



*Costituzionalismo.it*

Fascicolo 2 | 2016

## REFERENDUM E APPELLI AL POPOLO



*Costituzionalismo.it*

*Rivista quadrimestrale*

ANNO XIII – N. 2/2016

#### 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](http://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 VII

Saggi e articoli - Parte I  
«Solidarietà»

Mauro VOLPI, *Referendume iniziativa popolare: quale riforma?* 1

Paolo CARNEVALE, *Il referendum costituzionale del prossimo (sic!) dicembre fra snodi procedurali, questioni (parzialmente) inedite e deviazioni della prassi* 35

Ilenia RUGGIU, *Referendum e secessione. L'appello al popolo per l'indipendenza in Scozia e in Catalogna* 71

Antonio MASTROPAOLO, *2 giugno 1946: referendum o plebiscito?* 103

Saggi e articoli - Parte II

Dian SCHEFOLD, Ugo Preuß (1860-1925): *fra Stato sovrano ed ente democratico multilivello. Riflessioni sulla Raccolta dei "Gesammelte Schriften"* 1

Nadia MACCABIANI, *Verso una nuova "sensibilità sociale" nell'Unione economico-monetaria* 23

Paolo COSTA, *Il ruolo del Presidente della Banca centrale europea tra finzione tecnica e realtà politica* 59

Giorgio FONTANA, <i>La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche</i>	77
Luciana PESOLE, <i>Il procedimento di revisione costituzionale nei lavori dell'Assemblea costituente</i>	125

### Commenti - Parte III

Kathryn WRIGHT, <i>Taking Back Control? Appeal sto the People in the Aftermath of the UK's Referendum on EU Membership</i>	1
Massimo LUCIANI, <i>Ruolo della docenza universitaria</i>	29
Camilla BUZZACCHI, <i>Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della Banca centrale europea: beni costituzionali che intersecano ordinamento della Repubblica e ordinamento dell'Unione</i>	39
Alessandro PACE, <i>Modifica illegittima o eversione costituzionale?</i>	101
Tecla MAZZARESE, <i>Questioni di stile. Sgrammaticature nel testo della riforma e pubblicità ingannevole per sollecitarne il consenso</i>	109
Andrea GUAZZAROTTI, <i>Unione europea e conflitti tra solidarietà</i>	123

### Rubriche - Parte IV «sulle spalle dei giganti»

Alessandro PIZZORUSSO, <i>Sulle riforme costituzionali</i> (a cura di Gaetano AZZARITI)	1
--	---

*«al di là del giuridico»*

Aldo SANDULLI, *Ascesa e declino dell'idea di giustizia nel fumetto italiano della seconda metà del Novecento*



*ABSTRACT*  
E NOTIZIE SUGLI AUTORI

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

*«Sulle riforme costituzionali», di Alessandro Pizzorusso*

*Abstract:* Il testo di Alessandro Pizzorusso che si presenta, rimasto sino ad ora inedito, riproduce un intervento pronunciato in occasione di un convegno svoltosi a Roma il 5 di ottobre 2009 per discutere la proposta di modifica della costituzione elaborata dalla Commissione affari costituzionali della Camera dei Deputati (c.d. “Bozza Violante”).

Ad un anno dalla scomparsa del suo Autore la Direzione della rivista – assieme agli allievi di Pizzorusso – intende così rendere omaggio ad un maestro che ha insegnato il rigore scientifico e l’impegno morale nello studio del diritto costituzionale e nella difesa dei principi di fondo del costituzionalismo democratico.

- 
- **Camilla BUZZACCHI**, *Professore associato di Istituzioni di Diritto pubblico (Università degli Studi «Milano-Bicocca)*

*Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della Banca Centrale Europea: beni costituzionali che intersecano ordinamento della Repubblica e ordinamento dell’Unione*

*Abstract (ITA):* Il saggio propone una riflessione sui beni del risparmio, del credito e della moneta che si muove tra le regole costituzionali interne e quelle dell’Unione europea.

Risparmio e credito sono oggetto di una disciplina costituzionale interna – l’art. 47 Cost. – formulata per un contesto giuridico ed economico peculiare che nel corso dei decenni, e soprattutto per effetto dell’integrazione europea, ha oggi deboli riscontri. Occorre pertanto un

*inquadramento ed una lettura di tali valori, che da un lato tengano conto dello sviluppo dei mercati finanziari, e dall'altro non smarriscano il dovere di tutela e di incoraggiamento del risparmio che la Costituzione richiede alla Repubblica. Tali beni non possono andare disgiunti da quello della moneta: la sua attribuzione all'ordinamento europeo impone di definire il ruolo della politica monetaria rispetto ai sistemi politici ed economici dell'Unione; ed impone altresì di comprendere i nessi del governo della moneta con il governo del credito e del risparmio, che con la recente unione bancaria stanno diventando ambiti di prerogative europee. Particolare attenzione viene evidentemente dedicata all'istituzione – la Banca centrale europea – che sta gradualmente assumendo in sé tali prerogative. L'obiettivo è quello di evidenziare gli elementi di compatibilità, ma anche quelli di contraddizione, tra i due ordinamenti con riferimento ai tre beni in esame. La lettura aggiornata dell'art. 47 Cost. pare infatti porre in risalto alcune criticità delle normative europee in tema di credito, di risparmiatori e di strumenti per fronteggiare la situazione di crisi: la riflessione sviluppata nel saggio intende dimostrare che la salvaguardia dei mercati finanziari non può né compromettere gli interessi che fanno capo ai risparmiatori, né paralizzare lo strumentario che gli Stati intendono usare in questo passaggio storico per risollevarne sistemi economici e sociali in sofferenza.*

**Abstract (EN):** *The essay offers an analysis about savings, credit and currency with reference to both the national and the European constitutional rules.*

*Savings and credit are the object of a constitutional regulation – art. 47 Cost. – conceived for a specific legal and economic environment, which has experienced a relevant process of evolution also due to the European integration: the significant change of that environment requires a new key of interpretation of savings and credit. The new perspective must take into consideration the development of the financial markets, but at the same time it must not forget the special regard that the Italian Constitution reserves to savings: our Republic must give protection and encourage savings, which can not be damaged by the safeguard of the banking sector.*

*Savings and credit are strictly connected with currency: the management of currency is now in the hands of the EU and this circumstance*

*requires a definition of the role of the monetary policy towards the political and economic systems in Europe. It also requires to examine the relationship with the regulation of credit and savings, which are increasingly matters of European competences in consideration of the development of the banking union.*

*Particular attention is to be paid to the institution – the European Central Bank – which is gradually assuming these powers. The aim is to give evidence to the elements of coherence, but also to the elements of contradiction, of the two legal orders. The updated and renewed perspective of art. 47 Cost. is expected to show some critical aspects of the European rules concerning banks, investors and the instruments to face the crisis: the idea proposed is that the safeguard of the financial markets must not be prevailing over the interests of the savers, and not even prevent the member States from taking the measures which can help the economic and social systems in the present phase of great difficulties.*

---

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

### ***Il referendum costituzionale del prossimo (sic!) dicembre fra snodi procedurali, questioni (parzialmente) inedite e deviazioni della prassi***

***Abstract (ITA):*** *Il presente contributo affronta alcune questioni relative alla disciplina giuridica del referendum oppositivo ex art. 138 Cost., con particolare riferimento alla consultazione che si terrà in Italia il 4 dicembre 2016.*

*Una prima parte è dedicata alla ricostruzione della sequenza fasica del sub-procedimento referendario, così come delineata dalla l. n. 352/1970. Si mettono poi in evidenza gli scostamenti verificatisi nella prassi rispetto alla disciplina legislativa in relazione alla questione del dies a quo del termine di decorrenza per l'indizione del referendum, esaminando criticamente le diverse tesi avanzate in dottrina.*

*Viene altresì affrontata la vexata quaestio della definizione del quesito, sotto due distinti profili: da un lato, quello dell'omogeneità e*

della possibile presentazione di richieste referendarie parziali; dall'altro, quello della formulazione del quesito e della qualificazione delle leggi costituzionali "miste" quali leggi di revisione ovvero "altre" leggi costituzionali.

Ci si sofferma, infine, sull'impatto del referendum e sulla sua pretesa funzione legittimatoria.

**Abstract (EN):** *The paper deals with some of the issues related to the legal frame-work of the "oppositional" referendum (governed by Article 138 of the Constitution) that will take place in Italy on the 4th of December 2016.*

*The first part is devoted to the reconstruction of the procedural scheme of the referendum as laid down by Law n. 352/1970. The following section highlights how the practice has deviated from the law in particular with respect to relevant time frames for the referendum to take place).*

*The paper then analyses the vexata quaestio of the ballot question from two different points of view: on the one hand, the homogeneity and the partiality of the question; on the other hand, the wording of the question and the qualification of the so-called constitutional "mixed" law as "leggi di revisione" or as "altre leggi costituzionali".*

*A last paragraph is dedicated to the impact of the referendum and to its potential function of legitimization.*

- 
- **Paolo COSTA**, *Dottore di ricerca in diritto costituzionale (Università cattolica del Sacro Cuore di Milano)*

### ***Il ruolo del Presidente della Banca centrale europea tra finzione tecnica e realtà politica***

**Abstract (ITA):** *Le misure non convenzionali della Banca centrale europea sono state destinatarie di numerose critiche. L'annuncio del programma OMT (Outright monetary transactions) è stato finanche oggetto di un rinvio pregiudiziale da parte del Tribunale costituzionale federale tedesco. La Corte di giustizia è giunta così a pronunciarsi su di*

*un “comunicato stampa” relativo ad un programma che, ad oggi, non ha ancora avuto alcuna attuazione.*

*Partendo da alcune considerazioni intorno alla natura del progetto di unificazione dell’Europa, che vede comprometersi vicendevolmente politica ed economia, il saggio propone una lettura del ruolo della BCE e del suo Presidente che tenta di andare oltre il consueto paradigma tecnocratico.*

**Abstract (EN):** *The non-conventional measures of Central European Bank have been objet of several criticisms. The announcement of the OMT program (Outright monetary transactions) has been also objet of a prejudicial question by the German Constitutional Court. The European Court of Justice has ruled therefore on a press release about a program that, up to now, have never had execution. Starting from some reflections about the nature of the project of European unification, which shows an implication between the political project and the economic one, the essay tries to read the role of CEB and its President beyond the usual technocratic paradigm.*

- 
- **Giorgio FONTANA**, *Professore Ordinario di Diritto del lavoro (Università «Mediterranea» di Reggio Calabria)*

***La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione.  
Riflessioni critiche***

**Abstract (ITA):** *L’articolo si occupa della nuova disciplina dei licenziamenti individuali introdotta in Italia con le riforme del lavoro del Governo Renzi. L’autore discute la costituzionalità delle nuove norme a partire da una ricostruzione storica della giurisprudenza della Corte costituzionale. LE conclusioni sono molto critiche sia per le ingiustificate differenze di trattamento create dalla nuova normativa che per la regressione di tutele e diritti interconnessi con i principi della prima parte della Costituzione.*

**Abstract (EN):** *This paper deals with the individual layoff legislation recently introduced in Italy by the government led by Renzi. The author evaluates whether new rules comply with the constitutional law in the light of an historical review of the constitutional court jurisprudence. He judges the new legislation inconsistent with the constitutional law on two different grounds: first, because it will treat analogous case in an unjustifiably different manner; second, workers' rights protected by the first part of the constitutional law.*

---

➤ **Andrea GUAZZAROTTI**, *Professore associato di Diritto costituzionale (Università degli Studi di Ferrara)*

### **Unione europea e conflitti tra solidarietà**

**Abstract (ITA):** *L'articolo mira ad accostare criticamente le due nozioni di solidarietà caratterizzanti l'UE (e l'UEM, in particolare): la solidarietà fra stati (cristallizzata dai vincoli e agli interventi finalizzati a preservare la stabilità dell'eurozona) e quella tra cittadini europei (iscritta nel divieto di discriminare tra nazionali e non nazionali nell'accesso al welfare). Il nesso è dato dall'esigenza strutturale che, all'interno di un'unione monetaria, la mobilità del lavoro possa contribuire a compensare gli squilibri derivanti da shock asimmetrici. Tale mobilità, indubbiamente accresciutasi con la crisi, non sta trovando quella solidarietà transnazionale necessaria a supportarla, bensì un'ostilità crescente nelle opinioni pubbliche negli stati di immigrazione (Regno Unito e Germania, in testa). Le politiche restrittive nazionali stanno influenzando lo stesso diritto dell'Unione, svelando tutta la fragilità della portata emancipatrice della cittadinanza europea. Se, da un lato, non esistono dati che dimostrino un concreto rischio di sovraccarico dei sistemi di welfare nazionali a causa delle migrazioni intra-europee, da un altro lato appare sempre più difficile da arginare lo sfruttamento politico dell'insicurezza prodotta dalla globalizzazione anche nei cittadini degli stati più ricchi. Si dimostra, così, che il c.d. 'modello sociale europeo', basato sul dovere degli stati di aprire i propri sistemi di welfare ai migranti europei anziché sulla creazione di reti di*

*sicurezza federali, non ha bisogno soltanto che sia rispettata la ‘sostenibilità economica’ dei sistemi nazionali, bensì che sia creata una ‘sostenibilità politica’ di quel modello. Il che evidenzia ulteriormente l’insostenibilità di un progetto di integrazione europea incentrato su competitività tra economie nazionali e autodisciplina fiscale degli stati. Solo la strutturazione di autentiche reti politiche europee capaci di bilanciare le linee di frattura geopolitiche potrà invertire la rotta dell’autodisintegrazione intrapresa dall’UE.*

**Abstract (EN):** *Aim of this article is to critically analyse and compare two notions of solidarity which contribute to shape the EU (and the EMU) institutional framework: solidarity among Member States (fiscal discipline and financial assistance adopted under strict conditionality in order to safeguard the financial stability of the Eurozone) and solidarity among European citizens (access to national welfare systems granted to migrant workers and other categories of persons). If Member States solidarity is clearly connected with the long-term sustainability of the integration project, solidarity among Europeans can be also intended as a strategical tool to counterbalance asymmetrical shocks in a monetary union. While the economic crisis has clearly increased intra-EU mobility, the political reaction to that mobility showed by national governments and by electorates in host States are witnessing a critical lack of transnational solidarity. Hostility towards European immigrants perceived as ‘welfare tourists’ are influencing EU institutions, inspiring, among else, restrictive judgments of the Court of Justice on the access to national welfare by non-national EU citizens. Political exploitation of public fears from disruptive mass-migration is more and more difficult to stop. The ‘European social model’, based on the duty of each Member State to open its own welfare system to ‘strangers’ coming from the EU as opposed to a system of federal transfers, is showing its limits: as the fear for the implosion of national welfare systems under the pressure of intra-EU migrations are not supported by any statistical figure, more than the ‘economic sustainability’ of mobility (inscribed in the Directive 2004/38), Europe need to build the ‘political sustainability’ of its social model. However, the ‘competitive’ model inscribed in the architecture of the Eurozone, based on competition among national economies and self-discipline of national fiscal*

*policies, does not help to build such a ‘political sustainability’ of transnational solidarity, which needs European networks of national political parties and trade unions. Only with an effective federation of those collective entities and the transformation of national into European politics that will follow, we will obtain the antidote to the geopolitical cleavages which are disintegrating the EU.*

---

- **Massimo LUCIANI**, *Professore ordinario di Diritto costituzionale («Sapienza» – Università di Roma)*

### ***Ruolo della docenza universitaria***

**Abstract (ITA):** *L’articolo analizza la disciplina italiana dei concorsi universitari nella sua recente evoluzione segnalandone difetti e criticità, con particolare riferimento alle tensioni generate dalla normativa vigente con i principi del buon andamento della pubblica amministrazione, dell’autonomia universitaria e del principio di ragionevolezza ed in riferimento all’obiettivo di una corretta selezione dei candidati più meritevoli. In conclusione si avanza qualche proposta utile ai fini di un necessario intervento correttivo ad opera del legislatore*

**Abstract (EN):** *The essay analyses the Italian national regulation on university scholars and professors recruiting system and its recent reforming acts, criticizing it for violations of Italian Constitution and legal system in connection with principles of efficiency and impartiality of the administration, freedom of research activities, university selfgovernment and in order to grant a better selection of the best candidates. The work conclusions deal with some reform proposals to reduce these actual defeaters.*

---

- **Nadia MACCABIANI**, *Ricercatore in Istituzioni di Diritto pubblico (Università degli Studi di Brescia)*

## Verso una nuova “sensibilità sociale” nell’Unione economico-moneteria

**Abstract (ITA):** *Quale che sia l’opinione in merito alle teorie economiche dominanti in Europa sembra indubbio che le dinamiche del mercato unico e della governance economica abbiano inciso sul “modello sociale europeo” con ricadute sui diritti sociali nazionali. Ciò si è reso tanto più evidente in seno all’UEM dove, oltre alla moneta unica, vige un sistema rafforzato di sanzioni e di coordinamento delle politiche economiche e di bilancio. Sulla base di questo scenario, il “dialogo tra le Corti”, che pure tanto ha fatto nella tutela multilivello dei diritti, ha poco o punto funzionato, non essendo – finora – riuscito a rinvenire adeguati ed efficaci strumenti di “contenimento” delle prioritarie finalità economico-finanziarie e dell’impatto sociale delle connesse misure rigoriste. Le Corti costituzionali nazionali si sono pertanto trovate sole, con l’imbarazzo di “bilanciare” grandezze economiche e fondamentali diritti sociali. Finalmente, però, qualcosa sembra si stia muovendo in seno all’UEM dove, soprattutto a partire dal 2015, la «social fairness» dei processi di governance economica ed un «european pillar of social rights» stanno divenendo le parole d’ordine di una nuova fase di “maturazione” tecnico-politica. L’obiettivo, messo in atto da recenti iniziative della Commissione, mira ad andare oltre il MAC, per integrare la dimensione sociale nel cuore dei processi di governance economica e riequilibrarne la posizione “deteriore” rispetto ai prevalenti valori “economicisti”.*

**Abstract (EN):** *It is without a doubt that, whatever the opinion may be on the dominant economic theories in Europe, the dynamics of the Single Market and of Economic Governance have affected the “European Social Model”, with implications on national social rights. This was all the more evident at the heart of the EMU, where, as well as the single currency, there is a reinforced system of sanctions and coordination of economic and budgetary policies. Based on this scenario, the “dialogue between Courts”, which has indeed done a lot for the multi-level protection of rights, has had little or no success, having not – up to now – managed to come up with suitable and efficient instruments of “containment” of the priority economic and financial objectives and of*

*the social impact of the related stringent measures. The national Constitutional Courts thus found themselves alone, in the difficult position of having to “balance” economic figures and fundamental social rights. Finally, however, something appears to be moving at the heart of the EMU, where the «social fairness» of Economic Governance processes and a «European pillar of social rights» are becoming the mainstreams of a new phase of technical and political evolution. The target, pursued by recent initiatives of the Commission, aims beyond the OMC, placing the social dimension at the heart of Economic Governance, thus rebalancing its “poor” position in relation to the prevalent “economics” priorities.*

- 
- **Antonio MASTROPAOLO**, *Ricercatore in Istituzioni di Diritto pubblico (Università della Valle d’Aosta)*

### ***2 giugno 1946: referendum o plebiscito?***

***Abstract (ITA):*** *Referendum o plebiscito? La domanda si pone oggi più che mai nel dibattito pubblico. I problemi di ordine ricostruttivo che solleva la distinzione tra i due istituti non sono pochi. In queste pagine si intende affrontarli analizzando le questioni costituzionali sollevate dal più importante appuntamento referendario della storia d’Italia: quello che sciolse nel 1946 la questione istituzionale, contestualmente alle elezioni dell’Assemblea costituente. Il timore per forme plebiscitarie di legittimazione del potere contribuì, allora n anticipo rispetto al dibattito costituente, a definire lo spazio costituzionalmente legittimo della consultazione del popolo sovrano.*

***Abstract (EN):*** *Referendum or plebiscite? The issue concerning the difference between these two institutions is frequently raised in current political debate. The aim of this article is to distinguish between these two institutions with particular reference to the lively discussion which took place on the eve of the most important referendum in Italian history. The one which in 1946 solved the dilemma between monarchy and the republic. On that same day the Constituent Assembly was elected.*

*Anticipating the debates of the Assembly on this issue, the concern for plebiscitary legitimation helped to define on which constitutional issues the sovereign people should be consulted.*

---

- **Tecla MAZZARESE**, *Professore ordinario in Filosofia del diritto (Università degli Studi di Brescia)*

***Questioni di stile. Sgrammaticature nel testo della riforma e pubblicità ingannevole per sollecitarne il consenso***

***Abstract (ITA):*** Sono molte le criticità della riforma costituzionale. Da qui la scelta di richiamare l'attenzione sul linguaggio, e sulle insidie dei suoi diversi usi, non solo con riferimento agli espedienti retorico-persuasivi di chi sollecita il consenso sulla riforma, ma anche, preliminarmente, con riferimento alle sgrammaticature del testo della riforma approvata dal Parlamento e alla formulazione del quesito referendario.

***Abstract (EN):*** The current constitutional reform has many critical aspects. Hence the decision to call attention to the language, and the pitfalls of its different uses, not only with reference to the rhetorical and persuasive tricks of who urges consensus on this reform, but also, and first of all, with reference to the grammar mistakes of the reform text approved by the Italian Parliament and the wording of the question put by the referendum itself.

---

- **Alessandro PACE**, *Professore emerito di Diritto costituzionale («Sapienza» – Università di Roma)*

***Modifica illegittima o eversione costituzionale?***

***Abstract (ITA):*** Muovendo dal presupposto che il Parlamento italiano – a seguito della sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale

– non fosse più legittimato a porre in essere revisioni costituzionali, ci si chiede se la c.d. “riforma Renzi-Boschi” debba considerarsi una mera modifica illegittima ovvero, addirittura, un atto di eversione costituzionale. Sulla base di una lettura degli atti parlamentari (dai quali si evince che il Governo e il Presidente della Repubblica non potevano non essere a conoscenza del problema) l’Autore giunge a quest’ultima conclusione. Ne consegue che, qualora il popolo italiano, con il referendum del 4 dicembre 2016, approvasse la riforma (confermandone, dunque, il contenuto eversivo), esso avrebbe la forza del potere costituente e si instaurerebbe un nuovo ordine costituzionale.

**Abstract (EN):** *The author moves from the idea that after the decision of the Italian Constitutional Court n. 1/2014 on the unconstitutionality of the electoral system by which it was elected, the Italian Parliament was not allowed anymore to change the Constitution. Question is then if the constitutional reform is now just illegal, or even worse an attempt to subvert the legal system. Analysing the drafting of the constitutional law the essay reaches the conclusion that if next december the 4th the Italian people approved the new constitution it would be the foundation of a new constitutional system exercised by a constituent power.*

---

➤ **Luciana PESOLE**, *Professore associato in Giustizia costituzionale (Università degli Studi di Perugia)*

### ***Il procedimento di revisione costituzionale nei lavori dell’Assemblea costituente***

**Abstract (ITA):** *La lettura degli Atti dell’Assemblea costituente relativi alla scelta del procedimento per modificare la Costituzione fornisce diversi spunti interessanti. Si può facilmente riscontrare una significativa corrispondenza tra i profili problematici di cui oggi si discute e le tematiche allora dibattute. In Assemblea costituente erano già emerse molte delle questioni attualmente in primo piano. E’ possibile, pertanto, ripercorrere il dibattito costituente per ottenere indicazioni che ci per-*

*mettono di capire meglio il presente. Alcune di queste indicazioni (pur presentando comunque dei profili che meritano attenzione) non risultano risolutive, ma si prestano piuttosto a letture non univoche. Altre indicazioni, invece, ci forniscono un quadro dai contorni più definiti. Questo vale, in particolare, con riferimento a due ambiti tematici: la valenza oppositiva che dovrebbe assumere il referendum nel procedimento di revisione e, soprattutto, la ponderazione delle scelte parlamentari, necessaria ai fini della massima condivisione. In questo modo viene alla luce il divario tra lo scenario tracciato dai Costituenti e la prassi politica che contraddistingue la realtà odierna.*

**Abstract (EN):** *The reading of the Italian Constituent Assembly's Works relating to the choice of the procedure for amending the Constitution provides several interesting insights. A significant correspondence between the problematical aspects currently under discussion and the topics which were discussed at that time can easily be noticed. In fact, many of the issues that are now in the foreground had already emerged within the Constituent Assembly. Thus, it is possible to retrace the debate within the Constituent Assembly in order to get some indications that allow us to better understand the current situation. Some of these indications (although they contain some aspects deserving attention) are not conclusive, but rather suitable to different interpretations. Other indications, however, offer a clearer vision, in particular with reference to two issues: the role of political opposition that the referendum should play in the review process, and mainly the careful deliberation of the Parliament necessary for the maximum sharing. In this way, the gap between the scenario outlined by the Framers of the Italian Constitution (1948) and the political practice characterizing today's reality emerges clearly.*

- 
- **Ilenia RUGGIU**, *Professore associato in Diritto costituzionale (Università degli Studi di Cagliari)*

***Referendum e secessione. L'appello al popolo per l'indipendenza in Scozia e in Catalogna***

**Abstract (ITA):** *Il presente contributo, offre una sintetica ricostruzione della teoria e della pratica della secessione nel costituzionalismo proponendone un'evoluzione trifasica – da istituto politico eversivo, a diritto rimediale, a norma giuridica compatibile con la democrazia – per poi ripercorrere alcune recenti pratiche secessioniste occorse in Stati democratici: i referendum scozzese e catalano per l'indipendenza. Negoziato e condiviso con lo Stato il primo, fortemente avversato dal centro il secondo; procedimentalizzato in tutti i dettagli da leggi statali e regionali il primo, svoltosi tra incertezze procedurali e scontri rimessi al Tribunale costituzionale il secondo, i due appelli al popolo, anche per l'impatto che hanno avuto in altre regioni europee, hanno riportato all'attenzione l'ormai classico dibattito sulla secessione riaprendo le seguenti questioni: la secessione è un diritto dei popoli la cui nazione non coincide con la cittadinanza? E' possibile parlare di una secessione democratica e a che condizioni? Come identificare chi decide sulla secessione? E' democratica una secessione unilaterale?*

*Dopo aver descritto i fatti (e gli antefatti), le differenze e analogie tra i referendum scozzese e catalano e il loro impatto in Italia, il lavoro si conclude enucleando le condizioni affinché una “secessione” possa essere “democratica”.*

**Abstract (EN):** *This paper provides an overview of the theory and practice of secession in constitutionalism. It suggests a three-phase evolution of the concept, which was conceived at first as a revolutionary political event, then as a remedial right, and finally as a juridical procedure compatible with democracy. The paper focuses on recent secessionist processes: the Scottish and Catalan referendums, which differ in many respects. The Scottish referendum was negotiated with the central State, and governed in every single detail, whereas the Catalan one was strongly opposed by the central power, and eventually prohibited by the Spanish Constitutional Court. These opposite cases drew the scholars' and policy-makers' attention to the classic constitutional debate on secession and on the following questions in particular: is secession a right of the peoples whose nation-feeling and citizenship do not coincide? Can secession be democratic, and under what conditions? How can we iden-*

*tify who is entitled to decide whether or not there should be secession? Can a unilateral secession be deemed to be democratic?*

*After describing the facts, analogies and differences between the Scottish and the Catalan referendums and their impact on Italian regions, the paper looks into the conditions for a “democratic” secession.*

- 
- **Aldo SANDULLI**, *Professore ordinario in Diritto amministrativo (Università Suor Orsola Benincasa di Napoli)*

### ***Ascesa e declino dell’idea di giustizia nel fumetto italiano della seconda metà del Novecento***

**Abstract:** *Il contributo appartiene al genere degli studi di “Law and Literature”, nati negli Stati Uniti quasi mezzo secolo fa. L’approccio a tali studi può essere di due tipi: per inquadrare il fenomeno giuridico nel contesto più ampio delle scienze sociali, al fine di pervenire al suo reale valore e significato (Law in Literature); per studiare la variabilità e mutabilità del linguaggio e dei testi, a seconda del tipo di approccio, letterario o giuridico (Law as Literature). L’intento dell’A. è quello di utilizzare il metodo “Law in Literature”, applicandolo però al fumetto.*

- 
- **Dian SCHEFOLD**, *Professore emerito in Diritto pubblico (Universität Bremen)*

### ***Hugo Preuß (1860-1925): fra Stato sovrano ed ente democratico multilivello. Riflessioni sulla Raccolta dei “Gesammelte Schriften”***

**Abstract (ITA):** *In occasione della pubblicazione della Raccolta di Scritti di Hugo Preuß, l’Autore delinea i tratti del pensiero politico e giuridico di Preuß, evidenziando l’importanza della sua riflessione per*

*la Costituzione weimeriana e, più in generale, per il pensiero democratico e costituzionale della Germania.*

**Abstract (EN):** *On the occasion of the publication of Hugo Preuß Writings Collection, the Author outlines the political and legal thought of Preuß, highlighting the importance of his thought on the Constitution of Weimar and, more generally, for the German democratic and constitutional debate.*

- 
- **Mauro VOLPI**, *Professore ordinario in Diritto pubblico comparato (Università degli Studi di Perugia)*

### **Referendum e iniziativa popolare: quale riforma?**

**Abstract (ITA):** *Il frequente ricorso agli istituti di democrazia diretta, anche su questioni di notevole rilevanza politico-istituzionale, richiede di precisare la loro collocazione nel contesto della democrazia rappresentativa e di rimarcare la distinzione fra iniziativa popolare e referendum. In Italia tali istituti sono in crisi per varie ragioni. La riforma costituzionale Renzi-Boschi non solo non dà risposte adeguate (come la introduzione di una autentica iniziativa popolare e del referendum consultivo), ma contiene modifiche solo teoriche o peggiorative.*

**Abstract (EN):** *The frequent recourse to the institutions of direct democracy, even on issues of significant political and institutional relevance, requires to clarify their position in the context of representative democracy, and to emphasize the distinction between popular initiative and referendum. In Italy these institutions are in crisis for several reasons. The constitutional reform Renzi-Boschi not only does not give appropriate answers (like the introduction of a genuine popular initiative and referendum), but also contains only theoretical or pejorative modifications.*

- **Kathryn WRIGHT**, *Assistant Professor in Law (University of York)*

### ***Taking Back Control? Appeals to the People in the Aftermath of the UK's Referendum on EU Membership***

**Abstract (ITA):** *Il 23 giugno 2016 il popolo inglese ha votato 52% contro 48% a favore dell'uscita del Regno Unito dall'UE, dividendo il Paese. Poiché il seguito istituzionale di tale decisione non è ancora chiaro, il saggio tenta di definire l'inquadramento giuridico del referendum ed analizza il tenore degli appelli al popolo nell'immediato dopo voto. L'articolo analizza, inoltre, il poco chiaro assetto normativo che disciplina l'attivazione, da parte del Regno Unito, della procedura di cui all'art. 50 del Trattato UE ed i ruoli rispettivi del Parlamento e del governo. Una prima lettura dei contenuti dei discorsi politici dei leaders protagonisti della vicenda sembra in realtà rivelare che per i sostenitori dell'uscita dall'UE si tratti in realtà di una tipica vittoria di Pirro. Paradossalmente potrebbe accadere che la perdita di potere politico conseguente all'uscita dall'UE si riveli in forte contraddizione con ciò che gli elettori ritenevano dovesse accadere. A fronte delle false ed ingannevoli prese di posizione durante la campagna referendaria, fortemente demagogica, l'articolo elabora infine alcune proposte per un più corretto utilizzo, in futuro, dell'istituto referendario.*

**Abstract (EN):** *On 23 June 2016 the British people voted by 52% to 48% to leave the European Union, dividing the country. While the way forward is still unclear, this contribution lays out the legal framework surrounding the referendum and analyses appeals to the people in the immediate aftermath of the outcome. The article discusses the UK's less-than-clear-cut 'constitutional requirements' for the purposes of activating the withdrawal process under Article 50 of the Treaty on European Union and the extent of executive or parliamentary approval needed. An original content analysis of the first speeches of political leaders as the referendum result became clear reveals intriguing contradictions, lending weight to the view that this was a Pyrrhic victory for the leaders of the Leave campaign who wanted to 'Take Back Control'. Paradoxically, the ensuing loss of power in leaving the EU may turn out to*

*be entirely at odds with what voters intended. Given the false and misleading claims made during the demagogic campaign, the article also outlines some proposals for the conduct of future referenda.*

PARTE I  
*SOLIDARIETÀ*



# REFERENDUM E INIZIATIVA POPOLARE QUALE RIFORMA <sup>(\*)</sup>

di Mauro Volpi

**SOMMARIO:** 1. *L'ondata dei referendum negli ultimi decenni*; 2. *Gli istituti di democrazia diretta*: 2.1. *Democrazia diretta e rappresentanza*; 2.2. *Iniziativa popolare e referendum*; 2.3. *Il quorum di validità*; 3. *Gli istituti di democrazia diretta nell'ordinamento costituzionale italiano*: 3.1. *L'iniziativa legislativa popolare*; 3.2. *Il referendum abrogativo*; 3.3. *Il referendum costituzionale*; 4. *Riforma en trompe-l'œil e revisioni necessarie*: 4.1. *Le lacune*; 4.2. *Le innovazioni "a futura memoria"*; 4.3. *Le modifiche peggiorative*.

## 1. L'ondata dei referendum negli ultimi decenni

È utile e opportuno premettere un sintetico quadro comparativo all'analisi delle revisioni relative agli istituti di democrazia diretta, contenute nella legge costituzionale, derivante dal d.d.l. Renzi-Boschi (n. 1429 AS; n. 2613 AC), approvata dalle Camere e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale il 15 aprile 2016 n. 88. Ciò è tanto più necessario in quanto tra la fine del secolo scorso e l'inizio di quello nuovo vi è stato nel mondo, e in particolare negli Stati democratici, un forte incremento del ricorso a istituti di democrazia diretta, e in particolare ai referendum. L'ondata delle votazioni popolari è stata caratterizzata non solo dall'aspetto quantitativo, ma anche da quello qualitativo, in quanto sempre più spesso hanno riguardato questioni complesse e l'esito del voto ha avuto un'incidenza importante sul sistema istituzionale nazionale e talvolta anche sul livello sovranazionale. Quali sono le ragioni che hanno determinato un rilancio così significativo?

Il primo fattore di rilievo è rappresentato dalla crisi della democrazia rappresentativa negli Stati democratici. Il distacco crescente fra cittadini e rappresentanza ha determinato un deficit di legittimazione del-

---

\* Relazione tenuta al Seminario «*Referendum e appelli al popolo. La progressiva deformazione del sistema delle fonti del diritto*», organizzato dalla rivista *Costituzionalismo.it* e svoltosi presso l'Università degli Studi di Pisa il 19 settembre 2016.

le decisioni adottate dagli organi rappresentativi che incidevano sulla vita quotidiana delle persone. In certi casi la ricerca di una più forte legittimazione ha spinto i titolari del potere politico a non assumere la responsabilità diretta di una decisione importante e a ricercare il preventivo consenso popolare. A sua volta l'opposizione ha cercato nell'appello al popolo la via per rimettere in discussione la decisione adottata dalla maggioranza dei rappresentanti.

Strettamente connessa a questo prima causa è la crisi dei partiti politici come strumenti di intermediazione fra società e istituzioni e la loro progressiva trasformazione in apparati oligarchici e leaderistici utili per la conquista e il mantenimento del potere politico. I referendum, quindi, sono diventati l'occasione per movimenti esterni ai partiti che sostenevano posizioni trasversali o alternative a quelle della politica ufficiale. Finché i partiti hanno goduto di un buon consenso popolare, hanno potuto frequentemente appropriarsi degli stessi istituti di democrazia diretta e utilizzarli come arma di lotta interpartitica. Ma tale strumentalizzazione, anche se non impossibile, è divenuta sempre più difficile. Di conseguenza i referendum, potendo avvalersi meno che nel passato del sostegno organizzativo dei partiti, sono diventati più "liberi", cioè meno condizionabili e prevedibili, e quindi potenzialmente più dirompenti per il sistema politico. Vi è, poi, un fattore ulteriore che determina un ricorso più frequente alle votazioni popolari: la crisi dell'assetto binario (bipolare o bipartitico) di molti Stati democratici, che in Europa ha già riguardato Grecia, Italia e Spagna, ma sta investendo anche Paesi che ne sembravano immuni come la Francia e lo stesso Regno Unito. Emergono, quindi, sistemi politici tripolari all'interno dei quali trovano collocazione forze politiche estreme o radicali o comunque non collocabili lungo l'asse tradizionale destra/sinistra. Da qui, e non dai testi costituzionali, derivano molte delle difficoltà di funzionamento delle istituzioni di governo. Insomma, la cosiddetta "democrazia maggioritaria", fondata su un sistema politico binario, mostra la corda e di conseguenza le elezioni politiche, non apparendo più come una scelta alternativa fra due schieramenti o due partiti, sono sempre meno in grado di soppiantare la funzione del referendum, dando agli elettori «uno strumento per decidere secondo una logica bipolare»<sup>1</sup>. Inoltre l'emergere di divisioni interne alla coa-

---

<sup>1</sup> Cfr. A. BARBERA, A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Bologna, 1993, 249, i quali, con riferimento all'Italia, ma il discorso poteva valere anche per le altre democrazie

lizione o al partito di maggioranza ha spinto talvolta a ricercare nel voto popolare la soluzione del conflitto interno e/o la ratifica dell'orientamento sostenuto dal leader. Ma, come ha dimostrato il referendum sulla *Brexit* nel Regno Unito, l'esito è tutt'altro che scontato e può ritorcersi contro l'incauto promotore.

Si è avuto, poi, già dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso un incremento dei referendum che hanno accompagnato la fuoriuscita da regimi autoritari e l'avvio di processi di transizione in varie parti del mondo, assumendo per lo più valore costituente o costituzionale (decisioni sulla forma di Stato, sulla indipendenza nazionale o sulla approvazione di una nuova Costituzione)<sup>2</sup>. Basti citare i referendum tenutisi in America latina, a partire dallo storico referendum svoltosi in Cile il 5 ottobre 1988 che ha determinato la fine del regime di Pinochet, e quelli che si sono svolti in Europa centro-orientale e in Unione Sovietica, a cominciare dai referendum con i quali nel 1991 gli Stati baltici hanno dato inizio alla disgregazione dell'Impero sovietico. Va sottolineato che quasi tutte le nuove Costituzioni degli Stati ex comunisti dell'Europa centro-orientale hanno riconosciuto, di solito con notevole ampiezza, il ricorso al referendum. D'altro lato non sempre i referendum hanno dato risultati favorevoli ad un processo di democratizzazione. Lo dimostrano le votazioni popolari che si sono verificate in alcuni Paesi arabi dopo la "primavera" del 2011, che hanno dato la vittoria a partiti islamici o avallato soluzioni autoritarie.

Infine hanno acquisito un impatto sempre più forte i referendum derivanti dalla crisi della sovranità statale e dalla creazione di organismi sovranazionali come l'Unione Europea. Si è parlato a tal proposito di «referendum su poteri sovrani»,<sup>3</sup> i quali, anche quando non modificano il testo della Costituzione, incidono sulla sovranità dello Stato e quindi hanno comunque rilevanza costituzionale. Fra questi sono stati numerosi quelli relativi alla UE. Da un recente studio si desume che fra il 1972 e il 2012 vi sono stati ben quarantasette referendum

---

“maggioritarie”, avanzavano l'ipotesi che la bipolarizzazione del sistema politico tendesse ad esaurire la funzione del referendum.

<sup>2</sup> V. i contributi contenuti in D. BUTLER and A. RANNEY (editors), *Referendums around the World*, Washington. D.C., 1994, 1 ss. e 174 ss. e in M. CACIAGLI e P.V. ULERI, *Democrazie e referendum*, Roma-Bari, 1994, 231 ss.

<sup>3</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, *Il «referendum» costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1994, 236.

statali sui rapporti con la UE<sup>4</sup>. Diciotto di questi hanno avuto ad oggetto l'adesione alla UE, che ha avuto esito positivo per sedici paesi e negativo in Norvegia in due diverse occasioni (nel 1972 e nel 1994). A questi vanno aggiunti il referendum sull'allargamento della CEE tenutosi in Francia nel 1972 e quello sulla permanenza nella CEE svoltosi nel Regno Unito nel 1975. Diciassette referendum hanno riguardato la ratifica di trattati europei. Fra questi sono stati determinanti le due votazioni popolari negative tenutesi in Francia e nei Paesi Bassi nel 2005 che hanno impedito l'entrata in vigore del Trattato di Roma che adottava una Costituzione per l'Europa. In Irlanda sono stati necessari due referendum sul Trattato di Lisbona, il primo con esito negativo (2008), il secondo positivo (2009) e si è svolto nel 2012 un referendum sull'adesione al Trattato sul *Fiscal Compact*. Due referendum hanno sancito l'adesione all'Unione monetaria (Danimarca nel 2000 e Svezia nel 2003). Uno ha modificato l'ordinamento interno adeguandolo all'*acquis* comunitario (Romania 2003). Infine sette hanno avuto ad oggetto i rapporti fra UE e Stati europei che non ne fanno parte (sei in Svizzera e uno in Liechtenstein). Dopo il 2012 può essere fatto rientrare fra i referendum su poteri sovrani anche quello consultivo, svoltosi in Grecia il 5 luglio 2015 su deliberazione del Parlamento, relativo all'approvazione del piano di rientro dal debito elaborato da Commissione europea, Fondo monetario internazionale e Banca centrale europea. Nonostante il voto negativo della maggioranza dei votanti (il 61,3%), il referendum non ha determinato contraccolpi sulla UE e sulla sua politica rigorista in quanto nelle successive trattative il Governo greco ha accettato un piano non meno draconiano di quello che era stato respinto. Infine nel 2016 si sono svolti referendum che hanno messo in discussione alcune decisioni adottate dalla UE (il referendum olandese del 6 aprile, che ha bocciato l'accordo di associazione fra UE e Ucraina, e quello ungherese del 2 ottobre sulla accettazione o meno della ripartizione di quote di immigrati fra gli Stati membri<sup>5</sup>) o hanno reso politicamente obbligata l'uscita di un Paese dalla UE (il referendum "consultivo" sulla *Brexit* svoltosi nel Regno Unito il 23 giugno).

---

<sup>4</sup> V. D.E. TOSI, *Il ricorso al referendum nel processo di integrazione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, 1591 ss.

<sup>5</sup> Il referendum non ha prodotto effetti giuridici in quanto ha partecipato al voto il 43% degli elettori, meno della maggioranza prescritta, ma il 98% dei votanti ha rigettato il piano europeo.

L'ondata referendaria in atto presenta al contempo luci e ombre. Recentemente si è sostenuto che sono positivi i referendum che hanno un oggetto specifico e omogeneo, mentre sono negativi quelli su politiche complesse e che consentono all'elettorato di un solo Paese di incidere sul funzionamento dell'intera Unione Europea<sup>6</sup>. Non vi è dubbio sulla potenzialità di referendum ad oggetto complesso ed eterogeneo di prestarsi ad un uso improprio e antidemocratico. Tuttavia, una volta che i governanti hanno evocato la sovranità popolare, non possono contestarne la legittimità democratica né può sostenersi che la rinuncia di uno Stato a poteri sovrani possa avvenire in contrasto con la volontà contraria manifestata dai propri cittadini. Se mai è opportuno guardare in concreto al merito della decisione sottoposta al referendum. Si può, quindi, affermare che le votazioni popolari svolgono una funzione progressiva quando vanno a colmare un deficit di rappresentanza e di democraticità, mentre esercitano una funzione regressiva quando si prestano ad un'utilizzazione demagogica e di restringimento degli spazi democratici. Più in generale occorre abbandonare le visioni semplificatrici che ritengono centrale la "governabilità" e la cosiddetta "democrazia decidente", al prezzo di deprimere ulteriormente il ruolo della rappresentanza e della partecipazione, il cui ridimensionamento costituisce il fattore fondamentale di crisi dello Stato democratico. È paradossale che recentemente la riscoperta delle virtù pluralistiche della democrazia rappresentativa come alternativa alla democrazia diretta sia stata manifestata da vari commentatori che hanno contribuito a delegittimare il ruolo delle assemblee elettive, presentate come fonte di inciuci, ritardi e cattive soluzioni, per esaltare la centralità del Governo e del suo leader<sup>7</sup>. Al contrario, oggi occorre che rappresentanza e partecipazione siano rilanciate e irrobustite insieme e ciò richiede la ricostruzione di una politica capace di esprimere interessi ed esigenze sociali e quindi di colmare il distacco fra cittadini e istituzioni, anche facendo ricorso ad un uso equilibrato e non demagogico degli istituti di democrazia diretta.

---

<sup>6</sup> Cfr. A. MANZELLA, *Il fattore referendum e i rischi per l'Europa*, in *La Repubblica*, 14 agosto 2016.

<sup>7</sup> V. per tutti A. PANEbianco, *Le scelte del popolo sovrano nel nome della democrazia*, in *Corriere della Sera*, 6 luglio 2016.

## 2. Gli istituti di democrazia diretta

L'analisi comparativa consente di precisare lo stato del rapporto fra democrazia diretta e democrazia rappresentativa, di individuare i principali istituti riconducibili alla prima e di chiarire la questione del quorum di validità, che è diventata particolarmente rilevante nella vicenda italiana del referendum abrogativo.

### 2.1 *Democrazia diretta e rappresentanza*

L'aumento del ricorso alle votazioni popolari non rafforza gli argomenti a favore della teoria che considera la democrazia diretta come alternativa a quella rappresentativa della quale sarebbe destinata a prendere il posto. Infatti è innegabile che in tutte le democrazie contemporanee, anche in quella talvolta definita come “semidiretta” della Svizzera<sup>8</sup>, la grande maggioranza delle decisioni politiche sono adottate dall'organo rappresentativo, il quale può essere più o meno condizionato dal ricorso a votazioni popolari. Gli istituti di democrazia diretta continuano a funzionare di regola come strumenti di impulso e di controllo nei confronti del Parlamento, e, nei casi più importanti, anche di integrazione legislativa. Quindi costituiscono dei correttivi della democrazia rappresentativa. Inoltre vi sono importanti ordinamenti democratici che non prevedono istituti di democrazia diretta, come si verifica a livello federale negli Stati Uniti e in Germania, anche se iniziativa popolare e referendum sono disciplinati ed utilizzati negli enti federati e l'art. 29 del Grundgesetz prevede il referendum delle popolazioni interessate sulle modificazioni territoriali dei Länder<sup>9</sup>. Ovviamente ciò non esclude che le votazioni popolari, laddove previste, possano avere un'incidenza importante sul sistema politico-istituzionale e anche contribuire a modificarne il funzionamento<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> V. E. GRISEL, *Initiative et référendum populaires. Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*, Lausanne, 1987, 45 ss.

<sup>9</sup> V. per gli Stati Uniti H.S. NOYES, *The Law of Direct Democracy*, Carolina Academic Press, 2014; per la Germania A. DE PETRIS, *Gli istituti di democrazia diretta nell'esperienza costituzionale tedesca*, Padova, 2012.

<sup>10</sup> Basti pensare al referendum abrogativo sulla legge elettorale del Senato tenutosi in Italia nel 1993, che non ha modificato la forma di governo parlamentare, ma ha avuto incidenza sul suo funzionamento.

In secondo luogo occorre delimitare il campo della democrazia diretta, che comprende gli istituti tramite i quali il popolo si pronuncia, in modo giuridicamente vincolante o meno, su una questione concreta o su una proposta specifica. Quindi essa non ha nulla a che vedere con la cosiddetta “democrazia immediata”, formula coniata da Duverger per designare i sistemi di governo fondati sull’investitura popolare diretta del titolare del potere esecutivo in contrapposizione alla “democrazia mediata”, nella quale il Governo deriva da accordi postelettorali fra i partiti<sup>11</sup>. Già è discutibile la sovrapposizione di tale distinzione a quella che intercorre tra forme di governo parlamentari o presidenziali (e semipresidenziali quando il Presidente è il vertice effettivo del potere esecutivo), poiché solo nelle seconde si può sostenere che il Governo derivi direttamente dal voto popolare. In ogni caso in queste ultime la scelta degli elettori è dettata non solo dal giudizio sulla persona, ma anche da considerazioni di politica generale e dalla valutazione del programma di governo dei diversi candidati. È pure vero che nelle elezioni politiche si manifesta sempre più frequentemente un orientamento personalistico, che assume i contorni del plebiscito quando la scelta del corpo elettorale appare scontata, ma ad essere eletto è pur sempre un rappresentante, che sarà chiamato ad esercitare il potere esecutivo in modo non rigidamente vincolato dal “mandato” popolare e potrà essere oggetto di un giudizio politico solo al momento delle successive elezioni qualora si ricandidi.

Allo stesso modo non possono essere considerate un istituto di democrazia diretta neppure le *primarie*, con le quali si fa ricorso al voto dei militanti o degli elettori di un partito o di una coalizione per selezionare i candidati alle elezioni politiche. Quindi esse costituiscono una fase prodromica rispetto alla elezione dei rappresentanti, che può essere fatta rientrare nel concetto più ampio di democrazia partecipativa, ma che non attribuisce al popolo nessun potere decisionale sulle specifiche questioni che i candidati eletti dovranno affrontare successivamente.

Vari autori collocano fra gli istituti di democrazia diretta la *revoca popolare*, attraverso la quale su iniziativa di un certo numero di cittadini il corpo elettorale può decidere la destituzione del titolare di una

---

<sup>11</sup> V. M. DUVERGER, *La République des citoyens*, Paris, 1982, 41 ss.

carica elettiva<sup>12</sup>. Si tratta di un istituto eccezionale, anche perché pone problemi di compatibilità con il principio del divieto del mandato imperativo, con il quale il popolo può sanzionare modalità e contenuti dell'esercizio di una carica, e quindi la politica attuata dal suo titolare, imponendo in caso di esito favorevole l'elezione di un nuovo rappresentante<sup>13</sup>. Dalla revoca popolare va ulteriormente distinto il referendum che determina la rimozione dalla carica del Presidente eletto dal popolo su iniziativa di una maggioranza parlamentare, a imitazione di quanto previsto nella Costituzione di Weimar. In Austria, Islanda e Slovacchia l'esito negativo del voto determina la rielezione del Presidente uscente e lo scioglimento automatico del Parlamento, così come era previsto in Germania, mentre in Romania si ha solo la permanenza in carica del Presidente e quindi può prodursi un conflitto prolungato e dirompente fra Capo dello Stato e maggioranza parlamentare<sup>14</sup>. In tutte queste ipotesi il voto popolare sulla persona, anche se si tiene su un oggetto determinato come la revoca dalla carica, assume inevitabilmente le caratteristiche di un giudizio politico sul suo operato che va al di là dei confini della decisione su una questione concreta o su una proposta specifica, il che suscita qualche dubbio sulla sua collocazione fra gli istituti di democrazia diretta<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> La revoca ha natura quasi sempre individuale. Fra le eccezioni va segnalata quella della Lettonia, la cui Costituzione vieta la revoca individuale e prevede quella collettiva dell'intero Parlamento su iniziativa di un decimo degli elettori (resa improbabile dall'esistenza di due quorum di partecipazione: la maggioranza degli elettori e quella dei due terzi dei partecipanti alle ultime elezioni parlamentari) o del Presidente della Repubblica (per la quale non c'è quorum di partecipazione e che è stata esercitata nel maggio 2001, determinando con voto popolare lo scioglimento anticipato del Parlamento in carica).

<sup>13</sup> Attualmente la revoca popolare individuale è prevista in alcuni Cantoni svizzeri, in vari Stati membri degli USA e in diversi Stati latino-americani. Tuttavia vi è stata una sua espansione anche in altri ordinamenti, come quelli di alcuni Länder tedeschi e nel distretto del British Columbia in Canada. Perfino nel Regno Unito con il *Recall of MPs Act* del 2015 è stata introdotta una ipotesi attenuata di *recall* per i membri della Camera dei Comuni, che, in presenza di certi presupposti (condanna penale o sospensione dalla carica), ma non per responsabilità politica, autorizza la richiesta di un decimo degli elettori del collegio di tenere nuove elezioni, alle quali il candidato uscente può partecipare.

<sup>14</sup> Come si è verificato dopo il fallimento del referendum del 2012, che faceva seguito ad un analogo referendum anch'esso fallito nel 2007, per la destituzione del Presidente Basecu.

<sup>15</sup> Per N. BOBBIO perché si possa parlare di democrazia diretta «occorre che fra gli individui deliberanti e la deliberazione che li riguarda non vi sia alcun intermediario», come è anche il delegato revocabile, e quindi la rappresentanza per mandato «è una strada in-

## 2.2 Iniziativa popolare e referendum

La distinzione più importante fra gli istituti di democrazia diretta è quella fra *iniziativa popolare* e *referendum*<sup>16</sup>. La prima, caratteristica della Svizzera e di più di metà degli Stati membri degli USA, prevista anche in Liechtenstein e più recentemente in Ecuador<sup>17</sup> e in Lettonia<sup>18</sup>, consiste nel diritto di una frazione del corpo elettorale di presentare una proposta che sarà di regola sottoposta al voto popolare. Invece il referendum è una votazione popolare su una proposta, o più raramente su un testo già in vigore, che è stato adottato da un soggetto pubblico. Due sono, quindi, i criteri distintivi da considerare: il promotore e l'autore dell'atto, che nella iniziativa si identificano nel popolo, mentre nel referendum sono rappresentati da un organo pubblico o vi può essere una pluralità di promotori. In alternativa si è sostenuto che il criterio determinante per differenziare le due ipotesi sarebbe unicamente quello del promotore, per cui farebbero parte della iniziativa popolare tutte le ipotesi in cui la richiesta sia avanzata da una frazione del popolo e si dovrebbe se mai distinguere fra iniziativa «propositiva» e «deliberativa», a seconda che l'atto sottoposto al voto provenga dal popolo o da un organo dello Stato<sup>19</sup>. Ne consegue che anche il referendum abrogativo italiano, in considerazione della iniziativa accor-

---

termedia fra la democrazia rappresentativa e la democrazia diretta»; cfr. *Il futuro della democrazia*, Torino 1984, ediz. 1995, 42-43.

