell'art. 16 l. n. 352. Ovviamente l'interesse a farla valere non potrebbe che essere dei promotori(-oppositori della revisione) del *referendum* e non evidentemente dei promotori(-fautori della revisione).

Ma, c'è da chiedersi, quali potrebbero essere i rimedi a disposizione?

Lasciando in disparte la problematicissima ipotesi del ricorso per Cassazione *ex art. 111 Cost.*, mi viene innanzitutto da pensare allo stesso Ufficio centrale, il quale, ove sollecitato, (ed in assenza della possibilità del ricorso per revocazione, circoscritto alle sole ipotesi di errore di fatto) potrebbe essere indotto ad adottare una nuova ordinanza “correttiva” della precedente. Analogamente i promotori di eventuali nuove iniziative referendarie, in sede di giudizio di legittimità della propria richiesta, potrebbero far presente il proprio interesse

all'applicazione della formula di cui alla prima parte dell'art. 16 e magari ottenere ascolto sul punto dai giudici della Cassazione.

L'altra strada da percorrere potrebbe esser quella del conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato sollevato dai promotori del *referendum* (d'origine parlamentare, popolare o regionale) dinanzi alla Corte costituzionale avverso l'ordinanza dell'Ufficio centrale. Al pregio della assoluta autorevolezza in materia referendaria e della speciale sensibilità costituzionalistica del giudice adito si accompagnerebbe, tuttavia, il problema del tradizionale atteggiamento di *self-restraint* che anima la giurisprudenza costituzionale nella risoluzione di conflitti che vedano parte passiva il potere giurisdizionale; atteggiamento che si traduce nella netta opposizione a che il giudizio per conflitto si tramuti in una sorta di gravame aggiuntivo o in uno strumento atipico di impugnazione rispetto a quelli previsti dal sistema giudiziario. Ne discende la possibilità di valutare, in quella sede, solo addebiti riguardanti la violazione dei confini propri della giurisdizione e non le modalità di esercizio della stessa.

Il fatto che l'ipotesi qui in esame paia dar corpo proprio ad una eventualità di *error in iudicando*, in quanto tale non sindacabile dalla Corte costituzionale, non deve però indurre a ritenere del tutto spuntata l'arma del ricorso ai giudici di Palazzo della Consulta. Ciò in quanto, il conflitto – secondo uno schema tipico che vanta, peraltro, significativi precedenti proprio in ambito referendario – potrebbe essere l'occasione per richiedere alla Corte la (auto)sollevezione della questione di costituzionalità dell'art. 16 della l. n. 352 del 1970, nella parte in cui, non prevedendo che, in caso di revisione costituzionale che coinvolga anche disposizioni non appartenenti al testo della Costituzione, quest'ultime vadano indicate nel quesito assieme ai disposti modificati della Carta, si pone in contrasto con il principio della libertà (consapevolezza) di voto *ex art. 48 Cost.*

Vero è che la soluzione dell'incidente di costituzionalità – quale che fosse – non sarebbe in grado di influire, mutandolo, sull'esito verosimilmente infausto (dal punto di vista dei promotori del *referendum*) del conflitto. Ciò non significa, però, che non vi potrebbe comunque essere un riflesso positivo anche sulla vicenda che qui ci occupa. Invero, sia nel caso in cui la Corte-giudice *a quo* rifiutasse di sollevare la questione in quanto suscettibile di trovare soluzione attraverso una interpretazione conforme del disposto dell'art. 16 prima parte, sia laddove pervenisse – come giudice *ad quem* – ad una sentenza

interpretativa (di rigetto come di accoglimento) o, infine, ad una additiva, la pronunzia del giudice costituzionale assumerebbe il significato (neanche troppo) implicito di una affermazione dell'applicabilità al caso di specie della formula del quesito referendario prevista per le leggi di revisione costituzionale. Ne deriverebbe, pertanto, il plausibile effetto remoto di sollecitare un reintervento dell'Ufficio centrale per procedere alla riformulazione del quesito medesimo.

Insomma, sia pur faticosamente e per via traversa, il diritto ad un voto referendario libero da interessati condizionamenti del potere *sub iudice* nel *referendum* (*id est*, quello legislativo) potrebbe così trovare tutela.

PARTE IV
RUBRICHE

IS CONSTITUTIONALISM ON THE WANE?
MOVING FROM P. DOBNER, M. LOUGHLIN (EDS),
THE TWILIGHT OF CONSTITUTIONALISM,
OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2010
TOWARDS AN UPDATED BIBLIOGRAPHY

by *Francesco Bilancia*

By bringing constitutional thought beyond the present crisis which national constitutions are experiencing the topics and questions raised in this collected edition, as summarised in the *Introduction* by PETRA DOBNER and MARTIN LOUGHLIN, remain of the outmost importance despite the book being published 6 years ago. By crisis we mean both the loss of effectiveness of States' law (and power, as facts and processes affecting governments at national and international level) and new methodological approaches to law, economics, politics, and so on. Since this book have been published, many other important works have come out, both in Italian and English, such as G. TEUBNER, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, 2012; J.L. COHEN, *Globalization and Sovereignty. Rethinking Legality, Legitimacy and Constitutionalism*, Cambridge, 2012; G. PALOMBELLA, *E' possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, 2012; H. LINDHAL, *Fault Lines of Globalization. Legal Order and the Politics of A-Legality*, Oxford, 2013; G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013; A. O'DONOGHUE, *Constitutionalism in global constitutionalization*, Cambridge, 2014; AA., VV., *Costituzionalismo e globalizzazione*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Annuario 2012*, Napoli, 2014¹.

¹ See, also, M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000; F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, 2000; A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002; G.W. ANDERSON, *Constitutional Rights after Globalization*, Oxford and Portland, 2005. I am really grateful to Stefano Civitarese for having indicated many of these works to me.

The thread of all these researches is the role of constitutionalism beyond the State, an issue which requires us to handle constitutional notions out of their «natural environment» by adopting unconventional methods. In other words the challenge is to compare with each other either institutions, legal systems and legal acts or concepts such as law, legal order, jurisprudence, Constitution which have different contextual meanings. For example, when we think of state's law (no matter if in a common law or a civil law system); European Union law; international law or global law, by using the same word we do not understand the same concept of law. At the same time by evoking such expressions as Constitution, constitutional law; constitutionalisation of European law or of international law while seeking out a European Constitution or complaining about a loss of effectiveness of State constitutions we do not refer to the same concept of Constitution and constitutional law.

On the other hand, taking into account traditional topics of State constitutional law to study EU law, international law or global administrative law, may help not to lose what constitutionalism theory has historically achieved. In a nutshell its legacy consists in giving legal form – by setting limits – in the end making it liable – to any authoritative decision-making process within and beyond the State.

The bibliography at hand should prompt an even deeper discussion in the near future, in light of the so called question of the constitutionalisation of the European Union, that is to say the matter of the European Constitution in time of European constitutional crisis.

The important transformations of institutional and political systems in Europe and abroad put in question meaning and use of concepts (such as law, democracy and the rule of law) born within the constitutional framework of the State – and more and more used to analyse institutional contests outside the State. Apologizing for not being able to intervene on the other important issues analysed in the book, as privatisation of power², or the even more central question of the so-called

² F. ORREGO VICUÑA, *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society. Constitutionalization, Accessibility, Privatization*, Cambridge, 2001.

*Global Administrative Law*³⁴, ? *Something's missing*.

First, about this kind of nominal matters, one should declare – settling a conventional agreement – in which sense he or she uses a specific terminology. When one wants to export legal concepts out of their proper system (ie notions elaborated within constitutional theory out of State legal orders) he or she should, in other words, specify in which sense he or she employs this or that legal term in a given context. This is especially important in using the word «Constitution».

By moving from a simple descriptive meaning of the Constitution we might find a Constitution everywhere, even – of course – in the Cromwell's Instrument of Government or in the Nazi's legal order (in a concrete and positivist sense). So I must premise that I will use the term Constitution in a prescriptive sense, building on art. 16th of the French Declaration of Man and Citizen of 1789. A normative concept of State Constitution⁵.

So we could assume the question sketched above as the principal topic set out in this bibliography: provided that constitutionalism is a political theory which aims at setting legal limits to political power, how can it still play a role beyond the State? In this sense I understand Loughlin's words when he writes «Constitutionalisation is the term used for the attempt to subject the exercise of all types of public power» (but I would say of power *tout court*)... «to the discipline of constitutional procedures and norms»⁶.

We need to bear in mind that the question of what we should mean by «constitutional norms» in a context beyond the States is still open, but I am quickly approaching it. We have the same problem with the

³ P. CRAIG, *UK, EU and Global administrative Law. Foundations and Challenges*, Cambridge University Press, 2015; S. CASSESE (ED.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Elgar, Cheltenham, 2016.

⁴ See, also, a huge, relevant bibliography at www.iilj.org/gal, and www.irpa.eu, and www.iilj.org/GAL/default.asp.

⁵ I refer here to the essays of DIETER GRIMM AND ULRICH PREUSS, in P. DOBNER, M. LOUGHLIN, *The Twilight of Constitutionalism?*, quotations on pp. 3, ff. and 23 ff.

⁶ *What is Constitutionalisation?*, in P. DOBNER, M. LOUGHLIN, *The Twilight*, 47. ID. 55, «Constitutionalism is a theory of limited government... These norms not only impose limits on the exercise of public power but also on the procedures through which such power should be exercised. Its key principles are independence of the judiciary, separation of governmental powers, respect for individual rights...».

assumption: «the Constitution is now perceived as providing the basis for the legitimacy of legality»⁷. This works in a State context but what about the European or international legal systems?

Many authors keep on distinguishing the two traditional interpretations of constitutionalism (McIlwain would say ancient and modern constitutionalism):

- a) as a system of rules limiting governmental power and subject to the judicial review of a constitutional court (Constitution as ground for the rule of law and as the higher law); or
- b) as a system of rules founded on the will of the people.

Three more matters should then be dealt with as related to the main question: 1) constitutional contents; 2) the question of legitimacy of law; 3) the relationship between democracy and the rule of law as a synthesis of points 1) and 2). I will expose here my conclusions first. I will try, then, to make a comparison between State constitutionalism and the so-called «European constitutional law» just working on an example.

1. Constitutional contents. I will not discuss another important topic dealt with in this bibliography: the role of nation building of the national Constitution and the lack of a nation, a people or a proper political identity both at European and international level. In a very narrow sense, Constitution has been intended as «a submission of politics to law»⁸, no matter which content this law should have and who are the authors of it. The most important role of the Constitution is, instead, the legitimacy of legal power, law-making power, built on the rights of citizens to participate in the exercise of this power as addressees of binding laws. Participation, of course, through the Parliament. The first individual right is, in fact, the right to Parliament. So we must agree on this: a political act can be assumed as a Constitution in a contemporary sense if it claims – with a way of effectiveness – to issue primary legislation by means open to the participation of the same ad-

⁷ M. LOUGHLIN, *What is Constitutionalisation?*, 50.

⁸ D. GRIMM, *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World*, in P. DOBNER, M. LOUGHLIN, *The Twilight*, 5.

dressees of these normative acts. In doing so, a Constitution is a higher law *vis-a-vis* statutory law which underpins the legitimacy of the latter and thereby gives shape to the rule of law⁹. Public institutions, ie legislative and governmental powers, are consequently built as instruments at the service of the people and subject themselves to the legal system. In this sense a democratic system must be grounded on the Constitution: as premise and result of a system of constitutional commitments for legal institutions themselves. I wouldn't say that consensus of people is not necessary to set the Constitution, but the former could even come after its foundation if the Constitution *lays down* a democratic legal system¹⁰. Of course, across the centuries, democratic Constitutions have been usually written down by peoples within their own State organization (country). But the concept of people itself must be intended as a plurality of individuals, never as a whole, say, the Nation. When State sovereignty was changed into people sovereignty, not only sovereignty shifted from a subject to another, but it hugely changed its character. From State to people, indeed, sovereignty moved from a concentrated power to a system of individual fundamental rights. Power has been broken in millions of parts, exactly from a single power to the amount of individual rights¹¹.

2. *The question of legitimacy.* Every system and every foundation of legitimacy of normative power (of constitutional power as well) considered in a given historical moment depends on a political principle and on its effectiveness¹². Such a political principle that governs the legal system creates the foundation of that system. During the his-

⁹ On this I do not agree with M. KUMM, *The Best of Times and the Worst of Times: Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia*, in P. DOBNER, M. LOUGHLIN, *The Twilight*, 5, 211 f., when he says: «Democratic statism is an account of constitutional authority that *does not say anything* about the content of constitutional norms».