<sup>16</sup> Sulla classificazione degli istituti di democrazia diretta rinvio a M. VOLPI, *Referendum nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV ed., XII, Torino, 1997, 500-505.

<sup>17</sup> La Costituzione ecuadoregna del 2008, approvata con referendum popolare, attribuisce uno spazio molto ampio all'iniziativa popolare in materia sia costituzionale sia legislativa; v. S. BAGNI, *La partecipazione popolare in Ecuador*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, 1783 ss.

<sup>18</sup> Fra tutte le Costituzioni degli Stati ex comunisti del blocco sovietico, quella della Lettonia (del 1922, ma riportata in vigore nel 1993) è l'unica a prevedere con chiarezza l'iniziativa popolare. Infatti l'art. 78 dispone che se un decimo del corpo elettorale presenta un emendamento costituzionale o un progetto di legge e il Parlamento non lo adotta senza cambiamenti, il testo viene sottoposto a referendum.

<sup>19</sup> V. P.V. ULERI, *Le forme di consultazione diretta. Uno schema di classificazione per l'analisi comparata*, in *Riv. it. sc. pol.*, 1981, 77 ss. Uleri distingue anche il referendum in «propositivo», fondato sulla coincidenza del soggetto pubblico (Capo dello Stato o Governo) autore dell'atto e promotore del voto popolare, e «deliberativo», caratterizzato dalla dissociazione fra autore (Parlamento) e promotore (minoranza dei parlamentari o un certo numero di assemblee regionali).

data a 500.000 elettori, costituirebbe una ipotesi di iniziativa popolare deliberativa. Del resto già uno dei più importanti studiosi della materia, all'interno del primo Commentario della Costituzione italiana, considerava il referendum abrogativo come rientrante nella iniziativa popolare<sup>20</sup>.

La tesi citata non convince per diversi motivi. Innanzitutto per una ragione di principio: l'iniziativa popolare trova il suo fondamento in una concezione della democrazia che considera la comunità dei cittadini titolare di tutti i poteri e quindi si configura come un atto di legislazione popolare, mentre il referendum su un atto proveniente da un potere pubblico si basa su una visione della democrazia che attribuisce agli organi dello Stato-persona la titolarità dei poteri e quindi agisce in funzione di controllo o di stimolo da parte del corpo elettorale nei confronti del soggetto pubblico titolare del potere<sup>21</sup>. Il fatto che promotore di un referendum possa essere una frazione del corpo elettorale non cambia la natura della consultazione popolare che ha comunque per oggetto un atto di cui il popolo non è autore. Inoltre i due istituti, oltre ad avere una diversa qualificazione giuridica, svolgono una funzione e hanno un oggetto differenziati: l'iniziativa sostituisce un atto dell'organo rappresentativo o colma una lacuna con una proposta popolare che, se approvata, diventa legge; il referendum impedisce l'entrata in vigore o determina l'abrogazione di un atto proveniente da un organo dello Stato. Infine, la qualificazione del referendum abrogativo italiano come iniziativa deliberativa non regge al vaglio della critica. Infatti esso ha natura successiva e ha per oggetto non una proposta popolare, ma una legge o un atto con forza di legge approvato da un organo dello Stato. Inoltre produce un effetto esclusivamente negativo, consistente nella abrogazione totale o parziale di un atto legislativo. Quindi non è equiparabile neppure ad una iniziativa popolare meramente abrogativa, in quanto in tale ipotesi il popolo può sempre esprimersi in positivo e, se si limita a proporre l'abrogazione di una legge, ciò significa che questo è l'unico risultato che esso vuole, mentre per il referendum abrogativo è l'unico esito possibile e, quando sono in gioco questioni complesse che non si prestano ad una secca scel-

---

<sup>20</sup> V. M. BATTELLI, *Le istituzioni di democrazia diretta*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. CALAMANDREI e A. LEVI, Firenze, 1950, II, 72-73.

<sup>21</sup> V. in tal senso A. BALDASSARRE, *Referendum e legislazione*, in M. LUCIANI e M. VOLPI (a cura di), *Referendum*, Roma-Bari, 1992, 32 ss.

ta binaria, è impossibile sapere se il popolo preferisce la lacuna o una delle diverse possibili discipline della materia.

Per ragioni analoghe non può essere fatta rientrare nell'iniziativa popolare né l'ipotesi in cui una frazione del corpo elettorale può proporre di ricorrere al referendum ad un organo dello Stato (Parlamento o Presidente), il quale è libero di accogliere o meno la richiesta o comunque di elaborare il testo del quesito<sup>22</sup>, né il cosiddetto “*référendum d'initiative populaire*”, introdotto con la revisione del 2008 nell'art. 11 della Costituzione francese, che attribuisce l'iniziativa di una proposta di legge ad un quinto dei parlamentari, «sostenuta da un decimo degli elettori iscritti nelle liste elettorali»<sup>23</sup>.

Ciò precisato, esistono vari tipi di iniziativa popolare. Si può distinguere fra iniziativa in materia costituzionale (che è l'unica consentita in Svizzera<sup>24</sup>) e in materia legislativa (entrambe previste negli altri ordinamenti citati). Inoltre negli Stati Uniti l'iniziativa può essere *diretta*, che si ha quando la proposta popolare è obbligatoriamente sottoposta a referendum, o *indiretta*, che comporta il voto popolare solo quando il Parlamento respinga o modifichi la proposta in modo insoddisfacente per i promotori; infine può configurarsi come *option*, vale a dire come proposta di un indirizzo legislativo che, se approvato dal popolo, impone al Parlamento di tradurlo in legge. In Svizzera si distingue fra iniziativa *formulata* e *non formulata*, a seconda che la proposta consista in un testo di legge redatto in articoli oppure assuma carattere generale e quindi comporti l'adozione di una legge parlamentare che sarà sottoposta all'approvazione popolare. Nella iniziativa indiretta e in quella formulata il Parlamento può approvare un proprio testo che viene sottoposto al voto popolare in alternativa a quello proposto da una frazione del popolo.

---

<sup>22</sup> Come si verifica in Albania, Croazia, Lituania, Macedonia, Polonia, Portogallo, Ungheria.

<sup>23</sup> Si tratta di un'ipotesi assai singolare di iniziativa combinata, nella quale però quella dei parlamentari è preminente e la frazione del corpo elettorale svolge un ruolo di supporto. Inoltre il numero elevato delle sottoscrizioni richieste (circa 4 milioni di elettori), la delimitazione dell'obbligo del Parlamento all'esame della proposta di legge, il controllo di conformità alla Costituzione della richiesta attribuito al *Conseil Constitutionnel*, rendono di assai improbabile verificazione il ricorso al referendum.

<sup>24</sup> Nel 2003 con referendum costituzionale era stata prevista anche una forma più attenuata di iniziativa popolare a livello legislativo, ma è stata abrogata con referendum costituzionale nel 2009.

La tipologia dei referendum è ampia e varia. Per rimanere all'essenziale, anche ai fini di un inquadramento dei referendum previsti nella Costituzione italiana, la distinzione principale, fondata sull'oggetto del voto, è quella fra referendum *costituzionale* (che interviene in materia costituzionale)<sup>25</sup>, referendum *legislativo* (relativo a leggi ordinarie) e referendum *convenzionale* (su trattati e accordi internazionali). Il referendum può essere *preventivo* o *successivo*, a seconda che intervenga su un atto non ancora in vigore o già vigente. Esso è *obbligatorio* quando il ricorso al voto popolare è automatico, mentre è *facoltativo* se è necessaria per il suo svolgimento la richiesta di un soggetto a ciò legittimato. Le distinzioni operate si intrecciano, in quanto il referendum costituzionale è di regola preventivo e obbligatorio, configurando il popolo come soggetto titolare o contitolare del potere, mentre quello legislativo è più di frequente preventivo e facoltativo, nel qual caso l'intervento popolare svolge un ruolo di garanzia e preclusivo (in quanto il suo esito negativo impedisce l'entrata in vigore della legge). Il referendum legislativo successivo assume carattere eccezionale e in particolare quello ad effetto abrogativo è previsto in un numero limitato di ordinamenti (Albania, Italia e Malta). Il referendum facoltativo è *dall'alto* o *passivo*, se il soggetto promotore è un'autorità statale (minoranza parlamentare o organo del potere esecutivo), mentre è *dal basso* o *attivo*, allorché l'iniziativa è attribuita ad una frazione del corpo elettorale o ad organi di enti autonomi territoriali rappresentativi delle rispettive comunità<sup>26</sup>. Quanto al referendum convenzionale, si è già detto della sua crescente utilizzazione in Europa derivante dallo sviluppo dei rapporti fra un ampio numero di Stati, membri e non, con la UE, anche se un buon numero delle votazioni popolari in materia assumono valore costituzionale in quanto comportano modifiche del testo della Costituzione o cessioni di sovranità.

---

<sup>25</sup> Il referendum costituzionale può essere distinto in referendum *preconstituente* (quando decide la convocazione di una Assemblea Costituente, l'attribuzione al Parlamento di poteri costituenti, l'approvazione di un principio fondamentale vincolante per l'autorità costituente), *costituente* (quando il popolo approva definitivamente il testo della Costituzione adottato da un organo statale), *di revisione costituzionale* (che ha ad oggetto la modificazione o l'integrazione del testo costituzionale).

<sup>26</sup> Per i termini impiegati v. rispettivamente F. HAMON, *Le référendum*, Paris, 1995, 28-29 e M. SUKSI, *Bringing in the People: A Comparison of Constitutional Forms and Practices of the Referendum*, Dordrecht-Boston-London, 1993, 29.

Altra distinzione di crescente importanza è quella fra referendum *decisionale* (o deliberativo) e referendum *consultivo*. Con il primo il popolo adotta una decisione giuridicamente vincolante, mentre con il secondo esprime un parere non vincolante nei confronti dell'organo competente. Il referendum consultivo è stato utilizzato soprattutto nei Paesi del Nord-Europa<sup>27</sup>, ma si è esteso anche a vari altri ordinamenti che non contenevano previsioni costituzionali in proposito, mediante il ricorso a leggi ordinarie. Nella prassi la distinzione rispetto al referendum decisionale è molto sottile, in quanto esso assume una innegabile valenza politica che costringe gli organi statali a rispettarne l'esito, come dimostra da ultimo il referendum sulla *Brexit* svoltosi nel Regno Unito<sup>28</sup>.

### 2.3 Il quorum di validità

Un aspetto rilevante riguarda la previsione o meno di un *quorum* per la validità delle votazioni popolari. Dallo studio più importante in materia<sup>29</sup> risulta che tale quorum non esiste nella maggioranza dei Paesi del mondo, ed in particolare in quelli che più fanno ricorso a iniziativa popolare e referendum, come la Svizzera e gli Stati membri nordamericani. Esso è attualmente previsto in quindici degli Stati membri della UE. In tali ordinamenti occorre distinguere due tipi di quorum: di *partecipazione*, che impone un numero minimo di votanti, e di *approvazione*, che richiede il voto favorevole di una determinata percentuale di elettori<sup>30</sup>. Il quorum di partecipazione è variabile: la maggioranza degli elettori in Bulgaria, Croazia, Italia, Malta, Slovacchia e Ungheria, il 30% nei Paesi Bassi, la maggioranza dei votanti al-

---

<sup>27</sup> Sui referendum in Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia v. F. DURANTI, *Gli ordinamenti costituzionali nordici. Profili di diritto pubblico comparato*, Torino, 2009, 106 ss.

<sup>28</sup> Nel Regno Unito la disciplina generale dei referendum è contenuta nel *Political Parties, Elections and Referendums Act* del 2000 e spetta al Parlamento deliberare con legge l'indizione di un referendum.

<sup>29</sup> V. L.F. AGUIAR-CONRARIA e P. MAGALHÃES, *Referendum Design, Quorum Rules and Turnout*, Estudio/Working Paper 95/2008, Universidad Autónoma de Madrid, in [www.uam.es/centros/derecho/cpolitica/papers-htm](http://www.uam.es/centros/derecho/cpolitica/papers-htm).

<sup>30</sup> V. l'ampia analisi comparativa, condotta sulla base di un questionario al quale hanno risposto trentatré Paesi europei, in EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW, *Referendums in Europe - An Analysis of the Legal Rules in European States*, §§ 109-115, in [www.venice.coe.int/docs/2005/CDL-AD\(2005\)034-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2005/CDL-AD(2005)034-e.pdf).

le ultime elezioni parlamentari in Bulgaria e in Lettonia per il referendum legislativo. In Polonia e in Portogallo, se la partecipazione è inferiore a tale quorum, il referendum ha valore non decisionale, ma consultivo. Il quorum di approvazione richiede il voto favorevole di un terzo del corpo elettorale in Albania, del 50% più uno in Croazia per l'associazione con altri Stati, della maggioranza degli aventi diritto in Lettonia e del 40% in Danimarca per i referendum di revisione costituzionale. In Lituania sono previsti sia un quorum di partecipazione (il 50% degli elettori) sia uno di approvazione (un terzo degli elettori). In definitiva la previsione di quorum differenziati si giustifica solo quando riguarda referendum aventi un diverso oggetto (come in Croazia e in Lettonia) o se sono produttivi di diversi effetti sull'effetto giuridico della votazione popolare (come in Polonia e in Portogallo).

Dall'analisi del funzionamento in concreto del quorum di partecipazione emerge il suo cambiamento da istituto volto a garantire l'affluenza di un numero adeguato di elettori a meccanismo che di fatto incoraggia l'astensione. Infatti gli oppositori della proposta referendaria preferiscono propagandare l'astensione piuttosto che il voto contrario, in quanto è sufficiente che non partecipi al voto un numero ridotto di elettori, in aggiunta al consistente numero di astensionisti abituali, per invalidare il referendum. Quanto al quorum di approvazione, si è rilevato che la sua esistenza comporta il rischio di rendere difficile la situazione politica «laddove il quesito venisse adottato da una maggioranza semplice, inferiore rispetto alla soglia necessaria». Questi rilievi hanno spinto la Commissione di Venezia a sconsigliare la previsione di un quorum di validità nel «Codice di buona condotta sui referendum» adottato nel 2006<sup>31</sup>.

### **3. Gli istituti di democrazia diretta nell'ordinamento costituzionale italiano**

Come si inseriscono gli istituti di democrazia diretta previsti nella Costituzione italiana nel quadro comparativo sommariamente descritto e qual è stata la loro concreta evoluzione?

---

<sup>31</sup> V. anche per la citazione EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW, *Code of Good Practice on Referendums*, § 7, in [www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)008-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)008-e.asp).

È noto che in Assemblea Costituente si ebbe in materia una grande cautela e alla fine vi fu un accoglimento parziale e riduttivo di alcuni di tali istituti. Le ragioni di un simile atteggiamento furono due: una nobile, l'altra conservatrice. La prima derivava dalla necessità di valorizzare il ruolo della rappresentanza politica e di un Parlamento fondato sui partiti di massa, che avrebbe sempre consentito ai cittadini di trovare un sicuro punto di riferimento per far valere i loro interessi e le loro proposte. In tale quadro il ricorso alla democrazia diretta, e in particolare al referendum, visto come un istituto divisivo e ispirato ad una logica maggioritaria, doveva essere circoscritto per evitare il rischio di introdurre elementi di plebiscitarismo, come quelli presenti nella Costituzione di Weimar e che avevano caratterizzato i regimi autoritari in Italia e in Germania. La seconda ragione derivava da una cultura ancora debitrice di un'impostazione statalistica, che concepiva il popolo come "elemento costitutivo" dello Stato e quindi considerava l'elezione dell'organo rappresentativo come la massima e quasi unica espressione della sovranità popolare<sup>32</sup>. Ne derivava una sottovalutazione degli effetti positivi che ai fini della partecipazione popolare avrebbero potuto svolgere più robusti istituti di democrazia diretta.

### *3.1. L'iniziativa legislativa popolare*

Gli effetti di questa impostazione si sono fatti sentire, innanzitutto, nella configurazione della *iniziativa legislativa popolare*, che non costituisce neppure la parente povera della autentica iniziativa popolare. All'interno della Seconda Sottocommissione, Prima Sezione, dell'Assemblea Costituente fu ammesso il principio della iniziativa popolare, ma venne respinta la proposta di Costantino Mortati di referendum finale, su iniziativa di un decimo o di un ventesimo degli elettori, in caso di voto negativo o di inerzia del Parlamento entro il termine di sei mesi sul progetto di legge presentato da centomila elettori<sup>33</sup>. Inoltre nel Progetto presentato dalla Commissione per la Costituzione venne esclusa l'iniziativa popolare in materia di revisione costituzionale, attribuita solo alle Camere e al Governo. Alla fine in As-

---

<sup>32</sup> V. A. BALDASSARRE, *Referendum e legislazione*, cit., 38-39.

<sup>33</sup> Sulle proposte di Mortati relative alla iniziativa popolare v. M. VOLPI, *Mortati costituente e teorico delle forme di governo e alcuni momenti dell'esperienza costituzionale svizzera*, in M. GALIZIA (a cura di), *Forme di Stato e forme di governo. Nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Milano, 2007, 1168-1173.

semblea fu approvato l'art. 71, c. 2, il quale attribuisce a cinquantamila elettori il potere di presentare un progetto di legge redatto in articoli senza alcun obbligo di esame e di deliberazione da parte delle Camere. Qualche timida apertura, non modificativa della configurazione dell'istituto, vi è stata nei regolamenti parlamentari, che hanno previsto l'obbligo di presa in considerazione, e non anche un obbligo di deliberazione, e la non decadenza dei disegni di legge di iniziativa popolare alla fine della legislatura (art. 104, c. 4, Re. Ca. e art. 74, cc. 2 e 3, Re. Se.<sup>34</sup>). D'altro lato il riconoscimento dell'iniziativa legislativa di cinquantamila elettori in materia di revisione costituzionale è derivato dall'approvazione in Assemblea dell'emendamento Perassi, sostitutivo dell'intero art. 130 del Progetto, che non ne riproduceva il comma 1, contenente la riserva a Camere e Governo sancita in Seconda Commissione, con un effetto estensivo il cui significato probabilmente non fu colto appieno dai membri della Costituente<sup>35</sup>.

### 3.2. *Il referendum abrogativo*

Il *referendum abrogativo* è stato il frutto di una scelta casuale e derivante dalla potatura, operata prima nella Seconda Sottocommissione, poi in Assemblea, del progetto presentato da Mortati, che prevedeva vari tipi di referendum: due su iniziativa del Governo per sospendere una legge approvata dalle Camere e per sottoporre al voto popolare una legge respinta dal Parlamento, tre su iniziativa del popolo per arrestare una legge già approvata, per abrogare una legge in vigore e per introdurre modifiche legislative in seguito al rigetto di una iniziativa popolare<sup>36</sup>. Ne è venuta fuori una ipotesi abbastanza anomala e rara di referendum successivo ed esclusivamente abrogativo, anche se è rimasta la previsione della sua attivazione da parte di una frazione del corpo elettorale, che, anche se innovativa, non autorizza, come si è detto, la sua collocazione nell'ambito della iniziativa popolare. Ora, proprio la eccentricità e quindi l'imprevedibilità di un referendum di questo tipo ne hanno permesso un'ampia utilizzazione, successiva all'entrata

---

<sup>34</sup> Il comma 3 dell'art 74 Re. Se. Stabilisce anche che l'esame dei d.d.l. di iniziativa popolare deve avvenire nella Commissione competente entro un mese dal deferimento e che è ammessa l'audizione di un rappresentante dei proponenti.

<sup>35</sup> V. in tal senso S. PANUNZIO, *Riforme costituzionali e referendum*, in M. LUCIANI e M. VOLPI, *Referendum*, cit., 86.

<sup>36</sup> V. G.M. SALERNO, *Il referendum*, Padova, 1992, 24 ss.

in vigore della legge n. 352 del 1970,<sup>37</sup> che ha fatto annoverare l'Italia fra i Paesi che più fanno ricorso alle votazioni popolari insieme alla Svizzera e agli Stati membri degli USA<sup>38</sup>.

Ciò è derivato soprattutto da due ragioni. In primo luogo il referendum abrogativo si è prestato ad essere utilizzato da diversi soggetti politici e in diversi contesti, che hanno determinato varie fasi nella sua utilizzazione. Così si sono avuti referendum su questioni di alta rilevanza sociale, referendum radicali contro il sistema dei partiti, referendum come arma di lotta interpartitica, referendum sulle regole del gioco, referendum promossi da movimenti sociali e apartitici<sup>39</sup>.

In secondo luogo il referendum abrogativo è stato utilizzato come succedaneo di altri tipi di votazione popolare non previsti nella Costituzione. Così l'ammissione dei referendum manipolativi (soprattutto in materia di leggi elettorali) ha consentito a questi di essere utilizzati come una sorta di referendum propositivi che puntavano a sostituire alla disciplina vigente una disciplina diversa consistente nella normativa di risulta determinata dall'esito abrogativo. La Corte Costituzionale si è resa conto di avere dischiuso un "vaso di Pandora" e ha tentato di porvi un freno, stabilendo che il quesito non può introdurre una nuova disciplina del tutto estranea a quella desumibile dalla legge sottoposta a referendum (a cominciare dalla sentenza n. 36 del 1997). Resta il fatto che i referendum abrogativi manipolativi non sono assimilabili a quelli propositivi in quanto in essi la normativa "proposta" non è liberamente determinabile dai promotori, ma è condizionata dal testo della legge e quindi il corpo elettorale può "volere" solo la normativa di risulta e non altre ad esso più gradite e a sua volta il legislatore ha una più ampia discrezionalità nella valutazione dell'esito del referendum e nell'approvazione di una nuova disciplina della materia.

Il referendum abrogativo è stato anche utilizzato come un surrogato del referendum consultivo, in quanto in varie richieste presentate dai promotori era annidato un quesito politico implicito, che andava spesso al di là dell'effetto giuridico di tipo abrogativo, al fine di interrogare il corpo elettorale su una questione di più ampia portata sulla quale

---

<sup>37</sup> Dal 1974 al 2016 si sono tenuti sessantasette referendum abrogativi in diciassette tornate elettorali.

<sup>38</sup> V. D. BUTLER and A. RANNEY, *Practice*, in Id., *Referendums*, cit. 3.

<sup>39</sup> V. M. VOLPI, *Una «storia infinita»: l'influenza dei referendum abrogativi sul sistema politico-istituzionale*, in *Pol. dir.*, 1992, 233 ss. e A. BARBERA, A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, cit., 29 ss.

il voto popolare non poteva avere un valore decisionale. Il legislatore costituzionale non solo si è guardato bene dall'introdurre in Costituzione il referendum consultivo, ma con legge costituzionale n. 2 del 1989 ha indetto un "referendum di indirizzo" sui poteri del Parlamento europeo in via di elezione, che non essendo in grado di esprimere un orientamento giuridicamente vincolante neppure per i parlamentari europei eletti in Italia, si configurava piuttosto come un referendum consultivo. Con tale iniziativa il Parlamento da un lato certificava l'impossibilità di procedere a referendum di tipo consultivo con legge ordinaria, come avviene in vari ordinamenti europei; dall'altro determinava lo svolgimento il 18 giugno 1989 di un referendum ad oggetto impossibile, relativo all'orientamento dell'organo rappresentativo di un ordinamento sovranazionale distinto da quello italiano e dotato di una forte venatura demagogica e plebiscitaria che ne rendeva scontato l'esito<sup>40</sup>.

Da quasi venti anni si è avuta una crisi del referendum abrogativo che sembra avere perduto la sua forza propulsiva. Ciò è derivato da vari fattori: la crisi della partecipazione organizzata dei cittadini alla vita politica; il mancato rispetto, o il tentativo di aggiramento, della volontà abrogativa manifestata dal popolo da parte del Parlamento (com'è avvenuto per il referendum del 1993 sul finanziamento pubblico ai partiti e corre il rischio di verificarsi per quello sulla natura pubblica dei servizi idrici), nonostante che la giurisprudenza costituzionale abbia affermato l'incostituzionalità di una legge che ripristini la disciplina abrogata<sup>41</sup>; *last but not least* l'utilizzazione del quorum della maggioranza degli aventi diritto da parte di quanti sono contrari all'abrogazione per determinare l'invalidità del referendum mediante l'invito agli elettori a disertare le urne, aggiungendosi alla quota assai elevata di astensionisti abituali. Così sette delle ultime otto tornate referendarie tenutesi fra il 1997 e il 2016 sono fallite per mancato rag-

---

<sup>40</sup> V. in senso critico B. CARAVITA, *Il referendum sui poteri del Parlamento europeo: riflessioni critiche*, in *Pol. dir.*, 1989, 319 ss.

<sup>41</sup> V. in particolare la sentenza n. 199 del 2012, con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionale la disciplina dei servizi pubblici locali, introdotta dopo il referendum del 13 giugno 2011, con l'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011, convertito dalla legge n. 148 del 2011, in quanto riproponeva la normativa abrogata, volta a restringere, anche oltre i limiti stabiliti a livello comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e di gestione in *house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

giungimento del quorum<sup>42</sup>, il che ha fatto dubitare della possibilità di continuare ad utilizzare il referendum abrogativo<sup>43</sup>.

### *3.3. Il referendum costituzionale*

Il *referendum costituzionale* è stato adottato in Assemblea Costituente come alternativa all'originaria proposta, contenuta nella relazione di Paolo Rossi nella Prima Sezione della Seconda Sottocommissione, di procedere allo scioglimento automatico delle Camere che avessero approvato il progetto di revisione, affidandone la deliberazione finale alle nuove Camere<sup>44</sup>. Esclusa qualsiasi ipotesi di iniziativa popolare in materia costituzionale, si affermò la soluzione di un referendum che è al contempo eventuale, potendo svolgersi solo quando la maggioranza nella seconda deliberazione di ciascuna Camera di approvazione della legge costituzionale sia inferiore ai due terzi dei componenti, e facoltativo, in quanto si tiene solo se richiesto (art. 138, cc. 2 e 3, Cost.).

La disciplina costituzionale si presta a vari rilievi. Intanto risulta anomala nel quadro comparativo la previsione di un referendum costituzionale che è al contempo eventuale e facoltativo. Infatti nella grande maggioranza degli ordinamenti esso assume carattere necessario e obbligatorio. Il carattere eventuale del referendum fu giustificato sulla base della presunzione che la decisione adottata dalla maggioranza qualificata delle Camere fosse condivisa dalla maggioranza degli elettori. Tale presunzione si fondava su due presupposti, espressamente indicati nella relazione di Paolo Rossi in Assemblea Costituente, il sistema elettorale proporzionale e un multipartitismo frammentato, i quali facevano del Parlamento lo specchio del Paese e la fedele

---

<sup>42</sup> Si tratta delle votazioni referendarie tenutesi nel 1997, 1999, 2000, 2003, 2005, 2009 e 2016. Hanno, invece, superato il quorum, conseguendo una partecipazione fra il 54,78% e il 54,81% degli elettori, i quattro referendum del 2011 che hanno abrogato la norma che consentiva l'affidamento a privati della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, la norma la quale prevedeva che l'importo della tariffa per l'erogazione dell'acqua includesse la remunerazione del capitale investito, le norme che consentivano la produzione nel territorio nazionale di energia elettrica nucleare, la legge sul legittimo impedimento del Presidente del Consiglio e dei Ministri a comparire in udienza penale.

<sup>43</sup> V. A. BARBERA, A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, cit., 244-245.

<sup>44</sup> Sulle molteplici ragioni avanzate nella Seconda Commissione contrarie allo scioglimento anticipato e favorevoli al referendum v. G. FERRI, *Il referendum nella revisione costituzionale*, Padova, 2001, 31ss.

espressione della volontà popolare, cosa che, come fu precisato, non si sarebbe verificata con un sistema maggioritario fondato su collegi uninominali e con l'affermarsi del bipartitismo<sup>45</sup>. Fu, quindi, tenuta presente la disposizione contenuta nella Costituzione francese del 1946 (art. 90, c. 6), che escludeva il referendum qualora il progetto di revisione fosse stato adottato in seconda lettura dall'Assemblea Nazionale con la maggioranza dei due terzi o con quella dei tre quinti di ciascuna delle due Camere. Tuttavia in Francia al di sotto di tali soglie il referendum doveva svolgersi obbligatoriamente. L'opzione del Costituente italiano per la facoltatività era dettata con ogni evidenza dalla volontà di configurare il referendum costituzionale come uno strumento di garanzia posto a tutela delle minoranze. Più in generale era significativa la collocazione dell'art. 138 fra le «garanzie costituzionali» disciplinate dal Titolo VI della Parte II della Costituzione. È evidente che in un contesto proporzionalistico e multipartitico la maggioranza assoluta richiesta per l'approvazione delle leggi costituzionali indicava l'esigenza che vi fosse in Parlamento un consenso più ampio di quello che sosteneva il Governo. Inoltre la previsione della maggioranza qualificata, necessaria per evitare il referendum, costituiva un incentivo alla conclusione di ampi accordi fra i partiti. Un ultimo rilievo riguarda la scelta di prevedere, accanto alla richiesta della minoranza parlamentare (un quinto dei membri di una Camera), quella di cinquecentomila elettori e di cinque Consigli regionali, la quale confermava la volontà positiva, già manifestata nella disciplina del referendum abrogativo, di dare rilievo alla iniziativa dal basso.

Dai lavori costituenti e dalle caratteristiche del referendum costituzionale deriva la sua qualificazione come «*oppositivo* nei confronti della maggioranza che ha approvato la legge», analoga per questo aspetto a quella del referendum abrogativo<sup>46</sup>. Esso, quindi, non assume affatto carattere confermativo e di ratifica della volontà della maggioranza parlamentare, il che renderebbe inspiegabile sia l'assenza di un quorum di validità sia l'esclusione del referendum in caso di approvazione a maggioranza qualificata, in quanto un referendum di na-

---

<sup>45</sup> V. seduta del 14 novembre 1947, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Roma, 1970-1971, V, 3894.

<sup>46</sup> Cfr. S. PANUNZIO, *Riforme costituzionali*, cit., 91.

tura approvativa richiederebbe il voto favorevole di un numero cospicuo di elettori e dovrebbe svolgersi in ogni caso<sup>47</sup>.

Nella prassi gli unici referendum costituzionali che si sono tenuti (nel 2001 e nel 2006) e quello che si terrà a fine 2016 si inseriscono in un contesto molto diverso da quello presupposto dai costituenti, caratterizzato da sistemi elettorali prevalentemente maggioritari (come il *Mattarellum*) o ipermaggioritari (come il *Porcellum* e l'*Italicum*), i quali fanno sì che la maggioranza assoluta delle Camere non corrisponda alla maggioranza dei votanti. Inoltre le leggi costituzionali di revisione del Titolo V (l.c. n. 3 del 2001) o di numerosi articoli, collocati in vari Titoli della Parte II della Costituzione (nel 2005 e nel 2016), sono state approvate da una maggioranza assoluta coincidente in tutto o in larghissima parte con quella che sosteneva il Governo, con un aggiramento dello spirito dell'art. 138 fondato sulla ricerca di un ampio accordo parlamentare per evitare revisioni costituzionali decise a colpi di maggioranza. Il deficit di legittimazione conseguente al nuovo contesto politico-elettorale non è sfuggito agli autori delle riforme, che hanno tentato di colmarlo in due modi, entrambi fortemente criticabili.

Il primo è consistito nella proposta di prevedere, nel quadro di un procedimento di revisione straordinario derogatorio dell'art. 138, un referendum costituzionale necessario e obbligatorio, così come era disposto dalle leggi costituzionali n. 1 del 1993 e n. 1 del 1997, istitutive rispettivamente della "Commissione parlamentare per le riforme istituzionali" (presieduta prima da De Mita, poi dalla Jotti) e della "Commissione parlamentare per le riforme costituzionali" (presieduta da D'Alema). Qui va rilevato che, mentre la prima legge si limitava a prevedere che l'approvazione del progetto di revisione costituzionale dovesse avvenire a maggioranza dei voti validi (art. 3, c. 2), la seconda con maggiore coerenza disponeva anche il quorum di partecipazione della maggioranza degli aventi diritto al voto (art. 4). Ora, la trasformazione del referendum in necessario e obbligatorio ne avrebbe modificato non solo la funzione, come si dirà fra poco, ma anche la natura giuridica, accreditando le tesi che, configurando il popolo come contitolare della potestà legislativa di revisione, concepiscono il refe-

---

<sup>47</sup> Come rileva G. FERRI, *Il referendum*, cit., 153-157.

rendum come elemento costitutivo di perfezionamento della legge, anziché come atto di controllo popolare incidente sulla sua efficacia<sup>48</sup>.

La seconda via è stata quella di applicare il procedimento dell'art. 138, ma al contempo di utilizzare il referendum come strumento di ratifica popolare della volontà della maggioranza parlamentare. In particolare nel 2001<sup>49</sup> e nel 2016 il referendum è stato chiesto non solo dai parlamentari della opposizione, ma anche da quelli della maggioranza e nel 2016 si è avuta anche una raccolta di firme per il Sì alla legge costituzionale. Diversamente il referendum del 2006 è stato chiesto solo dai parlamentari della opposizione, oltre che da cinquecentomila elettori e quindici Consigli regionali, anche se fra le Regioni promotrici ve ne era una, la Lombardia, governata da una maggioranza politica corrispondente a quella nazionale.<sup>50</sup>

Entrambe le ipotesi (trasformazione del referendum in obbligatorio e iniziativa della maggioranza) hanno perseguito l'intento di trasformare il referendum da oppositivo in confermativo-approvativo o, in altri termini, di consentire alla maggioranza l'occupazione dello spazio che la Costituzione intende riservare alla opposizione. Ne consegue un uso plebiscitario dei referendum i quali «cessano di essere consultazioni sulle modifiche costituzionali approvate dal Parlamento, e finiscono per trasformarsi in deliberazioni sull'operato della maggioranza... sulla politica generale del Governo, sul gradimento del relativo leader e dei suoi ministri»<sup>51</sup>. Ma, se è così, non appare condivisibile l'opinione secondo la quale il referendum costituzionale, in conseguenza dei cambiamenti politico-elettorali e dell'uso che ne è stato fatto, avrebbe ormai assunto accanto alla funzione di tutelare le minoranze, anche quella di confermare la deliberazione legislativa adottata dalla maggioranza<sup>52</sup>. Infatti le due funzioni sono fra loro incompatibili e l'una esclude l'altra: il referendum o è oppositivo o è confermativo-approvativo. Piuttosto va ribadito che la richiesta di referendum costituzionale proveniente dalla maggioranza tradisce non la forma, ma la

<sup>48</sup> V. S. PANUNZIO, *Riforme costituzionali*, cit., 87 ss.

<sup>49</sup> Sul referendum del 2001 v. G. BUSIA, *Il referendum costituzionale fino al suo debutto: storia di un «cammino carsico» di oltre cinquant'anni*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2003, 3, 87 ss.

<sup>50</sup> V. S. MANNOZZI, *La lezione del referendum costituzionale del 2006 (Novembre 2007)*, in [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it).

<sup>51</sup> Cfr. G. BUSIA, *Il referendum*, cit., 99.

<sup>52</sup> V. G. FERRI, *Il referendum*, cit. 317 ss.

sostanza dell'art. 138, così come emerge sia dai lavori preparatori sia dall'interpretazione logica della disposizione che indica i soggetti promotori.

L'utilizzazione plebiscitaria del referendum costituzionale viene ulteriormente favorita dal ricorso a revisioni aventi un oggetto eterogeneo, come quelle riguardanti vari Titoli della Parte II della Costituzione (progetto Commissione D'Alema del 1997, legge Berlusconi-Fini-Bossi-Buttiglione del 2005, legge Renzi-Boschi del 2016). Infatti anche in questo caso l'attenzione degli elettori viene ad essere concentrata non sui singoli e disparati contenuti della delibera legislativa, sui quali ciascuno può avere posizioni differenziate, ma sull'operato politico complessivo del proponente e su pochi e semplicistici slogan, diffusi nella campagna referendaria in quanto ritenuti più appetibili dal corpo elettorale. Chi scrive ritiene che progetti di revisione eterogenei sottoposti ad un unico referendum violino i principi della sovranità popolare e della libertà del voto *ex artt. 1 e 48 Cost.* e che il requisito della omogeneità, stabilito dalla Corte Costituzionale per i referendum abrogativi di leggi ordinarie, debba a maggior ragione valere per quelli di revisione della Costituzione<sup>53</sup>. Purtroppo né l'art. 138 Cost né la legge attuativa n. 352 del 1970 offrono appigli testuali per consentire all'Ufficio centrale per il referendum di procedere ad una divisione dei diversi quesiti, insiti nel testo approvato dalle Camere, da sottoporre al voto popolare. Ma la lacuna deriva dal fatto che fino all'inizio degli anni Ottanta del secolo scorso era ritenuto pacifico che le revisioni potessero avvenire solo su oggetti omogenei e puntuali. Tuttavia la mancata previsione del referendum costituzionale parziale e del cosiddetto "spacchettamento" dei quesiti referendari non legittima il Parlamento a fare ricorso a modificazioni ampie ed eterogenee che possono giungere fino a determinare una revisione totale della Costituzione, non prevista nel nostro ordinamento a differenza di altri (Austria, Spagna, Svizzera).

---

<sup>53</sup> V. sul punto i tanti contributi di A. PACE, ribaditi recentemente in *Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016.

#### 4. Riforma *en trompe-l'œil* e revisioni necessarie

La legge di revisione costituzionale Renzi-Boschi in materia di istituti di democrazia diretta o non interviene o propone innovazioni che rinviano a norme future creando confusione e incertezza o introduce modifiche peggiorative alla disciplina vigente.

##### 4.1. *Le lacune*

Le lacune della riforma sono significative. Nulla di nuovo vi è sul referendum costituzionale (e sul procedimento di revisione costituzionale), nonostante l'entrata in vigore di una legge elettorale, la n. 52 del 2015, che alla Camera dei deputati attribuisce un abnorme premio di maggioranza ad un'unica lista. È evidente che sono venute meno le ragioni che in Assemblea Costituente erano state addotte a giustificazione del carattere eventuale del referendum, il sistema elettorale proporzionale e il multipartitismo estremo, poste a base della presunzione di consonanza fra le Camere che avessero approvato la legge con la maggioranza dei due terzi dei componenti e il popolo. Si dovrebbe, quindi, rendere sempre possibile il referendum sulle leggi costituzionali e di revisione costituzionale anche se approvate a maggioranza qualificata. Sarebbe sufficiente a tal fine abrogare la disposizione contenuta nel terzo comma dell'art. 138.

Non sono mancate in passato iniziative in tal senso. Viene prima di tutto in considerazione la proposta di legge costituzionale presentata nella XII legislatura alla Camera (n. 2115 AC) da un nutrito gruppo di autorevoli deputati (primi firmatari erano Bassanini ed Elia, cui seguivano anche Napolitano e Mattarella). La proposta riteneva necessaria una riconsiderazione del sistema delle garanzie costituzionali alla luce dell'adozione di sistemi elettorali maggioritari, al fine di evitare che maggioranze politiche pro-tempore potessero approvare da sole importanti revisioni costituzionali o limitare l'indipendenza degli organi di garanzia. Di conseguenza veniva proposto di irrobustire i quorum di garanzia, adottando la maggioranza qualificata dei due terzi dei componenti per la riforma dei regolamenti parlamentari, per l'elezione del Presidente della Repubblica, per l'elezione di un terzo dei giudici costituzionali e per l'approvazione delle leggi costituzionali. Infine si aboliva la natura eventuale del referendum costituzionale, rendendone possibile la richiesta anche nella ipotesi di approvazione a maggioran-

za qualificata. La proposta era motivata dalla considerazione che la corrispondenza fra voto delle Camere e volontà del corpo elettorale non poteva più considerarsi scontata non solo per l'adozione di sistemi elettorali maggioritari, ma anche «per l'indebolimento del ruolo di mediazione e di rappresentanza dei partiti democratici di massa». Anche la legge costituzionale di modifica della Parte II della Costituzione approvata dalla maggioranza di centro-destra, pubblicata nella G.U. 18 novembre 2005, n. 269 e bocciata dal referendum popolare del 25/26 giugno 2006, per quanto non prevedesse un rafforzamento significativo del sistema delle garanzie costituzionali, disponeva l'abrogazione del terzo comma dell'art. 138 e quindi del carattere eventuale del referendum. Infine il d.d.l. costituzionale presentato dal governo Letta (n. 813 AS) e approvato dal Senato in sede di seconda deliberazione il 23 ottobre 2013, disponeva che la legge o le leggi costituzionali approvate in base al procedimento stabilito in deroga all'art. 138 dovessero essere sottoposte a referendum anche quando fossero state approvate nella seconda votazione dai due terzi dei componenti di ciascuna Camera (art. 5).

L'assenza di una disposizione analoga nella legge Renzi-Boschi si spiega sia per la volontà di mettere in ombra il carattere ipermaggioritario del nuovo sistema elettorale, che in un contesto politico tripolare produrrà una fortissima discrasia fra maggioranza della Camera e orientamento del corpo elettorale, sia per l'intento di trasformare il referendum costituzionale in un istituto voluto dal Governo e promosso dalla maggioranza e quindi di ratifica del testo approvato dal Parlamento<sup>54</sup>. Occorre, pertanto, ribadire la valenza oppositiva del referendum e a tale fine è indispensabile salvaguardarne la facoltatività.

La legge Renzi-Boschi non contiene nulla neppure sulla questione della omogeneità delle leggi costituzionali, il che si spiega perché in tal caso sarebbe stata manifesta la contraddizione di tale requisito con l'ampiezza e l'eterogeneità del suo contenuto. Anche su questo punto vale la pena di ricordare la proposta di legge costituzionale Bassanini – Elia, la quale nel nuovo terzo comma dell'art. 138 disponeva che il referendum fosse «richiesto e indetto per ciascuna delle disposizioni

---

<sup>54</sup> Solo alla luce di una concezione plebiscitaria e ratificatoria del referendum può spiegarsi l'incredibile dichiarazione del Ministro Boschi del 9 agosto 2016, riportata dalla stampa quotidiana il giorno successivo, secondo la quale «chi propone di votare No al referendum e buttar via due anni di lavoro del Parlamento non rispetta il lavoro del Parlamento».

sottoposta a revisione, o per gruppi di disposizioni tra loro collegate per identità di materia», attribuendo alla Corte Costituzionale la decisione in caso di esistenza di più richieste sullo stesso oggetto o di «contestazioni sulla aggregazione delle disposizioni da sottoporre a ciascun referendum». Nella relazione illustrativa si chiariva che, secondo «la quasi unanime opinione della dottrina costituzionalistica», il requisito della omogeneità costituiva una «condizione essenziale per consentire all'elettore una valutazione delle singole innovazioni costituzionali». Tale questione non era stata del tutto assente neppure nei lavori dell'Assemblea Costituente, in quanto nella Prima Sezione della Seconda Sottocommissione Luigi Einaudi si era pronunciato per la necessità che al corpo elettorale fosse sottoposta «una sola riforma alla volta ed in maniera chiara» in modo da garantire la consapevolezza del voto<sup>55</sup>. La proposta non aveva avuto seguito in quanto era scontato fra i costituenti che l'art. 138 consentisse solo revisioni puntuali e omogenee. Anche il d.d.d. cost. Letta disponeva che il «Comitato parlamentare per le riforme costituzionali ed elettorali», da esso previsto, trasmettesse entro sei mesi dalla sua prima seduta ai Presidenti delle Camere «i progetti di legge costituzionale esaminati in sede referente», ciascuno dei quali doveva essere «omogeneo e autonomo dal punto di vista del contenuto e coerente dal punto di vista sistematico» (art. 4, c. 2). Infine con particolare nettezza si esprime in materia il Codice di buona condotta sui referendum, adottato, nell'ambito del Consiglio d'Europa, dal Consiglio per le Elezioni Democratiche nel 2006 e dalla Commissione di Venezia nel 2007, il quale afferma che i quesiti sottoposti a referendum devono rispettare, tranne che nell'ipotesi di revisione totale di un testo, l'«unità di contenuto», consistente nel «collegamento intrinseco tra le varie parti di ogni quesito messo al voto, al fine di garantire il libero suffragio dell'elettore, che non può essere chiamato ad accettare o rifiutare nel loro insieme una serie di disposizioni che non abbiano un legame intrinseco» e aggiunge che «la revisione contemporanea di diversi capitoli di un testo equivale ad una revisione totale»<sup>56</sup>.

Infine la legge Renzi-Boschi è molto reticente in materia di referendum abrogativo. Essa non recepisce nella Costituzione i limiti all'ammissibilità più consolidati nella giurisprudenza costituzionale, e

<sup>55</sup> Cfr. *La Costituzione della Repubblica*, cit., VIII, 1878.

<sup>56</sup> Cfr. *Code of Good Practice on Referendums*, cit., § 2.

in particolare quello della omogeneità della normativa sottoposta a referendum. Inoltre non modifica il carattere esclusivamente successivo del controllo di ammissibilità sul referendum abrogativo, che, come da tempo sottolineato dalla dottrina, costringe i promotori alla faticosa raccolta di un numero elevato di firme e ingenera nei firmatari l'aspettativa che il referendum possa svolgersi, impegno e convinzione che possono essere frustrate dalla sentenza di inammissibilità della Corte Costituzionale. Era stato, quindi, suggerito che il controllo sulla ammissibilità fosse anticipato nel corso della campagna referendaria al momento della raccolta di un numero significativo di firme tale da testimoniare la serietà della iniziativa. Già nella IX legislatura la "Commissione bicamerale per le riforme istituzionali" (presieduta da Bozzi) fissava tale numero in duecentomila sottoscrizioni; nella XIII legislatura la Commissione D'Alema, pur innalzando il numero delle firme a ottocentomila, disponeva che il sindacato della Corte Costituzionale avvenisse al momento della raccolta di centomila firme o a quello in cui fossero divenute esecutive le deliberazioni dei cinque Consigli regionali. A dimostrazione del disfavore nei confronti dell'istituto referendario che ha animato i lavori preparatori della legge Renzi-Boschi, va ricordato che la proposta di anticipare il giudizio della Corte al momento in cui fossero raccolte quattrocentomila firme, un numero comunque esorbitante e che non avrebbe soddisfatto le esigenze di promotori e firmatari, approvata dalla I Commissione del Senato, non è stata accolta dall'Assemblea.

#### *4.2. Le innovazioni "a futura memoria"*

Le innovazioni contenute nella legge costituzionale producono confusioni e incertezze varie, dovute in gran parte al generico rinvio a future normative di attuazione.

Ciò si verifica in primo luogo per le proposte di legge di iniziativa popolare, delle quali il nuovo art. 71, c. 2, Cost., garantisce la discussione e la deliberazione conclusiva «nei tempi, nelle forme e nei limiti stabiliti dai regolamenti parlamentari». L'obbligo delle Camere di deliberare rappresenta certo una novità, ma, a parte il fatto che esse possono limitarsi a rigettare la proposta, la mancata indicazione di un termine e il generico rinvio ai regolamenti parlamentari su forme e limiti della discussione e della deliberazione attribuisce alla maggioranza il potere di stabilire a proprio piacimento l'effettiva incidenza della

iniziativa legislativa popolare senza alcun vincolo costituzionale. Una sola cosa è certa: l'ipotesi non ha nulla a che vedere con l'iniziativa popolare vigente in altri ordinamenti che sfocia in un referendum in caso di inerzia o di stravolgimento della proposta da parte del Parlamento.

Una ipotesi evidente di presunta innovazione confusa e indeterminata è quella contenuta nel nuovo ultimo comma dell'art. 71 Cost., che rinvia la disciplina di «condizioni ed effetti di *referendum* popolari propositivi e di indirizzo» e di imprecisate «altre forme di consultazione anche delle formazioni sociali» ad una legge costituzionale e le modalità di attuazione dei nuovi istituti ad una legge ordinaria bicamerale. La riserva di legge costituzionale è del tutto anomala, visto che negli ordinamenti che prevedono referendum di questo tipo è la Costituzione a determinarne quanto meno i presupposti e gli effetti. È, quindi, corretto affermare che la scelta del legislatore «più che esprimere la reale intenzione di introdurre una nuova tipologia di *referendum*, sembrerebbe rispondere ad 'esigenze di immagine'<sup>57</sup>, rendendo una sorta di omaggio alla democrazia partecipativa, come dimostra la proclamata finalizzazione dei nuovi istituti che dovrebbero «favorire la partecipazione dei cittadini alla determinazione delle politiche pubbliche». Anche qui l'effettiva introduzione dei nuovi tipi di referendum è incerta nei tempi e nella sostanza, essendo rimessa alla buona volontà della maggioranza (assoluta) delle Camere. A tal proposito vale la pena di ricordare che la legge ordinaria di attuazione degli istituti di democrazia diretta previsti nella Costituzione vigente è stata approvata nel 1970, ventidue anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione. Figuriamoci cosa potrebbe derivare dalla previsione dell'accoppiata fra legge costituzionale e legge ordinaria bicamerale di attuazione! Così come è formulata, la disposizione assume il valore di una pura petizione di principio, in assenza della quale il legislatore sarebbe, comunque, libero di introdurre con una futura legge costituzio-

---

<sup>57</sup> Cfr. G. FERRI, *Le prospettive di riforma del referendum (alla luce del procedimento di revisione costituzionale in corso)*, in *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Napoli, 2016, 328-329. Analogamente considera il referendum propositivo una previsione «ad effetto, ma di scarsa o dubbia portata in termini di effettività e innovatività del quadro costituzionale», E. DE MARCO, *Il referendum propositivo nell'attuale progetto di riforma della Costituzione. Aspetti problematici e spunti di riflessione*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, I, 783.

nale il referendum propositivo, di indirizzo o quant'altro, magari precisandone le caratteristiche.

La configurazione sostanziale dei “nuovi” istituti è avvolta dalla nebbia più totale. Intanto, il referendum propositivo senza ulteriori specificazioni è un istituto sul quale in dottrina sono state espresse le opinioni più diverse. In sintesi, esso può essere ritenuto equiparabile all'iniziativa popolare, al referendum di indirizzo, al referendum consultivo<sup>58</sup>. Se quello proposto fosse assimilabile ad una iniziativa popolare, e quindi il referendum presupponesse a monte un testo di legge o quanto meno un orientamento proveniente da una frazione del corpo elettorale, allora non avrebbe alcun senso mantenere l'iniziativa legislativa popolare, per di più con il rinvio ai regolamenti parlamentari di cui si è detto. Se non è così, allora si tratta di qualcos'altro. Ma qui si pongono una serie di interrogativi ai quali è impossibile dare risposte certe. Chi formula la proposta: una frazione del corpo elettorale o un organo dello Stato? In cosa consiste la proposta: nella presentazione di un progetto di legge o di un orientamento generale? L'approvazione referendaria ha effetti giuridicamente vincolanti oppure no? E nella prima ipotesi sarebbe prevista una verifica, e da parte di chi, sulla corrispondenza della traduzione legislativa operata dal Parlamento alla proposta o all'orientamento approvati dal corpo elettorale? Infine, se si trattasse di una proposta di legge sottoposta all'approvazione del corpo elettorale, come si collocherebbe nel sistema delle fonti del diritto e con quale forza: quella della legge ordinaria o di una legge rinforzata<sup>59</sup>?

Interrogativi altrettanto seri pone l'individuazione del referendum di indirizzo. Si può ipotizzare che, per differenziarsi da quello propositivo, non dovrebbe avere ad oggetto una proposta di legge, ma un orientamento rivolto agli organi competenti. Ma anche qui l'iniziativa apparterrebbe al popolo o a un organo dello Stato? Il referendum sarebbe decisionale, vincolando l'organo competente a dare attuazione all'orientamento approvato dal corpo elettorale, o meramente consul-

---

<sup>58</sup> V. per le tre configurazioni rispettivamente M. VOLPI, *Il referendum tra rinnovamento e declino*, in *Pol. dir.*, 1988, 443; S. PANUNZIO, *Riforme costituzionali*, cit., 117 ss. (con particolare riferimento alla proposta di referendum propositivo avanzata dal Partito socialista nel 1988), G. SALERNO, *Il referendum*, cit., 259 ss.

<sup>59</sup> V. sul punto E. ROSSI, *Una Costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale*, Pisa, 2016, 158 e E. DE MARCO, *Il referendum propositivo*, cit., 786-787.

tivo? Infine nella prima ipotesi chi e con quali modalità sarebbe chiamato a verificare l'attuazione dell'indirizzo voluto dal popolo?

In definitiva i “nuovi” referendum restano un oggetto misterioso. La ragione di fondo è che, al di là dell'omaggio formale alla partecipazione popolare, si è riconfermata una diffidenza profonda che ha impedito di seguire la strada maestra della istituzione di istituti di democrazia diretta tratti dalle esperienze di altri Paesi democratici, anche anche al fine di liberare il referendum abrogativo dagli usi impropri che ne sono stati fatti. In particolare non si è voluta introdurre in Costituzione una vera iniziativa popolare, sostenuta da un numero consistente di firme e con indicazione dei presupposti, dei termini e di significativi limiti di materia, né il referendum consultivo. Eppure in passato non sono mancate proposte in tal senso. Nel 1985 la Commissione Bozzi nella sua relazione finale prevedeva «la possibilità del referendum consultivo per questioni di alta rilevanza politica, su richiesta del Governo o di un terzo dei parlamentari, approvata dal Parlamento in seduta comune». Nel 1997 la Commissione D'Alema introduceva nel progetto di legge costituzionale di revisione della Parte II della Costituzione una ipotesi di iniziativa popolare (art. 97), disponendo che fosse indetto un referendum «per deliberare l'approvazione di una proposta di legge ordinaria di iniziativa popolare presentata da almeno ottocentomila elettori, quando entro due anni dalla presentazione le Camere non abbiano deliberato su di essa». Al referendum si applicavano i limiti di materia e il requisito della omogeneità del quesito stabiliti per il referendum abrogativo, nonché il controllo sulla ammissibilità da parte della Corte Costituzionale e il quorum di validità della partecipazione al voto della maggioranza degli aventi diritto. È ovvio che queste proposte avrebbero avuto bisogno di una legge ordinaria di attuazione, ma, a differenza della legge Renzi-Boschi, indicavano in Costituzione con sufficiente precisione i presupposti e, per l'iniziativa popolare, anche i controlli e gli effetti dei referendum prospettati.

#### *4.3. Le modifiche peggiorative*

Vi sono vari aspetti delle modifiche volute dalla legge Renzi-Boschi decisamente negative, in quanto finiscono per rendere più difficile il ricorso agli istituti di democrazia diretta da parte dei cittadini. Rientra in questo ambito l'aumento da cinquantamila a centocinquan-

tamila delle firme necessarie per la presentazione di proposte di legge di iniziativa popolare, che sembrerebbe disposto come contropartita all'obbligo di discussione e di deliberazione da parte del Parlamento, la cui attuazione è rinviata, peraltro, ai regolamenti parlamentari. Ma l'aggravamento risulta privo di senso, visto che le Camere possono limitarsi a respingere la proposta di legge, e quindi produce solo l'effetto di rendere più difficile la possibilità concreta di ricorrere all'istituto.

Ancora più negativo è il doppio quorum di partecipazione stabilito per la validità del referendum abrogativo dal nuovo art. 75, c. 4., Cost.: esso rimane quello attuale (la maggioranza degli aventi diritto) se la richiesta è stata avanzata da cinquecentomila elettori o da cinque Consigli regionali, mentre viene ridotto alla maggioranza dei votanti alle ultime elezioni della Camera dei deputati se la richiesta è stata avanzata da ottocentomila elettori. Si tratta di una disposizione priva di ogni razionalità e in contrasto con il principio della sovranità popolare. Irrazionale in quanto, com'è stato avvertito in dottrina, non c'è alcuna connessione logica fra il numero delle firme, volto a garantire la serietà della iniziativa, e il quorum di partecipazione, che intende evitare l'abrogazione di una decisione adottata dalla maggioranza parlamentare da parte di una minoranza anche ridotta del corpo elettorale<sup>60</sup>. Una volta ritenuto sufficiente un determinato numero di firme per l'indizione del referendum, vi può essere eventualmente un unico quorum di partecipazione al voto, anche perché la previsione di due quorum distinti può produrre effetti abnormi, come quello di determinare l'invalidità di un referendum con un minor numero di firme al quale hanno partecipato molti più elettori (fino al 49,9% degli aventi diritto) di quelli che hanno votato in un altro referendum ritenuto valido grazie al maggior numero di firme raccolte (essendo sufficiente in tal caso il 37,6% dei votanti, sulla base della partecipazione alle elezioni della Camera dei deputati del 2013). L'illogicità risulta ancor più manifesta per la richiesta avanzata dai Consigli regionali, alla quale, stavolta indipendentemente dal numero dei Consigli promotori, si applica comunque il quorum della maggioranza degli aventi diritto, in quanto la riduzione del quorum è espressamente limitata all'ipotesi in cui l'iniziativa sia esercitata da ottocentomila elettori.

---

<sup>60</sup> V. in tal senso G. FERRI, *Le prospettive di riforma*, cit., 332 e E. ROSSI, *Una Costituzione*, cit., 159.

Inoltre il doppio quorum di validità è in contrasto con il principio della sovranità popolare in quanto concepisce il referendum come un diritto dei promotori, al quale subordina l'espressione della volontà popolare. Al contrario, dal momento in cui il referendum è stato dichiarato legittimo e ammissibile, e quindi è stato indetto, esso diventa un diritto del popolo e uno strumento di espressione della sovranità popolare, che, vertendo sullo stesso tipo di referendum e sullo stesso oggetto, ammette un solo eventuale quorum di partecipazione. Di fatto la disposizione citata, in un contesto nel quale chi è contrario all'abrogazione invita a disertare le urne per far fallire il referendum, finisce per innalzare il numero delle firme che i promotori devono raccogliere se vogliono sperare che il referendum superi il quorum richiesto, cosa non facile per l'indebolimento dei partiti e che rende più difficile il ricorso al referendum da parte di nuovi partiti e movimenti, dando vita ad «un potenziale elemento di discriminazione tra cittadini in relazione all'orientamento politico, nell'esercizio di un diritto politico, quale quello sancito dall'art. 75 Cost.»<sup>61</sup>.

Una riforma che volesse facilitare il ricorso al referendum abrogativo e al contempo incentivare gli elettori contrari a partecipare al voto dovrebbe, come è stato scritto, «proporre, se non proprio l'eliminazione, quanto meno la riduzione del quorum, stabilendo una percentuale inferiore, adeguatamente calibrata ai nuovi valori di partecipazione democratica»<sup>62</sup>. Una diversa ipotesi, che va nella direzione del rafforzamento dell'istituto referendario, potrebbe essere quella di abolire il quorum fondato sulla partecipazione per sostituirlo con un quorum di approvazione, che, anche alla luce della crescita dell'astensionismo, potrebbe essere ragionevolmente fissato al 25 o al 30% sul totale degli elettori dei voti favorevoli all'abrogazione.

In definitiva la legge costituzionale che attende il responso del referendum è destinata a non favorire in alcun modo la partecipazione popolare, come oggi sarebbe indispensabile, ma a produrre l'effetto opposto. Non c'è da stupirsi. Gli istituti di democrazia diretta non possono godere di buona salute quando il cuore della narrazione “riformi-

---

<sup>61</sup> Cfr. R. CALVANO, *Brevi note circa i contenuti principali ed alcune incongruenze nel Ddl di revisione costituzionale*, in M. DOGLIANI, *Costituzione e antipolitica. Il Parlamento alla prova delle riforme*, Roma, 2016, 230.

<sup>62</sup> Cfr. A. BARBERA, A. MORRONE, *La Repubblica*, cit., 245.

sta” è quello della centralità del Governo e della velocità delle decisioni.



**IL REFERENDUM COSTITUZIONALE  
DEL PROSSIMO (SIC!) DICEMBRE  
FRA SNODI PROCEDURALI, QUESTIONI  
(PARZIALMENTE) INEDITE E DEVIAZIONI DELLA PRASSI<sup>(\*)</sup>**

di Paolo Carnevale

**SOMMARIO:** *1. Piano dell'analisi; 2. Tempo e referendum: un rapporto non facile; 3. La sequenza fasica del sub-procedimento referendario delineata dalla legge n. 352 del 1970; 4. La deroga del 2001 sul dies a quo del termine di decorrenza per l'indizione del referendum e la diversa soluzione adottata nel 2006; 5. Le due soluzioni dilatorie proposte: esame critico: 5.1. La tesi della decorrenza dalla scadenza del trimestre per la presentazione delle richieste di referendum; 5.2. La tesi dell'ancoraggio alla comunicazione dell'ordinanza dell'Ufficio centrale per il referendum resa in occasione dell'ultima delle richieste presentate; 6. La dilatazione temporale del procedimento referendario e i suoi costi; 7. La definizione del quesito: i due profili esaminati: 7.1. Il problema della possibile presentazione di richieste referendarie parziali rispetto alla intera legge di revisione: 7.1.1. Gli ostacoli posti dal diritto positivo; 7.1.2. L'omogeneità del quesito nel referendum abrogativo e in quello costituzionale: i limiti di una trasposizione; 7.2. La configurazione del quesito e le due diverse formule: osservazioni critiche: 7.2.1. L'uso della formula per le (altre) leggi costituzionali anche alle leggi di revisione: ragioni e obiezioni; 8. L'impatto del referendum e la sua pretesa funzione legittimatoria; OPERE CITATE.*

## **1. Piano dell'analisi**

Quando mi è stato proposto di tenere in questo seminario una relazione sul referendum costituzionale in Italia ho subito pensato ad una riflessione da fare alla luce della prassi e della contingenza. Dell'una, perché – come cercherò di mostrare – proprio il farsi dell'esperienza

---

<sup>\*</sup> Testo aggiornato della Relazione tenuta al Seminario «Referendum e appelli al popolo. La progressiva deformazione del sistema delle fonti del diritto», organizzato dalla rivista [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it) e svoltosi presso l'Università degli Studi di Pisa il 19 settembre 2016.

referendaria, ancorché limitata a soli tre casi, ha svelato problemi e fatto emergere questioni di non lieve momento, cui tuttavia la riflessione dottrinarica non sempre ha destinato un'adeguata attenzione. Dell'altra, in quanto il costituzionalista è pur sempre *homme situé* chiamato a rispondere alle sollecitazioni dell'attualità e della contingenza, specie laddove si tratti di congiunture particolarmente importanti per l'assetto politico-costituzionale del Paese. E quella che stiamo vivendo in questi mesi ne è senz'altro una.

Dico subito che la mia analisi si muoverà su tre piani: quello più squisitamente procedurale, quello della definizione del quesito referendario e infine quello degli effetti del pronunciamento popolare. Senza indugiare oltre, passo ad affrontare il primo profilo di indagine.

## 2. Tempo e *referendum*: un rapporto non facile

Il piano procedimentale attiene ad alcune questioni riguardanti, in specie, la gestione, per dir così, temporale del *sub*-procedimento referendario innestato nell'*iter* delineato dall'art. 138 della Costituzione.

Invero, il problema del rapporto fra tempo e dinamica procedimentale nel *referendum* popolare si è presentato in tutta la sua delicatezza (ed i suoi margini di incertezza) già agli esordi dell'istituto referendario nella nostra storia repubblicana, quando a valle dello scioglimento delle Camere del febbraio del 1972 ci si interrogò sulla esatta interpretazione delle previsioni legislative in punto di limitazioni temporali all'esercizio del diritto di iniziativa del *referendum* abrogativo e di sospensione del relativo procedimento di cui agli artt. 31 e 34 l. n. 352 del 1970, immaginandosi la possibilità di ricorrere in alternativa alla scansione temporale prevista per il *referendum* costituzionale dall'art. 15 della medesima legge [PIZZORUSSO; DEVOTO; CHIAPPETTI, 132 ss.]. *Querelle* che singolarmente si ripropose a parti invertite quando nel 2001 ad esordire fu il *referendum ex art. 138 Cost.*, in relazione al quale si affacciò inopinatamente l'ipotesi di ricorrere proprio alla normativa *ex artt. 31 e 34 l. n. 352* dinanzi allo scioglimento immediatamente successivo all'approvazione della legge costituzionale n. 3 del 2001 [CARNEVALE<sup>(3)</sup>].

Invero, nell'un caso e nell'altro le avanzate prefigurazioni ebbero a fondarsi su di un'indebita sopravvalutazione del comune carattere di procedimento a fasi consecutive e a tempo normativamente predefini-

to delineato dalla legge per ambo gli istituti referendari, tale da trascurare l'importante tratto differenziale del carattere mobile della cadenza cronologica propria del *referendum* costituzionale, la cui sequenza fasica si à ancora ad un *dies a quo* non fisso e volta per volta sempre diverso, come è la pubblicazione della legge costituzionale approvata a maggioranza assoluta dalle Camere, e fa perno su termini di tempo definiti solo nel loro arco massimo di durata.

Questo, comunque, solo per sottolineare un certo qual tasso di complessità e delicatezza della *quaestio* del nesso tempo-*referendum* nel nostro sistema, la quale – specie per quello costituzionale – si presenta ad oggi – *id est* al terzo ricorso alla consultazione popolare in occasione dell'approvazione di una legge costituzionale – contrassegnata da un livello di problematicità assai elevato e, come si vedrà, da soluzioni offerte assai discutibili.

È quanto mi accingo a mostrare.

### **3. La sequenza fasica del *sub-procedimento* referendario delineata dalla legge n. 352 del 1970**

La legge n. 352 del 1970 prevede in proposito una precisa scansione temporale. In particolare:

- a) secondo l'art. 12, la decisione dell'Ufficio centrale per il *referendum* circa la legittimità della richiesta referendaria depositata presso la cancelleria della Corte di cassazione deve avvenire *entro trenta giorni* dalla sua presentazione;
- b) ai sensi del successivo art. 13 si prescrive che l'ordinanza dell'Ufficio centrale che decide sulla legittimità della richiesta venga *immediatamente* comunicata «al Presidente della Repubblica, ai Presidenti delle Camere, al Presidente del Consiglio dei Ministri ed al Presidente della Corte costituzionale. Essa deve essere notificata a mezzo ufficiale giudiziario, entro cinque giorni, rispettivamente ai tre delegati dei parlamentari richiedenti, oppure ai presentatori della richiesta dei 500 mila elettori, oppure ai delegati dei cinque consigli regionali»;
- c) infine, l'art. 15 dispone che il *referendum* venga indetto «con decreto del Presidente della Repubblica, su deliberazione del Consiglio dei Ministri, entro sessanta giorni dalla comunicazione dell'ordinanza che lo abbia ammesso», aggiungendo che la «data

del referendum è fissata in una domenica compresa tra il 50° e il 70° giorno successivo all’emanazione del decreto di indizione».

Ebbene, applicando quanto previsto dalla disciplina appena richiamata alla vicenda attualmente in corso, tenuto conto che il deposito della prima richiesta referendaria presso la cancelleria della Corte di cassazione è avvenuto in data 19 aprile 2016 (e che altre tre richieste sono state depositate fra il 20 aprile e il 3 maggio) e che la correlativa ordinanza dell’Ufficio centrale per il *referendum* dichiarativa della loro legittimità è stata depositata il 6 maggio, l’adozione del decreto di indizione sarebbe dovuta intervenire entro il 6 luglio successivo, così che, qualora, per ipotesi, si fosse usufruito di tutto il tempo a disposizione per indire la consultazione popolare, la stessa avrebbe dovuto svolgersi in una domenica compresa tra il 25 di agosto e il 14 di settembre, vale a dire o il 28 agosto o il 4 o l’11 settembre.

Nulla di tutto questo si è verificato ed anzi, com’è ormai noto, il decreto di indizione è stato adottato lo scorso 27 settembre con convocazione della consultazione popolare per domenica 4 dicembre. C’è da chiedersi: come mai? Quale la ragione di un simile ritardo?

È presto detto.

#### **4. La deroga del 2001 sul *dies a quo* del termine di decorrenza per l’indizione del *referendum* e la diversa soluzione adottata nel 2006**

Si potrebbe pensare che nella presente vicenda si sia inteso adottare la soluzione interpretativa (*sic!*) proposta in occasione del *referendum* costituzionale del 2001, secondo la quale la decorrenza del termine per l’indizione, piuttosto che nella data di comunicazione dell’ordinanza dell’Ufficio centrale della Cassazione che abbia accertato la legittimità della richiesta referendaria – come espressamente voluto dall’art. 15 l. n. 352 – deve trovare il suo *dies a quo* nella scadenza del trimestre previsto per la presentazione delle richieste di consultazione popolare. Ciò al dichiarato fine di scongiurare l’eventualità di una indizione “in-trimestrale” che avrebbe compromesso irrimediabilmente il diritto di iniziativa referendaria da parte di soggetti legittimati diversi da quelli che l’avessero già esercitata. Diritto riconosciuto e garantito dall’art. 138 della Costituzione, il cui pregiudizio, quindi, altro non si tradurrebbe che in un *vulnus* apportato allo stesso art. 138.

Ricostruzione, questa, in parte smentita nella successiva occasione – mi riferisco alla consultazione che nel giugno del 2006 disapprovò la (quanto a portata, analoga) riforma della seconda parte della Costituzione approvata dalle Camere nel novembre del 2005 – in cui all’indizione si addivenne con decreto del Presidente della Repubblica adottato in data 28 aprile, quindi ben oltre i sessanta giorni dalla scadenza del trimestre – 18 novembre, pubblicazione della legge approvata dalle Camere; 18 febbraio, chiusura del termine trimestrale *ex art.* 138.

Va tuttavia rilevato che, in quel caso, intervennero più pronunzie dell’Ufficio centrale in conseguenza della presentazione di più richieste referendarie scaglionate nel tempo, l’ultima delle quali fu dichiarata legittima con ordinanza del 16 marzo 2006. Se ne potrebbe dedurre che, in quella circostanza, il Governo abbia inteso recuperare la previsione dell’art. 15 l. n. 352, ancorando però la decorrenza del termine per l’indizione, non alla comunicazione della prima, ma dell’ultima delle decisioni dell’*U.c.r.* (Ufficio centrale per il *referendum*). A farlo pensare, in questo caso, anche l’elemento formale del riferimento all’art. 15 l. n. 352 nelle premesse del decreto di indizione, del tutto obliterato invece nel decreto di indizione del 2001, in cui si sostituisce quel richiamo con la citazione della statuizione del Governo circa la fissazione del *dies a quo* allo spirare del trimestre.

Orbene, non è difficile registrare analogie con l’attuale vicenda che vede la presentazione di più richieste di *referendum* – di origine parlamentare e popolare – l’ultima delle quali, depositata il 14 luglio a stretto ridosso della scadenza del trimestre previsto dall’art. 138 Cost., è stata dichiarata legittima dalla Cassazione con ordinanza che reca la data dell’8 agosto.

Invero, la ricordata indizione in data 27 settembre, fuori dalla finestra temporale dei sessanta giorni dalla scadenza del trimestre ma entro quella dei sessanta giorni dall’ultima ordinanza dell’Ufficio centrale, spinge a ritenere proprio questa la strada seguita nella circostanza attuale.

Ad ogni modo, si segua la prima o la seconda delle soluzioni prospettate l’effetto che se ne trae è quello del sensibile slittamento temporale della data di convocazione della consultazione referendaria che, sia nel 2001 che nel 2006, è arrivata ad attestarsi ad oltre sette mesi dall’approvazione della legge di revisione della Costituzione e, nel caso presente, finisce persino per lambire gli otto mesi.

## 5. Le due soluzioni dilatorie proposte: esame critico

Ebbene, né l'una, né l'altra delle soluzioni dilatorie prospettate ed usufruibili per il prossimo *referendum* sono convincenti.

### 5.1 La tesi della decorrenza dalla scadenza del trimestre per la presentazione delle richieste di referendum

Non lo è la prima, ancorché essa risulti originata dal lodevole intento di salvaguardare un diritto politico costituzionalmente garantito.

Innanzitutto, di là da quanto affermato dal Governo che ebbe a formularla per primo (*id est*, il Governo Amato) è difficile parlare in questo caso di operazione interpretativa. In realtà, dato l'inequivocabile tenore della previsione dell'art. 15 e la assoluta non riconducibilità al testo in questione della lettura proposta, quella effettuata è stata propriamente una riscrittura del disposto in parola o, se si vuole, una sua disapplicazione [LUCIANI<sup>(2)</sup>; FERRI<sup>(1)</sup>. *Contra* v. CARAVITA, 23 s. Per una rassegna delle opinioni favorevoli e contrarie v. FERRI<sup>(2)</sup>, 320 s. in nt.].

Ed anche se si volesse attingere, in proposito, alle virtù ortopediche della interpretazione conforme, al fine di giustificare la forzatura del recinto testuale del sintagma normativo, la via si mostrerebbe comunque inadeguata. Ciò in quanto l'esigenza di rango costituzionale cui si vorrebbe ordinata l'opzione ermeneutica – cioè a dire, la tutela del diritto di iniziativa referendaria – risulta tutt'altro che fondata, in ragione della confutabilità del presupposto su cui si basa: quello per cui l'indizione del *referendum* costituzionale durante il periodo di tre mesi costituzionalmente deputato alla promozione delle iniziative referendarie sarebbe in grado di precludere la presentazione delle richieste non ancora avanzate o perfezionate.

Vero è che il decreto di indizione si pone, in certo modo, come connesso al fatto della iniziativa individua che ha dato impulso al procedimento referendario – cioè a dire la specifica richiesta presentata da uno dei soggetti legittimati – come dimostra, del resto, l'espresso riferimento nel preambolo del provvedimento in questione alla decisione dell'Ufficio centrale per il *referendum* che ne abbia dichiarato la legittimità e, perciò, pel tramite di esso a quel medesimo fatto. Ed è

pure vero che l'indizione dovrebbe naturalmente costituire l'adempimento che, aprendo il procedimento alla sua fase deliberativa, parrebbe correlativamente implicare l'avvenuta chiusura della fase di iniziativa.

Tuttavia, non possono trascurarsi a mio avviso talune peculiarità proprie del *referendum* costituzionale.

Da un lato, come l'esperienza del 2001 e quella attuale dimostrano, l'indizione può essere consequenziale anche a più di un'iniziativa e, quindi, può risultare pluri-originata.

Dall'altro – cosa che appare di capitale importanza – va tenuto conto del fatto che la formulazione della richiesta referendaria è, a differenza che nel *referendum* abrogativo, sottratta alla disponibilità dei promotori, trattandosi di *petitum* coattivamente circoscritto alla approvazione o disapprovazione *en bloc* della legge costituzionale adottata dalle Camere (sulla questione della possibilità di presentare richieste di *referendum* parziale, tornerò *infra*, § 7). Quindi, in definitiva, l'unica effettiva differenziazione fra le plurime richieste sarebbe costituita, evidentemente, proprio dalla provenienza delle stesse e dalle motivazioni subiettive che avrebbero spinto i singoli soggetti a promuovere il *referendum*.

Di conseguenza, proprio alla luce di questa imm modificabile definizione formale e sostanziale del *thema decidendum* e, perciò, della indeclinabile identità obiettiva che, una volta legittimamente promosso ed indetto, assume il *referendum* costituzionale, senza che possa su di essa incidere la successiva proposizione di altre (identiche) iniziative di richiesta, mi sembra che *rappresentare l'indizione come fatto preclusivo di ulteriori richieste referendarie risulti eccessivo ed ingiustificato*. Giacché, l'assoluta indipendenza fra configurazione del quesito ed atto di richiesta del *referendum* costituzionale tende ad *oggettivamente* appianare le differenze fra i singoli atti di iniziativa di provenienza popolare, regionale o parlamentare, non solo in una prospettiva sincronica e atemporale, ma anche da un punto di vista diacronico, nulla potendo aggiungere “sul piano obiettivo” al *referendum* già indetto le eventuali richieste presentate successivamente.

Né, peraltro, servirebbe rilevare, in contrario, che una richiesta successiva all'indizione del *referendum* si configurerebbe come privata della sua essenziale e naturale funzione di impulso del procedimento referendario, non provocando in sé l'effetto (oramai già prodotto) del-

la sua “messa in moto”, quanto semmai quello di consentire una partecipazione tardiva.

Invero, tale esatta affermazione sta e cade con la soluzione che si intende dare al problema dell’ammissibilità stessa dell’iniziativa plurale, posto che evidentemente anche richieste referendarie successive alla prima, le quali fossero presentate e dichiarate legittime prima dell’indizione, risulterebbero oggetto della medesima spoliazione (o trasfigurazione) funzionale. Insomma, il punto cruciale non è nella anteriorità o posteriorità delle richieste rispetto al momento dell’indizione, bensì nella possibilità o meno che il diritto di iniziativa possa diacronicamente *pluriesercitarsi*: quindi, una volta risolto il dilemma per la positiva, come è stato fatto, non pare possibile opporre all’ammissibilità di richieste successive all’indizione l’argomento dello “sviamento della funzione”.

Senza poi dire che, a stare alla tesi che qui si contesta, si finisce per equiparare *quoad effectum*, quantomeno sotto il profilo che qui interessa, l’indizione intratrimestrale con lo svolgimento intratrimestrale del *referendum*, il quale ultimo avrebbe certamente, com’è ovvio, effetto preclusivo del diritto di iniziativa referendaria che, per ciò stesso, sarebbe da considerarsi inammissibile. Il che, se possibile, desta ulteriore perplessità.

### 5.2. *La tesi dell’ancoraggio alla comunicazione dell’ordinanza dell’Ufficio centrale per il referendum resa in occasione dell’ultima delle richieste presentate*

Sennonché anche la seconda ipotesi – quella cioè dell’ancoraggio del termine all’ultima delle decisioni rese dall’*U.c.r.* in conseguenza della presentazione di più richieste referendarie succedutesi nel tempo – non è meno criticabile.

Ebbene, nonostante l’apparenza, essa non risulta maggiormente rispettosa del dettato dell’art. 15 l. n. 352. Vero è che – come osservato da attenta dottrina [CARAVITA, 24] – ad essere assunta come *dies a quo* sarebbe, pur sempre, la data della comunicazione dell’ordinanza dell’Ufficio centrale dichiarativa della legittimità di una richiesta di *referendum*, secondo quanto richiesto dal medesimo art. 15.

Il fatto, però, che si tratti di una pronunzia successiva ad altra già adottata rispetto ad una precedente iniziativa referendaria rende la soluzione ermeneutica proposta poco accettabile e non rispondente alla

*ratio* del disposto legislativo in questione. Essa, infatti, appare minata dalla fragilità logica del suo fondamento, basandosi su di una *certezza* prospettica – che, cioè, un'altra richiesta di *referendum* venga presentata – che definirei *diabolica*, impossibile da vantare all'atto della decisione dell'Ufficio centrale dichiarativa della legittimità della richiesta originaria. Mi chiedo: da quel momento (*id est*, dalla comunicazione di quest'ultima ordinanza) il termine legislativamente previsto per indire il *referendum* dovrebbe decorrere o no? E se la richiesta restasse l'unica in campo? E cosa fare laddove si determinasse la situazione – che per l'appunto si è verificata proprio nella vicenda in corso – per cui, alla scadenza del termine di sessanta giorni dalla comunicazione della decisione dell'Ufficio centrale relativa alla richiesta di *referendum* iniziale, non si abbiano altre richieste depositate (ovvero si sia in presenza di altre richieste depositate contemporaneamente alla prima)?

Questi interrogativi credo offrano la misura dell'aporia in cui si imbatte la tesi in parola, la cui prospettazione, un po' come nel caso dell'interpretazione *per absurdum*, spinge semmai a riconfermare la tradizionale lettura della previsione dell'art. 15, piuttosto che ad abbandonarla.

Né, del resto, la semplice esistenza di iniziative *in itinere* al momento della scadenza potrebbe giocare un ruolo utile, posto che resterebbe sempre incerta la possibilità che esse si perfezionino e, quindi, che vi possa essere un'ulteriore decisione dell'Ufficio centrale da cui far decorrere un nuovo termine per l'indizione (ovvero, se perfezionate, che quest'ultimo ne riconosca la legittimità).

Peraltro, e conclusivamente al riguardo, va pure osservato che nel procedimento referendario attualmente in corso, il doppio termine per l'indizione – a seconda se decorrente dalla scadenza del trimestre (15 luglio) o dalla data di comunicazione della decisione dell'*U.c.r.* (8 agosto) – ha avuto un arco di durata parzialmente sovrapposto, così che, qualora l'indizione fosse intervenuta entro il 15 settembre, non si sarebbe potuto parlare di una convocazione della consultazione referendaria avvenuta nel rispetto del primo o del secondo termine.

Quel che, invece, è ragionevolmente da escludere è che, in caso di indizione – come nel caso che ci occupa – disposta nell'intervallo che va dal 16 settembre all'8 ottobre, si possa correttamente parlare di ripristino della regola legislativa in parola. Se, infatti, la *ratio* di questa va individuata nella necessità di assicurare certezza circa il tempo massimo entro il quale deve chiudersi la fase del controllo del *sub-*

procedimento referendario per passare alla fase successiva, la soluzione esaminata, per quanto appena osservato, quella certezza non è in grado di garantirla.

## 6. La dilatazione temporale del procedimento referendario e i suoi costi

Si tratta a questo punto di valutare quelli che possono essere gli effetti della dilatazione temporale del procedimento referendario e del conseguente distanziamento fra l'approvazione parlamentare e il pronunciamento popolare sulla legge di revisione costituzionale.

Riprendendo quanto a suo tempo autorevolmente rilevato in dottrina da Leopoldo Elia in un breve articolo del 2001 [ELIA], un primo riflesso negativo sembra individuabile nella protrazione «dell'incertezza sulla normativa costituzionale modificata (ma in modo non ancora efficace)» e, quindi, nella determinazione di uno stato di *rimessa in discussione* capace soltanto di erodere la legittimazione della Costituzione vigente. Effetto peraltro che, nel caso che oggi ci occupa, altro non fa che anticipare la situazione che comunque si determinerà in ipotesi di approvazione popolare della legge di revisione, i cui disposti – come si sa – sono per buona parte “ad efficacia differita”, stante l'applicazione «a decorrere dalla legislatura successiva allo scioglimento di entrambe le Camere» disposta dall'art. 41 della legge di riforma.

Si tratta in sostanza – sempre per usare le parole del chiaro A. – di una soluzione contraria alla «*ratio* accolta nella legge [la quale] consiste proprio nella necessità di eliminare al più presto [...] ogni dubbio tra i cittadini procedendo in termini al possibile brevi ad una consultazione che svolge una funzione di controllo, di regola a tutela della minoranza rispetto alla maggioranza prevalsa nel voto inferiore ai due terzi».

Non v'è dubbio che anche queste appaiano esigenze di *pregio costituzionale* di cui tener conto, il cui sacrificio risulta giustificabile solo in presenza di opposte occorrenze di pari grado che però, come s'è visto, in questo caso non ci sono.

Non solo, proprio la vicenda attualmente in corso offre qualche ulteriore elemento di riflessione.

Penso, in modo particolare, alla situazione di forte intreccio fra modifica costituzionale e azione di governo che caratterizza l'attuale

contingenza e che, peraltro, appare il portato di un mutamento di sensibilità politico-costituzionale che sembra aver decisamente accantonato l'idea, a lungo coltivata, delle riforme costituzionali come terreno di elezione del libero confronto fra le forze politico-parlamentari, svincolato in quanto tale dalle dinamiche del rapporto fiduciario e della contrapposizione maggioranza-opposizione.

Sappiamo, infatti, che la legge di revisione approvata lo scorso mese di aprile dalle Camere e soggetta all'approvazione popolare costituisce attuazione di uno specifico punto del programma su cui l'attuale Governo ha ottenuto la fiducia del Parlamento, ponendosi peraltro in linea di stretta continuità con l'Esecutivo precedente che addirittura trovava nella riforma della seconda parte della Costituzione la sua stessa ragione costitutiva. Non solo, il relativo disegno di legge vanta una provenienza governativa di valore assoluto, recando la firma non solo del Ministro per le riforme costituzionali e i rapporti con il Parlamento (che pure nella compagine governativa riveste un ruolo di primissimo piano), ma anche dello stesso Presidente del Consiglio.

A questo si aggiunge il dato della limitata maggioranza con cui la legge è stata approvata dalle Camere, in ragione del fatto di aver perso lungo strada il largo consenso che aveva accompagnato la prima fase del suo *iter* parlamentare – in questo replicando quanto già accaduto in occasione dei due precedenti interventi di revisione “ad ampia portata” del 2001 e del 2005 – ed il clima di forte contrapposizione in cui è maturata la riforma; ciò che reca con sé il serio rischio di fare della Carta costituzionale l'oggetto di una contesa politica congiunturale.

Ebbene, in questo quadro l'incremento dello *spatium temporis* per lo svolgimento della consultazione popolare presenta un duplice profilo di delicatezza.

Da un verso, aumenta la probabilità che la vicenda riformatrice non ancora conclusa incroci accadimenti di significato politico generale (elezioni politiche, amministrative, *referendum* popolari, ecc.) capaci di influenzare l'esito del *referendum* costituzionale o, per contro, di subirne l'influenza – come, del resto, già accaduto sia nel 2001 che nel 2006 – in una dinamica di reciproco inquinamento che, specie nel contesto di questi mesi, non è assolutamente auspicabile.

Dall'altro, in presenza di una forte imputazione governativa della revisione costituzionale c'è anche da tener conto della possibilità che l'Esecutivo abbia più tempo a disposizione per studiare misure ed assumere strategie anche al fine di incidere ed indirizzare la decisione

popolare. Si pensi, nel nostro caso, alla prossimità temporale che potrebbe esserci fra consultazione referendaria ed elaborazione della manovra di bilancio.

Senza poi dire che, l'opzione che qui si contesta si fonda su un vero e proprio avvaloramento della prassi della pluri-iniziativa del *referendum* costituzionale che, oltre a recare con sé l'eventualità del ricorso all'appello al popolo anche da parte della stessa maggioranza che ha approvato la legge di revisione, in netto contrasto con il carattere oppositivo del *referendum* in parola, sembra svelare anche ulteriori aspetti di problematicità, come ad esempio laddove si verifichi la presentazione di più richieste, anche diversamente originate, di medesima (o analoga) matrice politica, con la possibilità di lucrare maggiori spazi nella campagna referendaria.

## 7. La definizione del quesito: i due profili esaminati

Il secondo piano di riflessione, come affermato in principio, attiene al *thema* della definizione del quesito referendario e si dipana verso una duplice direttrice: la perimetrazione oggettuale del *petitum* e il confezionamento del quesito.

Nonostante una certa qual interferenza fra i due profili, è bene tuttavia condurre l'indagine – per dir così – per parti separate.

### 7.1. Il problema della possibile presentazione di richiesta referendarie parziali rispetto alla intera legge di revisione

Si è molto discusso nelle settimane trascorse (e la cosa ha animato non poco il dibattito pubblico) della possibilità di presentare richieste di *referendum* costituzionale ad oggetto parziale, tali cioè da non incidere integralmente sulla legge di revisione costituzionale. Ciò soprattutto dinanzi ad operazioni di mutamento della Carta costituzionale di tipo organico o a largo spettro, per le quali l'esigenza della omogeneità del quesito referendario, vale a dire che esso verta su un tessuto normativo animato – secondo la nota e oramai risalente elaborazione della nostra Corte costituzionale (a partire dalla celebre sentenza n. 16 del 1978) – da una matrice razionalmente unitaria, viene proposta quale condizione necessaria per la libera espressione del voto.

A formulare l'ipotesi e a tentare di tradurla in concreta iniziativa è stato il partito radicale che tuttavia – come noto – non è riuscito nell'intento. Ma la questione non ha mancato di lambire significativamente anche la riflessione dei giuristi [AA. VV.<sup>(1)</sup>; AA. VV.<sup>(2)</sup>; AA. VV.<sup>(3)</sup>].

La questione, come si sa, non è certamente nuova, ancorché nuovo mi sembra il senso che ne connota la prospettazione.

Mi spiego.

Sino ad ora, infatti – a partire dal momento in cui il tema dell'ampia riforma costituzionale è uscito dalle secche delle iniziative improduttive per inverarsi nella prassi – l'argomento della necessaria omogeneità del quesito nel *referendum* costituzionale è stato utilizzato, al pari di altri, al fine di condizionare l'esercizio del potere di revisione della Costituzione che, proprio allo scopo di salvaguardare la libertà di voto dell'elettore ove chiamato a pronunciarsi, dovrebbe limitare la portata dell'intervento di modifica a parti della Carta suscettibili di essere ridotte ad unità sostanziale: quindi riforme, se non puntuali, ad oggetto circoscritto.

La questione che oggi siamo chiamati ad affrontare è tuttavia – dilata dalle apparenze – di segno diverso, perché diversa è la prospettiva in cui viene collocato il tema del rispetto della libertà di voto nella consultazione popolare: non si tratta infatti di agitare il problema della omogeneità referendaria per condizionare il potere di revisione, quanto di valutarlo *in sé* allo scopo di accertare la possibilità di un esercizio frazionato del potere di richiesta del *referendum* costituzionale da parte degli eventuali promotori. E non è soltanto un cambiamento di punto di vista, una modifica di angolatura, quanto un mutamento della premessa di fondo da cui muovere, giacché, a ben guardare, quell'utilizzare l'omogeneità del quesito referendario come grimaldello per imbrigliare l'azione del legislatore costituzionale supponeva in definitiva (e da ciò traeva la sua maggior forza) proprio la non esperibilità del *referendum* parziale, che è invece l'ipotesi che qui si vuole valutare.

### *7.1.1. Gli ostacoli posti dal diritto positivo*

L'ipotesi di richieste parziali, con oggetto circoscritto o comunque ridotto rispetto al testo legislativo approvato dalle Camere – presentate sia in forma unica ed esclusiva (*referendum* chirurgico si potrebbe di-

re) che in modo plurimo, al fine di interessare per parti separate l'intero testo – incontra ostacoli davvero insormontabili.

Il dato normativo non sembra lasciare spazi di agibilità alla tesi del *referendum* parziale. E se già dalla disciplina costituzionale emergono decisamente più ostacoli che margini di fattibilità, è soprattutto la normativa *ex lege* n. 352 del 1970 a sbarrare il passo a qualsivoglia tentativo di prefigurare iniziative referendarie *quodammodo* asimmetriche rispetto alla legge parlamentare di revisione.

A parte la considerazione che l'intero tessuto della disciplina recata dalla legge n. 352 del 1970 è pervaso dall'idea della corrispondenza fra legge approvata dalle Camere (a maggioranza assoluta) ed oggetto dell'eventuale *referendum* richiesto [MORRONE], il rilievo di maggior peso è che, a differenza di quanto avviene per il *referendum* abrogativo, è la legge stessa a fissare, sia la formulazione della richiesta – che «deve contenere l'indicazione della legge di revisione della Costituzione o della legge costituzionale che si intende sottoporre alla votazione popolare, e deve altresì citare la data della sua approvazione finale da parte delle Camere, la data e il numero della Gazzetta Ufficiale nella quale è stata pubblicata» (art. 4) – che il tenore testuale del quesito referendario – il quale «consiste nella formula seguente: “Approvate il testo della legge di revisione dell'articolo ... (o degli articoli ...) della Costituzione, concernente ... (o concernenti ... ), approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale numero ... del ... ?”»; ovvero: “Approvate il testo della legge costituzionale ... concernente ... approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale numero ... del ... ?”» (art. 16) – riferendoli entrambi inequivocabilmente all'atto-legge.

In questo modo, non solo viene riaffermato il sinallagma fra testo legislativo approvato dalle Camere e testo legislativo da approvarsi da parte del popolo, ma, cristallizzando la formula redazionale, si esclude al contempo ogni margine di possibilità ad una diversa elaborazione della richiesta o stesura del quesito da parte dei promotori, cui resta il misero compito dell'inserimento dei dati identificativi formali del testo da sottoporre al vaglio popolare. Insomma, si tratta di una richiesta e di un quesito redatti *ope legis*.

A questo si aggiunga la considerazione che i dati identificativi da inserire nella richiesta – da distinguersi in indici formali *estrinseci* («il testo [...] approvato e pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* numero ... del ...») e indici formali *intrinseci* (gli articoli della Costituzione mo-

dificati) – mostrano, a mio parere, una certa qual marginalizzazione del profilo più squisitamente contenutistico del *petitum* referendario, testimoniato dal fatto della impossibilità di indicare nel quesito il contenuto degli articoli della Carta revisionati, anche qualora si tratti di modifica parziale – come invece previsto per il *referendum* abrogativo – nonché di inserire anche il titolo della legge – come invece previsto per il *referendum* su “altre” leggi costituzionali dallo stesso art. 16 della legge – ovvero una denominazione della richiesta referendaria in grado di delimitare l’oggetto materiale della (o su cui verte la) legge da approvare, fornendo una definizione sintetica del *thema decidendum* racchiuso nell’articolato della modifica costituzionale – come invece previsto ancora una volta per il *referendum* abrogativo. Punto, quest’ultimo, su cui mi riprometto di tornare oltre.

Peraltro, proprio questa situazione di peculiare mancanza di strumenti formali a presidio della cognizione contenutistica della riforma costituzionale sottoposta a *referendum*, se da un verso delinea una certa tendenza alla smaterializzazione del quesito, dall’altro rende ancor più rilevante per il *referendum* costituzionale, da un verso, il ruolo svolto dalla campagna referendaria – in cui va avvertita, accanto alla ovvia necessità di offrire spazio adeguato ai competitori politici, anche l’esigenza di uno speciale onere “meramente” informativo a carico della comunicazione pubblica – e, dall’altro, ancora più pressante il bisogno di assicurare un ampio dibattito nella pubblica opinione anche *lege in itinere*, cui del resto – non lo si può certo trascurare – è strettamente funzionale la previsione di tempi procedurali di approvazione abbastanza distesi.

Ebbene, quanto appena rilevato, se vale ad escludere per i promotori la possibilità di presentare richieste di *referendum* parziali rispetto al testo di legge di revisione approvato dalle Camere, nondimeno impedisce che a confezionare la richiesta parziale possa essere l’Ufficio centrale per il *referendum*, costituito presso la Corte di cassazione, nell’esercizio del suo potere di controllo di legittimità sulle richieste di *referendum* costituzionale ad esso assegnato dall’art. 14 l. n. 352, mercé un’operazione di frazionamento di un’unica richiesta avanzata dai promotori ed avente ad oggetto un’unica legge di modifica costituzionale. L’indisponibilità della richiesta e del quesito referendari – autoritativamente predefiniti dalla legge – così come preclude, *a monte*, la presentazione di richieste diversamente redatte, allo stesso modo si oppone anche alla possibilità di riformulazione, *a valle*, delle richie-

ste originariamente proposte dai promotori. Questo anche laddove si tratti di un'operazione posta in essere dall'Ufficio centrale allo scopo di assicurare, attraverso la scissione, la necessaria omogeneità dei quesiti sottoposti al vaglio popolare [PINARDI].

Del resto, a corroborare quanto affermato anche la soluzione a suo tempo offerta dalla giurisprudenza costituzionale al problema della frazionabilità delle richieste di *referendum* abrogativo affette da eterogeneità, sia per mano dell'*U.c.r.* in sede di controllo di legittimità che della stessa Corte in occasione del giudizio di ammissibilità. A far propendere per l'esclusione della possibilità di suddivisione del quesito fu principalmente l'argomento del rispetto da assicurare alla volontà dei sottoscrittori il cui consenso, manifestato intorno alla formulazione di origine della richiesta unitariamente intesa, non potrebbe automaticamente presumersi trasferito a sostegno delle diverse eventuali richieste frutto della sua scissione, potendosi ammettere solamente un più circoscritto potere di rettifica, il cui esercizio da parte dell'Ufficio centrale per il *referendum* si giustifica in quanto limitato «a far coincidere forma e sostanza del quesito, secondo l'effettiva ed inequivoca volontà dei promotori del *referendum*» (Corte cost., sent. n. 35 del 1985).

Ora, nel nostro caso al motivo relativo all'ossequio da prestarsi alla volontà dei sottoscrittori se ne aggiungerebbe un altro: quello dell'osservanza della volontà del legislatore che, approvando la revisione costituzionale, la vedrebbe tuttavia esposta all'eventualità di una sua possibile modifica conseguente all'imprevedibile gioco delle combinazioni dei risultati potenzialmente diversificati dei singoli *referendum* parziali. Il rischio sarebbe quello di una riforma costituzionale che, prima ancora che solo parzialmente approvata, uscirebbe dall'urna difforme da come vi era entrata e per questo non si saprebbe dire se ancora sostenuta dal consenso parlamentare originariamente espresso. In definitiva, più che il *referendum* costituzionale parziale in sé sarebbe l'operazione referendaria nel suo complesso ad essere suscettibile di produrre, nel suo esito conclusivo, un effetto di tipo manipolativo.

Se poi si tiene conto che, talora, per l'intervento di revisione l'ampiezza di raggio, più che una scelta, può essere una necessità, ci si accorge che, piuttosto che risolversi in una manipolazione, il risultato finale potrebbe generare significative incoerenze nel testo residuo.

*7.1.2. L'omogeneità del quesito nel referendum abrogativo e in quello costituzionale: i limiti di una trasposizione*

In realtà, ad essere afflitta da contraddizione è proprio l'operazione di trasferimento della problematica dell'omogeneità del *petitum* dal piano del *referendum* abrogativo a quello del *referendum* costituzionale [torna a riproporla, da ultimo, PACE].

Innanzitutto, c'è da chiedersi di quale omogeneità si sta parlando.

Chiunque conosca la giurisprudenza costituzionale in tema di ammissibilità delle richieste di abrogazione popolare sa che la nozione di omogeneità del quesito elaborata ed applicata dalla Corte, pur con tutta l'indisciplina e la fluttuazione della sua giurisprudenza in materia, mal si presta ad essere applicata alla richiesta di *referendum* costituzionale. Essa infatti darebbe corpo ad un canone valutativo sin troppo rigoroso e stringente, il cui utilizzo finirebbe per tradursi in una sorta di *condicio diabolica*, e che per essere applicato richiederebbe uno slargamento del setaccio tale da far perdere il nesso con il criterio di origine: si pensi – che so – alla “forma di governo” come possibile matrice razionalmente unitaria [PACE, 12 s.]. Peraltro, la stessa concettualità elaborata sul fronte del *referendum* abrogativo mostra il tasso di scarsa comunicabilità fra i due piani in esame. La nozione, ad esempio, di “principio ispiratore unitario” come fondamento della disciplina oggetto del quesito è assai difficilmente declinabile per la Costituzione il cui tessuto normativo si caratterizza proprio per la convivenza e convergenza di una pluralità di principi ispiratori e per una natura che vede quasi con naturale sospetto e preoccupazione operazioni di *reductio principiis*, tanto più laddove si tratti di interventi di modifica ad ampio raggio.

Per contro, l'affidarsi ad indici parametrici di carattere esclusivamente formale se, per un verso, si sottrarrebbe ai rilievi appena avanzati, dall'altro rischierebbe di produrre esiti non poco contraddittori. Ad esempio, laddove si volesse utilizzare il titolo interno del testo della Costituzione come unità di misura per guidare il confezionamento del quesito – secondo una proposta di recente avanzata [AINIS] – prendendo a riferimento il disegno di legge di revisione appena approvato, noi potremmo trovarci dinanzi a situazioni di questo tipo:

- a) approvazione del *referendum* riguardante le modifiche apportate alle disposizioni di cui al titolo I della seconda parte della Costitu-

zione – Il Parlamento – e mancata approvazione del *referendum* relativo alle modifiche apportate alle disposizioni di cui al titolo III – Il Governo – con la conseguenza di produrre l’esito, da un verso, di riconoscere la titolarità del rapporto fiduciario in capo alla sola Camera dei deputati e, dall’altro, di mantenere il conferimento della fiducia ad opera di entrambe le Camere;

- b) approvazione del *referendum* riguardante le modifiche apportate alle disposizioni di cui al titolo I della seconda parte della Costituzione – Il Parlamento – e non di quello concernente le modifiche apportate alle disposizioni di cui al titolo II della seconda parte della Costituzione – Il Presidente della Repubblica – con l’effetto di introdurre la novità di un Senato senza rapporto fiduciario e a rinnovo mediato e parziale e nondimeno conservare il potere di scioglimento di entrambe le Camere da parte del Capo dello Stato.

Del resto, dell’esistenza del problema era ben avvertito il governo Letta quando, nel prevedere all’art. 4 del disegno di legge costituzionale di deroga all’art. 138 Cost. – AS n. 813 “Istituzione del Comitato parlamentare per le riforme costituzionali ed elettorali” – l’attributo della omogeneità delle leggi di revisione costituzionale da approvarsi attraverso il procedimento lì delineato, lo aveva accompagnato ai requisiti di “autonomia” e “coerenza sistematica” delle medesime leggi. Al di là del ragionevole dubbio che “tutto potesse tenersi” [CARNEVALE<sup>(2)</sup>, § 3.3], quel che rileva evidenziare in questa sede è l’emersione della consapevolezza circa la connessione fra realizzazione per parti (omogenee) di una complessiva operazione di riforma costituzionale e necessità di autonomia delle singole parti, onde preservare quella stessa operazione dalla irrazionalità *ex post* conseguente alla venuta meno di una (o più) di esse.

In realtà, a difettare – e quindi ad affettare l’intero ragionamento – è la comunanza di fondamento costituzionale delle due omogeneità, il quale – per il *referendum* abrogativo – fa leva sull’esigenza di rispetto del principio della libertà di voto dei cittadini elettori che, chiamati ad esprimersi con un’opzione secca, di tipo dilemmatico Sì/NO, su di un coacervo normativo privo di una matrice razionalmente unitaria, non potrebbero maturare alcun genuino convincimento e consequenzialmente alcuna consapevole decisione. Ciò in quanto – come ebbe a dire molti anni addietro la Corte costituzionale – sia che «siano convinti dell’opportunità di abrogare certe norme ed a questo fine si rassegnino all’abrogazione di norme del tutto diverse, solo perché coinvolte nel

medesimo quesito, pur considerando che meriterebbe mantenerle in vigore; sia che preferiscano orientarsi verso l'astensione, dal voto o nel voto, rinunciando ad influire sull'esito della consultazione, giacché l'inestricabile complessità delle questioni (ciascuna delle quali richiederebbe di essere diversamente e separatamente valutata) non consente loro di esprimersi né in modo affermativo né in modo negativo; sia che decidano di votare "no", in nome del prevalente interesse di non far cadere determinate discipline, ma pagando il prezzo della mancata abrogazione di altre norme che essi ritengano ormai superate (e vedendosi impedita la possibilità di proporre in questo senso ulteriori referendum, prima che siano trascorsi almeno cinque anni, data la preclusione disposta dall'art. 38 della legge n. 352 del 1970)» (sent. n. 16 del 1978), si troverebbero, per l'appunto, coartati nella loro libertà di scelta con conseguente vulnerazione degli artt. 1 e 48 Cost.

Ora, di là da ogni apparenza, il trasferimento di un simile impianto logico-argomentativo al *referendum ex art. 138 Cost.*, onde sostenere l'esigenza della omogeneità della relativa richiesta, si fonda, a mio modo di vedere, su di un evidente equivoco di fondo, su quello che definirei un *eccesso di proprietà transitiva* o un *difetto di analogia*, dovuto alla insufficiente considerazione della strutturale diversità dei *petita* e delle opzioni implicate nei due *referendum* abrogativo e costituzionale.

Per il primo, infatti, la scelta è in linea di massima tra il *mantenimento* o l'*eliminazione* di una certa disciplina, cioè, in sostanza, tra la *legge* e il suo *venir meno*; onde, in assenza di una relazione di tipo formale, la possibilità di individuare l'oggetto normativo del quesito intorno ad un termine di riferimento unificante, che lo definisca obiettivamente, diventa di cruciale importanza perché ne va della identificazione stessa dell'oggetto del decidere e, quindi, della capacità stessa di decidere alcunché (*voglio o non voglio mantenere "cosa"?*).

Il dilemma, invece, cui si è posti dinanzi nel caso del *referendum* previsto nel procedimento di revisione costituzionale è di tutt'altro tipo: non si tratta tanto di volere o non volere una certa disciplina (quella recata dalla legge di revisione) *in sé e per sé considerata*; bensì di scegliere se il mutamento costituzionale proposto sia "meglio" o "peggio" rispetto all'assetto normativo preesistente. L'opzione, perciò, non verte più su *un* oggetto normativo e non è più tra il suo permanere e la sua eliminazione; bensì riguarda *due* normative in competizione – quella costituzionale in essere e quella che eventualmente

verrà a sostituirla – poste in raffronto fra loro. Ed allora, se questo è vero, la scelta che l'elettore è chiamato a svolgere è di tipo comparativo, fondata sulla ponderazione tra i *pro* e i *contra* delle due discipline, al fine di valutare il complesso dei “costi” e dei “benefici” della “revisione” rispetto al “non revisionato” ed arrivare così a preferire il vecchio assetto al nuovo o viceversa.

Non solo, non si può nemmeno trascurare che la disomogeneità della richiesta di *referendum* è stata sin dall'inizio pensata e configurata dal giudice costituzionale come *vizio del confezionamento del quesito*, in cui incorrono i promotori per aver assemblato (*recte*, coartato) in un medesimo quesito disposti fra loro privi di un comune principio informatore (*recte*, matrice razionalmente unitaria). Ciò è tanto vero che alla pronuncia di inammissibilità per eterogeneità del quesito abrogativo la Corte costituzionale è pervenuta sempre e necessariamente – per quanto mi consta – in presenza di richieste il cui oggetto normativo era stato “costruito” dai promotori – sia selezionando la disciplina all'interno di una stessa legge che ricavandola da una pluralità di atti legislativi – e mai in ipotesi di richiesta di abrogazione totale di legge.

Tutto questo è però del tutto inappropriato con riferimento al *referendum* costituzionale il cui oggetto – come s'è detto – non è in alcun modo definito dai promotori ma è fissato dalla legge, per cui muovere, sotto questo profilo, un'accusa di mal confezionamento della richiesta a carico di quest'ultimi sarebbe un vero non senso.

Ne consegue che, sostenere la disomogeneità della riforma costituzionale come causa della disomogeneità del quesito referendario relativo significa muoversi in un ordine di idee che è antitetico a quello nel quale la figura della omogeneità referendaria è stata forgiata e che ha avuto, nell'assunto per cui ciò che il legislatore ha deciso convogliare unitariamente in una legge è *per definitionem* unitario ed omogeneo anche per il popolo, uno dei suoi punti cardine.