¹⁰ And this is my criticism to Kumm's article. If what I am telling here is correct, if it is historically true that a Constitution could have more than one legitimate foundation, I guess it should be much more a question of effectiveness of legitimacy foundation of the Constitution or its function of civilization of legal system: democracy better than violence, for example.

¹¹ On this G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico, alla norma giuridica*, Roma, 2006.

¹² G. FERRARA, *La Costituzione*, again.

tory of the State that principle was the will of the sovereign in the absolute monarchy; the will of God in the theocratic state; the will of the bourgeois parliament in (the) liberal state; and the interests of people in contemporary democracy¹³. So in different contexts, Constitution and law can find and have actually found their ground on institutional pluralism, common law, in their own representative character, and so on. If today State constitutions are losing their effectiveness, if they «can no longer secure that any public power taking effect within the State finds its source with the people and is democratically legitimised by the people»¹⁴, this is just a question of fact. It means that State constitutions as traditional instrument of constitutionalism are on the wane. I claim though that State Constitutions are on the wane, not constitutionalism as a legal theory and as an ideology.

3. *Democracy and the Rule of Law*. I share with many other constitutional scholars the opinion that democracy and the rule of law have to be effective together to enact the values of constitutionalism. Democracy without constitutionalism means, in contemporary politics, legitimate power without legal limits, which could lead to a totalitarian system. It would allow governments with great consensus to eliminate any protection of individual rights; to refuse division of powers and judicial review. As a judicial guarantee of the Constitution the Constitutional Court could act as a counter-majoritarian institution, ruling on government legal powers. But founding the legal system only on the consent of the people, even a Constitutional Court could be attacked as an enemy of democracy! Democratic legal government itself needs to be protected through legal limits, through the rule of law (even the people is subject to constitutional limits, as for instance proclaimed in art. 1 of Italian Constitution). At the same time the rule of law is not enough to enact a Constitution as capable of copying with the contemporary legal culture. Of course a legal order subject to the rule of law is in a better condition to achieve constitutional values than anybody else without a legal framework, decision-making boundaries,

¹³ The main problem today being, how to translate interests of people into the contents of legal norms.

¹⁴ D. GRIMM, *The Achievement*, 16.

judicial review and separation of powers. But a legal order not rooted on a democratic system has not a constitutional foundation in the sense mentioned above. That is why in my view constitutionalisation of European and global systems have to deal with both a positivisation (legal settlement) of the rule of law and a democratisation of those systems. Of course the first condition is much easier than the second to achieve, at least in the EU. But some elements of the latter should be introduced both at the European and global level to allow us to keep on speaking seriously about the Constitution¹⁵. As I mentioned before, individuals – I could say citizens – must succeed in participating in public decisions affecting their own needs, rights and destiny, if not directly or through their representatives, at least through their State institutions. As we cannot even imagine a constitutional legal system without an effective protection of individual rights, we should also agree on this other assumption: civil liberties conceived as constitutional rights are firstly rights to political participation¹⁶. Rights to participate, albeit not directly, in any public decision which brings about a binding obligation on the same individuals. This means that the contents of political decisions must deal with individual needs in a way which takes into account that what it has been handling are their corresponding constitutional rights.

It seems to me that the conclusion set forth by Loughlin's reconsideration of the theory of constitutionalism beyond the State at an international level could be summarised in these words: «Constitutionalisation is the process of extending the main tenets of liberal-legal constitutionalism to all forms of governmental action»¹⁷. He talks about «a purely normativist claim»¹⁸.

But let us concentrate now on the European level, regarding which I would subscribe the conclusion that European present constitutional-

¹⁵ A deep analysis through scientific debate on these issues is now dealt by P. CRAIG in his important book *UK, EU and Global Administrative Law. Foundations and Challenges*, already quoted above, especially in the *Introduction* and in *Chapters 5 and 6*, 566 ff., 671 ff. See, particularly, 623 ff., 635 ff., 654 ff., 674 ff.

¹⁶ See, again P. CRAIG, 674 ff., about the so-called «democratic question» within GAL.

¹⁷ P. 61.

¹⁸ P. 65.

ism can only leads us to «a form of liberal-legal constitutionalism allied primarily to market freedom...undermining the social rights established in member states»¹⁹.

Also in the liberal State of the nineteenth century, in fact, the essential meaning of law as a political system was not the one presupposed by the contemporary theories of democracy: the will or needs of the people. This is particularly true for Germany, where the supremacy of the law was derived from its attribution to the State, to the sovereign body (the will), and to the supreme institutions. Conversely, the law of contemporary legal culture is assumed to be the voice of political representation, as an expression of the general will. Probably such an idea can be considered an illusion, but it represents the political principle upon which the modern concept of democracy has been founded.

As an example, in the draft Treaty Establishing a Constitution for Europe (the Treaty signed in Rome in 2004) it was proposed for the first time to modify the name of the EU acts of legislation. Regulations would have been called European law while directives European framework-law. That name, «European law», which has been cancelled from the Lisbon Treaty after the French and Dutch referendum in 2005, clarifies what the role of this legislative act had to be or should be in an actual constitutional system. We cannot use the same word «law» at European level pretending to share the same concept as State law within States' constitutional systems. The EU system, in fact, is still not founded on the principle of the separation of powers. There is no theory of legal sources in EU law, and no attention is given to the formal and substantial characteristics of legislative acts. We do not have appropriate legal terms to understand the following questions: why should legal acts have a specific procedure (typical formal requirements) and the provisions thereby issued a specific formal content (general, abstract, normative, driven by the interests of the people)? Why should they be identified by such formal characters? Why should we look at the subject (the body) that adopts a legislative act to classify this act?

Furthermore, European law does not recognize autonomous legiti-

¹⁹ M. LOUGHLIN, p. 66; F.W. SCHARPF, *Legitimacy in the Multi-level European Polity*, in P. DOBNER, M. LOUGHLIN, *The Twilight*, 89 ff.

mation for political action as such. In national systems, each government is free to decide its own policy within the framework of constitutional rules (UEM rules and *Fiscal compact* apart, of course). Is it the case for the EU? The structure of EU Treaties produces the neutralization of any political motion (action). The institutional aims of the European system, in fact, are all described in the provisions concerning the market economy, competition, and EU policies²⁰. Out of the legally established competences, there is no room for political autonomy. It is States that, in building the system of Treaties, have already set all the targets of the EU.