Nondimeno, come è stato per tempo osservato [PANUNZIO, 161 s.], è la stessa Costituzione a mostrarci che il binomio omogeneità-*referendum* sia tutt'altro che inscindibile, laddove contempla – come già ricordato – la previsione dell'eventuale *referendum* popolare cui sottoporre gli statuti delle regioni ad autonomia ordinaria (art. 123, comma 3); *referendum*, nella sua necessaria unicità, la cui non omogeneità è *in re ipsa*. E che lo si faccia in una normativa introdotta nel 2001 è cosa particolarmente significativa, trattandosi di epoca in cui l'idea

della modifica ad ampio spettro della Carta costituzionale era già entrata a far parte della nostra esperienza politico-costituzionale.

Né, il tentativo di replicare facendo leva sulla qualità di atto a competenza riservata e speciale dello statuto, in grado di assicurare allo stesso una sorta di naturale omogeneità, oppure sulla distinzione fra *referendum* approvativo di un nuovo atto fondativo e *referendum* che ha ad oggetto modifiche della Costituzione [ROMBOLI, § 6], appare a chi scrive convincente. Giacché, mentre il primo argomento finisce per dilatare talmente la nozione di omogeneità da far perdere alla stessa valenza prescrittiva e, per quello che qui più conta, il pregio di fattore interdittivo delle grandi riforme costituzionali – si pensi soltanto alla definizione della forma di governo regionale, alla disciplina delle fonti, alla organizzazione amministrativa della regione, ecc.; il secondo rilievo invece appare dimentico del fatto che la previsione dell'art. 123 riguarda anche l'ipotesi di modifiche parziali apportate allo statuto regionale, come per tempo affermato dalla Corte costituzionale (sent. n. 304 del 2002).

## *7.2. La configurazione del quesito e le due diverse formule: osservazioni critiche*

Vengo a questo punto al secondo profilo riguardante quella che ho chiamato il confezionamento del quesito referendario. Anche in questo caso, come già per la gestione dei tempi del procedimento, la prassi mostra visibili e gravi deviazioni rispetto alle previsioni legislative.

Come già in precedenza rammentato e a differenza di quanto accade per il *referendum* abrogativo, il quesito proprio del *referendum* costituzionale ha una redazione imposta dalla legge e segnatamente dall'art. 16 l. n. 352 del 1970, il quale prevede tuttavia una duplice formula a seconda se ad essere oggetto della richiesta referendaria sia una legge di revisione costituzionale ovvero una legge costituzionale non di revisione. Per le prime il tenore del *petitum* è:

*«Approvate il testo della legge di revisione dell'articolo ... (o degli articoli...) della Costituzione, concernente ... (o concernenti ...), approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale numero ... del...?».*

Per le seconde invece muta nel modo seguente:

«Approvate il testo della legge costituzionale... concernente... approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale numero ... del ... ?».

A redigere materialmente il quesito, inserendovi i dati identificativi relativi alla legge *ex art.* 138 da approvare da parte del popolo, procede l'Ufficio centrale per il *referendum* in occasione della valutazione di legittimità della richiesta referendaria.

Ebbene, nell'attuale vicenda l'Ufficio centrale nell'accertare la legittimità delle cinque richieste presentate (cfr. ordd. 6 maggio e 8 agosto 2016) ha formulato il quesito del prossimo *referendum* 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?».

Ora, è abbastanza evidente che l'*U.c.r.* ha inteso prescegliere la formula prevista per le leggi costituzionali non di revisione e non quella richiesta per quelle di revisione, operando una mutazione di oggetto.

Si dirà: cosa c'è di particolarmente rilevante, stante il sostanziale parallelismo delle due versioni? E poi – si potrebbe ancora aggiungere – così è accaduto sia nel 2001 che nel 2006, senza che alcuno abbia avuto da eccepire.

Invero, le due formule presentano una piccola, ma significativa, differenziazione, imperniata sull'oggetto del “concernere”: nell'una, esso ha riguardo all'ambito di disciplina proprio degli articoli della Costituzione modificati; nell'altra, invece, attiene 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 precetti 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. E la formula del quesito vuole appunto portare l'attenzione dell'elettore proprio su questo: sul fatto che ad essere modificata sia la Carta costituzionale.

Vero è 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).

Ed è vero pure che nessuno ebbe a segnalare la cosa o a lamentarsene.

Il fatto è però – e questa è la ragione della rilevanza attuale del problema – in quei due casi si era in presenza di leggi di revisione costituzionale caratterizzate dal c.d. titolo muto, definito dalla semplice perimetrazione formale dell'intervento riformatore, il quale risultava frasteggiato: “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 esplicazione contenutistica.

In una simile situazione, la scelta della prima o della seconda formula finiva per perdere importanza in ragione del fatto che l'*oggetto* della legge, delineato dal titolo della stessa, si identificava in buona misura con le *porzioni* della Costituzione incise dall'intervento riformatore.

matore, 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 in definitiva poco rilevante.

Nel caso che oggi ci interessa le cose stanno assai diversamente.

Invero, la legge di revisione della seconda parte della Costituzione approvata lo scorso aprile si caratterizza 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».

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. Certo – si potrebbe osservare – ciò risponde al carattere necessariamente sintetico del titolo. Quel che tuttavia colpisce, in questo caso, è il fatto che a fronte delle omissioni si registra l’inclusione di oggetti di ben minore rilievo quale ad esempio l’abolizione del CNEL. Forse che quest’ultima, sul piano costituzionale può essere considerata più rimarchevole – che so – della modifica del procedimento elettivo del Presidente della Repubblica o dei giudici della Corte costituzionale?

In ordine invece 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 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 di captazione del consenso, che non sulla base di una scelta realmente fedele al contenuto del disegno di legge in questione, è ben legittimo [PACE, 11 s.].

Ne consegue che, in ipotesi come quella qui in esame, il distinguo fra le due formule del quesito referendario torna ad essere provvisto di interesse, 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) nella domanda posta all'elettore sulla scheda. Quel titolo, infatti, finisce inevitabilmente per definire il *thema decidendum* della pronuncia 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.

7.2.1. *L'uso della formula per le (altre) leggi costituzionale anche alle leggi di revisione: ragioni e obiezioni*

In dottrina, tuttavia, non è mancato chi ha inteso sostenere la bontà della soluzione adottata dall'Ufficio centrale, proponendo argomenti a sostegno in grado di fornire un supporto di giustificazione alla scelta compiuta dalla Cassazione. La tesi è assai articolata e ben argomentata e merita per questo particolare attenzione. Ne riassumo qui i termini essenziali.

Si osserva, innanzitutto, che il testo sottoposto al *referendum*, seppur sia «costituito da una revisione mediante novellazione di articoli del testo della Costituzione», presenta tuttavia «contenuti ulteriori, non esclusivamente riconducibili alla novellazione di disposizioni della Costituzione, bensì alla modifica di tre diverse leggi costituzionali, nonché a disposizioni transitorie e finali, parte delle quali non immediatamente riconducibili (ancorché, ovviamente, in qualche modo connesse) a oggetti disciplinati nel testo costituzionale» [PICCIRILLI, 3].

Tale natura “mista” del testo di legge induce a ri-qualificare lo stesso come legge costituzionale piuttosto che come legge di revisione, quantomeno ai fini dell'applicazione dell'art. 16 l. n. 352 del 1970, giacché altrimenti il quesito referendario, potendo comprendere il riferimento alle sole disposizioni della Costituzione incise, finirebbe per lasciar fuori il richiamo alle disposizioni costituzionali “ulteriori” atteggiandosi così a *petitum* reticente. Ciò che rende preferibile il ricorso alla formula prevista per le (altre) leggi costituzionali che, consentendo la comparsa del titolo della legge nel quesito, assicura la presenza sulla scheda dell'unico elemento effettivamente ed esaustivamente rappresentativo del complesso dispositivo su cui l'elettore è chiamato ad esprimere il suo giudizio.

Del resto – si osserva ancora – la classe delle leggi costituzionali si atteggia a *genus* della *species* leggi di revisione costituzionale come si evince, più che dalla riflessione dottrinarica che presenta posizioni in vario modo contrapposte, dallo stesso impianto della legge n. 352 del 1970 che, ove si eccettuino proprio le disposizioni riguardanti il *referendum* costituzionale, usa l'espressione “legge costituzionale” in modo comprensivo. Così che, «utilizzano solo la dizione “legge costituzionale” le formule di promulgazione previste nei diversi casi di ap-

provazione parlamentare a maggioranza dei due terzi (art. 2), di assenza di richiesta referendaria entro il termine dei tre mesi (art. 5), nonché quando le richieste di referendum costituzionale siano state dichiarate illegittime (art. 14). Perfino la formula di pubblicazione a fini notiziali del testo approvato dalle Camere (art. 3) – come nel caso di quanto avvenuto sulla Gazzetta ufficiale del 15 aprile scorso – fa ricorso unicamente alla dizione di (testo di) “legge costituzionale”. Anzi, in questo caso la ricomprensione delle “leggi di revisione costituzionale” nell’insieme più ampio delle “leggi costituzionali” è addirittura esplicitato dal già citato art. 15 che fa riferimento alla pubblicazione di cui all’art. 3 (il cui testo, come si è detto, parla solo di “leggi costituzionali”) come applicabile anche a “leggi di revisione costituzionale”» [PICCIRILLI, 6 s.].

Si osserva, infine, che il titolo del testo di legge in questione, pur con la sua tendenziosità, costituisce l’unico elemento identificativo esauriente del testo legislativo, in grado di ricomprendere in sé sia i contenuti di revisione che quelli non di revisione, il quale, lungi dall’esser un “trovatello”, è pur sempre espressione della volontà del Parlamento, ancorché non risulti oggetto di specifica espressione di voto. Di quella volontà, cioè, tradotta in un testo costituzionale su cui il corpo elettorale è chiamato ad esprimersi e che, per quanto osservato, trova una rappresentazione fedele (o forse *rectius* meno infedele) solo laddove la richiesta di approvazione posta all’elettore lo ricomprenda.

Sin qui la tesi in questione sulla quale mi permetto di osservare quanto segue.

Il *thema* della categorizzazione delle leggi *ex* art. 138 è poderoso e assai divisivo nella nostra letteratura. Qui mi limito a rilevare che, anche a voler considerare, su di un piano generale, la classe “legge costituzionale” come *genus* e il tipo “legge di revisione” come *species*, la prossimità d’ordine materiale della disciplina qui in considerazione (art. 16 l. n. 352) con l’art. 138 della Costituzione dovrebbe nella specie indurre ad una lettura coerente con quest’ultima previsione e intendere perciò il sintagma “legge costituzionale” come “altra legge costituzionale”, così da portare ad individuare un rapporto fra i due tipi legislativi che non è da *genus* a *species*, bensì da *species* a *species*. Una relazione, quindi, non fra *il tutto* e *una sua parte*, ma fra *parti* del medesimo *tutto*, fra loro discriminate da una ragione di ordine funzionale, che non attiene al contenuto del normare, ma al suo essere ordi-

nato alla modifica della Carta costituzionale; destinazione cui lo stesso art. 138, per come è fraseggiato, vuole dare rilievo ed importanza assolutamente prioritaria.

Del resto, se quella delle leggi di revisione è *species* della classe più generale delle leggi costituzionali, reputare la prima tranquillamente assorbibile nella seconda anche quando il diritto positivo tende a mantenere ferma la differenziazione significa, a fil di logica, negare alla prima categoria proprio il valore di *species*, che è nozione che sta e cade (nel senso che mantiene un senso) con la possibilità stessa di distinguersi all'interno del *genus* di appartenenza.

Ma vengo a questo punto proprio al diritto positivo e segnatamente alla l. n. 352 del 1970.

Ora, è senz'altro corrispondente al vero l'assunto per cui il legislatore ha inteso utilizzare l'espressione legge costituzionale come comprensiva sia del tipo legge di revisione che di quello legge non di revisione, salvo che nelle disposizioni riguardanti il *referendum* costituzionale. Ciò tuttavia – piuttosto che giustificare la fungibilità di formule e concetti anche quando distinti – sta semmai a dimostrare che proprio con riferimento a quest'ultima ipotesi s'è inteso dare rilievo a (e valorizzare) una differenza di regime non ragionevolmente rintracciabile negli altri casi.

Insomma, si può anche immaginare un legislatore linguisticamente e concettualmente disinvolto e dedito all'uso della formula comprensiva (e promiscua) della “legge costituzionale”, il fatto però che nella legge n. 352 tale uso si arresti sempre ove si tratti di disciplinare il *referendum* costituzionale non può essere facilmente derubricato come un incidente privo di una qualche rilevanza.

Non solo, dico pure che nella logica complessiva dell'art. 138 Cost. – cui alludevo poco sopra – parlare di natura mista di un testo di legge costituzionale sulla base del fatto che esso contenga disposizioni di revisione accanto a disposizioni che di revisione non sono non appare del tutto congruente. Invero, stante la priorità funzionale della revisione che si coglie nel disposto costituzionale, ritengo che anche qualora la legge contenesse una sola disposizione di modifica (espressa) della Costituzione accanto ad una molteplicità di disposti che non vi incidono sarebbe, comunque, da utilizzare la qualifica di legge di revisione. Quello che conta non è il conteggio quantitativo e il bilanciamento numerico, ma la valenza qualitativa. E la qualità è senz'altro dalla parte della funzione di revisione.

Quanto poi alla questione del titolo rilevo che, pure a considerare il titolo della legge come un che di (implicitamente) voluto (ancorché non espressamente votato) dalle Camere, quel che interessa nella specie non è tanto il riconoscimento di paternità, quanto semmai che quel titolo possa fungere da definizione del *thema decidendum* e da orientamento dell'elettore nell'urna referendaria. E se il titolo, come nel caso attuale, si presentasse "tendenzioso" perché studiatamente enfatico e irragionevolmente reticente? Si può lasciare nelle mani del soggetto *sub iudice* nella consultazione referendaria quella definizione? Non si entra in palese contraddizione con la scelta compiuta nella stessa legge n. 352 di assegnare la (parallela) denominazione della richiesta di *referendum* abrogativo non alla libera determinazione di una parte interessata – i presentatori – bensì alla decisione ultima della Cassazione?

Ed è un po' paradossale che, per ovviare ad un problema di completezza della definizione dell'oggetto del *referendum* e garantire così la piena consapevolezza dell'espressione del voto, ci si affidi ad uno strumento che, per come è formulato, sembra possedere una dose più significativa di reticenza e un'attitudine ben più fuorviante di quella propria della inesautività del quesito cui si intende rimediare. Il rischio evangelico di vedere la pagliuzza e trascurare il trave, come pure di incorrere nel paradosso nicciano della cura peggiore del male, a me pare di tutta evidenza.

Rimango peraltro dell'idea che, al problema della carenza nella formula del quesito riguardante le leggi di revisione costituzionale dell'indicazione delle disposizioni costituzionali non appartenenti alla Carta costituzionale eventualmente incise dalla legge di revisione, si possa offrire altra e diversa soluzione anche *de iure condito*.

Si potrebbe, infatti, procedere, da parte dell'Ufficio centrale, ad una interpretazione correttiva dell'art. 16 l. n. 352, costituzionalmente orientata al pieno rispetto del principio della libertà(-consapevolezza) di voto *ex art. 48 Cost.*, al fine di ricomprendere nel quesito, accanto alle disposizioni costituzionali revisionate, anche le disposizioni della legge sottoposta a *referendum* che modificano precetti "estranei" al testo della Costituzione. Operazione ermeneutica, questa, che troverebbe giustificazione nel rispetto della *ratio* della disposizione legislativa interpretata.

Per stare, ad esempio, al caso attuale, la domanda referendaria avrebbe potuto essere formulata nel modo seguente:

«Approvate il testo della legge di revisione degli articoli ... della Costituzione, concernenti ... , approvato dal Parlamento e pubblicato – nella Gazzetta Ufficiale numero ... del ... ; nonché l’art. 38, concernente “Disposizioni consequenziali e di coordinamento”, l’art. 39, concernente “Disposizioni transitorie”, l’art. 40, concernente “Disposizioni finali” del medesimo testo di legge?».

## **8. L’impatto del *referendum* e la sua pretesa funzione legittimatoria**

Qualche considerazione conclusiva vorrei dedicarla al terzo piano di indagine indicato in principio: quello cioè afferente al tema degli effetti del *referendum* costituzionale.

Muovo innanzitutto da una presa d’atto.

In tutte e tre le occasioni di attivazione dello strumento referendario si è registrato l’esercizio plurimo del diritto di iniziativa, con la conseguente presentazione di più richieste di *referendum* per ciascuna legge di revisione, sino ad arrivare nella presente circostanza al numero (considerevole) di cinque. Non solo, in questa come già nel 2001, a promuovere il ricorso al pronunciamento popolare non sono stati soltanto partiti o gruppi di opposizione, ma anche forze che hanno sostenuto l’approvazione della legge di revisione in funzione, evidentemente, di legittimazione della - piuttosto che di contrasto alla - riforma approvata dalle Camere. Insomma, da risorsa del dissenso nelle mani della minoranza il mezzo si è via via trasformato in strumento utilizzato dalla maggioranza in funzione di accreditamento e di sostegno alla scelta compiuta. Ne è derivata, a giudizio di molti, una sorta di trasfigurazione dell’istituto in grado di secondarne una possibile (quanto indebita) vocazione plebiscitaria.

Orbene, quel che intendo qui di cercare di comprendere è in cosa questa (pretesa) legittimazione possa tradursi. Lasciando per ora da parte il profilo più squisitamente politico, si tratta qui di sondare l’effetto che l’esito referendario può produrre, in questi termini, sul piano del regime giuridico delle fonti coinvolte.

Si potrebbe innanzitutto immaginare che, in caso di vittoria del Sì, la legge di revisione approvata sia da considerarsi come “validata” dal corpo elettorale e perciò provvista di una sorta di *plus-valore* democratico. In sostanza, una legge voluta dal popolo che quindi dovrebbe considerarsi a riparo da modifiche successive che non fossero accompagnate da una nuova espressione del volere popolare, pena l’illegittimità della modifica stessa per violazione dell’art. 1 cpv. Cost. Prefigurazione, questa, che parrebbe ripercorrere il solco di talune prospettazioni già avanzate con riferimento al *referendum* abrogativo e muoversi in un ordine di idee cui pure la Corte costituzionale ha, per un certo verso, offerto il suo autorevole avallo.

Senonché – come, del resto, recentissimamente mostrato da attenta dottrina [FONTANA] – non sono pochi, né di scarso peso i rilievi critici cui una simile tesi andrebbe incontro. Anche in questo caso, invero – ed a prescindere dalla fondatezza delle prospettazioni appena ricordate – l’osmosi fra i due *referendum* si presenterebbe come un’operazione indebita e logicamente fragile.

Per prima cosa, andrebbe rilevato e messo in adeguata luce il profilo discriminante costituito dal connotato della *autosufficienza* della decisione popolare nel *referendum* abrogativo, cui si contrappone l’*inautonomia* di quella espressa nella consultazione *ex art. 138 Cost.*, stante il carattere necessariamente concorrente con la volontà del legislatore rappresentativo che la contrassegna. Quest’ultimo, infatti, costituisce un fattore di divergenza abbastanza rilevante, in grado di complicare non poco il tentativo di trasposizione.

Ci si dovrebbe chiedere, ad esempio, come considerare l’ipotesi che l’intervento modificativo della legge – per dir così – “referendata” sia disposto da una legge costituzionale approvata a maggioranza dei due terzi: varrebbe, in una simile eventualità, la presunzione di conformità all’orientamento del corpo elettorale su cui si fonda la previsione del terzo comma dell’art. 138 Cost.? E poi: come coniugare la differenziazione di forza passiva all’interno della categoria delle leggi *ex art. 138 Cost.* fra quelle provviste e quelle sprovviste di approvazione popolare con la logica dello stesso art. 138 che «ha fissato una perfetta equivalenza fra le leggi costituzionali approvate con il voto popolare e quelle che sono state approvate con la maggioranza dei due terzi, o comunque senza *referendum*» [LUCIANI<sup>(1)</sup>, 669]?

Non solo, la differenziazione fra leggi costituzionali che una simile tesi recherebbe con sé dovrebbe portare ad interrogarsi sulla mutazio-

ne genetica che subirebbe il *referendum* nel procedimento formativo delle leggi costituzionali, trasformandosi da elemento eventuale in ingrediente necessario di quel medesimo procedimento, in chiaro conflitto tuttavia con la *ratio* dell'art. 138 per la sovversione del «peso delle determinazioni parlamentari e quelle del corpo elettorale nell'ambito delle procedure di revisione costituzionale» [FONTANA, 39] che ne deriverebbe.

Senza poi dire che si genererebbe, altresì, una discordanza di regime interna alle disposizioni della Carta costituzionale fra quelle non revisionate o revisionate con legge costituzionale non passata al vaglio referendario, da una parte, e quelle revisionate con consenso popolare, dall'altra, le quali ultime presenterebbero – per quanto detto – un maggior grado di resistenza all'abrogazione. Distinzione che, quindi, si aggiungerebbe (senza, però, esibire un fondamento di pari tenore logico e assiologico) a quella ormai conclamata fra previsioni espressive o meno del nucleo essenziale dei principi costituzionali supremi.

Ad ogni modo, anche a prescindere da tutto questo, quel che va ancora una volta richiamato è il carattere competitivo dell'opzione rimessa al corpo elettorale nel *referendum* costituzionale, la quale – come già osservato in precedenza – esprime non già un favore (o un disfavore) sulla legge di revisione in sé e per sé considerata, ma un consenso derivante dal confronto con la disciplina costituzionale revisionata. Insomma, la legge in parola non è una legge *voluta* dal popolo, ma più esattamente *preferita*. Ed allora, se ciò è vero, è sin troppo evidente che, cambiando i termini della valutazione comparativa, il preteso *plus-valore* democratico della legge di revisione (a suo tempo) approvata dal *referendum* non potrebbe essere in alcun modo esibito dinanzi a modifiche recate da una successiva legge costituzionale. Al mutar dell'avversario... la partita si riaprirebbe ad armi pari!

Discorso del tutto analogo dovrebbe farsi, a parti invertite, per le disposizioni costituzionali oggetto di legge di revisione che, sottoposta a *referendum*, non sia stata approvata dal corpo elettorale. Desumere, in questo caso, una condizione di iperprotezione per le disposizioni uscite indenni dal tentativo di modifica andrebbe infatti incontro alle medesime obiezioni mosse all'ipotesi opposta

Quanto poi al piano più propriamente politico, mi limito in conclusione ad osservare che il predetto effetto legittimatorio sembrerebbe scontrarsi con un dato poco controvertibile: l'assenza del *quorum* di validità, la quale consente anche ad un ristretto numero di elettori re-

catasi alle urne di decidere il destino della riforma costituzionale. Se quindi di legittimazione popolare si vuol parlare, bisogna tuttavia tenere in conto del fatto che il *dictum* del corpo referendario possa in concreto tradursi in una determinazione elitaria, piuttosto che in un effettivo lavacro popolare.

**OPERE CITATE**

- AA. VV.<sup>(1)</sup>, *Federalismi.it*, fasc. n. 3/2016, *Focus «Riforma costituzionale»* n. 1/2016 (*I costituzionalisti discutono le riforme*), «*Riflessioni sul referendum costituzionale»* (sez. Dottrina), con interventi di:
- \* P. COSTANZO, *Non c'è nulla come il diffuso consenso per smuovere lo spirito di contraddizione*;
  - \* A. MORRONE, *Uno, nessuno, centomila referendum costituzionali?*;
  - \* A. RUGGERI, *Nota minima in tema di referendum costituzionali 'parziali': un rebus risolvibile solo spostando il tiro dal piano della normazione al piano dei controlli?*;
  - \* S. STAIANO, *Una sola moltitudine. Il quesito referendario e il suo oggetto nella revisione in corso*;
- AA. VV.<sup>(2)</sup>, *Nomos*, fasc. n. 1/2016, sez. *Riforma costituzionale: referendum per parti separate o referendum parziale?*, con interventi di:
- \* P. CARNEVALE<sup>(1)</sup>, *La parte per il tutto: il referendum costituzionale non ammette la sineddoche*;
  - \* F. LANCHESTER, *Introduzione*;
  - \* M. SICLARI, *È possibile richiedere un referendum costituzionale parziale?*;
- AA. VV.<sup>(3)</sup>, *Federalismi.it*, fasc. n. 15/2016, *Focus «Fonti del diritto»* n. 2/2016 (*Revisione costituzionale e referendum popolare*), con interventi di:
- \* M. DELLA MORTE, *Referendum costituzionale e partecipazione popolare*;
  - \* M. FERRARA, *Sulla inammissibilità di plurimi quesiti referendari ex art. 138 cost.*;
  - \* G. FONTANA, *Il referendum costituzionale tra processi di legittimazione politica e sistema delle fonti*;
  - \* P. MARSOCCI, *Il referendum costituzionale tra comunicazione istituzionale e comunicazione politica*;
  - \* V. PIERGIGLI, *Revisione costituzionale e partecipazione popolare: uno sguardo comparato*;

- \* R. PINARDI, *L'iter referendario costituzionale: funzioni e ruolo dell'Ufficio centrale per il referendum*;
- M. AINIS, *Più quesiti referendari per rispettare l'elettore*, ne *Il Corriere della sera* del 7 febbraio 2016;
  - B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, 2002;
  - P. CARNEVALE<sup>(2)</sup>, *Art. 138 vs. art. 138, ovvero del rivedere la revisione senza revisionarla*, in M. SICLARI (a cura di), *L'istituzione del Comitato parlamentare per le riforme costituzionali*, Roma, 2013, pp. 37 ss.;
  - P. CARNEVALE<sup>(3)</sup>, *Del faticoso avvio di un esordiente: il caso del referendum sulla legge di riforma del titolo V° della seconda parte della Costituzione. Qualche riflessione ex post su taluni problemi procedurali ex ante (che possono riproporsi)*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. n. 3/2003, pp. 551 ss.;
  - A. CHIAPPETTI, *L'ammissibilità del referendum abrogativo*, Milano, 1974;
  - M. DEVOTO, *La data di indizione del referendum abrogativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1972, pp. 977 ss.;
  - L. ELIA, *L'ineludibile e indifferibile referendum*, intervento in *Forum di Quaderni Costituzionali*, *Archivio «Temi di attualità»*, sub «Verso il referendum costituzionale», 4 luglio 2001;
  - G. FERRI<sup>(1)</sup>, *L'ambivalenza del referendum sulla revisione del titolo V*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. n. 1/2002, pp. 94 ss.;
  - G. FERRI<sup>(2)</sup>, *Il referendum nel procedimento di revisione costituzionale*, Padova, 2001;
  - M. LUCIANI<sup>(1)</sup>, *Articolo 75. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, t. I, 2 (*La formazione delle leggi*), Bologna-Roma, 2005;
  - M. LUCIANI<sup>(2)</sup>, *Pretesto costituzionale*, in *La Stampa*, 23 marzo 2001;

- A. PACE, *Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 2/2016;
- S.P. PANUNZIO, *La via e le forme per l'innovazione costituzionale in Italia: procedura ordinaria di revisione, procedure speciali per le riforme costituzionali, percorsi alternativi*, in A. CERVATI, S.P. PANUNZIO, P. RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*, Torino, 2001, pp. 73 ss.;
- G. PICCIRILLI, *Il referendum costituzionale e il suo quesito. Proseguendo un dialogo con Paolo Carnevale*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. n. 2/2016;
- A. PIZZORUSSO, *Prospettive del referendum dopo lo scioglimento delle Camere*, in *Sudi parlamentari e di politica costituzionale*, fasc. n. 14/1971, pp. 23 ss.;
- R. ROMBOLI, *Il referendum costituzionale nell'esperienza repubblicana e nelle prospettive di riforma dell'art. 138*, in: A. PISANESCHI e L. VIOLINI (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de' Santi*, Milano, 2007, pp. 573 ss.; S. GAMBINO e G. D'IGNAZIO (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Milano, 2007, pp. 93 ss.; *Archivio Rivista AIC*, 2007 (da cui si cita).

**REFERENDUME SECESSIONE**  
**L'APPELLO AL POPOLO PER L'INDIPENDENZA**  
**IN SCOZIA E IN CATALOGNA<sup>(\*)</sup>**

di *Ilenia Ruggiu*

**SOMMARIO:** 1. *La secessione nel costituzionalismo. La prima fase: un fatto politico incompatibile con la Costituzione;* 2. *La seconda fase: la secessione come diritto rimediale riconosciuto ai popoli oppressi;* 3. *La terza fase: verso una teoria della secessione democratica. Dalla sentenza sul Québec del 20 agosto 1998 (Canada) alla “normalizzazione” scozzese del 2014;* 4. *Il quadro normativo attuale, internazionale e costituzionale;* 5. *Il referendum per l'indipendenza scozzese del 18 settembre 2014;* 6. *La consultazione popolare per l'indipendenza catalana del 9 novembre 2014;* 7. *Differenze e analogie;* 8. *L'impatto sulle regioni Italiane: i referendum “privati” in Veneto e Alto-Adige; la proposta sarda;* 9. *Quali i requisiti per una “secessione democratica”?*

**1. La secessione nel costituzionalismo. La prima fase: un fatto politico incompatibile con la Costituzione**

Il dibattito sulla secessione è nato con il costituzionalismo che, nella sua teorizzazione, si è spostato tra i due estremi della secessione come attacco al cuore del contratto sociale, evento drammatico di natura eversiva, contrario alla Costituzione, all'idea della secessione quale diritto collettivo fondamentale dei popoli.

Il dibattito è presente sin dal primo contrattualismo quando Althusius, nel *Politica* del 1603<sup>1</sup>, difendeva la secessione quale prerogativa naturale conseguente il fatto che il contratto sociale è una libera

---

\* Relazione tenuta al Seminario «Referendum e appelli al popolo. La progressiva deformazione del sistema delle fonti del diritto», organizzato dalla rivista *Costituzionalismo.it* e svoltosi presso l'Università degli Studi di Pisa il 19 settembre 2016. La ricerca sottesa al presente lavoro è stata finanziata dalla Fondazione di Sardegna, progetto “*Multiculturalismo e Conflitti*” e dalla Regione Sardegna, progetto “*Specialità e differenziazione in Sardegna. Uno studio interdisciplinare e comparato su identità, istituzioni e diritti*” (l.r. 7/2007).

<sup>1</sup> J. ALTHUSIUS, *La politica elaborata organicamente con metodo e illustrata con esempi sacri e profani (Politica Methodice Digesta, Atque Exemplis Sacris et Profanis Illustrata 1603)*, (a cura di Corrado Malandrino), Claudiana, Torino, 2009.

adesione di parti legate da diritti e doveri, ma libere di recedere, in netta opposizione ad Hobbes il quale, viceversa, riteneva che il patto iniziale privasse gli aderenti della facoltà di recesso.

La secessione si ripropone con forza all'attenzione del costituzionalismo moderno con l'emergere della forma di stato federale e, in particolare, durante il processo di approvazione della Costituzione americana del 1787<sup>2</sup>. Il federalismo centripeto che andava realizzandosi poneva la questione di quanto la sovranità degli Stati venisse intaccata dall'ingresso nell'Unione. Tra gli orientamenti che si fronteggiarono sul punto si ricordano quello di Calhoun, che sosteneva l'idea della permanenza dei diritti degli stati (*State's rights*) tra cui quello di secessione<sup>3</sup>, contrapposto a quello di Hamilton, Jay, Madison che, viceversa, sostenevano la natura statutale dell'Unione e la conseguente perdita del diritto di secessione<sup>4</sup>. Il dibattito inclinò a favore delle tesi che privavano gli Stati dei loro diritti originari, tra cui quello di secedere. Il federalismo si afferma, infatti, come forma di stato a sovranità condivisa, ma comunque unitaria rispetto alla confederazione. In qualche modo, la scelta di una Costituzione federale poteva intendersi implicitamente escludere la secessione. Tuttavia, la scrittura della Costituzione americana del 1787 non chiuderà il dibattito. Infatti, essa si basa sul principio che la sovranità passa allo Stato federale soltanto limitatamente a una lista di poteri enumerati e tale lista non prevede una competenza statale a decidere sulla secessione unilaterale di singoli stati membri, che, pertanto, in base ad un argomento testualista/letterale resterebbe di loro prerogativa. Questa ambiguità nella lettera della Costituzione lasciò, dunque, aperta la questione che fu risolta decenni dopo; con una guerra.

---

<sup>2</sup> A. BARBERA, G. MIGLIO, *Federalismo e secessione*, Mondadori, Milano, 1997.

<sup>3</sup> J.C. CALHOUN, *Discorso sul governo e sulla Costituzione degli Stati Uniti* (1853), Roma, 1986. Tra gli *State's right* si annoverano il diritto di secessione (*right of secession*) e il diritto di dichiarare la nullità delle misure adottate a livello centrale, ma considerate incostituzionali dagli Stati membri (*right of interposition*, *right of nullification*). Per una descrizione più dettagliata del dibattito: G. LUCATELLO, *Stato federale*, in *Nuovissimo digesto italiano*, 1971, vol. VII, 334 ss., 336; G. DE VERGOTTINI, *Stato federale*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1990, 831 ss., 837; M. SURDI, «*Mark the boundary*»: *John C. Calhoun, il «Federalist» e la Costituzione dell'89*, in G. NEGRI (a cura di), *Il federalista: 200 anni dopo*, Il Mulino, Bologna, 1988, 225 ss.

<sup>4</sup> L'idea fu difesa dagli 85 *Federalist papers*, A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *Il Federalista* (1788), Il Mulino, Bologna, 1997.

Il dibattito che era stato teorico durante la redazione dei *Federalist papers*, si riapre con la dichiarazione di secessione da parte del South Carolina nel 1860, poco dopo l'elezione alla presidenza di Abraham Lincoln, in viso agli Stati del Sud per le sue dichiarazioni sulla abolizione della schiavitù. La dichiarazione di secessione portò a considerare come occupanti stranieri i militari dell'Unione federale che erano di stanza a Fort Sumter e che furono attaccati da un gruppo di secessionisti della South Carolina. I federali risposero, lo scontro non fu risolutivo e portò ad una richiesta di rinforzi a Washington che inviò l'esercito in South Carolina. L'episodio di Fort Sumter è considerato, da parte di molti storici, l'evento che innescò la guerra civile americana.

Appena conclusa la guerra civile, un nuovo tentativo di secessione fu compiuto dal Texas e fu risolto con una netta dichiarazione di incompatibilità tra secessione e Costituzione da parte della Corte Suprema americana. La sentenza *Texas vs White* del 1869<sup>5</sup> esprime una posizione molto critica di questo istituto che porterà a considerarlo un tabù anche valoriale per il diritto costituzionale. Nelle parole della Corte:

«la Costituzione è stabilita per creare 'un'unione più perfetta'. E' difficile veicolare l'idea di un'unione indissolubile meglio che usando queste parole... L'atto che ha consumato la sua ammissione (del Texas) nell'Unione era qualcosa di più di un contratto (*compact*): era l'incorporazione di un nuovo membro nel corpo politico. Ed era definitivo... Non c'era spazio per un ripensamento o una revoca, se non tramite una rivoluzione o tramite il consenso degli altri Stati... La Costituzione, in tutte le sue disposizioni, appare come un'unione indistruttibile».

D'altra parte non poteva essere altrimenti: la decisione fu pronunciata a 18 mesi dalla fine delle ostilità fratricide che avevano causato 600.000 morti e portato il Paese al collasso.

Il tema della indissolubilità dell'unione – che è stato recentemente usato da Joseph Weiler contro ipotesi di fuoriuscita, sia dei 28 Stati membri che delle 272 Regioni, dall'Unione europea, anch'essa perce-

---

<sup>5</sup> *Texas v White* 74 US 700, 726 (1869).

pita come unione progressiva<sup>6</sup> – contribuisce non solo a confermarne l’ascrizione della secessione al regno della politica, ma anche a farla percepire come un anti-valore e ne inizia una sorta di demonizzazione. Anche se, va ricordato che fu il fatto politico della guerra civile americana, causata da una secessione e combattuta per evitare la dissoluzione dell’Unione a cementare tale idea per cui, estraniandoci da questa evenienza politica cruciale può astrattamente rilevarsi che il divieto di secessione non venne mai codificato nella Costituzione americana, ad esempio tramite un emendamento, per cui tecnicamente gli argomenti testualisti che si appellano alla teoria dei poteri enumerati non sono stati del tutto vanificati. Va, altresì, rilevato che l’idea di un’unione più perfetta richiamata dalla Corte suprema americana è scritta nel Preambolo della Costituzione, che non ne costituisce parte integrante, potendo soltanto aiutare la sua interpretazione. Di fronte ai poteri enumerati che continuano a non prevedere il controllo centrale su secessioni unilaterali e il silenzio della Costituzione è, dunque, piuttosto il peso politico della guerra civile che spiega questo precedente.

Bandito dal diritto costituzionale, il tema della secessione conserva una sua importanza nel diritto internazionale nel cui ambito si sposta<sup>7</sup>.

## **2. La seconda fase: la secessione come diritto rimediale dei popoli oppressi**

Nel silenzio normativo che caratterizza anche il diritto internazionale sono di nuovo le pratiche secessioniste a tracciare una rotta. Nel 1921 la Lega delle Nazioni si trovò a decidere della richiesta di indipendenza dalla Finlandia avanzata dalle isole Aland. In tale contesto il Consiglio della Lega, dopo aver dichiarato che la secessione non era prevista nel diritto positivo internazionale stabilì, comunque, un principio che poi sarà sviluppato durante la decolonizzazione: la secessione non può mai essere unilaterale, a meno che non sia un rimedio a una situazione di ingiustizia. In assenza del consenso del centro, le Aland non potevano separarsi, in quanto andava rispetto il principio di

---

<sup>6</sup> J.H.H. WEILER, *Scottish independence and European Union*, Editorial, 12/3 I-CON (2014), 507.

<sup>7</sup> A. TANCREDI, *Secessione e diritto internazionale: un’analisi del dibattito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2015, 449-478.

integrità del territorio statale. Tuttavia, la Lega delle Nazioni chiese alla Finlandia di garantire maggiormente le isole Aland altrimenti ne avrebbe potuto valutare la richiesta<sup>8</sup>.

Dopo la seconda Guerra mondiale un'importante novità interviene a ridefinire il dibattito: le secessioni dei popoli colonizzati dagli imperi cui appartenevano trovano crisma giuridico nel riconoscimento del diritto all'autodeterminazione dei popoli<sup>9</sup>, un diritto collettivo riconosciuto all'art. 1 del Patto internazionale dei diritti civili e politici del 1966<sup>10</sup>. Per l'ampiezza della formulazione, tale diritto sembra implicitamente incorporare il diritto di secessione. In realtà, ben presto, lo stesso diritto internazionale chiarisce che le due categorie sono da tenere distinte: il diritto all'autodeterminazione va riferito ai soli popoli di regimi anti-democratici e lungi da essere un diritto attivabile da chiunque conserva una concezione compensativa; bisogna essere un popolo oppresso per poterlo attivare<sup>11</sup> e in particolare appartenere a una delle seguenti tre categorie: popoli coloniali, in regime di occupazione straniera o in regimi razzisti.

Le aspirazioni dei "popoli senza stato" che abitano confini statuali senza riconoscersi nell'identità nazionale e per i quali il concetto di nazione e cittadinanza non coincidono, vedono riconosciuto, nello

---

<sup>8</sup> Report della *Commission of Rapporteurs, League of Nations Council Doc B7 21/68/106*, 1921. Si iniziava, dunque, ad affermare il principio, tutt'oggi valido per cui la secessione di territori e popoli di Stati democratici è preclusa sempre che lo Stato garantisca gli (ai tempi ancora embrionali) diritti collettivi delle minoranze.

<sup>9</sup> Un'anticipazione del riconoscimento quale diritto si rinviene nella Carta delle Nazioni Unite firmata da 51 membri originari ed adottata a San Francisco il 26 giugno 1945 il cui art. 1 c. 2 recita: «I fini delle Nazioni Unite sono... 2. Sviluppare tra le nazioni relazioni amichevoli fondate sul rispetto del principio dell'eguaglianza dei diritti e dell'autodeterminazione dei popoli, e prendere altre misure atte a rafforzare la pace universale».

<sup>10</sup> L'art. 1 del Patto del 1966 così recita: «1. Tutti i popoli hanno il diritto di autodeterminazione. In virtù di questo diritto, essi decidono liberamente del loro statuto politico e perseguono liberamente il loro sviluppo economico, sociale e culturale. 2. Per raggiungere i loro fini, tutti i popoli possono disporre liberamente delle proprie ricchezze e delle proprie risorse naturali senza pregiudizio degli obblighi derivanti dalla cooperazione economica internazionale, fondata sul principio del mutuo interesse, e dal diritto internazionale. In nessun caso un popolo può essere privato dei propri mezzi di sussistenza. 3. Gli Stati parti del presente Patto, ivi compresi quelli che sono responsabili dell'amministrazione di territori non autonomi e di territori in amministrazione fiduciaria, debbono promuovere l'attuazione del diritto di autodeterminazione dei popoli e rispettare tale diritto, in conformità alle disposizioni dello Statuto delle Nazioni Unite».

<sup>11</sup> F. MODUGNO, *Unità-indivisibilità della Repubblica e principio di autodeterminazione dei popoli*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milano, 1999.

stesso Patto del 1966 (art. 27<sup>12</sup>), il diritto ad avere una vita culturale propria tramite la quale perpetuare la propria identità culturale, diritto da realizzare, però, all'interno dei confini statuali. Il risultato è quello di negare a tali gruppi lo *status* di popoli e di inquadrarli, viceversa, concettualmente come minoranze. I diritti linguistici e culturali riconosciuti a tali minoranze nazionali diventano, pertanto, una sorta di sostituto, un surrogato del diritto alla secessione<sup>13</sup>. Questo continua a non essere positivizzato, se non, come detto, in una sua *species*: il diritto all'autodeterminazione dei popoli oppressi. Come già embrionalmente espresso dalla Lega delle Nazioni, il diritto internazionale conferma, dunque, la sua costruzione della secessione come istituto giuridico di tipo compensativo, ossia come “*remedial right*”.

In tutta questa fase, resta inevitabilmente in ombra la questione procedurale del ruolo del referendum (o della revisione costituzionale) nelle pratiche di secessione. D'altra parte, con esclusione dei processi di de-colonizzazione che rientrano nell'esercizio del diritto all'autodeterminazione dei popoli, dal 1947 al 1991 la comunità internazionale conosce soltanto un caso di secessione: quello del Bangladesh dall'India.

### 3. La terza fase: verso una teoria della secessione democratica

Gli anni '90 ripropongono la secessione all'attenzione del costituzionalismo. Questa torna ad accadere su due versanti.

Lo scenario post guerra fredda che segue il crollo del muro di Berlino del 1989 comporta le secessioni degli stati baltici e balcanici. Queste secessioni, da un lato ripropongono l'aspetto drammatico della secessione con la riattivazione del potere costituente, rivoluzionario, spesso violento, dall'altro iniziano a porre questioni di riconoscimento

---

<sup>12</sup> L'art. 27 del Patto riconosce per la prima volta il diritto alla cultura in senso antropologico stabilendo che: «In quegli Stati, nei quali esistono minoranze etniche, religiose, o linguistiche, gli individui appartenenti a tali minoranze non possono essere privati del diritto di avere una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione, o di usare la propria lingua, in comune con gli altri membri del proprio gruppo».

<sup>13</sup> S. MANCINI, *Rethinking the Boundaries of Democratic Secession: Liberalism, Nationalism, and the Right of Minorities to Self-Determination* (2008), in *International Journal of Constitutional Law*, 553; S. MANCINI, *Secession and Self-Determination*, in M. ROSENFELD, A. SAJÒ (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP, Oxford, 2012.

costituzionale dell'istituto e questioni di tipo procedurale. Se le secessioni balcaniche del 1991 hanno portato la guerra in Europa, nel 2003 Serbia e Montenegro sperimentano una secessione pacifica, costituzionalmente programmata e proceduralizzata, che porta a forgiare quello che prima sarebbe stato un ossimoro: l'idea di una "secessione democratica"<sup>14</sup>.

Il secondo versante che riattiva il dibattito costituzionale sulla secessione riguarda le rivendicazioni di gruppi abitanti in stati che sono ormai democrazie consolidate. In genere si tratta di gruppi che già godono di una loro autonomia politica di tipo regionale e federale e che però chiedono di andare oltre, riappropriandosi della sovranità tramite il ricorso non alla violenza, ma a consultazioni referendarie. Rispetto alle posizioni registrate nel costituzionalismo del XIX secolo, il mutamento di valutazione di tali fenomeni ben si coglie nella storica sentenza sul referendum del Québec<sup>15</sup> emessa dalla Corte suprema canadese nel 1998<sup>16</sup>. Questa, pur ribadendo che «un diritto alla secessione» esiste «nell'ambito del principio di autodeterminazione di diritto internazionale laddove un popolo è governato come parte di un impero coloniale», apre qualche margine sostenendo che «la Costituzione non è una camicia di forza» e in presenza di richieste forti esiste in capo allo Stato centrale un «dovere costituzionale di negoziare» la secessione, sulla base dei quattro principi che costituiscono il nucleo della Costituzione: «federalismo, democrazia, stato di diritto e tutela delle minoranze». Se ripensiamo al linguaggio della sentenza statunitense *Texas vs White* del 1869 dove la Costituzione era «un'unione indistruttibile» e lo paragoniamo a quello della *Reference re Secession of Quebec* del 1998, che vuole evitare l'idea di una Costituzione «camicia di forza», il salto concettuale/valoriale è evidente. L'intensificarsi di richieste di referendum sulla secessione in diverse regioni di Europa ha portato nel 2014 allo svolgimento di uno dei più riusciti casi di refe-

---

<sup>14</sup> S. MANCINI, *Ai confini del diritto: una teoria democratica della secessione*, in *Percorsi costituzionali*, 2014, 3, 623-637.

<sup>15</sup> Si ricordi che il Québec ha vissuto due analoghi processi referendari: il primo nel 1980 quando su una partecipazione di 85,6% della popolazione il 59,6% si esprime contro la secessione, mentre il 40,4% a favore; il secondo nel 1995 quanto con una partecipazione del 93,5%, il 50,6% si esprime contro l'indipendenza mentre il 49,4% a favore, dati in *C2d.ch*.

<sup>16</sup> *Reference re Secession of Quebec*, SCR, 20 Agosto 1998, Case 2 217/1998. Per un'analisi dei recenti sviluppi secessionisti in Québec: P. DUMBERRY, *The Secession Question in Quebec*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2015, 357-380.

rendum per la secessione sotto l'egida del diritto: quello scozzese del 18 settembre 2014.

Ricapitolando, sia dalla teoria che dalla pratica della secessione è possibile ricostruire il seguente percorso: una prima fase di espunzione della secessione dal regno del giuridico e del diritto costituzionale con sua progressiva demonizzazione (1787-1966); una seconda fase di ammissibilità a strette condizioni in cui la secessione diventa diritto rimediale per i popoli oppressi, con permanenza del divieto di secedere per i gruppi che abitano stati democratici (1966-1998); una terza fase di costruzione di processi di "secessione democratica" con qualche segnale di procedimentalizzazione dell'istituto (1998 ad oggi). Resta sempre esclusa dall'orizzonte costituzionale la teoria che vede la secessione come un diritto fondamentale di ogni gruppo politico, azionabile unilateralmente e senza condizioni, teoria che era stata sostenuta da Calhoun in relazione all'Unione americana e che è sopravvissuta in posizioni che non hanno avuto traduzione normativa fino ad oggi<sup>17</sup>, se non in pochissime costituzioni.

#### 4. Il quadro normativo attuale internazionale e costituzionale

Dal punto di vista normativo, il quadro comparato attuale vede una coesistenza delle tre fasi sopra descritte.

La secessione continua a non essere espressamente positivizzata dal diritto internazionale, che limita il diritto di autodeterminazione ai soli popoli coloniali, sotto occupazione straniera o in regimi razzisti circoscrivendola al rango di diritto rimediale e proteggendo, viceversa, l'integrità territoriale degli Stati, rimandando, pertanto, ad essi la decisione sulla secessione di loro parti.

Per quanto concerne il diritto interno, essa è riconosciuta in un numero minimo di Costituzioni: la maggior parte, infatti, evita di incor-

---

<sup>17</sup> Sostenuta *ex pluribus* in Italia da G. MIGLIO, *Introduzione*, in *Allen Buchanan, Secessione. Quando e perché un Paese ha il diritto di dividersi* (1991), Mondadori, Milano, 1995 che sostiene la natura intrinseca della secessione ad ogni patto politico: «Il 'diritto di secedere' e il 'diritto di resistenza' (diritto di insorgere) sono le due essenziali facoltà prepolitiche su cui si fondano tutti i sistemi istituzionali. In quanto tali, anche se non si trovano esplicitamente menzionati nella maggior parte delle Costituzioni, rappresentano il punto da cui partono e il punto a cui ritornano le aggregazioni politiche di ogni tempo e di ogni luogo».

porare questa sorta di sovranità quiescente e predilige, piuttosto, il riconoscimento del principio di indivisibilità del territorio statale.

Più nel dettaglio, il quadro normativo costituzionale rivela tre gruppi di Costituzioni: un primo molto ridotto in cui la secessione è un istituto giuridicizzato e procedimentalizzato (Liechtenstein<sup>18</sup>); un secondo gruppo in cui la secessione non è positivizzata esplicitamente, ma potrebbe in astratto essere ottenuta tramite una revisione costituzionale non esistendo una dottrina dei limiti materiali alla revisione (Spagna); un terzo gruppo, più numeroso, in cui la secessione è costituzionalmente impossibile, appartiene ancora al regno del politico e della sovversione dell'ordine costituzionale in quanto il principio di indivisibilità del territorio nazionale assume il rango di un principio supremo, non derogabile neanche tramite revisione costituzionale (Italia, art. 5).

Per queste ragioni, le osservazioni che verranno condotte di seguito, alla ricerca di segnali di una teoria e di una pratica della secessione democratica non sarebbero traducibili normativamente in Italia, dove è presente una gerarchia interna alla Costituzione. Com'è noto, infatti, ai sensi della sent. 1146/1988 la Corte costituzionale italiana, in quanto garante del nucleo duro della Costituzione, cui l'art. 5 appartiene, potrebbe annullare un'ipotetica legge di revisione costituzionale che stabilisse la secessione del Veneto, dell'Alto Adige, della Sardegna o della Padania dall'Italia anche se fosse approvata dai 2/3 del Parlamento o da un referendum confermativo votato a larghissima maggioranza. Un referendum sulla secessione potrebbe, dunque, anche immaginarsi in Italia nell'ambito di un processo di revisione costituzionale, ma non potrebbe mai sfociare in esiti normativi che intacchino l'indivisibilità del Paese.

Oltre che nell'ambito dell'art. 138 Cost., un altro caso ipotetico in cui potrebbe profilarsi un referendum sulla secessione in Italia è quello previsto dall'art. 12 della legge di revisione costituzionale pubblica-

---

<sup>18</sup> Art. 4: «1) Changes in the boundaries of the territory of the State may only be made by a law. Boundary changes between communes and the union of existing ones also require a majority decision of the citizens residing there who are entitled to vote. 2) Individual communes have the right to secede from the State. A decision to initiate the secession procedure shall be taken by a majority of the citizens residing there who are entitled to vote. Secession shall be regulated by a law or, as the case may be, a treaty. In the latter event, a second ballot shall be held in the commune after the negotiations have been completed».

ta nella Gazzetta Ufficiale il 15 aprile 2016 n. 88, se questa venisse approvata dal referendum costituzionale il 4 dicembre 2016. La riforma costituzionale modifica l'art. 71 in tal senso: «Al fine di favorire la partecipazione dei cittadini alla determinazione delle politiche pubbliche, la legge costituzionale stabilisce condizioni ed effetti di referendum popolari propositivi e d'indirizzo, nonché di altre forme di consultazione, anche delle formazioni sociali. Con legge approvata da entrambe le Camere sono disposte le modalità di attuazione». Posto che la disciplina di tali referendum è affidata alla legge costituzionale che, pertanto, potrebbe anche riservar loro una disciplina diversa rispetto a quella dei referendum abrogativi, ad esempio, eliminandone il giudizio di ammissibilità da parte della Corte costituzionale, se questo dovesse permanere, è a mio avviso da ritenersi che un referendum, anche se nazionale, sulla secessione potrebbe essere dichiarato non ammissibile, in quanto non traducibile in azione normativa concreta e quindi incapace di inverare la propria natura propositiva e di indirizzo per la quale è stato pensato.

Passando dai referendum nazionali sulla secessione, a quelli regionali, in tale versante si ravvisano ancora maggiori ostacoli, che portano a vietarne a priori lo svolgimento. La questione è stata risolta dalla Corte costituzionale in diverse pronunce, l'ultima la sent. 108/2015 (su cui *infra*), che ne ha riconfermato il divieto.

Con queste premesse, storiche e normative è possibile addentrarci nelle recenti pratiche di secessione occorse in Europa ai fini di testare quelle tesi che sostengono che sia possibile rendere la secessione «democratica e garantista» evitando che sfugga a ogni regola e garantendo «al massimo grado possibile i diritti di tutti, in particolare dei gruppi più deboli»<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> S. MANCINI, *Il Montenegro e la "democrazia" della secessione*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2007, 157-159, 159. La democraticità di tale secessione è, secondo l'autrice, garantita dalla sua previsione costituzionale e dalla presenza di un referendum il cui quorum, fissato dall'Unione europea, era molto alto (il 55%) allo scopo di tutela le minoranze.