We should also consider that EU system is strongly influenced by case-law of the Court of Justice, which is implemented in States legal systems as compulsory European law. On the question of the protection of human (fundamental) rights this order is constitutionally implemented more by Courts than by primary legislation of the Parliament and Council²¹. The Court of Justice case-law represents the historical, legal and political foundations of the Charter of Fundamental Rights itself. But this case-law is still not able to create a new European «common law» as traditionally meant, because European law is not «common» at all, as it is not based on equality among citizens (there are no peers), although it is «common» for every subject within the EU system, in which individuals and big corporations are considered as «equal»²². And where law proceeds from a specific, predetermined, political program, which is well-known and gives rise to a compound system of interests.

As a methodological question, we should move on to compare state constitutional concepts with the same topics at the European level. However we should not confuse terms and words as if they could have the same meaning as unfortunately some scholars are used to do and the book edited by Petra Dobner and Martin Loughlin suggests to avoid: the European Court of Justice is not the Constitutional Court of the EU; Treaties are not the European Constitution²³; EU decision-

²⁰ W. SCHARPF, *Legitimacy*, *passim*, and 104.

²¹ Dealing with GAL, see again P. CRAIG, esp. 592 ff., 680 ff., where he speaks of «judicial foundations of global administrative law» and «legitimation of it through Courts».

²² See, on this, SCHARPF criticisms, *Legitimacy*, 100 ff., 110 ff., 117 ff.

²³ So says, if I don't misunderstand his thought, M. KUMM, 218 f.

making is not statutes; the European Parliament is not with yet an actual representative political body; EU is not yet a federal State. Otherwise there would be no difference between State and European constitutionalism. I would define this approach as «nominal constitutionalism».

We should, instead, use the constitutional approach as a means to analyse the European system, by way of comparing it with the legal tradition of the State to make out analogies and differences and measure what are the consequences on the effectiveness of constitutional theory.

To make an example, generally scholars propose a parallel analysis between the legislative procedure of the EU, which involves the Commission, the Council, and the European Parliament, and the one of a given member State. Such a comparison, even though useful, is not simple. In the EU there is no trace of the division of powers between legislative institutions and governmental institutions. The analysis should be conducted by separating interests of the European Union (defined by the Treaties but decided by the States), interests of each single government, needs of the citizens, interests of the firms and corporations, and so on. But one cannot make such a calculation in order to allocate all these interests to different institutions, as it occurs in national constitutional systems. In other words, I believe that it is not easy to imagine for the EU the same institutional balance that has characterized the mixed English government for several centuries. I am referring to the historical balance among interests of different social classes in the trilateral relations between the English Crown, Lords, and Commons. Moreover, an important point for me is that legislative acts of the EU are not like primary legislation of the States. They do not represent fundamental political choices of the system. Such choices are already written in the Treaties. European acts of legislation are mere acts of execution of such choices — my point stems from this very fact. If we think about how the mixed English government was created, how parliamentary regime came about in that system (since the first signs written in the *Magna Charta* of 1215), and how some institutions have evolved (such as the Privy Council, first, and the Cabinet at a later stage), we can learn an important lesson in order to evaluate the role played by panels as political institutions. The power of the panel was established in opposition to the monocratic power of the King. English constitutionalism teaches us that diffusion

(separation) of power is to be obtained through the political panel. Panel means pluralism in the selection process, as well as synthesis of interests to be represented in decision-making (Ferrara).

In England, as regards such interests, barons were considered first, then interests of commons, and finally interests of the populace. Conversely, what is the representative role played by the Council of Ministers — the highest political authority of the EU? Is it also a panel created to diffuse the power into pluralism? No, it is not. Rather, it represents EU governments, their own policies, and the various interests separated by nationality.

Indeed, we face the opposite case: the Council of Ministers is a panel created to concentrate power and to separate political responsibility of each of its members from the control of the citizens of each member State (Ferrara, again). Citizen interests are not anymore the constituency of State politics, which has become European politics, better States politics itself presented through European institutions.

The panel, through the mutual legitimacy of its members, breaks the link between such members and their own responsibilities toward citizens. Each decision made «in Europe» is then «imposed» on Member States.

Yet, the deficit of representation in European institutions will remain the same. In abstract terms, any representative body, to be actually representative, must reproduce the same structure as the represented people²⁴. Therefore, the Parliament of a complex society should represent the latter as a whole in all its plurality. In other words, Parliament should reproduce the organic structure of the source of its own legitimacy.

In conclusion we could accept that the building of a constitutional theory beyond the State is at stake as a cultural matter and that a sort of legal order does in fact exist both at the European and international level at least as a formal and procedural question. Yet to imbue such legal orders with deeper constitutional values a long way forward is still necessary.

²⁴ Here, I cannot go through the important questions and criticisms analysed by D.J. GALLIGAN, *The People, the Constitution, and the Idea of Representation*, in D.J. GALLIGAN, E. VERSTEEG (EDS), *The Social and Political Foundations of Constitutions*, Cambridge, 2013.

However, we can note a paradox in the EU legal system, that the Court of Justice is the only authority enjoying political initiative, and in the past it was strongly determined to use all its power, well beyond the contents of the treaties and sometimes against the will of the States. The Court of Justice has been almost the only institution which tried to sustain the system on political grounds, except for States within the European Council, of course. So the Court might do it again in the near future, as many scholars try to foresee, using principles within European treaties *magis ut valeant*, to deduce as much constitutional values as possible from them. This is what constitutionalism as a political theory still demands. For now it is a cultural dispute but it could become a political issue determining States to change their politics, as members of European institutions and as privileged holder of political initiative charged to plan the future of European Union as well²⁵.

²⁵ «The EU does not decide upon its own legal foundation», as GRIMM says, *The Achievement of Constitutionalism*, 17.

INTRODUZIONE

di *Giovanna Montella*

Il testo che si presenta è tratto da una delle opere più imponenti di Léon Duguit: *l'État le droit objectif et la loi positive*, che venne pubblicato a Parigi per i tipi delle prestigiose edizioni Albert Fontemoing nel 1901¹.

Il volume, assieme a *l'État les gouvernants et les agents*, del 1903, rappresenta il frutto di un periodo appassionato e particolarmente produttivo del fondatore dell'*Ecole du Service public*.

I fondamenti teorici del suo percorso possono già essere apprezzati nella ricchezza di queste due opere giovanili, all'interno delle quali vengono elaborate le tematiche più incisive della sua dottrina che continuerà a sostenere e difendere per tutto il resto della sua vita.

I due volumi danno conto in più parti dell'interesse all'elaborazione scientifica contenuta negli scritti di Durkheim, un convincimento presente altresì in tutta la sua produzione successiva laddove tratta dei presupposti dogmatici relativi alle sue teorizzazioni; in effetti tutta la problematica attinente il fatto sociale quale fondamento della *règle de droit*, ne è testimonianza. È appena il caso di ricordare che la definizione di fatto sociale data dal Durkheim nella sua opera « *Est fait social toute manière de faire, fixée un non, susceptibles d'exercer sur l'individu une contrainte extérieure;* » è il presupposto scientifico dal quale Duguit muoverà per costruire la sua dottrina della *Solidarité sociale*².

Il primo capitolo dell'opera, *l'État le droit objectif et la loi positive*, interamente dedicato alla definizione della *solidarité sociale*, pone in luce alcuni elementi la cui attualità risulta particolarmente rilevante ove si voglia ricercare in quelle parole, il patrimonio dei valori ereditati della tradizione dei diritti.

L'intuizione di Duguit, infatti, è collegata alla coscienza di un sentimento popolare fondato su fatti primordiali, posti alla base di una so-

¹ In particolare, ad essere riproposto è il par. VI «*La Nazione moderna*» [«*Il concetto moderno di nazione*» n.d.t.] del Capitolo I «*La Solidarietà Sociale*». Il titolo «*Solidarietà sociale e coscienza nazionale*», indicato nell'indice e nell'*abstract*, è dunque redazionale.

² V. E. DURKHEIM, *Les Règles de la Méthode sociologique*, Paris, Alcan, 1895, p. 19.

cietà, che non si accontenta della nozione semplicistica di una sovranità come espressione della maggioranza del corpo elettorale, tanto che nella sua concezione, questa da sola non può essere principio teorico posto a fondamento del diritto pubblico.

L'influenza di Durkheim e della sua opera *De la division du travail social*, si può chiaramente percepire nelle prime pagine del volume, che in questa sede vengono presentate, e ciò fin dalle prime affermazioni riguardo alla divisione del lavoro sociale nell'età feudale, in cui si legge tra l'altro: «*Nulle part n'apparaît autant que dans la féodalité la réciprocité des services rendus*», un'affermazione che va peraltro letta nella sua accezione temporale e strettamente collegata a ciò che il giurista bardoiese voleva dimostrare in tema di origine del pubblico servizio, altro caposaldo di tutta la sua produzione scientifica. Secondo l'analisi storico-sociologica che egli sottopone all'attenzione dei suoi lettori, infatti, la costruzione della società organizzata per il bene comune non può prescindere da una cooperazione dei servizi organizzata dai governanti, una intuizione questa, saldamente correlata alle fasi salienti che, più o meno in maniera dissonante, avevano illustrato, secondo la sua concezione, l'evoluzione del concetto di funzione pubblica e che dalle sue origini, risalenti al periodo feudale, avevano attraversato l'era monarchica e la successiva stagione rivoluzionaria, con l'intento di creare una società dedita alla conquista del bene comune e alla difesa dei diritti. Evoluzione che raggiungerà il suo massimo grado di intensità con l'avvento dello Stato assistenziale all'insegna del perseguimento, e del successivo raggiungimento, del comune benessere attraverso il lavoro, la cultura, la felicità e la protezione economica³.

Ciò che emerge in particolar modo dallo scritto è la qualità intellettuale di studioso e di uomo, pronto a reagire alle sollecitazioni degli avvenimenti e abituato per metodo, seguendo prospettive di tipo analitico, alla considerazione degli effetti dei fenomeni sociali sull'ordinamento giuridico.

Si apprezza, in questo testo la passione con la quale Duguit descrive la formazione della nazione come struttura organizzativa per la salvaguardia dell'*individualisation* delle persone da un lato, e della so-

³ L. DUGUIT, «*De la situation des particuliers à l'égard des services publics*», in *Revue du droit public et de la sociologie politique en France et à l'étranger*, 1907, p. 417.

cialisation dall'altro, il luogo in cui si opera la crescita solidale a detrimento delle sofferenze umane.

Egli sottolinea come sia evidente l'aspetto secondario che assumono, nella costruzione della nazione, quegli elementi da sempre individuati come fondamentali per affermare la convergenza di unità nazionale e unità politica:

«Communauté d'autorité politique, de race, de langue, de religion, limites naturelles, ce ne sont donc là que des éléments secondaires. L'élément essentiel de l'unité nationale, il faut le chercher, comme pour toutes les formations sociales, dans la communauté de traditions, de besoins et d'aspirations. Et d'abords la communauté de traditions.»

Dunque, se l'umanità, come egli rimarca più volte, è composta più dai morti che dai vivi, essa dovrà essere il risultato della coscienza nazionale che quei morti hanno saputo trasferire, in qualità di lascito, ai vivi. La nazione è dunque per Duguit una formazione storicamente determinata.

La coesione sociale degli individui, con il suo patrimonio a difesa dei diritti ed al riconoscimento dei valori legati ai doveri verso lo Stato, è chiamata a difendere questa unità di bisogni, tradizioni culturali e ideali, volti alla soddisfazione di quanto necessario alla crescita ed affermazione della personalità umana.

Particolarmente toccanti, infine, le parole con cui sottolinea gli elementi che scoraggiano le speranze da lui riposte nel raggiungimento di quelle finalità:

«...le spectacle des choses qui nous entourent n'encourage pas cette espérance: les armements formidables, les guerres injustes et barbares, la violation des lois le plus élémentaires de la justice, les haines religieuses et nationales prêchées à tous les carrefours, les frontières fermées et hérissées de défenses, tout cela ne montre-t-il pas que l'avènement d'une véritable société internationale est une espérance chimérique?»

Tuttavia, Egli non cede alla gravosità dello sconforto e chiede ai suoi lettori di vegliare al fine di salvaguardare tale speranza chimerica; a questo fine cita il Renan dei *Drames philosophiques*, così conclu-

dendo il suo capitolo sulla *solidarité sociale* e facendo un ottimistico appello alla fiducia nel futuro:

«et ayons foi, comme Renan, “au triomphe définitif du progrès religieux et moral, nonobstant les victoires répétées de la sottise et du mal”»

Egli riafferma con potenza quel preziosissimo principio che trova la sua legittimazione e la sua operatività nel patrimonio costituito dal prezioso lascito del 1789, una concezione prevalentemente universalistica del principio di eguaglianza che ha fatto sì che dalla Rivoluzione francese in poi, risultasse preponderante la necessità di costruire una comunità di *citoyens* tutti egualmente impegnati nella conservazione e salvaguardia del «patto repubblicano».