## 5. Il referendum per l'indipendenza scozzese del 18 settembre 2014

Sull'evoluzione storica sopra descritta, che parte da una chiusura netta verso la secessione per una progressiva apertura, il caso scozzese svolge il ruolo, come accennato, di un importante punto di consolidamento. Esso, infatti, "normalizza" le procedure di secessione deprivandole di quel tabù e demonizzazione, che dal 1869 erano stati presenti nel dibattito costituzionale. Si tratta di un esperimento di successo di una, sia pur solo tentata, secessione democratica, dovuto principalmente alle caratteristiche del referendum, che lo hanno privato di tutte quelle accuse di populismo e anti-democraticità di cui solitamente sono investiti i processi referendari di questo tipo. Per quanto sia stata evidenziata l'unicità del caso scozzese nel panorama internazionale<sup>20</sup> e per quanto, contestualmente a quello scozzese, altri tentativi secessionisti siano stati vissuti con tutta la portata patologica che da tempo accompagna il dibattito sulla secessione, a mio avviso, tale tentativo di indipendenza rappresenta un'importante prova per testare quali siano gli ingredienti necessari ad una secessione democratica.

Che cosa, dunque, ha portato il processo di secessione scozzese ad essere un modello di democrazia che ha rinobilitato l'istituto referendario, mostrando addirittura punte di innovazione costituzionale come il voto ai sedicenni<sup>21</sup>?

Iniziamo con qualche passo indietro.

Nel 1707 la Scozia firma l'*Act of Union* con l'Inghilterra che dà vita al Regno Unito di Gran Bretagna. L'unione determina la perdita di sovranità del Regno scozzese e la scomparsa del Parlamento; nel contempo, permette di conservare importanti differenze: ordinamento giuridico civile, penale e processuale, ordinamento ecclesiastico e sistema di istruzione in Scozia restano distinti. La mancata omologazione iniziale, che fa, almeno *de facto*, del Regno Unito uno stato composto *ante litteram* in controtendenza rispetto a quanto accadeva negli Stati unitari che neutralizzavano, viceversa, qualsiasi diversità pregressa, costituirà le basi perché la Scozia si conservi come una società distin-

<sup>20</sup> B. OLMOS GIUPPONI, H. HOFMEISTER, *The "Day After" the Scottish Referendum: Legal Implications for Other European Regions*, in *Liverpool Law Rev* (2015) 36, 211–235.

<sup>21</sup> P. HOPKINS, *Young people and the Scottish Independence Referendum*, in *Political Geography* 46, (2015), 91-92 osserva come il referendum scozzese ha dato voce concreta agli studi volti a riconsiderare la posizione dei giovani nella geografia politica.

ta. Con il tempo, l'assenza di istituzioni politiche proprie capaci di dar voce a tale diversità si acuisce per toccare l'apice durante il governo di Margareth Thatcher che, aumentando il divario tra la Scozia laburista e l'Inghilterra conservatrice, sarà una delle cause innescanti il dibattito per la re-istituzione del Parlamento scozzese e per una svolta nel senso di uno Stato regionale, che permettesse alla Scozia di esprimere il proprio indirizzo politico. Il processo sarà lungo e marcato da diversi appelli al popolo sia tramite referendum post-legislativi, che vedono il connubio tra l'istituto referendario e un precedente ricorso ai meccanismi della democrazia rappresentativa, sia tramite il protagonismo della democrazia diretta.

Il 1° marzo 1979 si svolge un referendum confermativo su una legge (nazionale), lo *Scotland Act* 1978, che prevedeva l'istituzione di un'assemblea legislativa scozzese. Nonostante i sì si fossero attestati al 51,6% il mancato raggiungimento del quorum (fissato nel 40% degli aventi diritto) impedisce a questo primo progetto di devolution di entrare in vigore.

L'11 settembre 1997 la Scozia si pronuncia in un nuovo referendum, questa volta senza un precedente testo legislativo da confermare, ma con duplice quesito: l'istituzione di un Parlamento scozzese e la devolution legislativa di una serie di materie. Con una partecipazione del 60,3% in cui il 74,3% si pronuncia a favore dell'istituzione del Parlamento e il 63,5% a favore della devolution, si gettano le premesse per l'istituzione di uno Stato regionale asimmetrico. In tale occasione referendaria, lo *Scottish National Party* chiese di inserire una terza opzione di tipo secessionista, ma la proposta non incontrò il consenso dell'allora premier britannico Tony Blair.

Il 1998 il Parlamento di Londra approva lo *Scotland Act* che ristabilisce il Parlamento scozzese e dettaglia le materie su cui questo potrà legiferare. E' la devolution scozzese, uno dei più importanti modelli di regionalismo forte conosciuti. Realizzato tramite una fonte primaria ed oliato da una ricca gamma di convenzioni non scritte, il modello andrà negli anni consolidandosi portando la Scozia forti livelli di differenziazione nelle politiche dell'istruzione e dell'assistenza e, consentendo, in generale, di realizzare un modello di stato sociale regionale molto più forte di quello inglese.

Il 5 maggio 2011 lo *Scottish national party* vince le elezioni scozzesi con la maggioranza assoluta, aggiudicandosi 69 dei 129 seggi di Holyrood. Avendo inserito, tra l'altro, nel suo programma il referen-

dum per l'indipendenza, la vittoria gli conferisce mandato per il suo svolgimento.

Il 25 gennaio 2012 il Governo scozzese annuncia l'intenzione di indire un referendum sull'indipendenza con questo quesito: «Sei d'accordo che la Scozia dovrebbe essere un Paese indipendente? (Do you agree that Scotland should be an independent country?)»<sup>22</sup>. Londra risponde sostenendo, che le istituzioni politiche scozzesi non hanno nessun potere giuridico di indire tale referendum non essendo tale prerogativa prevista nello *Scotland Act* 1998. In un primo tempo, Edimburgo cerca di trovare argomenti per procedere senza il consenso centrale, ma di fronte ai pareri negativi dei giuristi consultati che confermano la tesi di Londra ne cerca il consenso.

Il 15 ottobre 2012 la questione è risolta con un accordo politico: David Cameron e Alex Salmond, rispettivamente premier britannico e scozzese, firmano l'Accordo di Edimburgo<sup>23</sup> in cui si stabilisce: a) che il referendum consisterà in un solo quesito sull'indipendenza riformulato in “dovrebbe la Scozia essere indipendente?”, alla luce delle critiche pervenute dalla Commissione elettorale (nazionale) per i referendum che aveva rivelato come la formulazione scozzese induceva una risposta positiva chiedendo “sei d'accordo”. Oltre alla formulazione originaria, Alex Salmond rinuncia anche a porre un secondo quesito referendario: una domanda sull'accesso al *maximum* di devolution (devolution-max) con estensione dei poteri previsti dallo *Scotland Act* 1998, che era stata pensata dal Governo scozzese allo scopo di consentire una più ampia gamma di scelte sul futuro costituzionale della Scozia<sup>24</sup>; b) che il referendum seguirà le regole procedurali del *Political Parties, Elections and Referendums Act 2000 (PPERA)* la legge nazionale che regola i referendum nel Regno Unito e che consente una serie di garanzie, in particolare il controllo di una Commissione elettorale indipendente. Rispetto a tale legislazione di cornice la Scozia po-

---

<sup>22</sup> SCOTTISH GOVERNMENT, *Your Scotland, Your Referendum. A Consultation Document*, January 25, 2012, in *Gov.scot*.

<sup>23</sup> *Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland*, October 15, 2012, in *Gov.scot*.

<sup>24</sup> Lo *Scottish National Party* aveva, infatti, proposto inizialmente un referendum con l'opzione di tre domande: status quo, devolution max, ossia implemento del regionalismo instaurato dal 1998 o indipendenza. Per una critica alla natura binaria del quesito referendario emergente dall'Accordo di Edimburgo, a favore di una molteplicità di scelte quando è in gioco il futuro costituzionale di un territorio, P. EMERSON, *The Scottish Referendum*, in *Scottish Affairs*, 25.2 (2016), 209–224.

trà emanare alcune leggi di dettaglio volte a dettagliare la procedura; c) che il voto sarà limitato ai soli residenti in Scozia e che l'elettorato potrà essere esteso agli elettori di 16 e 17 anni a discrezione del Parlamento scozzese; d) che dovrà svolgersi entro la fine del 2014 in una data decisa dalle istituzioni scozzese.

L'Accordo di Edimburgo viene formalizzato poco dopo da un *Order in Council*<sup>25</sup> nazionale che devolve al Parlamento scozzese la competenza a legiferare su un referendum per l'indipendenza. Londra avrebbe avuto gioco facile a negare l'autorizzazione a trasferire un proprio potere, ma accetta per due ragioni: riconosce che la Scozia ha un diritto all'autodeterminazione e che lo *Scottish national party* ha acquisito un mandato democratico con la vittoria alle elezioni in cui aveva presentato il referendum come parte integrante del programma. In qualche modo trova inveramento in questa decisione quel "dovere di negoziare" menzionato dalla sentenza sul Quebec del 1998, accompagnato da un *fair play* da parte della Scozia che una volta capito che il referendum è giuridicamente non attivabile senza una modifica dello *Scotland Act* non forza la mano, come invece vedremo farà la Catalogna.

Nel 2013 vengono promulgate due leggi dal parlamento scozzese: lo *Scottish Independence Referendum (Franchise) Act 2013* che disciplina l'elettorato ammesso alle urne, esteso per l'occasione ai cittadini sedicenni, e lo *Scottish Independence Referendum Act 2013*, con cui si fissano altri dettagli procedurali, tra i quali la data<sup>26</sup>.

Il 18 settembre 2014<sup>27</sup> l'84,6% degli scozzesi si reca alle urne per rispondere alla domanda «*Should Scotland be an independent country?*». Il 55,3% (2.001.926 elettori) si esprime per il no; il 44,7% (1.617.989 elettori) per il sì.

L'incrocio di una serie di dati sulla distribuzione dell'elettorato ha consentito di chiarire che l'identità non è stata un fattore determinante nel voto<sup>28</sup>. Nella *Scottish National Attitude Survey*, la più importante

<sup>25</sup> Il cui testo è reperibile in *Gov. scot.*

<sup>26</sup> S. TIERNEY, *The Referendum on Scottish Independence: A Process as well as an Event*, in *The Edinburgh Law Review* 18.2 (2014), 245-295.

<sup>27</sup> La data, decisa dal Governo scozzese, ha un significato simbolico ricorrendo il 700° anniversario della vittoria di Bannockburn, in cui gli scozzesi mantennero l'indipendenza contro gli inglesi.

<sup>28</sup> Secondo parte della dottrina scozzese, gli elementi culturali, pur presenti, non sono il vero fondamento né dell'identità scozzese né delle rivendicazioni secessioniste; l'elemento

indagine statistica che si effettua annualmente in Scozia, nel 2014 risultava che l'identità britannica era ai minimi storici, con ben il 49% degli scozzesi che dichiaravano di considerarsi o solo scozzesi e non britannici o più scozzesi che britannici. Tuttavia, di questo 49% molti hanno votato a favore dell'Unione, in particolare i ceti benestanti preoccupati delle conseguenze economiche che l'uscita dal Regno Unito avrebbe implicato: «i rischi associati all'indipendenza hanno trattenuto in molti dal votare sì, compresa una porzione sostanziale di coloro con una forte identità scozzese. Per tanto, in linea di principio, sembra potersi dire che è possibile convincere scozzesi e inglesi a mantenere l'unione con l'argomento che essi saranno più benestanti economicamente al suo interno che sciogliendola»<sup>29</sup>. In particolare l'incertezza sul tipo di moneta che la Scozia avrebbe usato è stato un importante elemento a favore del no, visto che al rifiuto di Londra di fondare una Unione monetaria simile all'euro e al rigetto da parte di Alex Salmond dell'adozione dell'euro, gli scozzesi rischiavano di dover ritornare al *bawbees*, una moneta di pochissimo valore<sup>30</sup>.

L'esito referendario ha portato alle dimissioni di Alex Salmond cui è succeduta il 19 novembre 2014 la nuova leader Nicola Sturgeon. Ma nonostante l'esito negativo, il referendum «non ha esaurito la questione scozzese»<sup>31</sup>, anzi l'ha posta al centro del dibattito nazionale. Infatti, già il 27 novembre 2014 veniva pubblicato il *Report of the Smith Commission for further devolution of powers to the Scottish Parliament*, un documento che dichiara che nonostante l'esito negativo del referendum, avendo il governo centrale promesso più poteri alla Scozia, si deve procedere ad un rafforzamento di tale autonomia. Dunque,

---

linguistico, in particolare, sarebbe irrilevante, visto che soltanto il 3% della popolazione è in grado di parlare in gaelico. Nella regione che parla una lingua globale come l'inglese, più che il tartan o la lingua dei celti sarebbero il fatto di avere un sistema giuridico civile, penale, processuale autonomo, di avere proprie istituzioni scolastiche, ospedaliere, geriatriche, che danno vita ad un welfare autonomo, di avere proprie *charities* (associazioni di volontariato), una propria Chiesa autonoma rispetto a quella anglicana, una propria squadra di calcio a fomentare un sentimento di diversità rispetto all'Inghilterra. Un'identità istituzionale, dunque, come teorizzato da D. McCrone, *Understanding Scotland: the Sociology of a Nation*, second edition, Routledge, London, 2001.

<sup>29</sup> T. MULLEN, *The Scottish Independence Referendum 2014*, in *Journal of law and society*, vol. 41, n. 4, dicembre 2014, 627-640, 638.

<sup>30</sup> L. CHIKHOUN, *The Scottish Independence Referendum Result: A Question of Interdependence*, in *Liverpool Law Rev* (2015) 36, 203-210.

<sup>31</sup> N. MCGARVEY, *The 2014 Scottish Independence Referendum and Its Aftermath*, in *Social Alternatives* Vol. 34 No. 3, 2015, 34-40, 39.

anche se la domanda sulla devolution-max era stata espunta dall'Accordo di Edimburgo essa è rientrata nell'agenda del governo centrale. I risultati della Smith Commission troveranno recezione legislativa il 23 marzo 2016 con l'approvazione dello *Scotland Act 2016*, una legge che, modificando lo *Scotland Act 1998*, rafforza le garanzie della devolution scozzese. Anche a livello politico la "questione scozzese" si è rafforzata: lo *Scottish National Party* nelle elezioni nazionali del 2015 ha riportato una vittoria senza precedenti, aggiudicandosi 56 dei 59 seggi di Westminster riservati alla Scozia, il 95% dei consensi, segnando il *requiem* sia del Labour party scozzese che del Liberal democratic party<sup>32</sup>. Inoltre, il successivo referendum sulla Brexit ha rilanciato l'ipotesi di un nuovo referendum per l'indipendenza scozzese.

I fattori che rendono il caso scozzese un esempio di secessione democratica<sup>33</sup> e di uso democratico del referendum sono i seguenti: il fatto che Londra ha sentito e applicato il "dovere di negoziare" quando lo *Scottish national party* ha vinto le elezioni nel 2011 (cosa che, invece, non ha fatto il Governo spagnolo); il fatto che la Scozia di fronte alla impossibilità tecnico giuridica di svolgere il referendum, non abbia forzato la mano svolgendolo comunque (come ha, invece, fatto la Catalogna), ma abbia mostrato *fair play* e chiesto e ottenuto l'autorizzazione al transito della competenza legislativa mancante da Londra; il fatto che si tratta di un processo lungo e meditato; l'esistenza di un'elaborata disciplina giuridica dei referendum contenuta sia nella legislazione nazionale britannica e precisamente nel *Political Parties, Elections and Referendums Act 2000 (PPER)* sia nelle due leggi emanate *ad hoc* dal Parlamento scozzese (il *Scottish Franchise Act 2013* e il *Scottish Referendum Act 2013*) che hanno offerto un quadro di regole e di limiti completo; la presenza di una Commissione elettorale indipendente già operante da tempo; il suo essere supportato da un patto politico, l'Accordo di Edimburgo, che ha assicurato che tutte le parti, centrale e regionale, ne riconoscessero poi il risul-

---

<sup>32</sup> Il confronto con le elezioni del 2010 rende bene l'ascesa dirimpente dello SNP: nel 2010 i *Labour* ricevono il 42,0% dei voti aggiudicandosi 41 seggi, nel 2015 scendono a 24,3% aggiudicandosi un solo seggio. I conservatori passano dal 16,7% al 13,9% conservando un unico seggio. I liberali passano dal 18,9% e 11 seggi nel 2010 al 7,5% e 1 seggio del 2015.

<sup>33</sup> K. CAMELL, *The 2014 Scottish independence referendum in a wider constitutional context*, in *Diritto pubblico*, 3/2014, 761-806.

tato. Questi fattori hanno contribuito a sfatare «la cattiva reputazione dei referendum nella teoria politica e costituzionale» dove si ritengono «facilmente manipolabili dalle *elites* politiche e incapaci di garantire una deliberazione consapevole da parte dei cittadini»<sup>34</sup>.

Alta dose di democraticità, *fair play* e riconoscimento dei limiti giuridici, equilibrio tra procedure rigorose e accordi politici, consenso tra i livelli di governo sono gli ingredienti che hanno fatto del caso scozzese un esperimento di successo. Di converso, il caso catalano mostra un altro volto del fenomeno della secessione e dell'appello al popolo. In qualche modo, se la Scozia ha consegnato un manuale di che cosa si deve fare per arrivare ad una secessione democratica, il caso catalano è una lista di che cosa non si deve fare.

## **6. La consultazione popolare per l'indipendenza catalana del 9 novembre 2014.**

Anche nel caso catalano qualche passo indietro può aiutare.

La Catalogna cessa di essere un regno indipendente nel 1714, con un evento decisamente meno consensuale di quello che aveva portato alla libera unione delle due corone inglese e scozzese: a seguito della caduta di Barcellona, il re spagnolo Filippo V emanerà il *Decreto de Nueva Planta* con cui sopprime le istituzioni di autogoverno catalane e sancisce uno stato unitario, con ordinamento giuridico omogeneo.

Istituzioni politiche proprie verranno recuperate con difficoltà ed esiti precari nel 1914 quando si crea la *Mancomunidad de Catalunya* (poi soppressa dalla dittatura di Primo de Rivera); di nuovo per poco nel 1931 quando viene approvato il primo Statuto catalano (1932) e nasce la *Generalidad de Catalunya* (soppressa nel 1936 dalla dittatura di Francisco Franco) e, infine, nel 1978 con l'entrata in vigore dello Stato autonomico spagnolo. E' proprio nell'ambito di tale nuovo assetto costituzionale che la Catalogna acquista garanzie delle proprie prerogative politiche, linguistiche e identitarie.

Con legge organica 19 luglio 2006, n. 6, la Catalogna ripensa integralmente lo Statuto approvato nel 1979<sup>35</sup>. Lo Statuto del 2006 lancia

---

<sup>34</sup> S. TIERNEY, *Direct democracy in the United Kingdom: reflections from the Scottish independence referendum*, in *Public Law*, 2015, 633 ss., 633.

<sup>35</sup> I. RUGGIU, *Il nuovo Statuto catalano*, in *Le Regioni*, 2007, 281-313.

un processo che sarà imitato da molte altre Comunità autonome spagnole portando a parlare dell'ingresso nel secondo Stato autonomo spagnolo. Formule come la natura di "nazione" della Catalogna vengono scritte nel preambolo e norme che sanciscono il bilinguismo linguistico e rafforzano le competenze entrano nello Statuto. Sottoposto ad un referendum<sup>36</sup>, lo Statuto del 2006 verrà impugnato dal Governo spagnolo che ne otterrà l'annullamento o la riscrittura tramite la tecnica dell'interpretativa di rigetto dal Tribunale costituzionale con la nota sentenza sullo statuto catalano n. 31/2010<sup>37</sup>. Tale decisione, intervenuta dopo quattro anni di pacifica operatività dello Statuto, susciterà aspre reazioni in Catalogna configurandosi, come la causa scatenante dei futuri passi verso la richiesta di indipendenza<sup>38</sup>. Anche la dottrina non indipendentista l'ha criticata in quanto implicante una «rottura del patto costituente in una sua componente essenziale: quella del rinnovamento dell'unità della Spagna attraverso l'esercizio del diritto all'autonomia delle nazionalità e regioni che la compongono»<sup>39</sup>.

Le elezioni amministrative del novembre 2012 vedono vincitori i partiti *Convergència i Unió* e *Esquerra Republicana*, che avevano impostato la campagna elettorale sul fallimento della capacità del centro di dare voce alle esigenze della regione.

Il 23 gennaio 2013 il Parlamento della Catalogna approva la Risoluzione 5/X, contenente una "Dichiarazione di sovranità e del diritto a decidere del popolo della Catalogna" (*Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña*). In tale risoluzione si dichiara che «Il popolo della Catalogna ha, in ragione della sua legittimità democratica, carattere di soggetto politico e giuridico sovrano» e si manifesta «la necessità che la Catalogna prosegua nel proprio cammino e che il popolo catalano possa decidere liberamente e democraticamente il proprio futuro collettivo» esercitando il proprio "diritto a

---

<sup>36</sup> Al referendum hanno partecipato il 48% degli aventi diritto, di questi il 74% si è espressa a favore dell'approvazione, il 21% contro. Non essendo richiesto un quorum strutturale lo Statuto è stato, comunque, promulgato.

<sup>37</sup> L. ANDRETTO, *La sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo sullo Statuto di Autonomia della Catalogna*, in *www.rivistaaic.it*, n. 0/2010.

<sup>38</sup> F. BIAGI, *Estatut de Catalunya e la crisi del Tribunal Constitucional*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2011, 63-88; G. FAMIGLIETTI, *Lo spettro del referendum secessionista catalano*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2013, 435-437.

<sup>39</sup> J. PEREZ ROYO, *La STC 31/2010*, in *Revista catalana de dret públic*, n. 43, 2011.

decidere»<sup>40</sup>, anche tramite «un dialogo con la comunità internazionale, l'Unione Europea e il governo spagnolo». La dichiarazione non menziona mai il termine indipendenza o referendum sull'indipendenza, né può ritenersi una dichiarazione di secessione, conservando la stessa un linguaggio generico<sup>41</sup>.

Il 12 dicembre 2013 il Presidente della Comunità autonoma, Artur Mas annuncia, in una conferenza stampa convocata del Palazzo del governo catalano, il testo del quesito referendario con cui si inverterà il generico “diritto a decidere” sancito nella Risoluzione. Il referendum consisterà in due domande: «Vuole che la Catalogna sia uno Stato?» e, se sì, «Vuole che la Catalogna sia uno Stato indipendente?» e se ne fissa lo svolgimento il 9 novembre 2014.

Il Governo statale, che da subito aveva impugnato la Risoluzione in tutte le sue parti, il 25 marzo 2014 con la sentenza n. 42 vede accolta quasi interamente la sua richiesta al Tribunale costituzionale spagnolo. Il Tribunale dichiara costituzionalmente illegittima la autodefinizione della Catalogna come “soggetto sovrano” effettuata nella Risoluzione ribadendo che l'unico popolo sovrano è quello spagnolo<sup>42</sup> e, con una interpretativa di rigetto, dichiara ammissibile l'esistenza di un “diritto a decidere” nella misura in cui lo si interpreti nel senso che la Catalogna stili una proposta che dovrà essere vagliata e approvata dal Parlamento di Madrid<sup>43</sup>.

Nella sent. 42/2014 non si entra nel merito non essendo il quesito referendario inserito nella Risoluzione catalana, ma soltanto il più generico diritto a decidere. Tuttavia, ponendo insieme la sent. 42/2014 e la sent. 103/2008 che aveva deciso una analoga dichiarazione di indipendenza basca è possibile ricostruire il regime di un eventuale referendum secessionista in Spagna così come delineato dal Tribunale Costituzionale. Come visto per la Scozia, anche il Parlamento catalano

---

<sup>40</sup> Sul diritto a decidere, L. CAPPUCIO, M. CORRETTA (a cura di), *El derecho a decidir: un diálogo italo-catalán*, Barcelona, 2014.

<sup>41</sup> J.M. CASTELLÀ ANDREU, *El debate sobre la secesión de Cataluña*, in *Dirittiregionali.org*, rileva che il documento è l'ultima di una serie di dichiarazioni che dal 1989 le istituzioni catalane hanno rilasciato, nel tentativo di districarsi tra i vincoli giuridici che impediscono un referendum regionale sull'indipendenza.

<sup>42</sup> L'annullamento dell'autodichiarazione di popolo sovrano è effettuata sulla base dell'art. 1.2 CE che stabilisce che la sovranità appartiene al popolo spagnolo e dell'art. 2 CE che afferma il principio di indivisibilità della Nazione spagnola.

<sup>43</sup> M. FONDEVILLA MARON, *Derecho a decidir y soberanía. A propósito de la STC 42/2014, de 25 de marzo*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 34, 2014, 587-606.

risulta sprovvisto di competenza ad indire un referendum e senza l'autorizzazione dello Stato tale ipotesi risulta inibita sia dall'art. 149.1 della Costituzione che dall'art. 2 della legge organica n. 2 del 18 gennaio 1980 che recita che «l'autorizzazione alla indizione di consultazioni popolari per il tramite del referendum in qualsiasi delle sue modalità è competenza esclusiva dello Stato»<sup>44</sup>. La impossibilità a svolgere un referendum regionale sulla secessione, non preclude tuttavia, in astratto, altre strade. Infatti, il Tribunale costituzionale non ha mai astrattamente respinto nel merito la possibilità di svolgere un referendum nazionale sulla secessione. Ad esempio, nella sentenza 103/2008, con cui il Tribunale costituzionale aveva dichiarato incostituzionale la legge vasca n. 9/2008 che indicava un referendum per fare dei Paesi baschi una confederazione, il Tribunale costituzionale aveva sostenuto la necessità di una legge di revisione costituzionale per tali tipi di decisioni. Un simile referendum, infatti, «incide sul fondamento dell'ordine costituzionale vigente (nella misura in cui implica una riconsiderazione dell'identità e unità del soggetto sovrano o, quanto meno della relazione tra Stato e Regioni che solo la volontà del soggetto sovrano può rivedere) e pertanto può essere oggetto di consultazione popolare tramite referendum di revisione costituzionale»<sup>45</sup>. Non esistendo in Spagna, a differenza dell'Italia, limiti materiali alla riforma costituzionale, secondo quanto a suo tempo stabilito dalla sentenza 48/2003, in teoria dunque il Tribunale non pone sbarramenti alla richiesta di un referendum di secessione. Potrebbe, dunque, dirsi che la possibilità di secessione non è esclusa dall'ordinamento costituzionale spagnolo, ma è subordinata ad una revisione costituzionale che impedisce che sia una decisione unilaterale<sup>46</sup>.

Nonostante questo dato giuridico molto chiaro, il 19 settembre 2014, il giorno dopo la notizia del fallito referendum per

---

<sup>44</sup> Il quale recita: “la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía del referéndum en cualquiera de sus modalidades, es competencia exclusiva del Estado”.

<sup>45</sup> Un'altra strada, che però il Tribunale costituzionale non menziona potrebbe essere quella dall'art. 92 CE, che prevede che le decisioni politiche di maggior rilievo possano essere sottoposte a referendum consultivo. Tale referendum fu utilizzato nel 1986 per decidere sulla permanenza nella NATO e nel 2005 per decidere della ratifica della Costituzione europea. Si tratta, però anche in questo caso di un referendum che coinvolge tutti gli spagnoli e che potrebbe essere ristretto a una sola regione soltanto con revisione costituzionale.

<sup>46</sup> J.M CASTELLÀ ANDREU, *The Proposal for Catalan Secession and the Crisis of the Spanish Autonomous State*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2015, 429-448.

l'indipendenza scozzese, il Presidente Artur Mas firma un decreto che convoca una consultazione popolare per il 9 novembre 2014. Contestualmente, il Parlamento catalano adotta la legge 26 settembre 2014, n. 10 “Legge per le consultazioni popolari non referendarie e altre forme di partecipazione cittadina”<sup>47</sup> con cui cerca di eludere formalmente il vincolo del divieto referendario, con l’obiettivo, dichiarato nel punto II del Preambolo, di usare tali consultazioni «come strumenti volti a conoscere la posizione e le opinioni della cittadinanza in relazione a qualsiasi aspetto della vita pubblica nell’ambito della Catalogna e nell’ambito delle competenze della *Generalidad* e degli enti locali». Entrambi gli atti vengono sospesi per 5 mesi in via cautelare dal Tribunale costituzionale a seguito del ricorso del Governo centrale.

Il 14 ottobre 2014 il Governo catalano dichiara sospesa la consultazione ufficiale, tuttavia, essa ha comunque luogo il 9 novembre 2014, nella versione dichiarata da Artur Mas di una consultazione “non definitiva” e priva di valore giuridico, una sorta di sondaggio: la partecipazione si attesta ad 1/3 dell’elettorato, con 2 milioni di votanti su 5,4 milioni di aventi diritto, che si pronunciano all’80,2% a favore dell’indipendenza. Nonostante Mas avesse dichiarato che non si trattava di un referendum, il fatto che il Governo catalano abbia consentito la consultazione nelle sedi degli enti locali, delle scuole e con funzionari pubblici coinvolti ha determinato l’apertura di procedimenti penali nei confronti degli amministratori, dello stesso Artur Mas e di vari altri membri della giunta regionale, che sono ad oggi in corso di decisione e che hanno esacerbato ulteriormente il clima politico ponendo problemi di legalità.

Le successive elezioni amministrative rivelano un Paese incerto che non conferisce un plebiscito ai partiti indipendentisti, pur confermandoli. Le elezioni del 27 settembre 2015 producono un quadro politico che rende difficile formare coalizioni<sup>48</sup> e che soltanto nel gennaio

<sup>47</sup>In [Portaljuridic.gencat.cat](http://Portaljuridic.gencat.cat).

<sup>48</sup> Questi i dati: *Junts pel sí* (Uniti per il sì, all’indipendenza) 39,54% (1.620.973 voti); *C’s - ciutadans-partido de la ciudanía* (partito dei cittadini) 17,93% (734.910); *Partit dels socialistes de catalunya* (psc-psoe partito socialista), 12,74% (522.209); *Cat-sì, Catalunya sí que es pot* (Catalogna sì, si può) 8,94% (366.494); *Partit popular/partido popular* (PP, partito popolare), 8,50% (348.444); *Cup-candidatura d’unitat popular* (candidatura di unità popolare), 8,20% (336.375); *Unio-unió democràtica de Catalunya* (unione democratica) 2,51% (102.870); *Pacma - Partit animalista contra el maltractament animal* (partito animalista

2016 riesce ad eleggere il nuovo Presidente della *Generalidad* individuato in Carles Puigdemont esponente di Junt pel Si, dopo il veto che la CUP, la *Candidatura de Unitat Popular*, ovvero la sinistra indipendentista catalana, aveva messo sul nome di Artur Mas, leader storico di *Convergencia i Unió*. Il nuovo governo ha posto al centro la questione indipendentista con due indirizzi: internazionalizzazione del processo di indipendenza e creazione preventiva delle nuove istituzioni del futuro stato tra cui una Agenzia fiscale e una per la Sicurezza Sociale.

## 7. Differenze e analogie

I due processi scozzese e catalano rappresentano, come detto, due sorte di manuali rispettivamente di buone e cattive pratiche, che di seguito si proverà a riassumere evidenziandone differenze e analogie.

La prima cruciale differenza che separa i quasi concomitanti referendum per l'indipendenza risiede nel fatto che quello scozzese è un referendum autorizzato dal governo nazionale britannico, e può definirsi in tal senso un referendum consensuale, concordato tra stato e regione aspirante all'indipendenza, laddove quello catalano è un referendum deciso unilateralmente dalla regione, cui lo Stato spagnolo si è strenuamente opposto riuscendo a bloccarne l'efficacia giuridica. I due casi ricalcano una dicotomia presente nelle teorie sulla secessione tra secessione condivisa o unilaterale.

L'elemento della condivisione con il centro è la causa della seconda differenza tra i due referendum: quello scozzese è un referendum pienamente legale e dotato del crisma della giuridicità, viceversa quello catalano si è svolto come una "consultazione non ufficiale", un "gesto simbolico e politico", un "processo partecipativo"<sup>49</sup> – secondo la Catalogna – un atto eversivo, una disobbedienza istituzionale – secon-

---

contro il maltrattamento degli animali) 0,73% (29.785); *Verds-recortes cero-els verds* (zero tagli-i verdi), 0,35% (14.390); G-Guanyem Catalunya (Catalogna vince) 0,03% (1.158); Pir-Pirates de Catalunya-per decidir-ho tot (Partito dei pirati) 0,01% (326 voti).

<sup>49</sup> N. DUCLOS, *The Strange Case of the Scottish Independence Referendum. Some Elements of Comparison between the Scottish and Catalan Cases*, in *Revue Française de Civilisation Britannique* (online) XX-2, 2015 in [Rfcb.revues.org](http://Rfcb.revues.org), numero monografico: *Le référendum sur l'indépendance écossaise du 18 septembre 2014*.

do Madrid – in quanto ha ricevuto l’opposizione da parte del Tribunale costituzionale, oltre che del Governo centrale.

Una terza differenza risiede nelle procedure per ottenere la secessione. Nel caso della Scozia queste non esistevano e sono state introdotte ricorrendo ad accordi politici e fonti di natura primaria. Non solo nel Regno Unito è assente una clausola di fuoriuscita o di secessione, neanche a livello di convenzioni non scritte, ma il Parlamento scozzese, come accennato, non aveva la competenza per indire il referendum<sup>50</sup>, eppure in un tempo relativamente breve gli attori politici sono stati in grado di realizzare una procedura *ad hoc* che lo rendesse realtà. Viceversa la Spagna avrebbe, come specificato dal Tribunale costituzionale, una procedura nella revisione costituzionale, che però di fatto risulta impraticabile senza il consenso centrale e senza una conversazione costituzionale che abbracci tutta la Spagna e che nessuno dei due attori politici ha tentato di attivare.

Nonostante queste radicali differenze, i due processi referendari presentano alcune significative analogie.

Entrambi i referendum sono stati promossi da partiti di governo. Non si tratta di strumenti in mano all’opposizione, ma di strumenti per realizzare un indirizzo politico governativo dichiarato in un programma presentato alle elezioni. Questo aspetto pone la questione di un uso del referendum da parte di *élites* politiche che costruiscono apposite agende per l’opinione pubblica, magari per distogliere l’attenzione da problemi più concreti e reali, o, peggio ancora, come accaduto per la Brexit, per rafforzare la propria legittimazione senza in realtà avere ben chiaro gli scenari che si verificheranno in caso di esito positivo del referendum. Sia nel caso della Scozia che della Catalogna, questa accusa è parzialmente sfumata dal fatto che, come visto dalla sintetica evoluzione storica riportata, istanze indipendentiste sono sempre state presenti. D’altra parte, in entrambe le regioni, i partiti indipendentisti hanno sicuramente fatto numerosi tentativi di accedere a forme ulteriori di autonomia: Alex Salmond aveva, come visto, posto il quesito sulla *devolution-max*, poi stralciato dall’Accordo di Edimburgo; men-

---

<sup>50</sup> Per una ricostruzione degli impasse costituzionali che in un primo tempo avevano visto un braccio di ferro tra Londra e Edimburgo sull’interpretazione dell’art. 29 dello Scotland Act che riserva a Westminster tutti gli atti che hanno un impatto sul Regno Unito (e che la Scozia cercava di superare sostenendo la natura consultiva del referendum e non immediatamente operativa) e che poi sono stati superati M. GOLDONI, *Il referendum sull’indipendenza scozzese*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2012, 632-634.

tre i partiti catalani avevano alle spalle la pesante battuta d'arresto sullo Statuto catalano del 2006 avvenuta con la sent. 31/2010. La perplessità sollevata, invece, può adattarsi meglio al caso italiano: dal 2001 ad oggi nessuna delle Regioni Speciali ha riformato il proprio Statuto, perdendo una occasione per implementare la propria autonomia, né le Regioni Ordinarie hanno fatto ricorso all'art. 116. Tuttavia, sia in Sardegna che in Alto Adige e Veneto sono aumentate, con retoriche anti-coloniali nei riguardi dello stato italiano, le rivendicazioni independentiste dato che fa, in effetti, dubitare che esse vengano spese come una sorta di "principio speranza" per costruire un "territorio immaginario"<sup>51</sup> dimenticando questioni più concrete, che potrebbero essere risolte con richieste di maggiore autonomia. Anche se è innegabile che fenomeni come l'indipendentismo sardo hanno radici antiche<sup>52</sup>, che precedono lo Statuto e che corrispondono a un sentire identitario molto radicato, viene da chiedersi se è la mancata realizzazione dell'autonomia non sia alla base del loro recente proliferare (*infra* par. 6.).

Tornando ai casi in esame, una seconda analogia che i due referendum presentano è il forte europeismo sotteso alla richiesta: i governi independentisti che li hanno promossi miravano a preservare la *membership* presso l'Unione Europea<sup>53</sup>. In entrambi i casi, si trattava, dunque, di referendum in cui si contestava la sovranità statale sul territorio, ma si era disposti a rinunciare a porzioni della propria a favore di un'entità che è ormai divenuta molto più pervasiva dello Stato centrale rispetto alla possibilità di politiche differenziate, per esempio, in settori quali l'agricoltura o la pesca. In qualche modo, i due fenomeni secessionisti non miravano a riaffermare un modello westfaliano puro<sup>54</sup>, ma riconoscevano la natura multilivello della sovranità. Il dato, a mio avviso, è parzialmente contraddittorio visto che sono note le insoffe-

---

<sup>51</sup> P. CIARLO, *Il territorio immaginario*, in *Le Regioni*, 1995, n. 3, 37 ss.

<sup>52</sup> C. PALA, *Idee di Sardegna. Autonomisti, sovranisti, independentisti oggi*, Carocci, Roma, 2016.

<sup>53</sup> C. CLOSA, *Secession from a Member State and EU memberships: the view from the Union*, in *European Constitutional Law Review* ECLR 2016, 12(2), 240-264.

<sup>54</sup> Cosa di cui spesso sono accusati, con la contestuale osservazione di intima contraddizione interna: "La secessione ha una natura contraddittoria, in cui coesistono un'anima rivoluzionaria e un'altra profondamente conservatrice: rivoluzionaria è la sfida finale che la secessione pone alla sovranità statale, conservatrice la glorificazione al massimo grado delle virtù della sovranità, che è insita in ogni pretesa secessionista", S. MANCINI, *Ai confini del diritto: una teoria democratica della secessione*, in *www.aic.it*, gennaio 2015.

renze che la Scozia sulla pesca e la Catalogna sull'olio e sul vino hanno manifestato verso l'Unione europea, tuttavia forse è una conferma della loro consapevolezza che per poter esistere, anche economicamente, lo spazio di libero mercato europeo non poteva essere perduto.

Nel contempo, tale vocazione europeista apre la questione più ampia sul fatto che gli effetti di una secessione vanno oltre i confini nazionali, andando ad interessare non soltanto gli altri membri della comunità politica nazionale, ma anche il corpo politico della UE. In relazione a questo impatto esterno, Joseph Weiler ha sostenuto che ogni referendum che miri alla secessione viola l'*ethos* e i valori fondanti l'Unione europea visto che l'impegno dei trattati tende a costruire una "sempre più stretta unione tra i popoli dell'Unione"<sup>55</sup>, riprendendo l'argomento speso negli Stati Uniti nel 1869 (supra par. 2).

## **8. L'impatto sulle regioni Italiane: i referendum "privati" in Veneto e Alto-Adige; la proposta sarda**

I referendum scozzese e catalano hanno innescato processi imitativi in diverse regioni europee rivitalizzando le agende dei partiti etno-regionalisti. Per quanto riguarda l'Italia, fenomeni referendari o pseudo-referendari, che possono essere direttamente ricollegati ai due processi in atto in Scozia e in Catalogna si sono manifestati in Veneto, Alto Adige e Sardegna.

Il Veneto è la regione che ha mobilitato maggiore elettorato. Con la Risoluzione n. 44 del 5 ottobre 2012 il Consiglio regionale ha investito il suo Presidente e quello della Giunta del compito di «avviare urgentemente con tutte le Istituzioni dell'Unione europea e delle Nazioni Unite le relazioni istituzionali» per garantire l'indizione di una consultazione referendaria «al fine di accertare la volontà del Popolo Veneto in ordine alla propria autodeterminazione sino anche alla dichiarazione di indipendenza». L'esecuzione della Risoluzione passò per una prima consultazione informale effettivamente svoltasi tra il 16 e il 21 marzo 2014. Il 22 marzo 2014 sono stati resi pubblici i risultati del referendum online organizzato da un'associazione di privati cittadini

---

<sup>55</sup> J.H.H. WEILER, *Catalonian independence and the European Union*, 23/4 EJIL (2009), 909; J.H.H. WEILER, *Scottish independence and European Union*, Editorial, 12/3 ICON (2014), 507.

veneti denominata *Plebiscito.eu* e supportata da diversi sindaci e amministratori locali<sup>56</sup>. Alla domanda: «Volete che il Veneto diventi una Repubblica federale, indipendente e sovrana?» oltre 2 milioni di veneti hanno risposto sì (oltre la metà dell'elettorato regionale e l'89% di coloro che hanno votato). Il voto non ha alcun rilievo giuridico<sup>57</sup>, ma politicamente ha rinforzato la rivolta economica della regione, aggiungendo ad essa una componente culturale e anche istituzionale. La campagna di voto, infatti, evidenziava l'importanza di tornare alle istituzioni e al governo dell'antica Repubblica di Venezia, quando il veneziano era una lingua ufficiale (componente culturale) e le istituzioni civili e politiche erano più efficienti e meno corrotte di quelle italiane (componente istituzionale). Quello del Veneto può definirsi come un "referendum" privato, non riconosciuto e svoltosi al di fuori di qualsiasi procedura giuridica. Ma a tale consultazione informale seguirono due leggi della Regione Veneto<sup>58</sup>, aventi rispettivamente ad oggetto «Referendum consultivo sull'autonomia del Veneto» (l.r. Veneto n. 15 del 19 giugno 2014<sup>59</sup>) e «Indizione del referendum consultivo

---

<sup>56</sup> Era possibile votare dal 16 al 21 Marzo 2014, previa registrazione nel sito [Plebiscito.eu](http://Plebiscito.eu).

<sup>57</sup> Ma nemmeno è paragonabile a quello catalano come rileva G. FERRAIUOLO, *Due referendum non comparabili*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2014.

<sup>58</sup> Per un commento alle due leggi venete, D. TRABUCCO, *La Regione del Veneto tra referendum per l'indipendenza e richiesta di maggiori forme di autonomia*, in *Amministrazione in Cammino*, [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it), 2014.

<sup>59</sup> L'art. 1 della legge riconosce che «Il Presidente della Giunta regionale è autorizzato ad instaurare con il Governo un negoziato volto a definire il contenuto di un referendum consultivo finalizzato a conoscere la volontà degli elettori del Veneto circa il conseguimento di ulteriori forme di autonomia della Regione del Veneto» e l'art. 2 stabilisce che «1. Qualora il negoziato non giunga a buon fine il Presidente della Giunta regionale è autorizzato ad indire un referendum consultivo per conoscere la volontà degli elettori del Veneto in ordine ai seguenti quesiti:

1. Vuoi che alla Regione del Veneto siano attribuite ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia?;
2. Vuoi che una percentuale non inferiore all'ottanta per cento dei tributi pagati annualmente dai cittadini veneti all'amministrazione centrale venga utilizzata nel territorio regionale in termini di beni e servizi?;
3. Vuoi che la Regione mantenga almeno l'ottanta per cento dei tributi riscossi nel territorio regionale?;
4. Vuoi che il gettito derivante dalle fonti di finanziamento della Regione non sia soggetto a vincoli di destinazione?;
5. Vuoi che la Regione del Veneto diventi una regione a statuto speciale?».

sull'indipendenza del Veneto» (l.r. Veneto n. 16 del 19 giugno 2014<sup>60</sup>) impugnate dallo Stato e sulle quali si è pronunciata la Corte costituzionale con sent. 108/2015<sup>61</sup> dichiarandolo incostituzionale. Va, comunque, registrato che in relazione alla indizione di tale ultimo referendum, i promotori non erano riusciti a raccogliere le firme necessarie, quasi che lo slancio in tal senso si fosse esaurito.

Sempre sull'onda delle notizie promananti dalla Scozia e dalla Catalogna, nell'ottobre 2013 la leader del partito *Süd-Tiroler Freiheit* Eva Klotz ha organizzato un referendum cosiddetto di annessione (all'Austria) nella provincia dell'Alto Adige/Süd-Tirol. Delle 61.000 persone (oltre 1/3 in più dei votanti abituali del partito organizzatore) che si sono recate alle urne (su una popolazione di 400.000) il 92% si è espresso a favore della secessione dall'Italia<sup>62</sup>. Il caso, per quanto di dimensioni ridotte, ha generato una sorta di incidente diplomatico tanto che il presidente austriaco ha dovuto precisare che non c'era alcun intento di favorire la secessione del Sud Tirolo dall'Italia e l'annessione all'Austria non era un'ipotesi politica praticabile. Anche tale referendum, sia pure con qualche variante in quanto organizzato da un partito politico, può ritenersi appartenere ai referendum privati, al confine con il sondaggio, e tuttavia con un impatto politico decisamente maggiore. Anche in questo caso nessuna conseguenza giuridica è ricollegabile al referendum. Tuttavia, va osservato che, a livello poli-

---

<sup>60</sup> Il cui articolo 1 così recita: «1. Il Presidente della Giunta regionale del Veneto indice un referendum consultivo per conoscere la volontà degli elettori del Veneto sul seguente quesito: “Vuoi che il Veneto diventi una Repubblica indipendente e sovrana? Sì o No?”. 2. La proposta soggetta a referendum è approvata se alla consultazione partecipa la maggioranza degli aventi diritto e viene raggiunta la maggioranza dei voti validamente espressi».

<sup>61</sup> F. CONTE, *La Corte costituzionale sui referendum per l'autonomia e l'indipendenza del Veneto. Non c'è due senza tre. Anche se...*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2015, 759-761 che ricorda anche gli altri tentativi del Veneto in tal senso respinti con la sent. 470/1992 e con la sent. 496/2000. L'autore enuclea i punti fermi in tema di referendum regionali ricavabili dalla sent. 108/2015: a) la possibilità che i quesiti riguardino «anche ambiti che superano i confini delle materie e del territorio regionale, fino a intrecciarsi con la dimensione nazionale»; b) il divieto di sottoporvi scelte di rilievo costituzionale; c) *a fortiori*, il divieto di sottoporvi scelte in contrasto con i principi supremi (in primis quello d'indivisibilità della Repubblica); d) la loro sindacabilità in relazione alle norme statutarie. Si registra poi una netta apertura per i quesiti aventi ad oggetto l'iniziativa legislativa regionale ex art. 116, c. 3 Cost. (il che spalanca le porte ad un'analogo proposta recentemente approvata dal Consiglio della Regione Lombardia).

<sup>62</sup> Era possibile votare sia tramite schede che il partito aveva distribuito via posta, sia on-line previa registrazione.

tico, le elezioni provinciali, seguite immediatamente dopo il referendum, hanno visto un aumento dei voti per il partito *Süd-Tiroler Freiheit* che ha guadagnato un seggio, crescendo da 2 a 3 consiglieri provinciali e incrementando i propri voti da 14,888 a 20,736, con un aumento in percentuale dal 4.9% al 7.2%<sup>63</sup>.

Anche la Sardegna sta rivivendo un ritorno di fermenti indipendentisti che sono stati implementati dalla cronaca politica scozzese e catalana. Innanzitutto, i partiti che hanno in agenda un programma indipendentista hanno iniziato a trovare una proiezione nel Consiglio regionale. Le ultime elezioni regionali, svoltesi il 18 febbraio 2014, hanno visto il ricorso ad un lessico trasversale: termini quali sovranismo, indipendenza, autonomia, “repubblica di Sardegna” si è diffuso tra i partiti che concorrevano alle elezioni. Vinte da una coalizione di centro-sinistra guidata dal presidente Francesco Pigliaru, le elezioni per la prima volta hanno visto eletti un significativo numero di consiglieri appartenenti a partiti indipendentisti. In un Consiglio regionale composto da 60 membri, 6 quindi il 10%, appartiene oggi a movimenti che hanno come scopo statutario l’indipendenza della Sardegna: l’IRS *Indipendenza Repubblica de Sardigna*; i *Rossomori* (dai colori della bandiera sarda, si tratta di un partito derivante da una scissione dello storico Partito sardo d’azione fondato da Emilio Lussu) e il *Partito dei sardi*. Cinque dei sei consiglieri sono membri dell’attuale coalizione di governo. Questi partiti hanno costituito un gruppo consiliare dall’evocativo nome *Soberania e Indipendenza*<sup>64</sup>.

Gli effetti di questo nuovo assetto si sono da subito manifestati. Il 28 aprile 2014 il gruppo consiliare *Soberania e Indipendenza* ha presentato la Mozione n. 25<sup>65</sup> presso il Consiglio regionale con cui ha chiesto che una «dichiarazione di indipendenza della Sardegna sia sottoposta al voto del popolo sardo attraverso un referendum consultivo

---

<sup>63</sup> Nell’economia del presente lavoro non ho modo di occuparmi delle tentazioni secessioniste si manifestano anche a livello comunale, con numerosi comuni che hanno svolto referendum per transitare da regioni ordinarie e regioni speciali, P. GIOVANETTI, *Il futuro delle autonomie regionali: riforme e tentazioni secessioniste*, in *il Mulino*, 5/2007, 866-873.

<sup>64</sup> A tale dato va aggiunto un ulteriore 10.3% di votanti per la coalizione guidata da Michela Murgia, *ProgReS-Progetu Repubblica de Sardigna*, anch’essa, come emerge dallo stesso nome, caratterizzata da uno statuto con finalità indipendentiste. Tale 10.3% non ha ottenuto alcuna rappresentanza consiliare, a causa della legge elettorale e delle scelte di coalizione che hanno visto *ProgReS* correre da solo alle elezioni, tuttavia conferma la crescita dell’opzione indipendentista tra gli elettori.

<sup>65</sup> Il testo integrale è in [Consiglio.regione.sardegna.it](http://Consiglio.regione.sardegna.it).

regionale». La mozione chiede l'impegno della Giunta regionale «a guidare la Sardegna verso una piena e compiuta indipendenza, avviando con lo Stato italiano una procedura di disimpegno istituzionale, che preveda un quadro articolato di indennizzi per la nazione sarda, in ragione di tutte le omissioni, i danni e le sperequazioni che la Sardegna ha subito prima dal Regno d'Italia e poi dalla Repubblica italiana». Poco prima la mozione aveva ricordato espressamente alcune di queste forme di trattamento coloniale: «la maggior parte dei fondi statali stanziati negli anni passati per l'industrializzazione della Sardegna è stata consumata da industrie di Stato che poi hanno abbandonato e continuano ad abbandonare la Sardegna; altresì il patrimonio boschivo e ambientale della Sardegna ha subito i maggiori insulti per le concessioni governative statali».

Le rivendicazioni indipendentiste sono da sempre presenti in Sardegna, ma fino agli ultimi anni esse si limitavano al 5% dei consensi, che non riusciva a trovare proiezione consiliare. Tuttavia, immaginando che un referendum consultivo si svolga in Sardegna, i dati sarebbero oggi ben diversi.

Una ricerca compiuta nel 2012 dalle Università di Cagliari e di Edimburgo<sup>66</sup> ha provato a testare le preferenze costituzionali dei sardi simulando, all'interno di un più ampio questionario, una sorta di referendum sull'indipendenza, con risultati piuttosto alti a favore dell'indipendenza dall'Italia. La domanda era formulata come segue:

*«Quale di queste affermazioni si avvicina maggiormente alla sua opinione? (Scegli solo una delle seguenti):*

1. La Sardegna dovrebbe diventare indipendente, separata dall'Italia e dall'Unione Europea;
2. La Sardegna dovrebbe diventare indipendente, separata dall'Italia, ma parte dell'Unione Europea;

---

<sup>66</sup> L'indagine ha usato come modello la *Scottish Social Attitudes National Survey* già svolta in Scozia adattandola al caso sardo. Il questionario sardo si componeva di 32 domande, distribuite in 4 sezioni: 1. Identità, 2. Partiti, 3. Istituzioni e Competenze, 4. Diritti speciali e si è rivolta ad un campione statistico di 1.000 soggetti cui si è aggiunto un campione motivazionale di 4.000 persone che hanno volontariamente risposto al questionario online. I risultati completi della ricerca sono in G. DEMURO, F. MOLA, I. RUGGIU (a cura di), *Identità e autonomia in Sardegna e Scozia*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2013.

3. La Sardegna dovrebbe rimanere parte dell'Italia, con un proprio Consiglio Regionale con poteri di imposizione fiscale;
4. La Sardegna dovrebbe rimanere parte dell'Italia, con un proprio Consiglio Regionale privo di poteri di imposizione fiscale;
5. La Sardegna dovrebbe rimanere parte dell'Italia senza un proprio Consiglio regionale e senza potere di legiferare».

Di fronte a queste cinque possibili opzioni costituzionali, il 10% dei rispondenti ha dichiarato di volere una Sardegna indipendente sia dall'Italia che dall'Unione europea; il 31% si è espresso per l'indipendenza dall'Italia dentro l'Unione europea; il 46% ha scelto di restare uniti all'Italia, ma con poteri fiscali attribuiti alla regione; il 12% si è espresso per lo status quo, ossia l'opzione unitaria senza poteri fiscali; l'1% si è espresso per l'opzione centralista, con un azzeramento dell'attuale autonomia e la perdita in capo al Consiglio regionale di poteri legislativi.

Sommando i risultati emerge che il 41% dei sardi considera la secessione dall'Italia una opzione, il 59% no. Per quanto le posizioni unioniste siano prevalenti con un netto margine, è significativo che le posizioni independentiste siano cresciute così tanto negli ultimi anni<sup>67</sup>.

Il quadro italiano, come detto sopra (par. 4), è molto più restrittivo di quello britannico e spagnolo essendo il principio di indivisibilità della Repubblica principio non revisionabile: il fatto che le richieste in tal senso continuino ad essere presenti può spiegarsi con una sorta di strumentalizzazione partitica dell'opzione independentista, ma anche con una insofferenza delle popolazioni verso lo stato attuale dell'autonomia che i partiti non riescono a migliorare.

---

<sup>67</sup> Se il vigente assetto partitico è in grado di proiettare nelle istituzioni soltanto il 10% di quel 41% di sardi che si dichiara favorevole all'indipendenza, ciò è dovuto alle peculiarità del regionalismo sardo che si fonda su ragioni identitarie che vivono e si nutrono in gran parte sganciate dall'autonomia giuridica speciale di cui l'isola gode. Nella medesima indagine, infatti, emerge come la sardità non si fondi sul fatto di avere un Consiglio regionale o istituzioni speciali proprie che, viceversa, sono percepite come profondamente in crisi. Una forte identità che non riesce a canalizzarsi nell'attuale autonomia speciale determina oggi una crescita dell'opzione independentista.

## 9. Quali i requisiti per una secessione democratica?

A mio avviso, la critica che la secessione sia in contraddizione con la stessa idea della Costituzione non è condivisibile. Sostenerla in base all'argomento per cui sarebbe una riattivazione del potere costituente, una sorta di sovranità quiescente porterebbe a ritenere che anche la revisione costituzionale sia una bomba ad orologeria nei confronti della Costituzione, soprattutto in quegli ordinamenti (quali la Spagna) in cui non esistono limiti materiali alla revisione. Sostenerla in base all'argomento che la Costituzione serve ad unire e non a dividere, significherebbe negare che, talvolta, unioni più efficaci implicano divorzi. Sostenerla in base all'argomento che una secessione è in sé un atto rivoluzionario che spesso degenera in violenza significa negare che la storia ha conosciuto casi di secessione pacifica.

Il problema del costituzionalismo contemporaneo è semmai quello di concepire una secessione democratica.

Un primo punto fermo che emerge dai casi esaminati è che debba trattarsi di una decisione bilaterale, in quanto ha un impatto non soltanto su chi decide di andarsene, ma anche su chi resta, sia a livello identitario, culturale, simbolico, sia a livello economico. Immaginare un'Italia senza il Veneto in cui Venezia non fosse più italiana o Goldoni non facesse parte della letteratura italiana, o senza la Sardegna in cui Gramsci, Lussu, Deledda cessassero di essere parte del patrimonio intellettuale italiano avrebbe un impatto anche sull'identità di chi resta.

D'altra parte, mentre in contesti di federalismo centripeto pacifici gli Stati possono rivendicare una autonomia di ingresso e di uscita, più difficile è sostenere la secessione in seguito a eventi cruenti come guerre mondiali, lotte a dittature, guerre civili che hanno plasmato in un certo modo il corpo politico. La Catalogna repubblicana fino alla sconfitta del 1936 è stata difesa anche dai castigliani, così come da altri cittadini europei che si sono volontariamente arruolati contro la dittatura franchista e sono morti a sostegno della Spagna repubblicana. Senza voler cadere in retorica, va osservato che il problema delle generazioni passate e future non è di poco conto nella scelta secessionista, che anche per questo non dovrebbe essere lasciata a una decisione unilaterale.

Spesso la bilateralità viene percepita come una negazione *de facto* della secessione, in quanto paralizza la volontà di chi desidera secede-

re. Tuttavia, in tal senso, va osservato come la presenza di un “dovere di negoziare” in capo al centro, che si è consolidata tra il caso canadese del 1998 e quello scozzese del 2014, potrebbe ritenersi l’opportuno correttivo. In quanto parte del principio di leale collaborazione tra livelli di governo, il centro non può mantenere atteggiamenti ostruzionistici a priori. Ugualmente il resto della popolazione, pur maggioritario, ha il dovere di partecipare alla conversazione costituzionale richiesta dai corpi politici che chiedono la secessione, mentre questi non possono chiudersi in una sorta di solipsismo pretendendo di svolgere referendum in solitaria che hanno poi impatti fortissimi esterni.

Dato questo assunto, si possono poi pensare diverse coniugazioni della bilateralità. Il caso scozzese e catalano mostrano due modelli: quello affermato dalle istituzioni spagnole chiaramente statuisce che il referendum sulla secessione deve essere costituzionale e deve essere un appello al popolo che coinvolge l’intera nazione. Il modello scozzese, invece, prevede che il referendum sia limitato alla sola popolazione che manifesta la volontà di secedere, ma non esclude assolutamente l’altro livello di governo il quale interviene con le istituzioni della democrazia rappresentativa, che gestiscono la volontà della nazione, la quale non viene chiamata in causa tramite il referendum e istituti di democrazia diretta.

Un’altra caratteristica di una secessione democratica è la presenza di un consenso informato che, a mio avviso, implica che un referendum iniziale sull’indipendenza debba essere assistito da un chiaro quadro delle conseguenze economiche, istituzionali, culturali conseguenti all’indipendenza. Perdita della cittadinanza e quindi del passaporto nazionale, modifica degli uffici e dell’assetto amministrativo, mutamento dei programmi scolastici, mutato livello di benessere economico sono aspetti del quotidiano che spesso non sono presenti nella mente di chi vota. In tal senso, si potrebbe pensare ad un secondo referendum su un testo di legge costituzionale che dettagli nello specifico le conseguenze del nuovo assetto post-indipendenza.

Quelli elencati sono soltanto spunti, tutti rivedibili ed adattabili al singolo contesto costituzionale, ma che, a mio avviso potrebbero essere presi come principi generali imprescindibili per procedere a rinormalizzare la secessione nel dibattito costituzionale.

## 2 GIUGNO 1946 *REFERENDUM O PLEBISCITO?*

di Antonio Mastropaolo

SOMMARIO: 1. Alla ricerca di una definizione; 2. La vittoria della repubblica; 3. Il ritorno allo Statuto dopo il 25 luglio; 4. L'8 settembre e le colpe della monarchia; 5. La questione istituzionale nel dibattito politico costituente; 6. L'abdicazione di Vittorio Emanuele III; 7. Conclusione sulla natura giuridica del referendum istituzionale.

### 1. Alla ricerca di una definizione

La consultazione popolare cui i cittadini italiani saranno chiamati il 4 dicembre prossimo intorno alla riforma costituzionale promossa dal governo Renzi ha riproposto nella polemica politica l'antico dilemma plebiscito/*referendum*. Il confine tra i due istituti è incerto<sup>1</sup>, anche se indubbiamente al concetto di plebiscito si ricorre solo sporadicamente, in ragione dell'aura negativa che lo circonda<sup>2</sup>. Nel linguaggio corrente quest'ultimo costituirebbe, genericamente, l'avallo – unico – di una decisione politica eccezionale e/o eccentrica rispetto al sistema costituzionale su cui interviene. Al *referendum* invece si riconosce per lo più un significato positivo, in quanto costituirebbe un istituto partecipativo caratterizzato dalla sua ripetibilità<sup>3</sup>.

Polemicamente negli ultimi mesi il dilemma è riemerso. Questo articolo non vuole entrare nel merito del dibattito odierno, ma vuol cogliere l'occasione per riprendere il tema in una prospettiva più ampia. Si cercherà in primo luogo di definire alla luce della letteratura la differenza tra i due concetti. Successivamente si prenderà in esame la consultazione popolare che il 2 giugno 1946 decise della forma istitu-

---

<sup>1</sup> Sulla difficoltà di una distinzione netta tra i due istituti. Cfr. M. VOLPI, *Referendum nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1997, p. 498.

<sup>2</sup> S. TIERNEY, *Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican De-liberation*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 22 e ss.

<sup>3</sup> G. SMITH, *The Functional Properties of the Referendum*, in *European Journal of Political Research*, 4 (1), 1976, pp. 1-23.

zionale che si sarebbe data all'Italia dopo la caduta del fascismo. Anche in quel caso alcuni hanno parlato di un plebiscito e altri di un *referendum* vero e proprio.

Allo scopo di definire l'incerto limite giuridico tra i due istituti può essere di qualche interesse ricordare l'origine antica del plebiscito quale forma di appello al popolo. Nel diritto romano era così chiamata ogni norma votata dalla plebe su proposta dei tribuni. La decisione era assunta dai tribuni, mentre alla plebe era rimesso il compito di consentire o meno. Le norme così nate vincolavano esclusivamente la plebe. Solo in una fase più tarda alcune di tali norme furono accettate dagli organi della repubblica, mediante giuramento, assumendo il nome di *leges sacratae*. Era la procedura di votazione a connotarne la natura di avallo popolare: la plebe era convocata in una piazza vicino al Foro, chiamata *comitium*, ove si procedeva al voto *tributum*. Ciò significava che ogni tribù contava per un voto a prescindere dal numero dei votanti. Alla plebe in ogni caso non era attribuita nessuna effettiva competenza in ordine al contenuto della deliberazione<sup>4</sup>. L'elemento proprio e originario dell'istituto plebiscitario era perciò costituito dalla chiamata in causa del popolo per conferire una legittimazione, comunque in uno spazio circoscritto, a un provvedimento normativo deliberato altrove.

In epoca contemporanea i casi in cui si è utilizzato il termine, e pure i tentativi di offrirne una definizione giuridica, sono stati molti e di differente portata<sup>5</sup>. È comunque possibile individuare una serie di situazioni in cui si è ricorso all'espressione plebiscito attribuendo ad essa una valenza essenzialmente positiva. Consideriamole in sequenza.

1. Originariamente il termine è stato utilizzato per riferirsi a una consultazione popolare, svoltasi in nome del principio rivoluzionario di autodeterminazione di un popolo, avente a oggetto eventi di particolare rilevanza nella storia degli Stati: annessioni, incorporazioni, secessioni o unioni<sup>6</sup>. Tali consultazioni sembrano avere la particolarità

---

<sup>4</sup> T. MARCHI, *Plebiscito*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1949, pp. 532-533.

<sup>5</sup> L'uso moderno dei due termini, *referendum* e plebiscito, risale alla metà del XVIII secolo. Anche se la loro contrapposizione si colloca a partire dalla III Repubblica. Cfr. J. DENQUIN, *Réferendum et Plébiscite. Essai de théorie générale*, L.G.D.G., Paris, 1976.

<sup>6</sup> Questa nozione di plebiscito, tenuta ben distinta dalle differenti consultazioni popolari per le quali si è ricorso allo stesso termine, è quella più diffusa nella dottrina più risa-

di essere doppiamente rilevanti nel diritto interno e «in ispecie nel diritto internazionale, in quanto sempre più diffusamente considerati come presupposto del riconoscimento dei mutamenti territoriali o istituzionali da parte della comunità internazionale»<sup>7</sup>. È quest'ultimo l'uso del termine plebiscito meno incerto, che gli attribuisce un significato giuridicamente circoscritto, rilevante per il diritto internazionale<sup>8</sup>. Si tratta di un appello al popolo, in funzione decidente e quindi legittimante, su determinate scelte politiche fondamentali in ordine al territorio di uno Stato<sup>9</sup>.

2. All'espressione si è fatto anche ricorso, in modo più diretto, per riferirsi a una consultazione popolare, rilevante solo per il diritto interno con il quale «saltuariamente, è stato chiesto al popolo di pronunciarsi su scelte istituzionali operate in piena libertà dai governanti»<sup>10</sup>. Anche in questo caso ci troviamo innanzi a un appello al popolo in funzione legittimante di determinate scelte politiche, non legato ai meccanismi giuridici attraverso cui ordinariamente si forma la volontà normativa di uno Stato, e dunque di carattere integrativo<sup>11</sup>. Qualora vi

---

lente. Si veda ad es. A. GIANNINI, *Tendenze costituzionali*, Zanichelli, Bologna, 1933, pp. 72-77.

<sup>7</sup> A. CHIAPPETTI, *Plebiscito*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 947.

<sup>8</sup> Un accurato elenco di questo genere di plebisciti si trova in C. LIPARITI, *Plebisciti*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1966, pp. 133-141.

<sup>9</sup> È questo sicuramente il caso dei plebisciti italiani del periodo risorgimentale ai quali peraltro fu riconosciuto valore costituente nei confronti del nuovo Stato. «Tali atti sono entrati a far parte del diritto pubblico italiano in base al principio che un ordinamento costituzionale non può non considerare come suo tutto il complesso di principi, d'istituti che hanno costituito i prodromi della sua vita. Sul loro fondamento il primo re d'Italia tale divenne per grazia di Dio e "volontà della nazione"». Cfr. T. MARCHI, *op. cit.*, p. 534. Sulla natura costituzionale dei plebisciti si vedano A. BRUNIALTI, *La costituzione italiana e i plebisciti*, in «Nuova Antologia», 37, 1883, pp. 322 ss; D. ANZILOTTI, *La formazione del Regno d'Italia*, in «Rivista di diritto internazionale», 1912, pp. 1-33; S. ROMANO, *I caratteri giuridici della formazione del Regno d'Italia*, in «Rivista di diritto internazionale», 1912, p. 360 e ss; F. RUFFINI, *Diritti di libertà (1926)*, Edizioni Gobettiane, Roma, 2012, p. 132; V. E. ORLANDO, *Regno d'Italia (Formazione del)*, in «Nuovo Digesto italiano», X, Torino 1939, pp. 312-314.

<sup>10</sup> A. CHIAPPETTI, *op. cit.*, p. 947.

<sup>11</sup> Gli esempi di questo genere più risalenti sono: i plebisciti del 1793 e del 1795 con cui furono approvate le costituzioni prima dell'anno I, mai posta in vigore, e poi quella dell'anno III; il plebiscito del 1799 con cui fu approvata la costituzione dell'anno VIII che istituiva il consolato; il plebiscito con cui nel 1802 fu attribuito a Napoleone il titolo di console a vita; il plebiscito del 1804 con cui Napoleone fu proclamato imperatore dei francesi (svoltosi con voto palese); il plebiscito del 1851 con cui fu attribuito a Luigi Napoleone il potere di elaborare una costituzione, il plebiscito con cui nel 1852 gli fu attribuito il tito-

sia continuità tra il principio accolto nell'ordinamento costituzionale e la consultazione popolare su scelte costituzionali già compiute, in epoca recente, si è invece ricorso al concetto di *referendum* costituzionale, mettendo in risalto la partecipazione referendaria come elemento consustanziale alla natura stessa del sistema politico. Il concetto di plebiscito, in senso negativo, permane qualora la consultazione popolare avvenga al di fuori della dinamica propria della forma di governo accolta e contro di essa: «su domande formulate *ad libitum* dai governanti (quando e in quanto questi ultimi si attendano un responso largamente affermativo, “plebiscitario”) per fornire un “ulteriore” e non formalmente necessario avvallo a determinazioni da essi stessi già irrevocabilmente adottate o in corso di adozione»<sup>12</sup>.

3. Un altro caso in cui si è utilizzato il termine in un senso parzialmente sovrapponibile al precedente sono le consultazioni elettorali avvenute negli anni del fascismo nel 1929 e nel 1934. In entrambe le occasioni in luogo di un'elezione politica dei rappresentanti in parlamento il voto si ridusse a una rigida scelta tra l'assenso e il dissenso nei confronti di una lista unitaria nazionale, senza margine di discrezionalità e senza nemmeno la garanzia del voto segreto. Anche qui ci troviamo innanzi a una forma di appello al popolo volta a legittimare una forma di esercizio del potere che si voleva caratterizzata da piena identificazione tra Stato e società: «la lista si pone come indice, espressione di tutto un indirizzo politico; con la risposta per il sì e per il no alla domanda: “approvate voi la lista dei deputati designati dal Gran consiglio del fascismo?” l'elezione viene ridotta ad una semplice espressione di consenso o dissenso in confronto di un sistema di governo, di un indirizzo politico, di quell'indirizzo segnato dalle supreme gerarchie del partito: carattere e significato codesti i quali vengono ad avere decisiva prevalenza su quelli di scelta dei rappresentanti che

---

lo di imperatore e ancora il plebiscito del 1870 con cui veniva istituito l'impero “parlamentare”. È stato certo Napoleone Bonaparte ad avviare un nuovo indirizzo per cui non è la costituzione ad essere oggetto di avallo popolare, ma una singola questione, che, se accolta, è in grado di condizionare tutto il sistema politico. «Con Napoleone l'*appel au peuple* si è trasformato da istituto di governo diretto in istituto di governo rappresentativo: la sovranità popolare rimane bensì la fonte del potere, ma, nell'interpretazione bonapartista e nella pratica applicazione, diventa la fonte più specialmente di un governo personale, di una dittatura cioè conferita dal popolo al capo dello stato». Cfr. T. MARCHI, *op. cit.*, p. 533. Si può collocare tra questi casi il *referendum* con cui Evo Morales, all'inizio del 2016, ha cercato di modificare la costituzione boliviana per ottenere la possibilità di ricandidarsi nel 2019.

<sup>12</sup> A. CHIAPPETTI, *op. cit.*, p. 949.

sono inclusi nelle elezioni generali. Altra forma di applicazione di plebiscito quindi che, posto su una concreta questione squisitamente politica, per sì o per no, non risposto sul concetto della sovranità popolare, si propone, in un sistema non fondato sul governo diretto, di saggiare lo stato d'animo popolare per mantenerne meglio il contatto con lo Stato»<sup>13</sup>. Nella concezione fascista, seguendo la riflessione dei suoi teorici più consapevoli, la sovranità non appartiene al popolo, ma allo Stato. Il corpo degli elettori quindi non poteva esercitarla attraverso lo strumento delle elezioni libere, ma poteva solo manifestare la propria approvazione nei confronti delle scelte del regime<sup>14</sup>.

Le situazioni considerate sono eterogenee e ciò spiega la difficoltà di pervenire a una loro definizione giuridica. Ma è comunque possibile individuare una serie di ricostruzioni interpretative, che non necessariamente si escludono.

1. Secondo un primo autorevole punto di vista vi è *referendum* qualora il popolo partecipi all'attività legislativa e amministrativa e qualora la consultazione referendaria intervenga all'interno di un procedimento deliberativo condotto da altri poteri<sup>15</sup>. Al contrario vi è plebiscito qualora il popolo partecipi all'attività legislativa o amministrativa, accettando, o respingendo, proposte cui può dare forza di legge senza il concorso di un altro organo dello Stato<sup>16</sup>. Questa ricostruzione trae il proprio fondamento da una nozione ristretta di *referendum*, ricavata dall'esperienza svizzera, dove gli organi rappresentativi privi del necessario mandato, dovevano necessariamente ottenere l'assenso popolare prima dell'adozione di determinati provvedimenti<sup>17</sup>. Com'è stato giustamente osservato si tratta di una definizione residuale, in ragione delle maglie troppo strette entro cui si colloca la nozione di *referendum* e che è contraddetta da una pratica politica e giuridica di diverso

---

<sup>13</sup> Cfr. T. MARCHI, *op. cit.*, p. 536.

<sup>14</sup> R. MARTUCCI, *op. cit.*, p. 227.

<sup>15</sup> M. BATTELLI, *Les institutions de la démocratie directe en droit suisse et comparé moderne*, Librairie du Recueil Sirey, Parigi, 1932, p. 4.

<sup>16</sup> Precisa però lo stesso Battelli che: «En France et en Italie on donne souvent de ce terme une définition plutôt politique: c'est la manifestation de confiance du peuple envers un chef auquel la nation confère des pouvoirs très étendues. Le plébiscite ainsi compris à un caractère nettement césarien, car il comporte une dévolution d'autorité presque illimitée». Cfr. M. BATTELLI, *op. cit.*, p. 4.

<sup>17</sup> A. CHIAPPETTI, *op. cit.*, pp. 948-949.

segno<sup>18</sup>. Ma è pur vero che essa mette in luce un aspetto di ordine generale che può essere accolto, ed è stato accolto, da altre definizioni di plebiscito: la fondamentale autolegittimazione del plebiscito, in quanto espressione della volontà di un popolo, che non necessita di riconoscimento giuridico *ex ante*.

2. In base ad un'altra tesi, oggetto del *referendum* sarebbero atti normativi, mentre oggetto del plebiscito sarebbero fatti o avvenimenti che riguardano la stessa struttura dello Stato<sup>19</sup>. Anche questa opinione è stata oggetto di critica. Si è sostenuto che l'atto normativo oggetto della consultazione non è in realtà discriminante, poiché la sua previsione risulta casuale, potendosi verificare – ed essendosi verificati – sia casi di *referendum* che non hanno a oggetto atti direttamente normativi sia plebisciti che sono formulati nei termini di un avallo di una determinazione normativa<sup>20</sup>. Pur condividendo questa critica, si può però riconoscere a tale definizione il merito di mettere in rilievo la dimensione eccedente, rispetto al sistema normativo vigente, del plebiscito. Nulla esclude che oggetto di un plebiscito possano essere atti normativi, ma ciò che “pesa” in essi non è tanto la natura del quesito, quanto la dimensione trascendente della consultazione, in qualche misura *extra-ordinem*, perché relativa a un fatto, in senso ampio, rilevante dal punto di vista del fondamento costituzionale dell'ordinamento giuridico<sup>21</sup>.

3. Anche per questo, altri hanno definito il plebiscito una manifestazione di volontà nazionale che mira all'istituzione di un nuovo potere sovrano<sup>22</sup>. Alcuni degli autori che hanno proposto questa definizione hanno precisato che ciò non può avvenire con forme prestabilite dall'ordinamento, in quanto sanziona un momento storico appena verificatosi o prossimo a verificarsi<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Cedam, Padova, 1967, p. 706; A. CHIAPPETTI, *op. cit.*, p. 949.

<sup>19</sup> *Ibidem*. Santi Romano invece precisa: «Ad ogni modo è da tener presente che il plebiscito è indetto in base a disposizioni che concernono quel determinato caso: nessun principio, né di diritto internazionale né di diritto interno, lo prevede e lo regola come istituto generale». Cfr. S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milano, 1946, pp. 248-248. Più di recente E. DE MARCO, *Contributo allo studio del referendum nel diritto pubblico italiano*, CEDAM, Padova, 1974, p. 70, nota 64.

<sup>20</sup> A. CHIAPPETTI, *op. cit.*, p. 950.

<sup>21</sup> Di qui un accenno, forse critico, di Santi Romano alla denominazione di *referendum* attribuita alla consultazione popolare del 1946. Cfr. S. ROMANO, *op. cit.*, p. 248.

<sup>22</sup> A. GIANNINI, *op. cit.*, p. 72.

<sup>23</sup> I. TAMBARO, *Plebiscito*, in *Il Digesto italiano*, Utet, Torino, 1906-1912, p. 919.

4. Nel tentativo di circoscrivere ulteriormente la nozione, altri ancora, da un punto di vista squisitamente formale, hanno definito più limitatamente il plebiscito una consultazione che non avviene in conformità a norme costituzionali vigenti. Si tratterebbe di un appello al popolo con carattere eccezionale, che può svolgersi, al limite, in conformità a una previsione normativa *ad hoc*<sup>24</sup>.

5. Infine, secondo un ultimo orientamento interpretativo, il plebiscito non sarebbe una scelta tra due soluzioni alternative, ma un'attestazione di fiducia in un uomo o in un regime<sup>25</sup>. Questa definizione dà rilievo prevalente all'elemento sociologico della consultazione popolare, rischiando però di essere poco significativa dal punto di vista giuridico e non dirimente per una distinzione dall'istituto del *referendum*<sup>26</sup>. Infatti, proseguendo nel ragionamento, si potrebbe sostenere che il *referendum* è sì una valutazione libera tra due opzioni, ma è anche utilizzato per rafforzare determinate decisioni politiche prese da chi governa e quindi si può considerare uno strumento per attestare la fiducia nei suoi confronti<sup>27</sup>. E si potrebbe anche rimarcare che anche le elezioni, pur in un contesto di competizione elettorale, è pure una forma di attestazione fiducia nei confronti di chi governa o si appresta a governare. Nella debolezza di questa distinzione, l'unico elemento maggiormente caratterizzante del plebiscito sarebbe allora costituito da una maggiore contrapposizione tra una soluzione "buona" e una "cattiva".

Se la ricchezza di situazioni e di definizioni mostra la difficoltà che pone una corretta qualificazione giuridica del plebiscito, essa comun-

---

<sup>24</sup> S. CARBONARO, *Il referendum nella Costituzione e negli statuti delle regioni ad ordinamento speciale*, in *Studi in onore di C. Esposito*, Vol. I, Cedam, Padova, 1972, p. 133; G. GEMMA, *Plebiscito, Referendum*, in N. BOBBIO, G. PASQUINO, N. MATTEUCCI, a cura di, *Dizionario di politica*, UTET, Torino, 1983, p. 717 e 850; A. CHIAPPETTI, *op. cit.*, p. 952; G. AMBROSINI, *Referendum*, Bollati Boringhieri, Torino, 1993, p. 13.

<sup>25</sup> Cfr. M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2 ed., Librairie du Recueil Sirey, Parigi, 1929, p. 549. Ma anche H. DUVAL, P. LEBLANC-DECHOISAY, P. MINDU, *Referendum et Plebiscite*, Armand Colin, Paris, 1970. In Italia F. LANCHESTER, *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale*, Giuffré, Milano, 2004, p. 152. M. LUCIANI, *Art. 75, in Commentario della Costituzione, La formazione delle leggi*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2005, p. 133.

<sup>26</sup> Cfr. M. RUINI, *La nostra e le cento costituzioni del mondo. Commenti e note alla nostra costituzione*, Giuffré, Milano, 1962, p. 735. Ruini qualifica qui il *referendum* istituzionale del '46 come plebiscito.

<sup>27</sup> A. CHIAPPETTI, *op. cit.*, p. 953.

que consente di individuare alcuni elementi propri del concetto dal punto di vista del diritto costituzionale. In particolare si può osservare che la decisione in merito alla quale il popolo è chiamato a pronunciarsi non è neanche fittiziamente prodotto di un'elaborazione avvenuta ad opera dei corpi intermedi istituzionalizzati che lo compongono secondo i canali integrativi previsti dall'ordinamento costituzionale. Il plebiscito è l'avallo di una decisione presa in alto, da chi detiene il potere, e presentata al popolo come decisiva per la realizzazione di un qualche ideale di "buon governo", che è tale proprio in quanto la decisione sarà approvata dal popolo consultato direttamente<sup>28</sup>. Il plebiscito si risolve nella sanzione di un fatto compiuto, o in corso di compimento, e si fonda sulla necessità, propriamente moderna, di coprire con il manto della volontà popolare fatti politici non pienamente giustificabili alla luce dell'ordinamento vigente.

Un criterio distintivo di massima, tra *referendum* e plebiscito, può forse allora rintracciarsi in un diverso utilizzo dell'idea di democrazia. Nel primo caso essa è intesa come fine da perseguire inserendo il popolo in un procedimento deliberativo istituzionalizzato. Nel secondo essa è uno strumento in vista di un determinato obiettivo politico, non necessariamente in armonia con il principio della partecipazione democratica alla vita pubblica<sup>29</sup>. La consultazione plebiscitaria in sostanza sembra attestare che la sovranità non appartiene al popolo. Vale invece in questi casi il principio per cui il potere viene dall'alto e la fiducia muove dal basso<sup>30</sup>. Per questa ragione può sostenersi che il plebiscito serva a riconoscere carattere rappresentativo al governo quando possa essere messo in dubbio. Ma è anche l'atto mediante il quale il popolo attesta che la sovranità appartiene a un determinato soggetto politico, che ha agito o intende agire nei confronti

---

<sup>28</sup> In una prospettiva politologica questo genere di consultazione è stata ricondotta entro la categoria dei "*referendum passivi*", e cioè controllati da chi governa. Cfr. S. HUG, *Occurrence and Policy Consequences of Referendums. A Theoretical Model and Empirical Evidence*, in *Journal of Theoretical Politics*, 16 (3), p. 323.

<sup>29</sup> Sul complesso rapporto tra plebiscito e democrazia si veda N. ROGACHEVSKY, *Are Plebiscites constitutional? A disputed Question in the Plebiscite Campaign of 1970*, in *French History*, Vol. 27, n. 2, 2013, pp. 249-270.

<sup>30</sup> L. SCUCCIMARRA, "*La fiducia viene dal basso, il potere dall'alto*". *Il laboratorio di brumaio e la crisi del legislativo-centrismo rivoluzionario*, in *Giornale di Storia costituzionale*, n. 8, 2004, pp. 129-148.

dell'ordinamento costituzionale<sup>31</sup>. Al contrario il *referendum* è lo strumento con cui il popolo, depositario della sovranità ultima, è chiamato direttamente a partecipare al governo della nazione<sup>32</sup>.

## 2. La vittoria della repubblica

Una volta tratteggiata la distinzione tra *referendum* e plebiscito può essere interessante, ancora una volta, volgere lo sguardo verso la vicenda costituente e in particolare a quel fondamentale snodo politico e istituzionale che fu la scelta tra monarchia e repubblica. Quale fu l'esatta portata di quel *referendum*? Qual è stato il suo significato nell'esperienza politico-costituzionale italiana? Qual è la natura giuridica del *referendum* svoltosi il 2 giugno del 1946? Senz'ombra di dubbio, esso rientra nel più ampio *genus* delle consultazioni popolari dirette<sup>33</sup>. È tuttavia da stabilire se, al di là dei termini utilizzati, la consultazione sia giuridicamente qualificabile come *referendum* o come plebiscito. La differenza, come vedremo, non è secondaria.

Il 2 giugno del 1946, con *referendum* popolare, svoltosi contestualmente alle elezioni dell'Assemblea costituente, la monarchia dei Savoia fu accantonata sia nella sua dimensione istituzionale sia in quella politica. Sino a quel momento lo Statuto Albertino e il principio monarchico su cui si fondava avevano resistito in modo straordinario alle ingenti trasformazioni che avevano segnato la vita dell'ordinamento statutario sia nel corso del Risorgimento, sia nei decenni successivi, sia ancora negli anni del fascismo e dopo la sua caduta.

Le votazioni si svolsero in un clima sostanzialmente ordinato. Nonostante i malumori, nessuno si mostrò disposto a colpi di mano che avrebbero messo a rischio il futuro sviluppo democratico del paese e

---

<sup>31</sup> Non occorre qui ricordare che lo stesso Hitler era convinto che ogni potere derivasse dal popolo. Questa idea sulla natura fondamentalmente plebiscitaria del potere politico era peraltro diffusa in Europa. Cfr. A. DAMI, *Plébiscite?*, in *Esprit* (1932-1939), Vol. 4, N. 44, pp. 257-259.

<sup>32</sup> Cfr. I. TAMBARO, *op. cit.*, p. 922.

<sup>33</sup> Un'approfondita analisi comparata delle diverse forme di consultazione popolare si trova in P. ULERI, *Le forme di consultazione popolare nelle democrazie: una tipologia*, in *Rivista italiana di scienza politica*, n. 2, agosto 1985, pp. 205-254.

aperto la strada alla guerra civile e probabilmente anche a un intervento militare degli Alleati. Al voto parteciparono ben 25 milioni di italiani<sup>34</sup>. Anche dal punto di vista dell'immaginario collettivo fu un evento di grande portata. Dopo anni di oppressione e di silenzio era possibile esprimere le proprie opinioni liberamente. Gli italiani chiamati alle urne compresero appieno la portata dell'appuntamento, vi si apprestarono con ordine, e con fiducia nel futuro democratico del paese, e accorsero in massa alle urne. La percentuale dei votanti, tra cui le donne, ammesse per la prima volta al voto, sfiorò il 90 per cento.

Il risultato del *referendum* fu proclamato dalla Corte di Cassazione il 10 giugno (12.672.767 voti per la repubblica poi rettificati in 12.717.923 contro 10.688.905 per la monarchia poi anch'essi corretti in 10.719.284). La Corte si riservava un'ulteriore pronuncia, che giunse il 18 giugno, sulle contestazioni e sul numero complessivo dei votanti e dei voti nulli (che risulteranno essere 1.498.136). Umberto aveva infatti contestato gli esiti della consultazione, affermando che i voti a sostegno della repubblica erano sì la maggioranza, ma solo rispetto ai voti validi e non rispetto alla totalità dei voti espressi. Questa presa di posizione generò immediatamente una forte tensione tra l'*entourage* del sovrano e il governo. Si diffuse addirittura la voce – mai confermata – che si stesse preparando un colpo di Stato da parte dell'esercito a sostegno del re. Nonostante qualcuno paventasse il rischio di guerra civile, nessuno però si rivelò disposto ad accettarne le conseguenze. Da un lato lo stesso re dimostrò nell'occasione ampio senso di responsabilità rimettendosi alle decisioni istituzionali,

---

<sup>34</sup> Molte incertezze accompagnarono la votazione. Non ultima quella relativa alla futura posizione di Umberto II in caso di vittoria della monarchia. Tra i sostenitori dell'istituzione non pochi vedevano di buon occhio un passaggio di consegne. In un sondaggio sulla scelta tra monarchia e repubblica ben il 5 % dichiarava che le accuse nei confronti del re erano ingiuste, il 27% dichiarava che: "Il Re può aver sbagliato, ma la monarchia deve rimanere" e il 16% riteneva non opportuno modificare la forma dello Stato. Il 40% si dichiarava favorevole invece alla repubblica. In un altro sondaggio si chiedeva se l'abdicazione di Vittorio Emanuele III aveva o meno fatto aumentare le opinioni favorevoli alla monarchia. Qui ben il 53% sosteneva che le aveva fatte aumentare. Innanzi alla domanda: "Se in Italia rimanesse la monarchia, chi dovrebbe essere il re?", solamente il 32 % dei favorevoli alla monarchia indicava Umberto II, il 25% si schierava per il giovane Vittorio Emanuele e il 5% a favore di un qualsiasi altro esponente di casa Savoia. L'8 % degli intervistati addirittura indicava un membro di un'altra dinastia e il 30% preferiva non indicare nessuno. Si vedano anche altre interessanti rilevazioni in P. LUZZATTO FEGIZ, *Il volto sconosciuto dell'Italia*, Giuffrè, Milano, 1956, pp. 411-439.

dall'altro lato De Gasperi, presidente del consiglio, seppe mantenere calmi gli animi. Il 13 giugno il governo dichiarò operante la norma del decreto luogotenenziale n. 98 per cui «dal giorno della proclamazione del risultato a favore della Repubblica e fino alla elezione da parte dell'Assemblea costituente del capo provvisorio dello Stato, le relative funzioni devono essere assunte ed esercitate dal Presidente del Consiglio in carica nel giorno della elezione»<sup>35</sup>. Il sovrano ne prese atto e il

---

<sup>35</sup> La dichiarazione assunta dal Consiglio dei ministri che segnava il passaggio dalla Monarchia alla Repubblica così recitava:

*«Il Consiglio dei Ministri ha preso atto della proclamazione dei risultati del referendum, fatta, a termini di legge, dalla Suprema Corte di Cassazione e che assicura la maggioranza alla Repubblica, e si è riservato di decidere nella seduta di oggi sui provvedimenti concreti che ne derivano. Il Consiglio confida nel senso di civismo di tutti gli italiani e fa appello al Paese, che si è manifestato nella sua maggioranza repubblicana, perché, consapevole della sua forza e del suo diritto, non si presiti a provocazioni di elementi faziosi nella sicurezza che nessuno potrà strappargli la vittoria raggiunta nella legalità della consultazione popolare della quale il Governo rimane interamente garante.*

*In conformità della precedente deliberazione, la giornata di oggi, martedì 11 giugno, è considerata festiva a tutti gli effetti».*

Nei giorni successivi fu approvata un'altra dichiarazione:

*«Il Consiglio dei Ministri riafferma che la proclamazione dei risultati del referendum fatta il 10 giugno dalla Corte di Cassazione, e nella forma e nei termini dell'art. 17 del decreto legge luogotenenziale 26 aprile 1946, n. 219 ha portato automaticamente all'instaurazione di un regime transitorio, durante il quale, fino a quando l'Assemblea Costituente non abbia nominato il Capo Provvisorio dello Stato, l'esercizio delle funzioni del Capo medesimo spetta ope legis al Presidente del consiglio in carica.*

*Tale situazione, costituzionalmente creata dalla volontà espressa dal popolo nella forma prevista dalle leggi luogotenenziali, non può considerarsi modificata dalla comunicazione di Umberto II al Presidente del Consiglio.*

*Il Governo, sapendo di poter contare sul senso di responsabilità di tutti gli organi dello Stato, rinnova il suo appello ai cittadini perché nel momento attuale, decisivo per le sorti del Paese, all'interno come nei rapporti internazionali, lo sorreggano concordemente, con la loro vigile disciplina e col patriottismo operante, nel compito di assicurare la pacificazione e l'unità nazionale».*

La comunicazione di Umberto suonava così:

*«Signor Presidente, ritengo opportuno confermare ancora una volta la mia decisa volontà di rispettare il responso della maggioranza del popolo italiano, espresso dagli elettori votanti, quale risulterà dagli accertamenti e dal giudizio definitivo della corte Suprema di Cassazione, chiamata per legge a consacrarlo. Poiché questo proposito è di certo comune a tutti, come il desiderio di apportare il massimo contributo alla pacifica-*

giorno stesso si imbarcò sul volo che lo avrebbe condotto verso l'esilio. A ripensare a quei momenti sembrerebbe che il *referendum* e le elezioni dell'Assemblea si siano svolti secondo dinamiche differenti. Il voto ai partiti premiò le nuove forme che aveva assunto la dinamica politica. Ebbero la meglio i partiti di massa che disponevano di un'efficace rete di radicamento sul territorio. Al contrario le forze che avevano gestito la campagna in modo tradizionale, secondo le consuetudini del periodo prefascista e facendo leva sull'idea del "partito d'opinione", ottennero risultati piuttosto deludenti. Ciò dimostrava, almeno in parte, il più importante rivolgimento avvenuto a livello istituzionale, in seguito alla caduta del fascismo: l'affermazione dei partiti come luogo integrazione tra la società e lo Stato.

La DC, con un ampio sostegno delle zone rurali, aveva ottenuto il 35,2 per cento dei voti e 207 seggi in Assemblea. Il PSIUP, vincente a Milano e Torino, con il 20,7 per cento delle preferenze aveva conquistato 115 seggi, superando così i comunisti, che, a sorpresa, ne ottenevano "solo" 104 con il 19 per cento. Tra gli altri partiti, stupiva il risultato del Partito d'azione che aveva ottenuto solo 7 deputati con l'1,5 per cento e quello dei repubblicani, gli unici ad aver rifiutato ogni compromesso con la monarchia, che si erano aggiudicati il 4,4 per cento dei voti e 24 deputati. Se l'insuccesso dei primi dimostrava per molti la loro distanza dalle masse e il troppo forte legame con le forme politiche del passato liberale, l'esito del Partito repubblicano, comunque autoesclusosi dall'accordo costituente, testimoniava come la questione istituzionale fosse pregiudizialmente legata più alle colpe della monarchia sabauda, che alla sostituzione della forma di Stato. Era un problema, quest'ultimo, percepito solo in ambiti ristretti e culturalmente avanzati della popolazione.

Tra i partiti uno solo sembrava rappresentare una minaccia reale per il futuro democratico del paese, il Fronte dell'Uomo Qualunque, fondato dal drammaturgo Guglielmo Giannini, disponeva del sostegno di potentati locali ex fascisti. Questa formazione politica, sostenuta prevalentemente dal voto del sud, aveva ottenuto ben 30 deputati,

---

*zione degli spiriti, sono sicuro che possiamo ancora continuare in quella collaborazione intesa a mantenere quanto è veramente indispensabile: l'unità d'Italia.*

*Accolga, Signor Presidente, L'espressione dei miei migliori sentimenti. Affezionato-  
tissimo Umberto».*

svolgendo una campagna contro ogni iniziativa riformatrice che minacciasse l'“italiano qualunque” e facendo quindi leva su forme di anti-politica *ante litteram*.

L'esito referendario, d'altro canto, mostrò quanto profonda fosse la frattura tra Nord e Sud. Nord e Centro sostennero la repubblica, il Sud si schierò in gran parte per la monarchia. Su questo risultato incise la differente esperienza degli ultimi anni: al Nord la Resistenza, ma anche, in realtà, la stessa propaganda della Repubblica di Salò, erano state in grado di creare un diffuso sentimento antimonarchico imperniato sull'idea del tradimento. Al Sud, al contrario, la ricostituzione del Regno del Sud sotto la Corona, accompagnata da una sostanziale continuità di potere con il periodo fascista, avevano alimentato la fiducia nei confronti della conservazione contro l'astratto ideale della repubblica visto come vero e proprio “salto nel buio”<sup>36</sup>.

Il voto referendario, tuttavia, assunse anche altri significati di rilievo costituzionale connessi all'idea stessa di sovranità popolare. Merita quindi essere ripercorso il tragitto storico politico che condusse alla consultazione per i risvolti di carattere ricostruttivo e teorico che sembra offrire.

### 3. Il ritorno allo Statuto dopo il 25 luglio

Indagare sul significato costituzionale del voto referendario significa osservare il mutamento della concezione dell'istituto monarchico. La tendenza di lungo periodo fu quella di un progressivo svuotamento dell'idea, che era stata alla base della stesura dello Statuto Albertino e di tutto il Risorgimento, di una monarchia, sacra e sovrana, che sceglieva di autolimitarsi attraverso un documento costituzionale e di legittimarsi come fulcro intorno al quale costruire l'unità italiana<sup>37</sup>. Già nel corso dell'800 questa idea si era attenuata a favore di una conce-

---

<sup>36</sup> I giudizi in merito naturalmente non erano concordi nemmeno all'estero. Si veda ad esempio J. G. HEINBERG, *Continuity and Change in European Governments*, in *The Journal of Politics*, vol. 8, n. 3, 1946, p. 402.

<sup>37</sup> In tal senso può anche essere letto l'incontro a Teano tra Giuseppe Garibaldi e Vittorio Emanuele III, che spesso è stato assimilato alla cosiddetta “svolta di Salerno”, che al contrario rappresenta un passaggio decisivo verso lo svuotamento della sovranità regale, quando la scelta di Garibaldi fu una resa nei suoi confronti.

zione “desacralizzata” della monarchia, intesa come istituzione capace, entro la forma di governo parlamentare, di svolgere un ruolo costituzionale in un quadro normativamente garantito. Le ambiguità di fondo erano purtuttavia rimaste e solo nel dibattito costituente si riuscì a scioglierle.

In quel momento, occorre sottolinearlo, la risoluzione della questione istituzionale era strettamente legata al problema della convocazione di un’assemblea costituente chiamata a ridefinire l’assetto istituzionale dell’Italia dopo la caduta del fascismo. Per molte delle forze politiche la rimozione della monarchia doveva essere la premessa necessaria dell’instaurazione di un vero e proprio regime democratico.

Quest’idea però era ben lungi dall’essere maturata fin dai giorni che seguirono la caduta del fascismo. Certo, all’interno dei partiti politici la possibilità sia di una costituente sia della repubblica era stata avanzata, in particolare nell’area socialista e tra gli azionisti<sup>38</sup>, ma era mancata l’occasione per rendere questa ipotesi concreta nel dibattito pubblico, anche perché le altre forze politiche si erano mostrate meno determinate in tal senso<sup>39</sup>. Nello stesso scenario internazionale, gli alleati avevano “naturalmente” individuato come interlocutore istituzionale Vittorio Emanuele III guardando con perplessità alla costellazione antifascista. Anche il re, del resto, si era mosso per darsi

---

<sup>38</sup> In una nota del *Taccuino 1943* Pietro Nenni immagina tra le idee attorno a cui mobilitare le masse: “Lega del popolo per la liberazione del Paese e la pace sparata, Governo provvisorio, Consigli di fabbrica, di mestiere e di professione, Costituente e Repubblica”. Cfr. P. NENNI, *Vent’anni di fascismo*, Edizioni Avanti!, Milano, 1964. Ma ancora prima, nella primavera del 1942 fu pubblicato sul *New York Times* un memoriale redatto da Ugo La Malfa, Adolfo Tino e Ferruccio Parri. Come ricorda Leo Valiani: “In quel memoriale si diceva che per alcune correnti democratiche dell’antifascismo il problema istituzionale era maturo e doveva essere impostato apertamente tanto più che non poteva essere esclusa la possibilità che la monarchia cercasse di salvare la sostanza del regime sacrificando in extremis la forma mussoliniana”. Cfr. L. VALIANI, *Dall’antifascismo alla Resistenza*, Feltrinelli, Milano, 1959, p. 106.

<sup>39</sup> È interessante ricordare che tra le altre forze antifasciste sulla monarchia non vi era accordo. E comunque, per alcune di loro, non si trattava di una questione centrale del loro programma. Così era per i liberali e i democristiani, preoccupati prima di tutto di riconquistare le libertà civili e politiche, ma non pregiudizialmente contrari all’appoggio nei confronti del sovrano, così era anche per la Democrazia del lavoro, indifferente rispetto al problema istituzionale. Particolare era la posizione del Pci “che non rifuggiva, con spregiudicato possibilismo, dall’idea di cercare una intesa con gli ambienti della Corona e dell’esercito al fine di rovesciare il fascismo”. Cfr. P. PERMOLI, *La Costituente e i partiti politici italiani*, Cappelli, Rocca san Casciano, 1966, p. 19.

un'immagine di salvatore della patria dissociando le sue responsabilità da quelle del fascismo e chiamando a raccolta gli italiani intorno a sé. L'occasione "costituzionale" gli era stata offerta il 25 luglio del 1943 con l'ordine del giorno Grandi, che aveva consentito la deposizione e l'arresto di Mussolini.

Il cosiddetto colpo di stato si può, perciò, collocare nel solco dell'idea della sovranità regale virtualmente piena<sup>40</sup>. Non sarebbe errato allora affermare che il 25 luglio avvenne non un colpo di Stato, ma un vero e proprio *coup de Majesté* d'antico regime, un atto di reintegrazione della sovranità, perciò autolegittimantesi in principio. Con esso, il re, al di là del diritto vigente, assumeva su di sé ogni potere per garantire la continuità dello Stato<sup>41</sup>.

Un simile argomento tornava peraltro utile a giustificare l'inerzia del sovrano negli anni delle riforme fasciste<sup>42</sup>. La sua posizione si era dimostrata, dal punto di vista morale e politico, imbarazzante. Aveva accettato, senza opporre la sua "prerogativa", ogni decisione politica del fascismo sin dall'approvazione delle leggi sul Gran Consiglio; e soprattutto aveva condiviso con Mussolini la responsabilità della dichiarazione di guerra. Ora Vittorio Emanuele III poteva sostenere che solo la grave minaccia alla continuità dello Stato aveva reso ammissibile una sua intromissione nella vita politica del paese. In questo modo poteva salvare la monarchia distinguendo nettamente dai destini del regime le responsabilità della Corona, chiamata, per sua natura a svolgere solo un compito di "supplenza" nel governo delle situazioni estreme.

Il re procedette quindi alla nomina di Badoglio a capo del Governo. L'intento del sovrano era, velleitariamente, di riportare indietro le lan-

---

<sup>40</sup> È difficile non vedere qui una fonte d'ispirazione per la teoria di Carlo Esposito sul Capo dello Stato come reggitore dello Stato nei momenti di crisi sistemica. È in queste situazioni, secondo lo studioso, che il sovrano avrebbe dovuto assumere su di sé il ruolo di salvatore della patria per scongiurare la disgregazione dello Stato. C. ESPOSITO, *Capo dello stato*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 1960, p. 224.

<sup>41</sup> R. MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana*, Carocci, Roma, 2002, p. 245.

<sup>42</sup> Lo stesso Umberto Terracini anni dopo sosterrà: "il modo col quale il fascismo fu congedato, attraverso l'arresto di Mussolini e il passaggio alla creazione di un governo che accoglieva in sé solo parzialmente uomini o tradizioni mediate del fascismo, fece credere agli italiani che, in realtà, il merito della liquidazione del fascismo spettasse alla monarchia". Cfr. U. TERRACINI, *Come nacque la Costituzione. Intervista di Pasquale Balsamo*, Editori Riuniti, Roma, 1997, p. 3.

cette della storia e di tornare al regime statutario precedente l'ascesa del fascismo, se non addirittura, secondo alcune letture<sup>43</sup>, a un governo monarchico *puro*. Anche allora, come oggi è consueto, si spese l'immagine di un "governo dei tecnici" per porre l'accento sulla cesura rispetto al regime e alla sua politica, ma ciò non impedisce di affermare che esso avesse piuttosto i caratteri di un "Governo della Corona", secondo lo schema liberale classico. La sua struttura rifletteva la totale assenza di un Parlamento, che mai si era verificata durante l'esperienza statutaria. Gli organi di cui si componeva lo Stato erano ridotti a tre: il re, il capo del governo e l'esecutivo, composto prevalentemente da militari, diplomatici e tecnici, riflesso delle tradizionali prerogative monarchiche e chiamati a svolgere un compito essenzialmente amministrativo. Su queste basi il nuovo ministero avviò una vera e propria opera di restaurazione costituzionale, deliberando l'abbattimento delle istituzioni del fascismo, oltre che l'elezione di una nuova Camera dei deputati da svolgersi entro quattro mesi dalla cessazione dello stato di guerra.

#### **4. L'8 settembre e le colpe della monarchia**

È con l'8 settembre che la strategia monarchica mostrò i suoi limiti. Con la fuga del re si assistette a un crollo di legittimazione della monarchia, almeno verso l'interno. La finzione della regalità perdeva ogni attendibilità innanzi agli italiani per le colpe dell'uomo chiamato a ricoprirne l'ufficio. Il tentativo, fin lì perseguito, di salvare il sovrano come persona e come istituzione, accreditando l'idea di una sua estraneità agli eventi politici, fu definitivamente smascherato, anche se, verso l'esterno, la stipulazione dell'armistizio con gli alleati dimostrava il permanere di una fiducia internazionale in lui e nel suo governo.

Da questo momento, innanzi alle manovre del Regno del Sud di salvaguardare in qualche misura la continuità dello Stato, tramite la

---

<sup>43</sup> P. PERMOLI, *op. cit.*, p. 15.

figura del re<sup>44</sup>, il problema istituzionale divenne centrale nella progettazione del futuro assetto democratico da parte dei partiti aderenti al CLN. Occorreva affrontare in modo esplicito, e nonostante le pressioni internazionali, il problema della sopravvivenza della monarchia. Non era possibile dichiararla decaduta. Il gesto sarebbe stato visto con allarme dagli alleati, soprattutto dagli inglesi che vedevano nell'istituzione monarchica una garanzia di moderazione<sup>45</sup>; ma non sarebbe piaciuto nemmeno a quelle forze antifasciste che nutrivano ancora fiducia nelle capacità coesive dell'istituzione monarchica. Non restava che rimandare la soluzione a dopo la guerra chiamando il popolo a esprimersi, anche se, dopo venti anni di regime, non era facile prevederne gli orientamenti. Fu così che il 16 ottobre 1943 il CLN approvò una mozione che prevedeva di «convocare il popolo, al cessare delle ostilità, per decidere sulla forma istituzionale dello Stato»<sup>46</sup>.

Dal testo di tale mozione traspare un'evidente condanna della monarchia, che però investe il titolare dell'ufficio più che l'istituzione stessa. Anche se la priorità rimaneva la guerra di liberazione, nelle ultime parole si affacciava il problema istituzionale, rimesso alla volontà popolare. Nulla però era detto circa le modalità attraverso cui essa

---

<sup>44</sup> La tesi monarchica di una continuità dello Stato unitario incarnata dal Re e dissolta in seguito all'esautorazione perpetrata dai partiti è sostenuta da A. DEGLI ESPINOSA, *Il Regno del Sud, 8 settembre 1943 - 4 giugno 1944*, Magliaresi, Roma, 1946.

<sup>45</sup> Occorre qui ricordare il discorso tenuto da Churchill il 21 settembre alla camera dei Comuni. Qui egli sottolineava che «la popolazione e le forze militari si sono dovunque mostrate sfavorevoli o attivamente ostili ai tedeschi... e ansiose di obbedire sino ai limiti delle loro possibilità agli ordini del nuovo governo del Re d'Italia». Ciò confermava la necessità di un appoggio alla Corona: «La fuga di Mussolini in Germania, la sua liberazione ad opera dei paracadutisti, ed i suoi tentativi di formare un governo "quisling" che con le baionette tedesche possa ricollocare il giogo fascista sul collo del popolo italiano, aprono naturalmente la strada alla guerra civile in Italia. È necessario nell'interesse generale, altrettanto che in quello dell'Italia, che tutte le forze sopravvissute della vita nazionale italiana siano raccolte insieme attorno al loro governo legittimo, e che il Re ed il maresciallo siano sostenuti da tutti gli elementi quali essi siano, liberali e di sinistra, capaci di tenere testa alla combinazione "quisling" fascista e di creare così le condizioni che acconsentano di cacciare tale infame combinazione dal suolo italiano o meglio ancora di annichirla sul posto». Era questa comunque una posizione che non pregiudicava ulteriori sviluppi istituzionali. Churchill precisava ancora innanzi ai recalcitranti laburisti che: «Niente di quanto è stato affermato previene o pregiudica, in alcun modo, la libera decisione del popolo italiano». Cfr. A DEGLI ESPINOSA, *op. cit.*, pp. 81 e ss.

<sup>46</sup> I. BONOMI, *Diario di un anno*, Castelvechi, Roma, 2014, pos. 1890.

avrebbe dovuto esprimersi. Su questa base le diverse componenti del CLN iniziarono a delineare i propri obiettivi istituzionali<sup>47</sup>.