IL CONCETTO MODERNO DI NAZIONE*

di *Léon Duguit*

La Nazione per sua natura è un insieme di centri abitati, così come il centro abitato è un insieme di famiglie; nel contempo il cittadino [anticamente, n.d.t.] era, più socializzato e individualizzato rispetto al parente, in quanto componente di un nucleo familiare e contemporaneamente della comunità civile, così anche nello Stato moderno, l'appartenente alla nazione è sia individuo, sia essere sociale; socializzato in quanto trattenuto da legami sociali poliedrici, la famiglia, l'agglomerato urbano, la nazione; individuo poiché in possesso della consapevolezza di questa complessità crescente e, di conseguenza, la totalità dei suoi pensieri ne risulta accresciuta. Ma tale concezione della moderna nazione, aggregazione di famiglia e centro urbano a più largo raggio è, occorre dirlo, più una forma schematizzata che reale. Di fatto le nazioni moderne sono formazioni sociali di un'infinita complessità e formate di elementi fortemente differenziati, per cui occorre metterne in luce i principali.

Esse provengono dal mondo antico attraverso l'intermediazione del regime feudale, che ha dominato l'Europa per molti secoli ed ha avuto sulle nostre idee e sulle moderne istituzioni una profonda influenza, che ancora persiste e spesso in modo impercettibile. L'epoca feudale, come tutti oramai riconoscono, non è affatto l'epoca della frantumazione e della disgregazione, come hanno ritenuto per lungo tempo i nostri storici. Al contrario essa si caratterizza per una forte integrazione degli elementi sociali, fondata su di una gerarchia personale e territoriale realizzata attraverso una radicale divisione del lavoro sociale. Ricondotta in termini più semplici, una società feudale è una società i cui membri sono tutti uniti gli uni agli altri da una serie di diritti e di doveri reciproci, rigorosamente stabiliti, dal superiore gerarchico (il re) situato alla sommità della scala sociale, fino al servo (della gleba) che si colloca all'ultimo gradino. Inoltre, lo stato di ciascuno di essi, o meglio, dei doveri e dei diritti degli stessi, viene determinato in ragione della qualità della terra che detiene. Mai come nel periodo feudale si manifesta con chiarezza la reciprocità dei servizi resi.

* Traduzione italiana di G. MONTELLA.

Il vincolo sociale che unisce ciascun componente dell'apparato feudale è un immenso scambio di servizi: il sovrano deve aiuto e protezione al suo vassallo, quest'ultimo è obbligato verso di lui attraverso il servizio militare, il servizio giudiziario, il servizio di assistenza e via di seguito. È questa la solidarietà attraverso la divisione del lavoro, corredata di tutte le sue specifiche caratteristiche; e l'uomo dell'epoca feudale ne ha una consapevolezza ben definita. Nato sotto il dominio di cause differenti, il regime feudale acquisisce anche il sigillo ecclesiastico; l'influenza agostiniana e la teoria della *concordia*, divulgate dall'eminente autorità di Hincmar [Icmaro, arcivescovo di Reims, n.d.t.], contribuiscono ad imprimere nelle coscienze la nozione di una società unicamente contrattualizzata, una società basata su di una fitta serie di contratti attraverso i quali realizzare la solidarietà atta ad unire gli individui.

Tutti i rapporti tra gli uomini vengono considerati rapporti contrattuali; e in fondo le moderne concezioni di contratto sociale, di organismo contrattuale non sono altro che il sopravvivere delle idee feudali.

Infatti, il regime feudale non ha avuto sicuramente l'ingenuità teorica a cui noi l'abbiamo ridotto, e non è stato sempre, non lo fu forse mai, quel regime ideale di concordia e cooperazione che l'arcivescovo Hincmar sognava.

Tuttavia, nel complesso, malgrado le violenze, malgrado il trionfo incessante della forza bruta, la concezione di una società integrata, fondata innanzi tutto sulla reciprocità dei servizi assicurata dal metodo contrattuale, rimase tema preponderante nelle coscienze e, per un certo tempo durante il XIII° secolo, giunse quasi alla sua completa realizzazione.

D'altra parte, i gruppi fondati sulla solidarietà per similitudine si protraggono nel corso dell'epoca feudale divenendo anche più numerosi e più coerenti: associazioni religiose, chiese e monasteri, associazioni professionali, popolazioni affrancate con la forza o (unite) per concessione da parte del sovrano. Talvolta queste aggregazioni di individui, uniti da omogeneità di interessi, vengono incamerati nel regime feudale; talvolta convivono con la gerarchia feudale; e l'uomo, secondo una legge costante, diviene allo stesso tempo soggetto individuale e sociale, in quanto i legami che lo uniscono agli altri divengono sempre più numerosi ed egli ne possiede una consapevolezza ben definita.

Le componenti del mondo feudale amalgamate ed organizzate sotto l'effetto di differenti cause, che non sono da approfondire in questa sede, danno origine, prima o dopo a seconda dei paesi, alla nazione moderna, fondata sull'idea di patria. Che cosa è una nazione?

Renan ha scritto «Una nazione è una grande solidarietà, fondata sulla coscienza dei sacrifici che sono stati fatti e su quelli che si è disposti ancora a fare». Tale proposizione è esatta, ma incompleta. L'eminente pensatore ha evidenziato solamente uno degli elementi dell'unità nazionale: l'affinità di interessi, bisogni e aspirazioni. La nazione moderna tuttavia e forse più di ogni altra formazione sociale, è altresì fondata sulla diversità di inclinazioni e attitudini individuali e sulla consapevolezza della divisione del lavoro.

Una duplice solidarietà che unisce intimamente i membri di una stessa nazione, ma che lascia tuttavia sussistere la loro individualità rendendola più forte e più capace.

In che cosa consiste esattamente la solidarietà per affinità che unisce originariamente i membri di una stessa nazione?

Spesso si è andato affermando come l'elemento primordiale della nazione fosse la sottomissione di un certo numero di uomini ad una medesima autorità politica, in poche parole che il fattore essenziale dell'unità nazionale fosse la comune subordinazione politica. Vero è che la riunione di un certo numero di uomini o gruppi sotto l'autorità di uno stesso capo può essere un elemento di solidarietà nazionale, ma non è che un elemento secondario. Esistono esempi di formazioni a carattere nazionale che riuniscono uomini non assoggettati allo stesso potere politico, spesso l'unità nazionale ha resistito benché la comunità politica si sia disgregata. Non vi era forse una nazione italiana prima che l'Italia intera fosse riunita sotto lo scettro di casa Savoia? La nazione polacca è forse scomparsa in seguito all'ultima divisione della Polonia? L'Irlanda e la Lorena sono forse divenute parte dell'Inghilterra e della Germania per il solo fatto della conquista? E se per ipotesi e al solo fine, del ragionamento, si immaginasse una divisione della Francia, oserebbe qualcuno affermare che in seguito a tale accadimento non esisterebbe più la nazione francese?