È interessante, peraltro, la proposta del CLN. Si era affermata l'idea di mantenere la monarchia *sub iudice* sino alla fine della guerra. Certo le sinistre, in particolare socialisti e azionisti, più timidamente i comunisti, ne avrebbero voluto la soppressione immediata, ma si preferì una posizione interlocutoria, decidendo di avvalersi ancora del prestigio internazionale dell'istituzione in attesa della fine della guerra.

Il solo fatto che fossero i partiti antifascisti a decidere della sopravvivenza della monarchia sino alla sconfitta delle forze nazifasciste era comunque carico di significato. Significava sostenere che la forma monarchica era solo una tecnica di organizzazione del potere che trovava il suo fondamento ultimo nella volontà popolare e non una forma trascendente di comando che aveva il proprio fondamento nella volontà divina, come invece si sosteneva, nonostante le trasformazioni costituzionali, prima della caduta del fascismo. La posizione dei liberali era esemplare. Furono loro, anche per bocca di Croce, a spingere per l'abdicazione in favore del nipote del re, esente da ogni responsabilità personale nei confronti del regime; ma questa soluzione piacque poco agli ambienti di corte. Da un lato, la richiesta trovava fondamento nell'indegnità della persona del sovrano e non poteva perciò essere accolta. D'altro canto questa ipotesi poteva assumere anche un altro significato: il riconoscimento che la sovranità del re, anche se solo in potenza piena, era suscettibile di essere sottoposta a un giudizio umano, in contrasto con il principio tradizionale della monarchia per cui il re non può sbagliare<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> E. BETTINELLI, *op. cit.*, p. 131.

<sup>48</sup> Indegnità morale dei Savoia e questione istituzionale sono profili solo parzialmente coincidenti. Ciò risulta da molte dichiarazioni dell'epoca. In un documento socialista dell'inizio del 1945 non si esita a parlare di un "imperativo repubblicano", ma poi si precisa:

*«Questa nostra parola d'ordine è stata raccolta con encomiabile spirito di iniziativa da una nostra Federazione provinciale che si è fatta promotrice di una mozione antimonarchica proponendo la creazione di un "Fronte Repubblicano" fra tutti i partiti, movimenti e gruppi che si rendono conto come la liquidazione di Casa Savoia costituisca, prima ancora di una questione istituzionale di possibile discussione, una pregiudiziale morale sulla quale nessun italiano, che abbia a cuore la dignità del proprio paese,*

Nei mesi successivi il tema delle colpe del re e, di riflesso, dell'opportunità di mantenere la monarchia fu ripreso più volte, anche nel corso del Congresso di Bari, che adottò ancora una risoluzione aperta. Sebbene si registrasse un qualche arretramento rispetto alle posizioni di ottobre, in merito alla formazione di un governo "con i pieni poteri del momento d'eccezione", anziché con tutti i poteri costituzionali di cui si era detto in ottobre, alcuni punti rimanevano fermi: il rinvio della questione istituzionale a dopo la guerra, previa abdicazione dell'attuale sovrano, e la convocazione di un'Assemblea costituente.

Questo passaggio merita di essere sottolineato. È vero che il Congresso di Bari vide il prevalere di forze nostalgiche del passato e continuiste, ma è anche vero che la monarchia rimaneva *sub iudice*. Non è certo di poco conto che si parlasse ancora di abdicazione e, per la prima volta espressamente, di questione istituzionale. Per i partiti, in larga parte almeno, era quest'ultimo ancora un problema di forma di governo e non di regalità. La quale, in sostanza, in modo forse irriflesso, si riteneva definitivamente tramontata nella sua dimensione trascendente.

Questa impostazione del problema, nonostante le attenuazioni rispetto ai mesi precedenti, non poteva che apparire indigesta a Vittorio Emanuele III e ai nostalgici della monarchia di *ancien régime*. Fu l'iniziativa di Togliatti, su impulso sovietico e indirettamente forse anche di Badoglio, di rinunciare all'abdicazione, con la svolta di Salerno, a consentire il superamento dell'*impasse* e l'accettazione da parte del re di una soluzione ancora di compromesso avanzata da De Nicola, Croce e Sforza. L'accordo prevedeva il differimento della questione istituzionale al termine della guerra e alla convocazione di un'assemblea costituente, ma, in luogo dell'abdicazione, proponeva la nomina come Luogotenente di Umberto di Savoia, senza che la titolarità formale e attuale della Corona fosse messa in discussione. Si trat-

---

*dovrebbe transigere... Si pongano in guardia i compagni dal sottovalutare con eccessiva leggerezza la possibilità della dinastia sabauda che può contare sul concorso di imponenti ed oscure forze conservatrici e sull'appoggio dell'attuale governo britannico che preferirebbe, evidentemente, una docile monarchia all'incognita di una instaurazione repubblicana».*

Cfr. *Per un fronte antimonarchico, marzo 1945*, in S. NERI SERNERI, a cura di, *Il Partito Socialista nella Resistenza. I documenti e la stampa clandestina (1943-1945)*, Nistri-Lischi, Pisa, 1988., p. 312.

tava di una soluzione che consentiva a tutti di salvare la faccia e che si rivelò un utile *escamotage* per il re di sfuggire all'abdicazione e per i partiti di consentire al mantenimento della monarchia, pur sempre utile sul piano internazionale. La premessa di una monarchia *sub iudice* non veniva però meno e di ciò probabilmente le stesse forze politiche che accettarono il compromesso erano ben consapevoli.

La “svolta di Salerno” condurrà alla formazione il 22 aprile 1944 di un nuovo gabinetto di larga concentrazione antifascista, guidato sempre da Badoglio, ma ora in nome della “tregua istituzionale” e non più in nome della Corona. Si trattava di un governo di coalizione cui partecipavano esponenti di tutte le forze antifasciste, anche se restavano in carica i membri militari per volontà dell’A.C.C.<sup>49</sup>. Si rompeva così lo schema che aveva funzionato dal 25 luglio, ma sembra difficile sostenere che si trattasse di un governo un qualche modo riconducibile alla forma parlamentare. Esso era espressione del CLN<sup>50</sup>, quantunque esso avesse iniziato a svolgere “compiti analoghi a quelli indirettamente espliciti dalle assemblee parlamentari nelle forme di governo ‘parlamentari’”<sup>51</sup>.

Tra gli impegni del nuovo governo figurava quello di convocare un’assemblea costituente legislativa, ma i suoi obiettivi primari erano altri e più immediati: la liberazione, l’epurazione e la ricostruzione<sup>52</sup>. A rilevare il problema rappresentato da un’assemblea costituente e legislativa a un tempo e a criticare la mancata assunzione di impegno in un qualche documento scritto fu Ivanoe Bonomi. La colpa era fatta ricadere sul Congresso di Bari, che «non ha messo l’accento sulla necessità pregiudiziale della Costituente per risolvere il problema istituzionale e questa deplorabile deficienza si palesa in tutta la situazione che ne è derivata»<sup>53</sup>. Ciò non toglie che con la nomina a Luogotenente del figlio, Vittorio Emanuele aveva accettato la nuova impostazione del problema della regalità. Si potrebbe dire che con tale atto egli ave-

<sup>49</sup> G. ZAGREBELSKY, *Coalizioni di governo e “regime transitorio”*, in *Democrazia e diritto*, 1973, p. 201 e ss.

<sup>50</sup> A. DEGLI ESPINOSA, *Il Regno del sud*, cit., p. 343.

<sup>51</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 124; M. DOGLIANI, *Il sistema costituzionale*, in M. FIRPO, N. TRANFAGLIA, P. ZUNINO, *Guida all’Italia contemporanea, II. Istituzioni politiche e forme di governo*, Garzanti, Milano, 1998, p. 51

<sup>52</sup> E. BETTINELLI, *op. cit.*, pp. 132-133.

<sup>53</sup> I. BONOMI, *Diario di un anno*, cit., pos. 2342.

va accettato di salvaguardare la monarchia nella sfera della *iurisdictio*, rinunciando alla sovranità del *gubernaculum*.

La nomina del Luogotenente segnò perciò la fine della sovranità teocratica. Il R.d. n. 140/1945 fu l'ultimo ad adottare la formula "per grazia di Dio e per volontà della Nazione re d'Italia". La sovranità statutaria era finita. Di poco seguiva un altro indicativo cambiamento: la formula del giuramento, con il decreto n. 151/1944, cessava di essere quella di fedeltà al Re per diventare quella di fedeltà alla Nazione.

Coerentemente con questa premessa, ad opera di Umberto, iniziò una fase di "accreditamento costituzionale" dell'istituzione monarchica. In questa prospettiva può essere letta l'intervista da lui rilasciata il 20 aprile del 1944 al *Times*, che suscitò una vivace reazione di protesta tra i partiti antifascisti. Alla domanda del giornalista su come mai l'Italia avesse dichiarato guerra alla Francia e alla Gran Bretagna, egli aveva risposto che questa era stata la volontà di Mussolini, ma che tutto il popolo vi aveva consentito, giacché non si era levata nessuna voce di protesta, né nessuna richiesta di convocazione del Parlamento. L'affermazione era coerente con la tesi per cui il re non era un sovrano d'*ancien régime* che sceglieva di autolimitarsi, ma un organo costituzionale chiamato ad esercitare atti normativamente circoscritti. Naturalmente l'attualità degli eventi e delle colpe di Vittorio Emanuele III, oltre all'attuale situazione politica, rendevano inaccettabile una simile conclusione<sup>54</sup>.

I tempi però non erano maturi. Occorreva limitarsi a sanzionare in un atto legislativo la tregua raggiunta. Con la liberazione di Roma Badoglio si dimise per far luogo al primo ministero presieduto da Bonomi, il cui obiettivo immediato fu quello di formalizzare la tregua istituzionale. Fu quindi approvata con il D.l.l. del 25 giugno 1944 n. 151 quella che andrà poi sotto il nome di "costituzione provvisoria", che stabilì l'iter costituente che si sarebbe dovuto percorrere<sup>55</sup>. I momenti previsti erano tre: liberazione, elezione di un'Assemblea costituente,

---

<sup>54</sup> F. LUCIFERO, *L'ultimo re: i diari del ministro della Real Casa*, Mondadori, Milano, 2002, p. 595.

<sup>55</sup> Art. 1 Dopo la liberazione del territorio nazionale, le forme istituzionali saranno scelte dal popolo italiano che a tal fine eleggerà, a suffragio universale diretto e segreto, una Assemblea Costituente per deliberare la nuova costituzione dello Stato.

I modi e le procedure saranno stabiliti con successivo provvedimento.

scelta istituzionale e redazione di una Costituzione<sup>56</sup>. Era qui affermata, in modo più diretto e inedito nell'esperienza statutaria, la sovranità popolare<sup>57</sup>, ma la scelta della forma istituzionale non era rimessa direttamente al popolo. Ciò avveniva per una certa diffidenza verso le forme di appello diretto al popolo, da sempre ritenute pericolose e al momento incerte negli esiti. I dubbi in tal senso erano confermati dal fatto che nel testo non si faceva nemmeno menzione di un possibile *referendum* successivo di approvazione per legittimare il testo costituzionale che sarebbe uscito dai lavori dell'Assemblea costituente.

Nei due anni che precedettero il *referendum*, il Luogotenente si impegnò ancora, e più efficacemente, a far dimenticare le colpe di casa Savoia. Umberto II tentò di dimostrarsi formalmente e sostanzialmente rispettoso del sistema dei partiti. Mantenne un profilo defilato e conforme all'ideale della tradizione parlamentare liberale che vedeva nel capo dello Stato una figura *super partes*, chiamata a oliare i meccanismi del sistema politico. In ciò si dimostrò più accorto del padre nel gestire la propria immagine, omettendo qualsiasi manifestazione anche indiretta di regalità. Affrontò i mutamenti di governo senza intervenire nella discussione tra i partiti e favori, attraverso lo strumento delle consultazioni, la formazione dei governi senza imporre la propria volontà. Coerentemente controfirmò tutti i decreti che gli erano stati presentati, anche quando non graditi. Cessò così di essere un protagonista del dibattito costituzionale, ormai rivolto, in larga parte, al tema dell'Assemblea Costituente, dimostrando di accettare la dinamica democratica, di cui si dichiarava estimatore.

È di nuovo un'intervista a mostrare la diversa prospettiva rispetto al passato entro cui si muovevano le aspirazioni della monarchia. Il 1° novembre del 1944 il *New York Times* pubblicò le dichiarazioni rila-

---

<sup>56</sup> Il primo atto con cui si era assunto l'impegno a convocare al termine delle ostilità un'Assemblea costituente chiamata a rinnovare lo stato contro le pretese di restaurazione del sistema costituzionale prefascista era stata la risoluzione adottata al termine del Congresso di Bari (8-29 Gennaio 1944). Cfr. E. Bettinelli, *La formazione dell'ordinamento elettorale nel periodo precostituente. All'origine della democrazia dei partiti*, in E. Cheli, a cura di, *La fondazione della Repubblica. Dalla costituzione provvisoria alla Assemblea Costituente*, Il Mulino, Bologna, 1979, p. 129.

<sup>57</sup> C. DE FIORES, *Monarchia, partiti e popolo nel periodo provvisorio (1943-44)*, in C. FRANCESCHINI, S. GUERRIERI, G. MONINA, *Le idee costituzionali della Resistenza. Atti del Convegno di studi. Roma 19, 20 e 21 ottobre 1995*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 1997, p. 462.

sciate da Umberto al giornalista Herbert L. Matthews nel corso di una conversazione privata dall'emblematico titolo *Italian Monarchy Must Move Left. Crown Princes Declares*. Le prime domande riguardavano il dilemma monarchia o repubblica. A giudizio del giornalista Umberto sembrava distinguere tra l'atteggiamento dei partiti, le cui posizioni erano chiare, e il sentimento popolare, che era ancora sconosciuto. Per questa ragione, in accordo con la Carta Atlantica, la proposta era di rimettere la decisione a un "plebiscito" (sic) da svolgersi al ritorno della normalità. Solo dopo si sarebbe potuto procedere alla formazione di un'assemblea costituente che avrebbe disciplinato la *forma della monarchia* così come avrebbe disciplinato - in caso di diverso esito - la *forma della repubblica*, nonché come il Parlamento sarebbe dovuto essere costituito ed eletto, e se ci sarebbero state una o due camere e via di seguito.

L'opzione in favore dell'appello al popolo è la più diretta ammissione del fatto che il sovrano costituzionale è cosa ben diversa dal sovrano teocratico: mentre quest'ultimo deriva la sua autorità da Dio, il primo è l'esito di una scelta, operata dal popolo, anche se su tale scelta avrebbe pesato la concezione antica della regalità.

L'intervista continuava soffermandosi sulla costituzione futura e sui suoi contenuti. Umberto riteneva che lo Statuto dovesse essere il punto di partenza per la stesura di un testo più attuale. Egli dunque descriveva la funzione del re in questa fase: garantire che il Governo – *in Lincolnesque sense* – dovesse essere del popolo, per il popolo e dal popolo.

Nella conversazione era affrontato anche il problema del partito comunista. Il principe, giudicava Togliatti "*clever, agreeable and easy to discuss problems with*". Più che della componente comunista, Umberto appariva preoccupato del fatto che alcuni elementi legati al fascismo potessero pensare di potersi salvare legandosi alla monarchia. Il più grande *handicap* della monarchia, a suo giudizio, era il peso del passato. Il principe sosteneva invece che l'Italia del futuro sarebbe stata democratica sia nel caso di vittoria della repubblica sia nel caso di vittoria della monarchia. Umberto anzi si dichiarava contrario all'ipotesi della formazione di un partito monarchico, poiché riteneva che la sua posizione dovesse essere al di sopra dei partiti politici e non avrebbe voluto veder combattere il partito repubblicano e il partito monarchico.

Un'altra affermazione del Luogotenente è interessante: la considerazione che la forma di governo dovesse essere distinta dalla questione della democrazia, tenuto conto del fatto che repubbliche come la Germania potevano essere dittature e monarchie come l'Inghilterra erano al contrario democratiche<sup>58</sup>. Il giornalista manifestando l'impressione che il principe considerasse ovvio che in futuro il governo italiano dovesse guardare verso sinistra e che ciò non fosse in conflitto con l'istituzione della monarchia. La conclusione che Matthews ne traeva era che il principe volesse una monarchia liberale e democratica, che avrebbe potuto essere anche una monarchia di sinistra<sup>59</sup>.

## 5. La questione istituzionale nel dibattito politico costituente

Dal giugno del 1944 si apriva il dibattito sulla natura e sulle funzioni dell'Assemblea costituente, che avrebbe poi in seguito posto il problema di quale sarebbe stato il sistema elettorale più adatto a legittimarla. Erano di nuovo questioni che avevano a che vedere anche con il ruolo dei partiti nel nuovo ordinamento costituzionale e nei confronti dello Stato<sup>60</sup>.

In generale le forze di sinistra (comunisti, azionisti e socialisti) diffidavano della maturità del corpo elettorale. Da sempre gli italiani, messi alla prova del voto, si erano rivelati moderati, se non proprio conservatori, quando non erano stati oggetto di manipolazioni. Sebbene queste forze politiche ritenessero possibile superare questi limiti attraverso l'educazione e la preparazione alla democrazia, d'altro canto confidavano essenzialmente nei partiti come luogo elettivo di organizzazione dell'opinione pubblica e di formazione della volontà politica<sup>61</sup>. Da ciò la loro preferenza, accolta come abbiamo visto dal D.L.L.

---

<sup>58</sup> Questa idea di una possibile sopravvivenza della monarchia attraverso un'evoluzione in senso liberale e democratico è testimoniata peraltro anche da colloqui precedenti tra Maria José, moglie di Umberto, e l'ambasciatore Gallarati Scotti, promotore di un tentativo di salvare la monarchia attraverso una reggenza della Principessa del Piemonte sino alla maggiore età di Vittorio Emanuele. Cfr. T. GALLARATI SCOTTI, *Memorie riservate di un ambasciatore 1943-1951*, a cura di NINO DEL BIANCO, Franco Angeli, Milano, 2009.

<sup>59</sup> In *New York Times*, 1° novembre 1944.

<sup>60</sup> E. BETTINELLI, *op. cit.*, pp. 134-135.

<sup>61</sup> Idea che fu allora sostenuta da Costantino Mortati in *La Costituente*, Darsena, Roma, p. 54.

n. 151 del 1944, per una scelta istituzionale che dovesse avvenire entro l'Assemblea costituente, che s'immaginava eletta con sistema proporzionale e che si auspicava controllata da un'ampia maggioranza repubblicana<sup>62</sup>.

Gli altri partiti mostravano, invece, posizioni differenti sia sul sistema elettorale dell'Assemblea costituente e sulle sue funzioni, sia proprio sul tema istituzionale. In seno alla DC la spaccatura tra il fronte del sì e il fronte del no alla monarchia divideva il partito, rendendo difficile, se non impossibile, una posizione univoca sul tema, e ciò nonostante prevalevano gli orientamenti a favore di un sistema proporzionale e la fiducia nel potere costituente dell'Assemblea. Le altre formazioni, in particolare liberali e demolaburisti, invece, sebbene tendenzialmente monarchiche e divise al loro interno sul sistema elettorale, ritenevano si dovesse lasciare la scelta al popolo nella convinzione – non distante da quella delle sinistre – che esso avrebbe espresso le sue preferenze in favore della monarchia e della continuità, anche se non necessariamente della dinastia sabauda<sup>63</sup>.

Fu la preoccupazione per una probabile prevalenza del fronte repubblicano entro l'Assemblea costituente a spingere le forze favorevoli al mantenimento della monarchia, soprattutto nel 1945, ad avviare una vivace campagna di propaganda per rinviare il più possibile le elezioni e per rimettere la decisione della questione istituzionale a un *referendum*. Fu contestualmente affermata la necessità di fare appello proprio alla sovranità popolare per risolvere il problema istituzionale, vessillo delle forze antifasciste e fondamento della stessa «costituzione provvisoria», chiedendo il ricorso allo strumento più immediato di espressione di questa sovranità e cioè una consultazione popolare, nella migliore tradizione risorgimentale<sup>64</sup>. L'appello al popolo, come da tradizione, si presentava come uno strumento notevolmente più mal-

---

<sup>62</sup> Una previsione del tutto sbagliata poiché alla fine ai partiti di orientamento esplicitamente repubblicano in giugno andarono 251 seggi contro i 305 agli altri. Cfr. R. MARTHUCCI, *op. cit.*, p. 257.

<sup>63</sup> Per un parallelo con l'esperienza francese si veda M. EINAUDI, *Political Change in France and in Italy*, in *The American Political Science Review*, Vol. 40, n. 5, 1946, pp. 898-923.

<sup>64</sup> Per legittimare la scelta del *referendum* istituzionale si procedette a forzate interpretazioni del DLL n. 151/1944 come ricorda G. GUARINO, *Due anni di esperienza costituzionale italiana*, cit., nota 2, pp. 75-76.

leabile di una coesa Assemblea Costituente, apparentemente dominata da partiti intenzionati a rompere con il passato<sup>65</sup>. La speranza era che il tempo e il conservatorismo degli italiani avrebbero fatto il resto. Una consultazione popolare avrebbe garantito una nuova legittimazione per la monarchia.

Tale fronte, tuttavia, nulla avrebbe potuto se non vi fosse stato l'appoggio degli Alleati e di un grande partito di massa come la Democrazia cristiana. Mentre l'atteggiamento conservatore degli Alleati s'inseriva però in una linea politica ormai consolidatasi a livello internazionale, il sostegno di De Gasperi al *referendum* fu in parte il riflesso di una contingente valutazione delle divisioni interne al suo elettorato dominato, in gran parte, da sentimenti monarchici<sup>66</sup>. Se fosse stata la Costituente a decidere sulla forma istituzionale sarebbe stato necessario che ciascun partito si presentasse davanti all'elettorato dichiarando esplicitamente come avrebbero votato i suoi deputati una volta eletti. L'unico modo per evitare di pronunciarsi preventivamente era di far sì che gli elettori liberassero i partiti dalla questione istituzionale, che dopotutto aveva scarso rilievo per il futuro sviluppo democratico del paese<sup>67</sup>. Fu stabilito così che il 2 giugno 1946 si sarebbe votato per la monarchia o per la repubblica e, contestualmente, con legge elettorale proporzionale, per la lista del partito preferito<sup>68</sup>. L'atto che sanciva la nuova posizione in merito fu il D.L.L. del 16 marzo 1946 n. 98, che sottrasse definitivamente la decisione sulla questione istituzionale all'Assemblea e la collocò in una fase anteriore a quella della re-

---

<sup>65</sup> Le paure di un eccessivo potere dell'Assemblea costituente erano diffuse negli ambienti della Democrazia cristiana. Così De Gasperi commentava con l'ambasciatore Kirk il 25 agosto 1945: «L'insediamento della costituente porrebbe automaticamente fine ad ogni altra forma di autorità, compresa quella del luogotenente generale del Regno, del Consiglio dei Ministri e degli attuali presidenti della Camera e del Senato, e il potere sarebbe concentrato tutto nel presidente nominato dalla Costituente il quale formerebbe allora un governo provvisorio». Cfr. A GAMBINO, *Storia del dopoguerra. Dalla Liberazione al potere Dc*, Laterza, Bari, 1975, p. 134.

<sup>66</sup> P. SCOPPOLA, *La proposta politica di De Gasperi*, Il Mulino, Bologna, 1978, p. 218 e ss.

<sup>67</sup> P. CARETTI, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, in E. CHELI, a cura di, *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria alla Assemblea costituente*, Il Mulino, Bologna, 1979, pp. 64-65.

<sup>68</sup> La legge elettorale fu approvata – in esito a una discussione iniziata durante il Governo Parri e a lungo dibattuta in sede di Consulta nazionale – con il D.L.L. 10 marzo 1946, n. 74.

dazione della Costituzione, che si sarebbe, da questo punto di vista, dovuta svolgere con un limite normativo riguardo alle possibili scelte istituzionali relative alla figura del capo dello Stato e dunque in una condizione di sovranità costituente diminuita<sup>69</sup>. Certo, *a posteriori*, considerati gli esiti, il giudizio nei confronti della consultazione referendaria non può non essere positivo. Da un punto di vista teorico però l'aver rimesso la questione alla volontà popolare sollevava un problema di fondo: se un'Assemblea Costituente ha poteri limitati, il vero costituente è colui che li limita<sup>70</sup>. La limitazione anticipata dei poteri effettivi dell'Assemblea Costituente sulla base dell'esito referendario appare, in questo senso, come una conferma del fatto che i partiti, uniti dal patto ciellenistico e dall'esperienza della Resistenza, erano gli unici reali depositari del potere politico, e quindi, in ultima analisi, i veri detentori del potere costituente. Innanzi a loro si collocava l'Assemblea, una realtà politicamente non originaria e perciò non autonoma, non dotata di un potere "trascendente", ma di una "forma" entro la quale i veri detentori del potere politico si sarebbero mossi.

Questo, potremmo dire, costituisce l'elemento più significativo dal punto di vista costituzionale. La decisione di accettare il *referendum*,

---

<sup>69</sup> Ciò che già colpisce di queste previsioni è l'assunzione della necessaria presenza, almeno apparentemente, anche nel futuro assetto costituzionale di un Capo dello Stato chiamato a esercitare le funzioni che erano state del re, sicuramente, almeno nella veste di Capo provvisorio dello Stato, quella dell'accoglimento delle dimissioni del governo in carica e quella del conferimento dell'incarico al nuovo ministero.

<sup>70</sup> Il tema dei limiti dell'Assemblea costituente fu allora affrontato ponendo due ulteriori questioni: a chi spetta la potestà legislativa ordinaria? All'Assemblea costituente o al governo? Come delibererà l'Assemblea? A maggioranza semplice o qualificata? Questi problemi furono sollevati, inizialmente, durante il governo Parri, da De Gasperi, durante la seduta del Consiglio dei Ministri del 10 ottobre 1945. Il Consiglio dei ministri affrontò la questione nei primi mesi del 1946. L'accordo fu infine raggiunto tra i segretari dei tre principali partiti, De Gasperi, Togliatti e Nenni, e trovò la sua formulazione del D.l.l. n. 98. In merito alla questione istituzionale, si optò per la sua devoluzione della scelta fra monarchia e repubblica direttamente al popolo tramite *referendum*; in ordine alla titolarità della potestà legislativa, si stabilì di attribuire al governo, fino alla convocazione del Parlamento a norma della nuova Costituzione, il potere legislativo, tranne che in materia di leggi elettorali e leggi di approvazione dei trattati internazionali. Queste ultime restavano, come la materia costituzionale, di competenza dell'Assemblea salva comunque la possibilità per il governo di sottoporle ogni argomento per cui ritenesse opportuna la sua deliberazione. Quanto alle modalità di deliberazione in Costituente, si stabilì di applicare il regolamento della Camera in vigore fino a che l'Assemblea costituente non avesse eventualmente provveduto approvandone uno nuovo.

nonostante la sfiducia nelle forme plebiscitarie, avveniva entro, e discendeva da, un patto costituente forte e consolidato, che non si sentiva più minacciato dalla monarchia e da un processo di legittimazione che non fosse quello derivante dall'affermazione di una sovranità popolare organizzata in partiti<sup>71</sup>. Su questo consolidamento incise l'idea di democrazia delle forze politiche, in quanto contesa pacifica tra visioni del mondo entro un quadro normativo costituzionale. Ebbero tuttavia anche peso le dichiarazioni, e soprattutto il comportamento, del Luogotenente, che avevano tratteggiato la figura di un monarca costituzionale la cui permanenza non avrebbe costituito una minaccia né per i lavori della Costituente né per il futuro democratico del paese.

## 6. L'abdicazione di Vittorio Emanuele III

Il passaggio finale di questo percorso verso il *referendum* è rappresentato dall'abdicazione di Vittorio Emanuele III, alle soglie della consultazione e dell'elezione dell'Assemblea costituente, nel maggio del 1945. Questo gesto costituiva una rottura della tregua istituzionale sancita dalla svolta di Salerno, perché con essa il sovrano si era impegnato a non compiere alcun atto pregiudizievole della soluzione istituzionale. Occorre però intendere il significato della tregua. Essa non tanto sospendeva la scelta in favore della repubblica, ma accantonava il problema dell'indegnità morale della casa regnante, sulla quale concordavano anche parte di coloro – era il caso di Croce – che erano schierati a favore dell'istituto monarchico.

L'abdicazione apparve perciò una violazione della tregua istituzionale, anche se non comportava alcun mutamento nei poteri costituzionali di Umberto di Savoia, almeno finché fossero stati esercitati coerentemente con le consuetudini e le convenzioni maturate durante il

---

<sup>71</sup> Esprime questa idea Mario delle Piane quando afferma che i CLN si palesano, guardando l'insieme e la sostanza della loro azione, come la forma organizzativa, gli strumenti di lotta di una classe politica nuova, distinta non soltanto da quella fascista, bensì anche da quella prefascista... una classe politica nuova che si pone l'obiettivo di creare in Italia la democrazia... La politica dei CLN porta alla Repubblica e alla Costituente: si Corona con la Repubblica e la Costituente". Cfr. M. DELLE PIANE, *Ancora sulla funzione dei CLN*, in «Il Ponte», ottobre 1961, anno XVII, , n. 10.

periodo statutario, ancora valide ed effettive<sup>72</sup>. Lo stesso Umberto si preoccupò di rassicurare il governo con una lettera datata 10 maggio. Ciò che però era cambiato era il pieno riconoscimento della derivazione della sua sovranità dal popolo, che di fatto costituiva il cuore dell'accordo costituente e l'assenza di ogni altro circuito di legittimazione della sua funzione di capo dello Stato. Egli non mancava neppure di rassicurare i partiti sul punto:

«Davanti a Dio giuro *alla Nazione* di osservare lealmente le leggi fondamentali dello Stato, che la volontà popolare dovrà rinnovare e perfezionare. Confermo altresì l'impegno di rispettare, come ogni italiano, le libere determinazioni dell'imminente suffragio, che – ne sono certo – saranno ispirate al migliore avvenire della Patria»<sup>73</sup>.

Proprio l'abilità del Re di maggio e il tempo trascorso giocarono a favore della monarchia determinando una vittoria della repubblica tutt'altro che schiacciante. Umberto, in qualche misura, contribuì alla costruzione del consenso intorno al *referendum* e all'eventualità stessa che il suo esito gli fosse favorevole. In tal senso può essere interpretato il risultato. Poco avvezza alle questioni istituzionali, c'è motivo di ritenere che l'elettorato non abbia interpretato il *referendum* come una scelta in favore della Repubblica, bensì come un giudizio contro il re e le sue colpe, su cui specie nel Mezzogiorno prevalse l'ossequio verso la monarchia<sup>74</sup>. Al contempo, però, per gran parte dei partiti, una volta accettato il *referendum*, il tema della repubblica aveva perso di centralità e la stessa monarchia, in quanto istituzione inserita in una forma di governo parlamentare, era ormai ritenuta in qualche misura accettabile e compatibile con il processo costituente, come confermeranno le soluzioni adottate nel testo costituzionale sul Presidente della Republi-

---

<sup>72</sup> Per questa ragione alcuni hanno argomentato la legittimità dell'abdicazione. Cfr. O. RANELLETTI, *Corso di istituzioni di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1947, pp. 220-222.

<sup>73</sup> Il testo del proclama si trova in P. CALAMANDREI, A. LEVI, a cura di, *Commentario sistematico della costituzione italiana*, Barbera, Firenze, 1950, p. IX.

<sup>74</sup> P. POMBENI, *Questione istituzionale e battaglia per il potere nella campagna per le elezioni del 2 giugno 1946*, in R. RUFFILLI, a cura di, *Costituente e lotta politica. La stampa e le scelte costituzionali*, Vallecchi, Firenze, 1978, p. 3 e ss.

ca, che tratteggiarono una figura non troppo dissimile da quella del re statutario<sup>75</sup>.

Il fatto stesso che si procedesse a un *referendum*, al netto delle intenzioni di coloro che lo avevano sostenuto per salvare l'istituto monarchico, costituì comunque un evento inedito. Segnò un'importante discontinuità formale rispetto al passato statutario, da cui difficilmente si sarebbe potuto tornare indietro. La proposizione del *referendum*, indipendentemente dal suo esito, comportava lo svuotamento anche giuridico della regalità, cui poteva sopravvivere solo la figura del re come organo di un'eventuale forma di governo a base parlamentare<sup>76</sup>.

Sino a quel momento la monarchia aveva trovato il proprio fondamento nella teoria discendente del potere, riconosciuta dallo Statuto, anche se quest'ultimo sembrava mettere sullo stesso piano Dio e la Nazione. Era stato il sovrano che, autolimitandosi, aveva concesso lo Statuto. Lo Statuto, costituiva per lui un vincolo finché sarebbe restato in piedi l'accordo su cui si fondava. Venendo meno quest'accordo, la sovranità, intesa propriamente come *suprema potestas*, si sarebbe teoricamente dovuta "restaurare" a discapito della controparte dell'accordo, la Nazione. Nella nuova struttura dello Stato, al contrario, l'idea stessa che una parte dominasse le altre fu sostituita da quella secondo cui la sovranità risiede nel popolo. Esso non è solo la fonte della sovranità, ma il suo detentore e la esercita indirettamente attraverso i suoi rappresentanti e, in via eccezionale, direttamente<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Illuminante in tale senso l'osservazione di Massimo Severo Giannini sulla questione del *referendum* istituzionale: «Mi sembra che essa sia più di apparenza che di sostanza, essendo nota la posizione dei partiti di destra, i quali ritengono che non si tratta di scegliere tra monarchia e repubblica, ma tra certe forme di monarchia e certe forme di repubblica; per cui, essi dicono, non avrebbe senso prospettare una simile domanda». Cfr. M. S. GIANNINI, *L'Assemblea costituente*, in «Bollettino dell'Istituto di Studi Socialisti», 1945, anno I, n. 1, 5/6, ora in M. S. GIANNINI, *Scritti. Volume Secondo, 1939-1948*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 601-603.

<sup>76</sup> Di ciò era consapevole lo stesso Umberto II il quale dichiarava: «La repubblica si può regger col cinquanta per cento, la monarchia no» e ancora «La monarchia non è mai un partito. È un istituto mistico, irrazionale, capace di suscitare negli uomini, sudditi e principi, incredibili volontà di sacrificio. Non deve essere costretta a difendersi ogni giorno dalle insidie e dalle accuse. Deve essere un simbolo caro o non è nulla». Cit. in G. DI CAPUA, *Le chiavi del Quirinale. Da De Nicola a Saragat, la strategia dl potere in Italia*, Feltrinelli, Milano, 1971, p. 38.

<sup>77</sup> A TESAURO, G. CAPOCELLI, *The Fundamentals of Italian Constitution*, in *The Canadian Journal of Economics and Political Science*, Vol. 20, n. 1, 1954, p. 50.

## 7. Conclusione sulla natura giuridica del *referendum* istituzionale

Alla luce di questa ricostruzione è possibile soffermarsi sulla natura giuridica della consultazione svoltasi il 2 giugno del 1946. In merito occorre fare una distinzione preliminare di punto di vista, a seconda che ci si collochi entro il quadro costituzionale tratteggiato dallo Statuto Albertino, oppure entro il nuovo quadro costituente emerso nei mesi successivi alla caduta del fascismo e alla svolta di Salerno.

Nello spazio costituzionale formalmente vigente al momento della consultazione non si può negare che il D.l.l. n. 98 del 1946 abbia introdotto un *referendum* istituzionale in via eccezionale e in conformità alla messa in discussione del principio politico che costituiva uno dei fondamenti del regime statutario: la derivazione originaria della costituzione dal sovrano. Si potrebbe quindi affermare che si trattasse di un plebiscito, poiché è indubbio che le fonti normative del periodo transitorio, nel porre la questione istituzionale e rimettendone la decisione al popolo, avessero introdotto un tipo di consultazione diretta eccentrico rispetto al sistema costituzionale vigente<sup>78</sup>.

Le conclusioni sono tuttavia essere diverse qualora ci si ponga entro il quadro costituzionale delineatosi nel periodo transitorio, che vide, a suo fondamento, l'accordo costituente tra i partiti del CLN. In questa prospettiva l'indizione di una consultazione popolare che rimetteva la scelta della forma istituzionale al popolo non era eccentrica rispetto al sistema costituzionale in corso d'instaurazione. Non si trattava di un'alternativa di natura costituente, come avrebbe potuto essere quella tra una monarchia d'*ancien régime* e una repubblica democratica, dove la seconda dovesse costituire la scelta "giusta" per l'*élite* politica che aveva condotto la Resistenza. In merito anzi si può sostenere che la decisione sulla regalità, fondamento primo dello Statuto, era stata già presa nei giorni successivi all'8 settembre e andava nel senso del suo definitivo superamento<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> G. M. SALERNO, *Referendum*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Giuffré, Milano, 1988, p. 202.

<sup>79</sup> *Contra* la natura referendaria del *referendum* istituzionale: E. DE MARCO, *op. cit.*, p. 110; G. M. SALERNO, *op. cit.*, p. 202.

La proposizione al popolo della questione istituzionale va quindi ricondotta entro la nozione giuridica di *referendum*. L'alternativa posta al popolo aveva il carattere di una scelta entro uno spazio normativamente circoscritto, fondato sull'idea di sovranità popolare esercitata attraverso la mediazione di partiti in grado di organizzare la conflittualità sociale in un confronto da svolgersi entro uno spazio costituzionale politicamente orientato. La scelta, all'interno di un procedimento che mirava alla creazione di un ordinamento democratico secolarizzato, era tra due forme organizzative istituzionali differenti. Questo parrebbe essere l'elemento forte dal punto di vista costituzionale. Alcune conclusioni possono quindi essere avanzate:

➤ Il *referendum* istituzionale costituì una consultazione popolare avvenuta sulla base di un accordo politico costituzionale stipulato nella fase anteriore al suo svolgimento, che ne ha costituito il presupposto normativo. Di qui in poi sia la monarchia, sia la repubblica, indipendentemente dall'esito referendario, avrebbero trovato il loro unico fondamento nella sovranità popolare esercitata nelle forme che sarebbero emerse dal dibattito in Assemblea costituente<sup>80</sup>.

➤ La funzione del *referendum* non fu in alcun modo né di legittimazione, né di riconoscimento giuridico dell'Assemblea costituente, poiché essa trovava il proprio fondamento istituzionale nel patto che legava i partiti del CLN e nell'elezione con sistema proporzionale dei suoi membri<sup>81</sup>.

➤ Il *referendum* costituì una consultazione libera entro il processo deliberativo volto all'instaurazione di un ordinamento democratico e non l'avallo plebiscitario di una decisione già assunta. Si configurò come una scelta tra due forme organizzative del potere realmente alternative e percorribili, che non erano comunque in grado di mettere in

---

<sup>80</sup> In questo quadro mi sembra possa anche leggersi la nota teoria di Carlo Esposito secondo cui l'art. 1 del D.l.l. n. 98 avrebbe introdotto un principio per cui la decisione ultima in ordine alla forma istituzionale debba spettare sempre al popolo e la tesi secondo cui il divieto di revisione costituzionale della forma repubblicana previsto dall'art. 139 debba intendersi nel senso che essa non può avvenire se non attraverso un nuovo *referendum* previsto da una legge speciale. Cfr. C. ESPOSITO, *op. cit.*, p. 5 e ss.

<sup>81</sup> Sulla strutturale incompatibilità tra sistema elettorale proporzionale e *referendum* si veda ancora G. GUARINO, *op. cit.*, pp. 54-56.

discussione il patto costituente riguardo al futuro assetto costituzionale<sup>82</sup>.

➤ L'unica differenza giuridica riscontrabile tra le due opzioni aveva a che vedere con il fatto che il capo dello Stato sarebbe stato eletto in uno Stato repubblicano, mentre il re sarebbe stato tale per nascita o diritto di famiglia. La scelta referendaria circoscriveva le modalità di individuazione del capo dello Stato, che sarebbero state successivamente disciplinate dall'Assemblea costituente come stabilito nel D.l.l. n. 98<sup>83</sup>. Conferma di ciò si ha nelle scelte successive dei costituenti, durante la redazione del testo costituzionale, che finirono per riproporre, per il nuovo assetto repubblicano, una forma di governo parlamentare, che costituiva l'ideale continuazione, alla luce delle innovazioni prodottesi con l'emersione dei partiti di massa, del modello parlamentare che si era costruito nel secolo precedente e che aveva trovato pratico riconoscimento nel periodo transitorio.

➤ Si deve ancora osservare che dal dibattito politico nel periodo transitorio emerse un tendenziale, se non unanime, affidamento nelle forme della democrazia rappresentativa, almeno da parte delle forze appartenenti al CLN, accompagnato da una qualche diffidenza nelle capacità di espressione politica della società non organizzata dai partiti<sup>84</sup>. Per il futuro assetto istituzionale, molti esponenti della nuova classe politica erano concordi nell'immaginare che la volontà popolare avrebbe dovuto manifestarsi attraverso la mediazione della forma partito, pur nella diversità di orientamento sulla forma che i partiti avrebbero dovuto assumere, e sul parlamento, come luogo della formazione del consenso politico necessario alla deliberazione legislativa. Ciò è testimoniato sia dalla portata del dibattito sul sistema elettorale per la formazione dell'Assemblea costituente, sia dalla discussione su quali avrebbero dovuto essere i poteri di quest'ultima. La premessa era comunque costituita da una profonda sfiducia nella capacità del popolo di compiere, almeno per il momento, una scelta politica costituzionale

---

<sup>82</sup> Conferma di ciò si ha nella stessa previsione costituzionale laddove all'art. 1 si precisa che l'Italia è una "Repubblica democratica". Questa espressione esclude che la possibilità ritenere con l'espressione repubblica il governo del popolo e con l'espressione monarchia il governo di uno solo. L'elemento democratico della forma di governo non discende perciò dal fatto che l'Italia ha optato per la repubblica. Cfr. C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, p. 2.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>84</sup> A. DI GIOVINE, *Referendum e sistema rappresentativo*, in «Il Foro italiano», Vol. 102, *Parte Quinta: monografie e varietà*, 1979, pp. 149-150 e 163-164.

libera e consapevole, maturata in seguito ad una valutazione storica delle derive degli appelli diretti al popolo nel secolo precedente. Ed è probabilmente anche per questa ragione che si rinunciò al *referendum* di approvazione della costituzione come invece avvenne in Francia<sup>85</sup>.

➤ La profonda diffidenza nei confronti delle derive plebiscitarie delle consultazioni popolari dirette è confermata dalla stessa disciplina dell'istituto referendario immaginata in seguito dai costituenti durante i lavori dell'Assemblea<sup>86</sup>. Da un lato si prevedeva il *referendum* abro-

---

<sup>85</sup> Il timore di una trasformazione di una qualsiasi consultazione referendaria in un plebiscito era allora forte anche alla luce della vicina esperienza francese. Così commenta Giuseppe Guarino:

*«Si è ritenuto che i due ultimi referendum in Francia (approvazione dei due successivi progetti di costituzione) si sono tramutati di fatto in plebisciti, la prima volta pro o contro il partito comunista, la seconda volta pro o contro il generale De Gaulle. L'osservazione è da ritenersi esatta soprattutto nel primo caso, in cui risulta provata dal fatto che effettivamente gli stessi appartenenti alle correnti non marxiste del partito socialista votarono contro il progetto; nel secondo caso alcune riserve sono suggerite dalle circostanze che la questione della fiducia nel generale, che aveva assunto una posizione molto netta contro il progetto, si incrociava con quella della fiducia nel comunismo e con il vero caso di coscienza, creato in moltissimi elettori dalla presenza in campi opposti di De Gaulle e del partito cattolico, noto fino ad allora come "le parti de la fidélité". Va aggiunto che in ogni modo in entrambi i casi gli effetti del plebiscito non si sono prodotti, perché la risposta è stata negativa».*

Cfr. G. GUARINO, *Il referendum e la sua applicazione nel regime parlamentare*, in *Rassegna di diritto pubblico*, II, 1, gennaio-marzo 1947, p. 47.

<sup>86</sup> È proprio questa disciplina che ha consentito in Italia di ridurre, se non proprio di eliminare, i rischi insiti in queste forme di consultazione. Cosa che altrove non è avvenuta. Cfr. M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, *Le référendum et la protection des droits fondamentaux*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1, 53, 2003, pp. 73-101. Giuseppe Guarino nel 147 scriveva:

*«La connessione obbiettiva e subbiettiva, che esiste tra le singole questioni e il complesso della vita politica, è indice che l'abdicazione che il singolo fa della libertà di giudizio, concessagli nel referendum, è molto più razionale di quello che al principio non possa sembrare; ma è indice di una progressiva trasformazione del referendum in plebiscito, quando il contrasto tra le parti è acuto e la questione discussa importante. Il contrasto tra le parti è in realtà attutito nelle elezioni per la presenza di partiti intermedi, che propongono formule concilianti e colmano il vuoto esistente tra le ali estreme. Il referendum, al contrario, isola le parti opposte, le costringe a schierarsi in campi avversi, individua l'elemento più importante ed attuale della vita politica, e lo mette, per così dire, al fuoco dell'attenzione e della risposta, chiedendo in definitiva una votazione su di esso e non più su una questione singola e specifica. Si vota pro o contro, non perché si preferisce una delle due soluzioni, ma perché quella soluzione è stata adottata dal-*

gativo, originariamente costruito come uno strumento di carattere critico, che riapre una discussione invece di chiuderla<sup>87</sup>, e non come un luogo di chiusura di un procedimento decisionale e di produzione del diritto alternativo al parlamento<sup>88</sup>. Dall'altro lato il *referendum* costituzionale previsto dall'art. 138 era inteso come strumento oppositivo in grado di valorizzare e non di eludere l'elemento compromissorio delle scelte di rilievo costituzionale<sup>89</sup>.

---

*la tale personalità o dal tal partito. Il referendum acquista, così, i caratteri del plebiscito che si distingue perché non è scelta tra due soluzioni, ma attestazione di fiducia in un uomo od in un gruppo politico. Nel plebiscito è presente un solo soggetto, contro il quale e per il quale si vota.*

Cfr. G. GUARINO, *op. cit.*, p. 46. Sul naturale rischio che le consultazioni popolari referendarie si trasformino in strumenti plebiscitari di legittimazione delle forze di governo si veda: M. QVORTRUP, *Are Referendums Controlled and Pro-hegemonic?*, in *Political Studies*, vol. 48, 2000, pp. 821-826. Si vedano anche le ampie considerazioni di A. DI GIOVINE, *Democrazia diretta: da chi?*, in *Teoria politica*, Anno XII, n. 2, 1996, pp. 7-27.

<sup>87</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige» e la democrazia*, Einaudi, Torino, 1995, p. 112.

<sup>88</sup> Istituto ben diverso dal *referendum* obbligatorio legislativo previsto in molti Stati americani, che si affianca e resta distinto dal *referendum*-veto di cui non mancano però gli esempi negli Stati Uniti. Cfr. A. L. LOWELL, *L'opinione publique et le gouvernement populaire*, Trad. franc, Paris, 1924, pp. 175-177.

<sup>89</sup> È questa una concezione del *referendum* non estranea alla tradizione del pensiero liberaldemocratico. Similmente all'inizio del secolo Albert Venn Dicey, autore di sicura fede liberale, aveva visto nel *referendum* un possibile strumento integrativo e non alternativo al governo rappresentativo. A suo giudizio il problema più grande di questa forma di governo era infatti rappresentato dalla possibilità che una piccola maggioranza in seno alla camera dei Comuni potesse cambiare la costituzione in modo arbitrario. Innanzi alla perdita di legittimazione della Camera dei Lords, come organo di controllo, egli aveva immaginato che il *referendum* potesse essere un utile strumento di veto nei confronti di iniziative di questo genere. Su questa proposta si veda: Cfr. M. QVORTRUP, *A comparative study of referendums. Government by the people*, Manchester University Press, Manchester and New York, 2005, pp. 44-61. D'altro canto questo aspetto "conservativo", che può essere riconosciuto all'istituto, è stato da qualcuno sostenuto anche nelle recenti polemiche giornalistiche sul *referendum* costituzionale in Italia: «Nello spirito della carta, il *referendum* è l'estremo atto difensivo depositato nelle mani di una minoranza. Sconfitta in aula da una logica di innovazione partigiana, così poco accettata da non raggiungere la maggioranza qualificata auspicata, la componente soccombente, con una metaforica e pacifica forma di appello al cielo, chiama il popolo a ristabilire le condizioni della condivisione del patto costituzionale. Non vi è dubbio che, nella logica della costituzione repubblicana, il *referendum* sulle riforme rientra nel novero delle eccezioni costose. Esso evoca cioè la risposta ad una rottura grave che si è verificata nella rappresentanza con il varo di riforme scarsamente motivate e poco condivise. Alla sospensione del necessario dialogo sulle questioni istituzionali non c'è alcun rimedio che il ricorso al popolo». Cfr. M. PROSPERO, *Referendum. Renzi come De Gaulle*, in *Il Manifesto*, 15/3/2015. Lettura, quest'ultima, già proposta autorevolmente da Mortati: «Il *referendum* deve essere inteso come un'arma messa a disposizione della mino-

---

ranza in parlamento, o di quei gruppi di elettori che ritengono non aderenti alla volontà del paese determinate misure prese dalla maggioranza al potere o intendano provvedere ad omissioni in cui questa sia incorsa, e perciò è rivolto a temperare l'arbitrio della maggioranza stessa". Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 708 e ss. Altri autori comunque hanno sostenuto la possibile complementarietà tra parlamentarismo e *referendum*. Cfr. anche R. CARRÉ DE MALBERG, *Considérations théoriques sur la combination du référendum avec le parlementarisme*, in *Annuaire de l'Institut international de droit publique*, Parigi, 1931, p. 270 e ss. e N. BOBBIO, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta*, in G. QUAZZA, a cura di, *Democrazia e partecipazione*, Stampatori, Torino, 1978, p. 32. Sulla strutturale incompatibilità tra governo di coalizione e *referendum* si veda invece G. GUARINO, *op. cit.*, pp. 53-54.

PARTE II  
*SAGGI E ARTICOLI*



HUGO PREUB (1860-1925):FRA STATO SOVRANO ED  
ENTE DEMOCRATICO MULTILIVELLO  
RIFLESSIONI SULLA RACCOLTA DEI “GESAMMELTE SCHRIFTEN”  
(5 VOLL., MOHR SIEBECK, TÜBINGEN 2007-2015)<sup>(\*)</sup>

di *Dian Schefold*

SOMMARIO: 1. *Importanza di Preuß?*; 2. *Orientamento politico e giuridico*; 3. *L’accento sulla democrazia locale*; 4. *Il trasferimento sul livello centrale*; 5. *Conclusione*; CENNI BIBLIOGRAFICI.

## 1. Importanza di Preuß?

Hugo Preuß, nato nel 1860, si è abilitato all’Università Friedrich Wilhelm (oggi Humboldt) a Berlino nel 1889, dove è rimasto tutta la sua vita libero docente, senza mai essere chiamato come professore ordinario presso un’università statale, avendo quindi un influsso accademico limitato. Ha pubblicato, naturalmente, parecchi libri<sup>1</sup> ed è diventato professore alla *Handelshochschule* – un’università commerciale, finanziata dai commercianti – di Berlino. Ma come critico della dottrina dominante, rappresentata anzitutto da Paul Laband e Georg Jellinek, è rimasto in una posizione piuttosto marginale. I suoi coetanei, anche colleghi più giovani come Gerhard Anschütz e Heinrich Triepel, hanno avuto un influsso maggiore e per la generazione successiva che ha iniziato il conflitto dei metodi e delle tendenze – si pensi a Carl Schmitt, Rudolf Smend, Hans Kelsen, Hermann Heller ed altri – il ruolo del positivismo tradizionale poté apparire superato. Quindi, perché occuparsi di Preuß?

Una risposta parziale arriva dalla storia. Nel momento del crollo dell’Impero tedesco del 1918, in conseguenza di una politica dettata dalla vittoria e poi dalla sconfitta, Preuß, che aveva criticato la situa-

---

\* Il testo che segue è basato su una conferenza tenuta all’Università di Roma “La Sapienza” il 12 febbraio 2016.

<sup>1</sup> Vedi la bibliografia alla fine dell’articolo.

zione costituzionale e sociale<sup>2</sup>, espresse la speranza di un cambiamento verso uno Stato costituzionale democratico. Per questo motivo il Consiglio dei mandatori del popolo (*Rat der Volksbeauftragten*), presieduto da Friedrich Ebert, ritenne che Preuß fosse il costituzionalista idoneo per preparare la nuova costituzione repubblicana<sup>3</sup>. Fu nominato Segretario di Stato e poi Ministro dell'Interno del Governo repubblicano e come tale preparò il progetto della Costituzione di Weimar, sviluppando un influsso importante sulla discussione e sulla deliberazione nell'Assemblea nazionale. È questo influsso che, da subito e fino ad oggi, ha svegliato l'interesse verso Preuß anche in Italia. Basti menzionare che Costantino Mortati, nella sua introduzione alla Costituzione di Weimar elaborata per l'Assemblea costituente italiana (1946), si è riferito ampiamente a Preuß<sup>4</sup>, che, in questo modo, essa ha avuto importanza anche per la Costituzione italiana; che anche recentemente, Paolo Grossi ha sottolineato l'importanza del comunitarismo weimariano, ascrivibile a Preuß<sup>5</sup>; e che, grazie alla ricca e accurata ricerca di Sandro Mezzadra<sup>6</sup>, il suo lavoro è illustrato in maniera molto valida.