Come può, peraltro, la sottoposizione ad una autorità politica comune, accelerare la formazione dell'unità nazionale e contribuire alla nascita della coscienza dell'identità di bisogni?

La monarchia francese, che riunì sotto la sua autorità le antiche province, la rivoluzione e l'impero che diedero loro un diritto ed una

amministrazione centralizzati, hanno efficacemente rafforzato il sentimento nazionale. In ogni caso siamo di fronte ad un fattore secondario e lo sono anche identità di razza e di lingua. Tutti gli uomini, si è detto, parlano la stessa lingua, appartengono alla stessa razza e debbono costituire la medesima nazione. Affermazione questa spesso evocata durante il XIX° secolo in nome del principio di nazionalità, al fine di giustificare questa o quella politica di conquista, di annessione o di indipendenza, ma che non ha nulla di scientifico.

Infatti, la pretesa identità di razza non è mai stata stabilita e possiamo osservare nazioni fortemente integrate, che non hanno né la medesima origine etnica, né la stessa lingua.

Si può affermare che esista una razza francese, e la nostra nazione non è forse un insieme delle più diverse razze? Si può dire che non esista una nazionalità americana, perché non esiste una razza americana e gli Stati Uniti sono popolati di rappresentanti di tutte le nazioni europee e anche delle tribù africane? La piccola nazione svizzera non è forse una tipologia nazionale completa benché almeno tre lingue siano distribuite tra i suoi cantoni?

L'identità di razza e di lingua può contribuire alla formazione della nazione la loro diversità può ritardarla; non necessariamente impedirle; le sole identità di razza e di lingua non hanno abbastanza forza per crearla. Stessa osservazione in merito alla religione che ha rappresentato nell'antico centro urbano un fattore di prim'ordine, ma che ai giorni nostri, a causa dell'indebolimento del sentimento religioso, è, a nostro avviso, un elemento sicuramente secondario.

Alcuni avvenimenti recenti tenderebbero peraltro a provare che le lotte religiose e le divisioni che si trascinano dietro, non siano questioni estranee alle società moderne. In breve le politiche di annessione e di conquista hanno spesso evocato il principio dei confini naturali per la giustificazione delle loro pretese.

La configurazione del territorio ha sicuramente facilitato la formazione di alcune nazioni, ma, molto spesso, il gruppo nazionale non coincide affatto con i confini geografici.

La popolazione del Belgio e della riva sinistra tedesca del Reno non possono essere considerate a nessun titolo, per un legame di qualsiasi genere, come appartenenti alla nazione francese; il Canton Ticino è parte integrante della nazione elvetica, benché separato dal massiccio del San Gottardo.

Autorità politica comune, identità di razza, di lingua, di religione, confini naturali sono dunque elementi secondari. L'elemento essenziale dell'unità nazionale va cercato, così come per tutte le formazioni sociali, nel comune senso delle tradizioni, dei bisogni e delle aspirazioni. E, in primo luogo, nelle tradizioni comuni.

L'umanità, si dice sia composta più di morti che di vivi. La nazione anch'essa, è fatta più dai morti che dai vivi. Il ricordo delle lotte intraprese, dei trionfi riportati e, soprattutto, delle disfatte subite collettivamente hanno intensamente contribuito a creare e delineare la consapevolezza della solidarietà nazionale identitaria.

Renan insiste particolarmente nell'idea che le sofferenze comuni sia stato il principale fattore per l'unità nazionale. Così come il desiderio di attenuare la sofferenza individuale è la risultante per eccellenza dell'attività umana; così anche la sofferenza comune è l'elemento primordiale della solidarietà sociale. E per menzionare solamente un accadimento: la guerra dei Cento anni con il ricordo indelebile che ha lasciato nelle coscienze francesi è indubbiamente una delle maggiori cause della nascita del sentimento nazionale. Le tradizioni comuni hanno avuto un ruolo di capitale importanza in tutti i paesi; in tal senso si è affermato, molto correttamente, che la nazione sia una formazione storicamente determinata. L'identità di aspirazioni e bisogni attuali mantiene e accresce anche la coesione nazionale. Nella moderna nazione, come nell'antico insediamento, la percezione che le cause di sofferenza psichica e morale siano identiche per tutti gli uomini e non si possano eliminare se non attraverso uno sforzo comune, il sentire le aspirazioni comuni quale corollario dell'identità di tradizioni e bisogni sono in primo luogo elementi di unione. In breve, la consapevolezza della solidarietà per similitudine rimane il fattore essenziale per l'integrazione nazionale. Solo ed esclusivamente in tal senso, si può parlare di un'anima nazionale, di una coscienza nazionale, espressione di cui si è particolarmente abusato.

Un'anima, una coscienza nazionale? Sì, ma ciò vuole solamente significare che ad un dato momento esiste in ogni individuo di una stessa nazione, a livello differente, più o meno definito, un'identità di sentimenti, di tradizioni, di aspirazioni e di bisogni comuni e l'idea che quelle tradizioni saranno rispettate, che quelle aspirazioni e quei bisogni saranno soddisfatti solamente attraverso il mantenimento del legame nazionale. Queste tuttavia sono idee di stampo individualistico. Il fatto che esse si rinvercano ugualmente in tutti i membri di una

stessa nazione non crea un essere collettivo, con la consapevolezza di sé stesso e distinto dagli individui. La pretesa coscienza nazionale non è che la sommatoria delle coscienze individuali. Più i cittadini pensano e desiderano le stesse cose, più acquisiscono una coscienza definita delle similitudini che li aggregano, più la nazione è unificata maggiore è nello stesso tempo l'affermazione della coscienza individuale. La pretesa coscienza nazionale non è affatto la fusione delle coscienze individuali in una sola coscienza collettiva da quella distinta; è al contrario il prodotto delle coscienze individuali; ovvero, la manifestazione di una consapevolezza nazionale è una comoda metafora per affermare che uno dei fattori dell'unità nazionale è il sentimento schiettamente individuale di essere unito agli altri attraverso una comunanza di tradizioni, di bisogni e di aspirazioni di cui ogni cittadino è consapevole. Più questo sentimento individuale e onnicomprensivo è forte, più appare chiaro come l'uomo sia individualizzato e, al tempo stesso, il legame nazionale sia più stretto. A questo punto appare chiara la veridicità della nostra proposizione: la socializzazione cresce in maniera direttamente proporzionale all'individualizzazione.

Ma questa comunione generale di tradizioni, di aspirazioni e di bisogni non esiste da sola. La formazione nazionale non esclude il mantenimento delle formazioni sociali antecedenti, la famiglia, la comunità urbanizzata, così come la comunità urbanizzata (di un tempo) non escludeva la famiglia; e il membro della nazione, socializzato dalla coscienza nazionale, può essere parte di una famiglia o di un agglomerato urbano. La gerarchia delle relazioni sociali non riduce l'individualità dell'uomo, al contrario l'accresce, poiché sviluppa il dominio della coscienza individuale, rafforzando di conseguenza la coesione sociale.

Conveniamo tuttavia che tutto questo sia un'aspirazione ideale piuttosto che una realtà. Nella maggior parte delle nazioni moderne, in Francia in particolar modo, il gruppo familiare e la comunità civile si disaggregano. Si affievolirà sempre di più nell'uomo quella speciale nozione di solidarietà atta a collegarlo ai membri della famiglia e anche della città. La famiglia è ai giorni nostri un gruppo sempre meno coerente. Molti eminenti pensatori se ne dolgono; è possibile che abbiano ragione. La recente disaggregazione familiare viene spesso imputata alle disposizioni della normativa civilistica, ed in particolare a quelle che impongono l'equa ripartizione delle successioni ereditarie e stabiliscono la quota riservata ai legittimari.

Tuttavia tali norme di diritto civile sono un effetto più che una causa. Critiche e lamentele ci appaiono vane. La famiglia come unità coerente scompare e, per ciò che concerne questa materia le riforme legislative non modificheranno nulla. Così, almeno in Francia, le organizzazioni municipali, comunque si agisca, diverranno sempre di più ripartizioni amministrative. Che si accusi la politica di limitare il potere assoluto del monarca, della rivoluzione e dell'impero, e di ridurre l'efficacia delle nostre norme amministrative, sta di fatto che la comunità non è sicuramente in grado di fondare gruppi forti e coerenti in seno alla nazione.

Peraltro, mentre da un lato scompaiono la famiglia ed il centro urbano, dall'altra si formano altri gruppi già individuati e definiti come gruppi professionali che inseriscono gli uomini all'interno di una nuova gerarchia sociale atti ad assicurare il contemporaneo sviluppo individuale e sociale. Tali gruppi corporativi sono, si è detto, un effetto della solidarietà attraverso la divisione del lavoro, che incrementa nelle società civili quotidianamente, perché è, essa stessa, progresso.

L'uomo moderno, membro della nazione, si ritrova dunque legato agli altri membri della stessa nazione da relazioni infinitamente complesse: generale affinità di tradizioni, aspirazioni e bisogni, particolare affinità di predisposizioni ed interessi, scambi reciproci di servizi basati sulle diversità di necessità e vocazioni. Tale molteplicità e complessità di relazioni sociali cresceranno certamente e per ciò stesso l'uomo diverrà più uomo divenendo più sociale. Solidarietà per affinità, solidarietà per divisione del lavoro, sussistono entrambe nella moderna nazione; si compenetrano e completano reciprocamente. L'uomo moderno ne ha una cognizione precisa; ha consapevolezza della sua individualità che si arricchisce di rapporti sociali che si intersecano e si restringono, egli vuole al tempo stesso individualizzazione e socializzazione; vuole liberamente sviluppare la sua azione individuale e a tal fine vuole potenziare la vitalità sociale e, attraverso l'incentivazione del dinamismo sociale può altresì espanderla sua libertà di azione. In tal modo ogni volontà umana determinata dalla duplicità concettuale della solidarietà sociale è nello stesso tempo ed effettivamente, una volontà individuale ed una volontà sociale. La forma sociale nazione è dunque la forma ultima e definitiva delle aggregazioni umane?

Il concetto di patria può essere l'apice dell'evoluzione psico-sociale dell'uomo?

Non ci è dato di ritenerlo. L'assimilazione dell'idea di patria, la formazione della nazione non v'è dubbio che siano la realizzazione di una immensa evoluzione. Vorremmo immaginare che la totalità delle sofferenze individuali, nelle nostre moderne nazioni sia di minore rilevanza rispetto ad ogni altra forma sociale. Il concetto di solidarietà non ha mai permeato gli animi in maniera così profonda come ai giorni nostri. Il sentimento patriottico ha fatto scorrere troppe lacrime e troppo sangue per non scorgervi l'ultimo stadio dell'evoluzione sociale; vogliamo rappresentare a noi stessi la solidarietà umana come una serie di cerchi concentrici che si allargano all'infinito: le famiglie hanno costituito la città, le città hanno costituito la nazione, ad ogni ampliamento della forma sociale, la solidarietà è cresciuta e la sofferenza individuale diminuita. Il cammino non si interromperà, e presto o tardi, speriamo, le nazioni edificheranno una società più accogliente e solidale, più accogliente perché concentrerà un maggior numero di membri, più solidale perché alle relazioni di carattere nazionale si aggiungeranno ulteriori elementi di unione e cooperazione, una società dove finalmente, rispetto alle nostre attuali, ci sarà meno sofferenza e più giustizia. Dobbiamo peraltro ammettere che la rappresentazione degli eventi che ci circondano non incoraggiano tale speranza: gli eccezionali armamenti, le guerre barbare e ingiuste, la violazione dei più elementari diritti, gli odi religiosi e nazionalistici propagandati ad ogni crocevia, le frontiere sbarrate e pericolosamente fortificate, tutto ciò non mostra forse come l'avvento di una autentica società internazionale sia una chimerica aspirazione? Una chimera, se vogliamo, ma vegliamo sulla nostra chimera e siamo fiduciosi, come Renan, «nel trionfo definitivo del progresso etico e religioso, nonostante le continue vittorie dell'idiozia e del male!»

Finito di comporre nel mese di novembre 2016
da *Costituzionalismo.it* – Roma
I contributi contenuti in questo fascicolo sono stati pubblicati
tra il 20 aprile 2016 e il 12 ottobre 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)