Per la dottrina tedesca è ovvio che Preuß, anche dopo l'emanazione della Costituzione di Weimar, ne è stato il difensore fervente e autorevole e ha influenzato l'applicazione e l'interpretazione della Costituzione stessa<sup>7</sup>. Tuttavia quest'influsso è rimasto limitato, perché, a livello politico, Preuß non aveva come scienziato una posizione eminente. Egli al contrario dovette fare i conti con l'opposizione di tendenze divergenti nel suo partito, il partito democratico tedesco (*DDP*, successore del liberalismo tedesco di sinistra), che peraltro tra il 1918 e il 1919 stava man mano perdendo forza. Sul livello scientifico, invece, Preuß non era che una delle voci del variegato mondo dei costitu-

---

<sup>2</sup> Vedi anzitutto il libro *Das deutsche Volk und die Politik*, 1915, ora in *Scritti*, vol. 1, pp. 383 ss.

<sup>3</sup> Sul dibattito riguardo alla scelta di Preuß, vedi ora D. LEHNERT, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 2012, pp. 901 ss., riassunto nella Einleitung a *Scritti*, vol. 3, pp. 15 ss.

<sup>4</sup> C. MORTATI, *Introduzione alla Costituzione di Weimar* (1946), ora in *Raccolta di Scritti*, vol. 4, 1972, pp. 293 ss.

<sup>5</sup> P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, 2007, pp. 225 ss., pp. 232 ss.

<sup>6</sup> S. MEZZADRA, *La costituzione del sociale. Il pensiero politico e giuridico di Hugo Preuss*, Bologna 1999.

<sup>7</sup> Gli scritti rispettivi sono riuniti ora in HUGO PREÜB, *Scritti*, vol. 4, con l'introduzione di D. LEHNERT; vedi anche *Reich und Länder*, a cura di G. ANSCHÜTZ, 1928, ora in *Scritti* vol. 3, pp. 299 ss., con la mia introduzione pp. 44 ss.

zionalisti, certo con un peso maggiore in quanto “padre della costituzione”, ma in concorrenza con l’autorità delle scuole tradizionali, maggiormente influenzate dalla tradizione monarchica e poi determinate dal conflitto dei metodi e delle tendenze che caratterizzò il dibattito weimariano, benché poco basato sul testo della costituzione<sup>8</sup>.

Preuß morì il 9 ottobre 1925, cioè nell’anno della morte di Friedrich Ebert e dell’elezione popolare di Hindenburg come Presidente del Reich, entrambi segnali della svolta generale verso destra e per un diverso ruolo della Costituzione, non più influenzato da Preuß. Dopo la morte la sua importanza continuò, naturalmente, a essere sottolineata da molti contributi<sup>9</sup>, anche se uno scritto di Carl Schmitt<sup>10</sup>, allora successore di Preuß all’università commerciale di Berlino, nascose l’importanza scientifica e politica dello statista. Per i nazisti Preuß, in quanto di origine ebraica e del pari padre del “sistema” weimariano screditato, era ormai fuori del circolo scientifico, politico, anzi popolare (nel senso di razziale) tedesco<sup>11</sup>.

Dopo il 1945 la ri-scoperta di Preuß fu, pertanto, un processo lento e grave. Occorre menzionare, innanzitutto, una tesi di dottorato del 1955, basata su informazioni allora ancora accessibili, ma soltanto dattiloscritta, di Günter Gillessen (più tardi direttore della FAZ) pubblicata soltanto nel 2000<sup>12</sup>! Dopo questo lavoro, un’altra tesi di dottorato sul governo locale secondo Preuß<sup>13</sup> e la ristampa di alcuni scritti<sup>14</sup>, l’interesse della dottrina man mano aumentò anche in Italia<sup>15</sup>.

---

<sup>8</sup> Mi permetto di rinviare a D. SCHEFOLD, *Le costituzioni ed i due conflitti sui metodi e le tendenze*, in *Il diritto fra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, Roma 2010, vol. 5, pp. 28 ss.

<sup>9</sup> Menziono, fra i primi scritti, E. FEDER, *Hugo Preuß, Ein Lebensbild*, Berlin 1926; H. HINTZE, *Hugo Preuß*, in *Die Justiz* 2, 1927, pp. 223 ss., e le edizioni curate da Theodor Heuss, H. PREUß, *Staat, Recht und Freiheit*, Tübingen 1926; da Hedwig Hintze, H. PREUß, *Verfassungspolitische Entwicklungen in Deutschland und Westeuropa*, Berlin 1927; da Gerhard Anschütz, H. PREUß, *Reich und Länder. Bruchstücke eines Kommentars zur Verfassung des Deutschen Reiches*, Berlin 1928.

<sup>10</sup> C. SCHMITT, *Hugo Preuß. Sein Staatsverständnis und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, Tübingen 1930; cfr. anche W. SIMONS, *Hugo Preuß*, Berlin 1930.

<sup>11</sup> Sotto questo profilo, D. SCHEFOLD, *Hugo Preuß*, in H. ERLER E ALTRI (a cura di), “*Meinetwegen ist die Welt erschaffen*“, Frankfurt 1997, pp. 293 ss.

<sup>12</sup> G. GILLESSEN, *Hugo Preuß. Studien zur Verfassungs- und Ideengeschichte der Weimarer Republik* (tesi Freiburg 1955), Berlin 2000.

<sup>13</sup> S. GRASSMANN, *Hugo Preuß und die deutsche Selbstverwaltung*, Lübeck 1965.

<sup>14</sup> Anzitutto *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften* (1889, ristampe Aalen 1964, Dillenburg 1999), *Staat, Recht und Freiheit* (1926, vedi supra n. 9, ristampe Hildes-

Il risultato è stato, dopo i lavori preparatori degli editori e di altri, la *Raccolta degli Scritti*, pubblicata in 5 volumi dal 2007 a 2015. È, dunque, per me un onore presentarvi ora questa edizione che, come spero, consentirà di informarsi sull'opera di Preuß e di inserirla nell'evoluzione della teoria del diritto pubblico tedesco ed europeo.

Mi limito a poche parole sul contenuto dei cinque volumi.

I primi due trattano e contengono gli scritti sulla genesi e lo sviluppo del pensiero del Maestro: come *politico* dagli anni 1880 fino alla prima guerra mondiale (volume I); come *scienziato del diritto pubblico*, che nello stesso periodo, come vedremo, ha tenuto insieme il diritto costituzionale, il diritto amministrativo e il diritto internazionale pubblico (volume II). Da questo lavoro si sviluppa un interesse per il governo locale, trattato in scritti che vanno dal 1890 fino alla guerra, ma continuano anche nell'epoca weimariana (volume V). L'influsso palese sulla Costituzione di Weimar è documentato nel volume III, pubblicato recentemente. Il lavoro prevalentemente politico della difesa della Costituzione della prima metà degli anni Venti si trova nel volume IV.

Un problema delicato, anche economico, è stato sollevato dai libri più voluminosi di Preuß, in parte e ora tutti accessibili – e perciò citati – come ristampe. Inserirli – come i libri meno voluminosi – nell'edizione degli Scritti sarebbe stato costoso, un lavoro di commento enorme, e con un'utilità limitata. Sono perciò trattati, come compromesso certo discutibile, nelle introduzioni ai rispettivi volumi dell'edizione, ma non riprodotti. Ne segue però che, per studiare Preuß, occorre riferirsi anche a *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften* (1889), *Das städtische Amtsrecht in Preußen* (1902), *Die Entwicklung des deutschen Städtewesens* (1906), *Verfassungspolitische Entwicklungen in Deutschland und in Westeuropa* (postumo, 1927).

Per dare un'idea del pensiero preußiano, presenterò in seguito tre problematiche fondamentali: l'orientamento politico e giuridico (§ 2),

---

heim 1964 e 2006), poi *Die Entwicklung des deutschen Städtewesens* (Leipzig 1906, ristampa Aalen 1965).

<sup>15</sup> Come risultato esemplare accenno a P. RIDOLA, *Stato e costituzione in Germania*, Torino 2016, specialmente pp. 5, 40 ss., 125.

l'accento sulla democrazia locale (§ 3), il trasferimento sul livello centrale (§ 4), per arrivare a una conclusione (§ 5).

## **2. Orientamento politico e giuridico**

Dai materiali disponibili prima menzionati risulta che, per capire le idee di Preuß, non basta rifarsi alla genesi della Costituzione di Weimar, ma occorre guardare anche agli scritti anteriori e posteriori. È questo che, poco dopo la morte, Theodor Heuss ha tentato con l'edizione di un importante e impressionante volume di scritti di Preuß<sup>16</sup>, che risulta tuttavia, come vedremo, lacunoso<sup>17</sup>.

La Germania degli anni 1880, cioè della genesi delle idee preußiane, nonostante l'autorità e le tendenze repressive della monarchia costituzionale (secondo il modello di Bismarck e anche contro il modello del socialismo), dava spazio a un fondamento nuovo dello Stato liberale. In un tale ambito, Preuß, dopo studi di giurisprudenza a Berlino e Heidelberg, si avvicinò al politico e pubblicista Theodor Barth, ispiratore di un'assemblea liberale ("*Liberale Vereinigung*") e con una rivista importante per l'epoca, "*Die Nation*", dove tanti dei primi scritti di Preuß furono pubblicati. Del pari, però, il giovane Preuß legò a questa posizione politica una posizione di politica del diritto, anche di diritto internazionale, appoggiandosi a maestri liberali come Franz von Holtendorff, Johann Caspar Bluntschli, Franz Lieber, Rudolf Gneist e fu critico verso il socialismo.

Nondimeno, con l'arrivo di Otto von Gierke a Berlino, nel 1887, quest'orientamento subì una modificazione. Sotto l'influsso della sua teoria della società cooperativa, con rilevanza anche per gli enti sociali e pubblici, Preuß sviluppò, nella sua tesi di abilitazione, una teoria sugli enti territoriali – le "*Gebietskörperschaften*" – come base della teoria di Stato. Quest'ultimo è compreso non come persona giuridica astratta secondo il diritto romano, ma come cooperazione graduale di soggetti che, oltre l'individuo, si formano come persone collettive che, di nuovo come persone-membri, si uniscono a persone collettive più ampie. La contrapposizione di individuo e Stato è sostituita da una graduazione di persone collettive; la duplicità fra persona individuale

---

<sup>16</sup> *Staat, Recht und Freiheit*, cit. alle nn. 9, 14.

<sup>17</sup> In seguito, do un sommario delle introduzioni ai volumi 1 e 2 degli Scritti di Preuß.

e persona giuridica astratta secondo la concezione romanistica dello Stato, trasferita nel diritto pubblico dalla coeva teoria tedesca (Laband), è sostituita da una graduazione “organica” di comunità su una pluralità di livelli, sviluppata in teoria dalla scuola germanistica e soprattutto dalla teoria cooperativa di Gierke.

Ovviamente la descrizione della formazione di comunità collettive lascia spazio all’analisi storica e sociale, in luogo di concetti astratti (romanistici, secondo Preuß). Preuß dedica una parte importante del libro su “*Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*” (Comune, Stato, Impero come enti territoriali, pubblicato nel 1889 come tesi di abilitazione<sup>18</sup>), alla descrizione della genesi delle città, di territori basati su un cooperativismo e della persona collettiva dell’Impero Romano; ma poi anche a quella dell’assolutismo con un concetto di imperio invece di cooperazione. Tenta di identificare, nella Germania con un costituzionalismo imperiale, un nuovo senso organico che si oppone all’assolutismo e finisce, pertanto, nella definizione della Germania attuale come sistema multilivello, di comune, Stato, Impero. Menziona anzi la comunità internazionale, mondiale, come livello cooperativo supremo, bensì non ancora molto strutturato e non (ancora) in grado di strumentalizzare i livelli inferiori come delegatari di un potere mondiale.

Le conseguenze di questo modo di vedere sono considerevoli e determinano, come tento di dimostrare, tutta l’opera di Preuß. Anzitutto, prende parte al dibattito in quegli anni surriscaldato sulla natura e sull’interpretazione dello *Stato federale*. Fra le posizioni che accentuano la sovranità degli Stati membri (Max von Seydel) e quelle che pretendono di affermare la sovranità sia dell’Impero, sia dell’Imperatore, sia del Bundesrat (Paul Laband), cioè della collettività dei monarchi tedeschi, Preuß rinuncia al concetto di sovranità e spiega il funzionamento comune dei sistemi costituzionali – con prevalenza di quello federale – come ordinamento giuridico. In questo senso egli argomenta già nel 1889 come costituzionalista nel senso moderno e prepara il pensiero di Kelsen.

Per determinarne e limitarne la funzione, Preuß spiega la *sovranità* come fenomeno collegato all’*assolutismo*. Come il monarca dispone, sul piano interno, del diritto e deve essere considerato, in questo senso, come assoluto, così, verso l’esterno, egli non è legato a nessun

---

<sup>18</sup> H. PREUß, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, Berlin 1889 (cfr. n. 14).

vincolo. Una tale sovranità – come dice Preuß, una ragnatela superata – è incompatibile con uno *Stato di diritto*. In altri termini: la sovranità del diritto<sup>19</sup> esclude una sovranità sia del monarca, sia dello Stato e richiede del pari un sistema costituzionale e un ordinamento internazionale.

Ne segue sul livello internazionale che il *diritto internazionale pubblico* è un ordinamento giuridico *vincolante*, anche se è ancora imperfetto e forse violato più spesso del diritto interno. La convivenza internazionale, soprattutto economica<sup>20</sup>, costringerà sempre di più all'osservazione del diritto anche su questo livello. Al contempo Preuß accenna alle organizzazioni internazionali allora – siamo intorno all'anno 1890! – nascenti.

Per il *livello locale e comunale*, la differenza dallo Stato è esigua. Si tratta in entrambi i casi di enti, sono sottoposti all'autorità superiore non come un potere sovrano, ma in conformità con il diritto e nel rispetto dell'autonomia comunale: è il comune la persona collettiva originaria al di sopra del livello privato, che deve nondimeno inserirsi nelle persone collettive più ampie.

In quest'ambiente teoretico, Preuß sa integrare il punto di vista della democrazia, anzitutto locale, e con quello dello Stato di diritto, cosicché i suoi orientamenti politici e giuridici convergono<sup>21</sup>. L'autore rinuncia, però, a formulare esplicitamente pretese politiche. Seppur con rispetto, egli va oltre le idee di Gierke che, da parte sua, aveva mantenuto il concetto di sovranità e non era per niente democratico. Negli scritti successivi si occupa di problemi di diritto internazionale pubblico, della posizione degli organi degli enti pubblici, dei limiti giuridici dell'autonomia locale. Nessuno di questi scritti, ora rintracciabili nel volume II della raccolta, è stato ripubblicato nel volume curato da Heuss nel 1926<sup>22</sup>. Questa limitazione ha fatto sì che si mettesse l'accento su Preuß come politico, mentre l'importanza dell'orientamento giuridico, anche per la Costituzione di Weimar, è rimasta in secondo piano.

---

<sup>19</sup> H. KRABBE, *Die Lehre der Rechtsouveränität*, Groningen 1906; a questo libro, Preuß dedica una recensione, ora in *Scritti* vol. 2, pp. 229 ss.

<sup>20</sup> H. PREÜß, *Das Völkerrecht im Dienste des Wirtschaftslebens* (1891), ora in *Scritti* vol. 2, pp. 426 ss.

<sup>21</sup> H. PREÜß, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften* (cit. n. 14), pp. 213 ss., 216 s.

<sup>22</sup> H. PREÜß, *Staat, Recht und Freiheit* (cit. n. 9, 14).

### 3. L'accento sulla democrazia locale

Per lo sviluppo personale e professionale di Preuß fu decisivo il fatto che, forse fin dall'inizio anche a causa della sua origine ebrea, non fu chiamato in cattedra<sup>23</sup>. Dal punto di vista scientifico, il suo interesse per il potere locale fu centrale, tanto che egli continuò la sua ricerca con scritti sull'autonomia comunale, sugli organi degli enti, anzitutto locali, ora rintracciabili nei volumi II e V degli Scritti, fino ai grandi libri sul diritto dell'impiego delle città in Prussia<sup>24</sup> e sulla storia delle città tedesche<sup>25</sup>. Sotto il profilo politico, invece, nel 1895 fu eletto nel consiglio comunale (*Stadtverordnetenversammlung*) di Berlino<sup>26</sup> – una decisione facile perché, secondo il sistema elettorale prussiano delle tre classi (e perciò disuguale), Preuß, economicamente benestante, aveva un peso del voto prevalente. Tuttavia il consiglio comunale di Berlino era assai progressista; conteneva tre gruppi parlamentari della sinistra liberale e Preuß aderì a uno di questi (il “social-progressista”). In seguito, ebbe la chance di conoscere e trattare tutti i problemi delle città metropolitane dell'epoca intorno al 1900. Ne dà testimonianza ora il volume V degli Scritti, che deve però essere visto assieme con gli scritti teorici già menzionati. Un principio-guida per Preuß fu l'indipendenza dei livelli, anche di quello comunale; pertanto, oltre a pretendere a una polizia comunale, non ammessa però in Prussia, insisté sull'autogestione delle materie affidate ai comuni, sotto riserva di eccezioni disciplinate dalla legge statale (cioè prussiana)<sup>27</sup>. Proprio questa posizione aggravò, però, la situazione accademica di Preuß: in pieno conflitto con il Ministro dell'istruzione pubblica, che in una fase di antisemitismo crescente limitò l'insegnamento di docenti ebrei, nel consiglio comunale Preuß difese i loro diritti, anche

---

<sup>23</sup> Su questi aspetti biografici, vedi, oltre la caratteristica da GILLESSEN (cit., n. 12), C. MÜLLER, *Privat-Dozent Dr. Hugo Preuß*, in *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, Berlin 2010, pp. 701 ss.

<sup>24</sup> H. PREUB, *Das städtische Amtsrecht in Preußen*, Berlin 1902 (ristampa 2006).

<sup>25</sup> H. PREUB, *Die Entwicklung des deutschen Städtewesens*. Vol. 1, *Entwicklungsgeschichte der deutschen Städteverfassung*, Leipzig 1906 (ristampa 1965).

<sup>26</sup> Su quest'aspetto, vedi il lavoro di GRASSMANN (cit., n. 13) e l'introduzione al vol. 5 degli *Scritti*.

<sup>27</sup> Centrale sotto questo profilo H. PREUB, *Geschichte des Bestätigungsrechts in Preußen* (1902), ora in *Scritti* vol. 2, pp. 527 ss.

in forme sarcastiche. A tal fine, egli si appoggiò non alla sua origine ebraica e neppure alla posizione liberale in difesa della libertà d'insegnamento, ma all'autonomia comunale, legalmente non limitata, che in questa materia avrebbe dovuto riservare alla città le relative decisioni. Ne nacque un conflitto discusso anche nella stampa, che portò fino all'intromissione della Corte Reale della Prussia, la quale, tramite una lettera al Rettore dell'università, screditò Preuß e pose un ostacolo al suo sviluppo nella carriera accademica<sup>28</sup>.

Tali esperienze rinforzarono le idee critiche di Preuß. In ampi saggi per gli scritti in onore di Laband (1908)<sup>29</sup> e di Gierke (1910)<sup>30</sup>, per difendere l'autonomia comunale tentò ancora di riferirsi alle idee del cooperativismo di Gierke. Egli dovette però constatare che la teoria di Gneist – di massima importanza per Preuß all'inizio della carriera – aveva interpretato il “*selfgovernment*”, che Gneist aveva studiato in Inghilterra e presentato in un famoso volume<sup>31</sup>, come partecipazione onoraria all'apparato statale e applicato questa visione alla riforma dell'ordinamento amministrativo prussiano dopo il 1870, mentre la ricerca allora recente dell'austriaco Josef Redlich<sup>32</sup> aveva elaborato l'importanza e l'autonomia di un livello amministrativo locale anche per l'Inghilterra. Ora Preuß, per difendere il suo modello di autonomia, si riferì a Gierke, interpretandolo, per quanto possibile, nel senso della democrazia locale.

Il passo decisivo verso la critica del sistema prussiano fu un parere che Preuß scrisse nel 1910<sup>33</sup>. Su mandato del Direttorio dell'associazione dei commercianti di Berlino –competente anche per l'Università commerciale ove, nel frattempo, Preuß era divenuto professore – esaminò la necessità di una riforma amministrativa prussia-

---

<sup>28</sup> La vicenda è stata descritta da GILLESSEN (cit., n. 12), p. 64 ss., vedi D. SCHEFOLD, *Hugo Preuß*, in *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, München 1993, p. 419 (443 s.).

<sup>29</sup> Ora in *Scritti*, vol. 2, pp. 236 ss.

<sup>30</sup> Ora in *Scritti*, vol. 2, pp. 605 ss.

<sup>31</sup> E. GNEIST, *Geschichte und heutige Gestalt der englischen Communalverfassung oder des Selfgovernment*, Berlin, 1a ed. 1857, 2a ed. 1866/67, 3a ed. 1883/84. Vedi D. SCHEFOLD, *Selbstverwaltungstheorien: Rudolf Gneist und Hugo Preuß*, in D. LEHNERT/ C. MÜLLER (a cura di), *Vom Untertanenverband zur Bürgergenossenschaft*, Baden-Baden 2003, pp. 97 ss.

<sup>32</sup> J. REDLICH, *Englische Lokalverwaltung. Darstellung der inneren Verwaltung Englands in ihrer geschichtlichen Entwicklung und in ihrer gegenwärtigen Gestalt*, Leipzig 1901, con critica di GNEIST, pp. 745 ss.

<sup>33</sup> H. PREÜB, *Zur preußischen Verwaltungsreform. Denkschrift verfasst im Auftrage der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin* (1910), ora in *Scritti*, vol. 2, pp. 645 ss.

na. In questo parere fece palese la differenza tra, da un lato, il modello di autonomia delle città prussiane, risalente al Freiherr vom Stein del periodo napoleonico e prima ancorato nella “*Städteordnung*”, l’ordinamento delle città del 1808, e, dall’altro lato, le riforme degli anni 1870, soprattutto la “*Kreisordnung*”, preparata da Gneist nel 1872 (cioè la disciplina delle autonomie di secondo grado, comparabili alle province italiane, ma più piccole). Descrivendo la genesi della *Kreisordnung*, egli dimostra l’influsso della nobiltà, anzitutto dei latifondisti della Prussia orientale, e la disciplina che conferiva loro un peso decisivo. Poiché l’ordinamento delle città riguarda soltanto una piccola parte di territorio e della popolazione, è rimasto soltanto, un secolo dopo, un frammento e prevale la disciplina valida per i territori rurali e per le località non qualificate come città. Sotto questi profili, prevale necessariamente l’influsso dei latifondisti nelle province prussiane, dei funzionari del governo nei distretti governativi (*Regierungsbezirke*), che non hanno una rappresentanza popolare e nei *Kreise*, ove l’amministratore al vertice è un funzionario statale e, di nuovo, dei latifondisti nei consigli dei *Kreise* e per l’amministrazione dei piccoli comuni. Nonostante un sistema di autoamministrazione formalmente previsto, sono le forze dell’amministrazione centrale, collegate alla nobiltà e ai latifondisti, che determinano gli enti territoriali, e la pretesa di autonomia degli enti di un livello rimane incompiuta. Anzitutto perché le commissioni composte di rappresentanti dei cittadini e dal funzionario statale nel *Kreis*, di rappresentanti delegati dalla provincia con l’amministratore statale nel *Regierungsbezirk* sono incapaci di rappresentare un ente autonomo. Sarebbe necessario garantire un sistema di autoamministrazione su ciascun livello (comune, *Kreis*, provincia, Stato) e di abolire le amministrazioni statali su livelli che sono privi di rappresentanza popolare (*Regierungsbezirke*). Questo principio – mi pare assai attuale per l’Italia di oggi in un periodo di riduzione delle province ad amministrazioni statali decentrate<sup>34</sup> – dovrebbe essere realizzato per garantire uno “Stato popolare” (*Volksstaat*), mentre la disciplina attuale (ecco il risultato della ricerca) spinge a qualificare la Germania prima della prima guerra mondiale come “Stato autoritario” (*Obrigkeitsstaat*).

---

<sup>34</sup> Cfr. D. SCHEFOLD, *Fra regione e comune. L’esperienza tedesca dei “Regierungsbezirke” e “Landkreise” – e la discussione sulle riforme*. In *Scritti in onore di Antonio D’Atena*, Milano 2015, vol. 4, pp. 2961 ss.

In questo modo, già prima della guerra l'orientamento politico e, in certa misura, anche teorico di Preuß, si sposta. La formazione delle persone collettive è intesa non più come fenomeno generale, ma come modello di democrazia su un certo livello che presuppone non una sovranità popolare – Preuß evita sempre questa espressione – ma l'attività concreta dei cittadini. I cosiddetti enti dell'amministrazione esistente, come gli Stati membri dell'Impero in quanto persone collettive, sono valorizzati secondo questo criterio. Il metodo del cooperativismo si trasforma così in un programma di democratizzazione. A questo corrisponde, nel lavoro dell'assemblea comunale, un programma di sviluppo che racchiude anche misure di attività sociale e che apre il liberalismo verso questa direzione.

#### **4. Il trasferimento sul livello centrale**

In questo stato di sviluppo delle idee scoppiò la prima guerra mondiale. Per Preuß ciò costituì un disastro, non solo per la fiducia nel diritto internazionale pubblico, ma soprattutto per il fatto che la Germania si vede nemica delle democrazie occidentali, in difesa del potere di monarchi, principi, latifondisti, militaristi. Dopo un breve periodo di esitazione<sup>35</sup> – il nazionalismo tedesco dell'estate 1914 sembrava insuperabile e anche i figli di Preuß erano soldati – cominciò ad analizzare la situazione. Ne risultò il libro forse il più letto di Preuß sul popolo tedesco e la politica<sup>36</sup>. Concentrandosi sull'idea di Stato popolare, egli rintracciò nella tradizione dell'Europa occidentale e degli Stati Uniti, mentre i concetti politici e gli ordinamenti tedeschi erano ritenuti arretrati, bloccati dalla tradizione della monarchia assoluta, dalla nobiltà, dal militarismo. Perciò, in un periodo in cui la stragrande maggioranza dell'opinione pubblica tedesca aspirava alla vittoria, egli si pronunciò in favore di una pace senza annessioni e per un cambiamento politico e costituzionale basato sullo Stato popolare. Nonostante la difesa in una recensione di Anschütz<sup>37</sup>, gli attacchi contro Preuß,

---

<sup>35</sup> Vedi H. PREUB, *Scritti*, vol. 1, p. 533 ss. e il commento nell'introduzione di ALBERTIN, pp. 45 s.

<sup>36</sup> H. PREUB, *Das deutsche Volk und die Politik* (1915), ora in *Scritti*, vol. 1, pp. 383 ss.

<sup>37</sup> G. ANSCHÜTZ, in *Preußische Jahrbücher* 164 (1916), pp. 339 ss. (criticato però da H. DELBRÜCK, p. 346).

ad esempio da parte di Gustav Schmoller<sup>38</sup>, furono gravi e duri, anche antisemiti, ma Preuß mantenne la sua posizione e la concretizzò in scritti successivi.

In seguito, con lo sviluppo della guerra in senso meno favorevole alla Germania, le idee di riforma costituzionale crebbero. Preuß fu inserito in questo dibattito e scrisse, nell'estate del 1917, un disegno di costituzione da inserire come riforma nei testi della Costituzione imperiale e della Costituzione prussiana, con lo scopo di armonizzare le due, di superare le strutture autoritarie prussiane e di arrivare a un modello parlamentare democratico e moderno<sup>39</sup>. Il disegno rimase dapprima limitato a un ambito stretto, ma testimoniava ad ogni modo la qualificazione di Preuß. La materia fu disciplinata, in maniera molto meno incisiva e troppo tardi, con una piccola riforma immediatamente prima della sconfitta<sup>40</sup>. Preuß invece, alla notizia di questa e nel timore di una rivoluzione sociale con lo scopo di una dittatura dei consigli dei lavoratori e dei soldati, reagì con un articolo di giornale su “Stato popolare o Stato autoritario capovolto?”<sup>41</sup>, criticando la dittatura e pretendendo una Costituzione democratica, da elaborare in un'Assemblea Nazionale. L'articolo mostrò il suo atteggiamento liberal-democratico, che era plausibile da parte di un autore che aveva sofferto tanto sotto lo Stato autoritario, ma come inserirlo nel movimento socialista allora al potere? La risposta, basata anche sull'esperienza della cooperazione dei socialdemocratici con Preuß nel consiglio comunale di Berlino, fu data da Friedrich Ebert – il Presidente del consiglio dei mandatari del popolo – il giorno successivo. Egli infatti offrì a Preuß il compito di Segretario dello Stato per l'Interno, in quanto tale responsabile per l'elaborazione di una nuova Costituzione. A livello politico, ciò comportava l'alleanza tra socialismo e liberalismo democratico, assieme al partito cattolico (*Zentrum*) – la coalizione weimariana<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> G. SCHMOLLER, *Obrigkeitsstaat und Volksstaat, ein missverständlicher Gegensatz*, in *Schmollers Jahrbücher* 40/2 (1916), p. 423 ss.

<sup>39</sup> H. PREÜB, *Vorschläge zur Abänderung der Reichsverfassung und der Preußischen Verfassung* (1917), ora in *Scritti*, vol. 3, pp. 81 ss.

<sup>40</sup> Vedi la riforma costituzionale del 28 ottobre 1918, con commento di Preuß del 26 ottobre (ora in *Scritti*, vol. 1, pp. 718 ss.).

<sup>41</sup> H. PREÜB, *Volksstaat oder verkehrter Obrigkeitsstaat?* (16 novembre 1918), ora in *Scritti*, vol. 4, pp. 73 ss.

<sup>42</sup> Vedi sopra, n. 3.

Il lavoro di Preuß in questa funzione –in seguito modificata in quella di Ministro dell’Interno – è ora accessibile nel nuovo volume III degli Scritti. La Costituzione, tuttavia, non è semplicemente il prodotto di una persona. Prima una riunione di esperti (fra cui Max Weber), poi le delibere del consiglio dei mandatori del popolo, poi le obiezioni degli Stati membri (*Länder*) hanno modificato il disegno originario; soprattutto il lavoro dell’Assemblea Nazionale ha costituito l’occasione per un ampio dibattito e diverse modificazioni, che hanno portato a cinque disegni successivi. C’è però il disegno originario di Preuß, presentato il 3 gennaio 1919, ci sono i suoi interventi – relazioni, introduzioni, contributi alla discussione – che permettono di rintracciarne le idee. Preuß si è, inoltre, occupato molto di un grande progetto sul Diritto costituzionale della Repubblica tedesca, che doveva contenere, oltre a una parte storica e comparatistica (pubblicata dopo la morte da Hedwig Hintze)<sup>43</sup> e a una parte teorica, mai scritta, un commentario alla Costituzione di Weimar. Anche questo lavoro non fu finito da Preuß e alla sua morte si trovarono soltanto frammenti, che trattavano soprattutto questioni introduttive e – con lacune – gli art. 1-22. Gerhard Anschütz, però, che subito riconobbe l’importanza del frammento, lo pubblicò nel 1928 sotto il titolo “*Reich und Länder*”<sup>44</sup>. Il libro ha una funzione doppia. Esso, da un lato, fa conoscere l’idea di Preuß rispetto alle disposizioni in questione e il loro destino nelle delibere pre-parlamentari e parlamentari; in aggiunta, completa e commenta gli atti governativi e parlamentari. Dall’altro lato, il volume consente di collegare il lavoro costituzionale di Preuß alle idee teoriche sviluppate, come abbiamo visto, prima della guerra, e ci insegna fino a che punto e in ordine a quali problemi il pensiero di Preuß si è sviluppato. È anzitutto questo profilo che mi interessa, perché dà spunti per l’interpretazione della Costituzione di Weimar e del diritto costituzionale che è basato su di essa.

Sotto questo profilo, è da ammettere che per Preuß i diritti fondamentali non erano al centro dell’interesse, essendo una volta qualificati come “screditati”<sup>45</sup>. Preuß aveva fiducia nella democrazia, in un sistema parlamentare efficiente e con un controllo di costituzionalità.

---

<sup>43</sup> H. PREÜB, *Verfassungspolitische Entwicklungen*, cit. n. 9.

<sup>44</sup> H. PREÜB, *Reich und Länder*, ora in *Scritti*, vol. 3, pp. 299 ss., cfr. per le osservazioni seguenti la mia introduzione, pp. 44 ss.

<sup>45</sup> H. PREÜB, *Scritti*, vol. 3, p. 88: “in Mißkredit geratenen ‘Grundrechte’”.

Decisivi per un tale sistema non erano però i diritti – inseriti nella Costituzione prima dal governo, poi nel dibattito parlamentare – ma l’eguaglianza, largamente difesa da Preuß<sup>46</sup> e realizzata anche tramite l’elezione proporzionale e con la possibilità d’integrazione di elementi di democrazia diretta. D’altro canto, soprattutto secondo Max Weber, Preuß accettò l’elezione diretta del Presidente del Reich e i suoi poteri d’emergenza<sup>47</sup>, ma con garanzie che, sia nell’Assemblea Nazionale, sia nella legislazione successiva non furono date<sup>48</sup>. Pertanto, i rimproveri contro Preuß<sup>49</sup> basati sull’abuso negli anni 1930 – in una situazione totalmente cambiata e, penso, non prevedibile – sembrano poco fondati.

Essenziale per Preuß apparve invece la costruzione dello Stato sulla base degli enti locali, di enti più estesi, chiamati *Länder*, del potere centrale e del suo inserimento nel diritto internazionale pubblico<sup>50</sup>. È ovvio che in queste parti ci sia una continuità completa con l’argomentazione del 1889. Il progetto originale di Preuß<sup>51</sup> contiene perciò regole di democrazia omogenee fra i diversi livelli – rappresentanza ed elezioni democratiche, sistema parlamentare, garanzie per i comuni (§ 12) – e di riconoscimento del diritto internazionale pubblico come parte del diritto interno (§ 2 III° co.). Queste regole furono però attenuate nelle deliberazioni. Una disciplina del Reich sui comuni fu, infatti, respinta e sostituita soltanto da una garanzia dell’autonomia comunale (art. 127 Cost.), ma la continuità del modello di un federalismo mitigato e di un’autonomia accentuata è in linea di principio riconoscibile.

Tuttavia, l’esperienza aveva insegnato che lo Stato prussiano, comprendendo quasi due terzi della Germania, non s’inseriva in un sistema federale pluralista, e del pari, tanti dei piccoli principati non erano membri appropriati per il funzionamento di una federazione. Perciò il progetto originale di Preuß provvedeva (§ 11) a un riordino territoriale, dando il diritto al popolo di formare nuovi Länder, per creare le

---

<sup>46</sup> H. PREUB, *Scritti*, vol. 3, pp. 326 ss. Vedi per le discussioni menzionate l’introduzione al vol. 3, pp. 1 ss., di Detlef Lehnert e Dian Schefold.

<sup>47</sup> H. PREUB, *Scritti*, vol. 3, p. 127; vedi l’introduzione di Detlef Lehnert, pp. 18 ss.

<sup>48</sup> Vedi l’introduzione di Detlef Lehnert, in H. PREUB, *Scritti* vol. 3, pp. 38 ss.

<sup>49</sup> Importante anzitutto E. FRAENKEL, in *Deutschland und die westlichen Demokratien* (edizione *stw*, Frankfurt 1991), pp. 194 ss.

<sup>50</sup> Vedi su ciò che segue la mia introduzione in H. PREUB, *Scritti*, vol. 3, pp. 47 ss.

<sup>51</sup> Ora in *Scritti*, vol. 3, pp. 533 ss.

persone collettive tra il comune e il potere centrale. Ma nonostante l'accento sulla partecipazione democratica, erano la Costituzione e il potere centrale che dovevano creare i membri della Federazione, effettuando un tale riordino. Nondimeno, la disposizione costituzionale, molto contestata nell'elaborazione della Costituzione e limitata a una regolazione appena praticabile, ebbe effetti esigui nella prassi costituzionale e furono non le riforme del periodo weimariano, ma piuttosto le misure naziste e delle forze occupatrici dopo il 1945 che hanno creato le dimensioni non troppo disuguali dei *Länder* tedeschi attuali. Oltre a questo magro risultato pratico, sembra strano che la formazione di enti collettivi inferiori sia il prodotto di un potere centrale superiore: non si conferma in questo modo il principio della sovranità dello Stato centrale che crea gli enti decentrati, invece di formarsi tramite un cooperativismo sulla base di decisioni delle persone?

L'obiezione può del resto essere allargata. La rivoluzione del 9 novembre 1918 invocò la volontà popolare e, dopo la sconfitta e l'armistizio, sembrava indispensabile mettere l'accento sulla volontà di un popolo unito, anche contro le tendenze separatistiche, virulenti in Baviera e in altre parti dello Stato, scosso nelle sue fondamenta. Perciò già il disegno originario di Preuß menziona il potere statale del popolo (§ 2 I° co.) e, sia nei progetti successivi sia nella Costituzione emanata, il preambolo parla del popolo tedesco, unito nelle sue radici (letteralmente, tribù, *Volksstamm*), evitando il concetto di popoli dei singoli Länder. Per di più, il presidente monocratico del *Reich*, eletto dal popolo, sembra rappresentare un'unità centrale, come capo di un potere allargato tramite le centralizzazioni effettuate dalla Costituzione di Weimar. La forza vincolante del diritto internazionale pubblico è limitata, nella versione definitiva dell'art. 4, al diritto generalmente riconosciuto. Non si possono negare pertanto tendenze verso una sovranità dello Stato centrale e Anschütz, nonostante alcune differenze, qualifica Preuß come unitarista<sup>52</sup>.

Nondimeno, è proprio il commentario di Preuß, edito da Anschütz, che conferma la continuità della sua argomentazione. Nonostante la necessità di difendere la Repubblica contro i separatismi, di invocare uno spirito costituente della comunità, di sostituire i territori formati da conquiste ed eredità con persone collettive formate in maniera de-

---

<sup>52</sup> G. ANSCHÜTZ, *Aus meinem Leben*, Frankfurt 1993, p. 121, 251 – forse però determinato dalla posizione centralista di Anschütz, *ivi*, p. 240 s.

mocratica, lo scopo di Preuß rimane una ripartizione del potere in persone collettive pluralistiche su una pluralità di livelli e la Costituzione di Weimar è l'applicazione di un tale modello a uno Stato autonomistico e federale, che s'inserisce in una comunità mondiale. Sono i commenti successivi all'emanazione della Costituzione che sottolineano il modello desumibile dallo sviluppo degli scritti che ho presentato, benché, naturalmente, i gravi problemi menzionati abbiano causato il pericolo di contraddizioni che, se Preuß avesse potuto finire il commentario, avrebbero avuto bisogno di chiarimento.

## 5. Conclusione.

Con questo bilancio sono alle conclusioni. Mi pare evidente, prima di tutto, l'importanza di Preuß per lo *sviluppo del pensiero democratico*. Partendo da idee di Gierke e dalla tradizione germanistica, egli riesce a proporre enti collettivi che si formano come comunità, ognuna con una volontà originaria formata in maniera autonoma, ma che si collegano in enti più ampi, attraverso le unità statali fino alla comunità mondiale. Tramite l'esperienza pratica ha imparato a tener conto, oltre che dei modelli astratti, anche del carattere democratico della formazione di una volontà comune. In questo senso, Preuß ha contribuito al compito di un diritto costituzionale democratico nella Repubblica di Weimar. Se, nella riflessione recente, al dibattito sul conflitto dei metodi e delle tendenze nel periodo weimariano, che ha messo al centro soprattutto argomenti antipositivisti – in concreto: opposti alla democrazia weimariana – si confronta il pensiero democratico nella Repubblica di Weimar, Preuß rappresenta un oggetto centrale degli studi. Basti ricordare alle ricerche recenti ad esempio di Christoph Gusy, Kathrin Groh e Jörg-Detlef Kühne<sup>53</sup>.

Per il dibattito attuale, un aspetto mi pare particolarmente importante. Il concetto di enti collettivi, legittimati indipendentemente su diversi livelli, prende posizione non soltanto nella questione di legittimazione autonoma dei livelli comunali e regionali, ma del pari per il

---

<sup>53</sup> C. GUSY, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen 1997; C. GUSY (a cura di), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, Baden-Baden 2000; K. GROH, *Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik*, Tübingen 2010; J.-D. KÜHNE, *Demokratisches Denken in der Weimarer Verfassungsdiskussion – Hugo Preuß und die Nationalversammlung*, in GUSY, *Demokratisches Denken* (cit.), pp. 115 ss.

*diritto soprastatale*. Nel suo scritto del 1891, Preuß aveva sviluppato l'idea della comunità internazionale come ente con una legittimazione propria e abbiamo visto che ha mantenuto questo pensiero fino alla tesi, ancorata all'art. 4 della Costituzione di Weimar, del diritto internazionale pubblico come parte del diritto tedesco. Un tale significato non può non essere di rilievo anche per l'importanza attuale del diritto internazionale, secondo l'art. 25 LF, così come secondo l'art. 10 Cost. it.: se già la *comunità internazionale* produce un diritto proprio, vincolante per i soggetti statali, questo deve valere a maggior ragione per gli enti internazionali con il loro ordinamento giuridico, e fra loro anzitutto per l'*Unione Europea*. Perciò la giurisprudenza tedesca (e forse anche quella italiana) che appoggia il diritto europeo in ordine al trasferimento di diritti effettuato dagli Stati membri<sup>54</sup>, merita di essere riconsiderata e il concetto della Corte di Lussemburgo dell'ordinamento indipendente europeo con prevalenza di applicazione mi sembra preferibile.

In terzo luogo, la ricerca recente ha accentuato che Preuß – in questo allievo fedele e fruttuoso di Gierke – descrivendo il pluralismo dei livelli e la formazione graduale della volontà dei singoli enti, prende posizione per un *metodo pluralistico*. Non è la persona (giuridica) astratta che esprime la sua volontà, ma l'ente collettivo la sviluppa lentamente, basandosi sulle pluralità di posizioni e opinioni. Sono, anzitutto, le ricerche di Detlef Lehnert e poi l'analisi fatta da Andreas Vosskuhle (Presidente della Corte costituzionale tedesca) che hanno sviluppato quest'aspetto<sup>55</sup>, anche in risposta a interpretazioni della democrazia come forma di decisione soltanto maggioritaria.

Infine, seguendo lo sviluppo della biografia e del lavoro scientifico e politico di Preuß, mi pare caratteristica l'armonizzazione, la *concordanza, di valori costituzionali*. Il giovane Preuß ha cominciato come liberale e nei primi scritti si trova spesso una critica del socialismo, anche democratico. L'analisi delle persone collettive e della prassi amministrativa prussiana invece ha portato l'attenzione sui processi democratici e sulla formazione di una volontà comune reale e la colla-

---

<sup>54</sup> Vedi la giurisprudenza in BVerfGE 123, 267 ss. e il mio commento, D. SCHEFOLD, *Die Homogenität im Mehrebenensystem*, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts* 60, 2012, pp. 49 ss.

<sup>55</sup> D. LEHNERT, *Das pluralistische Staatsdenken von Hugo Preuß*, Baden-Baden 2012; A. VOSSKUHLE, *Hugo Preuß als Vordenker einer Verfassungstheorie des Pluralismus*, in J. KOCKA/ G. STOCK (a cura di), *Hugo Preuß: Vordenker der Pluralismustheorie*, Berlin 2011, pp. 23 ss.

borazione con il consiglio comunale di Berlino lo ha fatto confrontare con i problemi sociali dell'epoca. Il difensore delle autonomie e del modello multilivello ha saputo così integrare i principi che reggono la Costituzione moderna e lo possiamo considerare, anche come mediatore di valori, come vero padre di una Costituzione.

## CENNI BIBLIOGRAFICI

### A. Scritti di Hugo Preuß

Gesammelte Schriften, im Auftrag der Hugo Preuß-Gesellschaft e.V. herausgegeben von Detlef Lehnert und Christoph Müller, Tübingen 2007-2015;

Bd. 1: *Politik und Gesellschaft im Kaiserreich*, herausgegeben und eingeleitet von Lothar Albertin in Zusammenarbeit mit Christoph Müller, 2007;

Bd. 2: *Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie im Kaiserreich*, herausgegeben und eingeleitet von Dian Schefold in Zusammenarbeit mit Christoph Müller, 2009;

Bd. 3: *Das Verfassungswerk von Weimar*, herausgegeben, eingeleitet und erläutert von Detlef Lehnert, Christoph Müller und Dian Schefold, 2015;

Bd. 4: *Politik und Verfassung in der Weimarer Republik*, herausgegeben und eingeleitet von Detlef Lehnert, 2008;

Bd. 5: *Kommunalwissenschaft und Kommunalpolitik*, herausgegeben und eingeleitet von Christoph Müller, 2012;

*Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, Berlin 1889, Neudrucke 1964, 1999;

*Das städtische Amtsrecht in Preußen*, Berlin 1902, Neudruck 2006;

*Die Entwicklung des deutschen Städtewesens*. Erster Band: *Entwicklungsgeschichte der deutschen Städteverfassung*, Leipzig 1906, Neudruck 1965;

*Verfassungspolitische Entwicklungen in Deutschland und Westeuropa*. *Historische Grundlegung zu einem Staatsrecht der Deutschen Republik*. Aus dem Nachlass. Herausgegeben und eingeleitet von Hedwig Hintze, Berlin 1927, Neudruck 2008;

*Staat, Recht und Freiheit*, herausgegeben von Else Preuß mit einem Geleitwort von Theodor Heuss, Tübingen 1926, Neudrucke 1965, 2006;

### B. Letteratura in tedesco

GÜNTHER GILLESSEN, *Hugo Preuß*, mit einem Vorwort von Manfred Friedrich, Berlin 2000 (Diss. Freiburg 1955);

SIEGFRIED GRASSMANN, *Hugo Preuß und die deutsche Selbstverwaltung*, Lübeck 1965;

DIAN SCHEFOLD, *Hugo Preuß (1860-1925). Von der Stadtverfassung zur Staatsverfassung der Weimarer Republik*, in H. Heinrichs u.a. (Hrsg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, München 1993, S. 429 ff.;

DETLEF LEHNERT, *Verfassungsdemokratie als Bürgergenossenschaft*, Baden-Baden 1998;

DETLEF LEHNERT/ CHRISTOPH MÜLLER (Hrsg.), *Vom Untertanenverband zur Bürgergenossenschaft. Symposion zum 75. Geburtstag von Hugo Preuß*, Baden-Baden 2003;

CHRISTOPH MÜLLER (Hrsg.), *Gemeinde, Stadt, Staat. Aspekte der Verfassungstheorie von Hugo Preuß*, Baden-Baden 2005;

CHRISTOPH MÜLLER, HUGO PREUß (1860-1925). *Privat-Dozent Dr. Hugo Preuß*, in *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, Berlin 2010, S. 701 ff.;

DETLEF LEHNERT (Hrsg.), *Hugo Preuß 1860-1925. Genealogie eines modernen Preußen*, Köln 2011;

KATHRIN GROH, *Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik*, Tübingen 2010;

ANDREAS VOSSKUHLE, *Hugo Preuß als Vordenker einer Verfassungstheorie des Pluralismus*, in JÜRGEN KOCKA/ GÜNTER STOCK (Hrsg.), *Hugo Preuß: Vordenker der Pluralismustheorie*, Berlin 2011, S. 23 ff.;

DETLEF LEHNERT, *Das pluralistische Staatsdenken von Hugo Preuß*, Baden-Baden 2012;

DIAN SCHEFOLD, *Hugo Preuß*, in PETER HÄBERLE/ MICHAEL KILIAN/ HEINRICH AMADEUS WOLFF, *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, Berlin 2015, S. 70-91;

### C. In italiano

SANDRO MEZZADRA, *La costituzione del sociale. Il pensiero politico e giuridico di Hugo Preuss*, Bologna 1999;

DIAN SCHEFOLD, *Verso le origini dello Stato autonomistico. Il contributo di Hugo Preuss*, in *Nova Juris Interpretatio*, Roma 2009, pp. 1-13;

DIAN SCHEFOLD, *Le costituzioni ed i due conflitti sui metodi e le tendenze*, in *Il diritto fra interpretazione e storia. Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, Roma 2010, vol. 5, pp. 29-41;

AGOSTINO CARRINO, *Hugo Preuß dalla Costituzione bismarckiana alla Weimarer Reichsverfassung*, in *Lo Stato* 1 (2013), pp. 271-280.



# VERSO UNA NUOVA “SENSIBILITÀ SOCIALE” NELL’UNIONE ECONOMICO-MONETARIA

di *Nadia Maccabiani*

SOMMARIO: 1. *Premessa*; 2. *L’esposizione delle Corti*: 2.1. *L’approccio della Corte di giustizia: i diritti sociali che “pesano” sulle finanze sane*; 2.2. *L’approccio della Corte costituzionale italiana: le finanze sane che “pesano” sui diritti sociali*; 3. *La dimensione sociale nel contesto dell’UEM: spunti ricostruttivi*: 3.1. *Le iniziative “in cantiere” in ambito UEM*; 4. *Dimensione sociale come res derelicta?*.

## 1. Premessa

La (proteiforme) tensione tra la razionalità economica e quella sociale che ha qualificato il processo di integrazione europea ha formato oggetto di molteplici studi di differente stampo scientifico (economico, sociale, giuridico)<sup>1</sup> e, dal punto di vista costituzionalistico, ha posto la questione del bilanciamento tra valori confliggenti<sup>2</sup>.

A loro volta, le ambiguità sottese al percorso europeo di contemporaneo tra le due razionalità<sup>3</sup> hanno ulteriormente contribuito ad ali-

---

<sup>1</sup> Riporta lo scontro «between functionally differentiated structures representing different forms of rationality», quella economica e quella solidale, in riferimento al processo di integrazione europea, P. F. KJAER, *Between Governing and Governance, On the Emergence, Function and Form of Europe’s Post-National Constellation*, Oxford, Hart Publishers, 2010, p. 141.

<sup>2</sup> Per la trattazione e la messa a confronto delle differenti modalità di integrazione dei conflitti sociali tra, da un lato, l’ordinamento europeo (nel corso della sua evoluzione) e, dall’altro lato, il costituzionalismo democratico novecentesco, si rinvia al volume di M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013, pp. 64 ss. Sull’integrazione del conflitto sociale nella Costituzione rigida e pluralista, cfr. R. BIN, *Che cos’è la Costituzione?*, in *RobertoBin.it*, 2007.

<sup>3</sup> In merito alla tensione tra diritti sociali e regole del Mercato interno, cfr. l’analisi documentale del Report *EU Social and Labour Rights and EU Internal Market Law*, elaborato all’interno del Parlamento europeo dal Directorate-General for Internal Policies, Policy Department A – Economic and Scientific Policies, 2015, in *EuroParl.Europa.eu*. In dottrina si rinvia, tra gli altri, a S. SCIARRA, *L’Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Roma-Bari, 2013, pp. 67 ss.

mentare i differenti approcci metodologici e prospettici dai quali l'analisi scientifica può prendere le mosse<sup>4</sup>.

A questo riguardo, ed in ogni caso, sia che si preferisca valorizzare la metà “piena” del bicchiere (relativa alle previsioni sociali contenute nei Trattati e nella Carta dei diritti fondamentali) o, viceversa, denunciarne la metà “vuota” (relativa agli aspetti mercantilistici e di rigore finanziario dell'ordinamento europeo), rimane fermo il dato di fatto (quindi di diritto e, *in primis*, di rilievo costituzionale) della via “secondaria” e “riflessa” con la quale la dimensione sociale ha trovato ingresso in Europa in rapporto alla “originaria” e “predominante” impronta economicista<sup>5</sup>.

Ciò ha esposto e rischia di esporre sempre più le “Corti”, chiamate a riempire il solco apertosi tra le opposte razionalità. La giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale italiana, qui messa a confronto, attesta la difformità di approccio culturale e metodologico nella trattazione dei confliggenti “valori” delle “finanze sane” e dei “bisogni sociali”.

Sulla base di tali premesse, in questo scritto non si intende entrare nella “disputa” del bicchiere mezzo pieno o mezzo vuoto<sup>6</sup> e nella con-

---

<sup>4</sup> Per una peculiare concezione del rapporto tra economico e giuridico, in tempo di neoliberalismo, cfr. P. DARDOT, C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, Paris, 2009.

<sup>5</sup> Per una contestualizzazione nelle fasi di evoluzione dell'ordinamento europeo dello spirito mercatista, cfr. M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, cit., pp. 200 ss. Rammenta questo “vizio d'origine” dell'ordinamento europeo, R. BIN, *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa. Relazione finale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014.

<sup>6</sup> Può, nella sterminata letteratura che si è pronunciata sul punto, rammentarsi B. CARAVITA, *Il federalizing process europeo*, in *federalismi.it*, n. 17/2014, pp. 5-6, che richiama l'unità valoriale a livello europeo, anche con riguardo alla «struttura economica», nel segno della «economia sociale di mercato» di cui all'art. 3, TFUE (cfr. ora, altresì, B. CARAVITA, *Quanta Europa c'è in Europa*, Torino, 2015, pp. 15 ss.); P. COSTANZO, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea*, in *Consulta OnLine*, 2008, secondo cui «l'Unione non ha certamente rinunciato a giocare le sue carte, e, a dispetto della sua scarsa capacità di manovra, ad additare soluzioni intese a dare testimonianza della sua vocazione sociale»; M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, n. 3/2000, p. 372, secondo cui «dal complesso del Trattato si evince che tra esigenze economiche e diritti sociali passa la comune differenza che intercorre tra variabili indipendenti e variabili dipendenti»; C. PINELLI, *I rapporti economico-sociali fra Costituzione e Trattati europei*, in C. PINELLI, T. TREU (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010, p. 34, che osserva: «La riconduzione dell'ordine giuridico europeo al modello dell'*homo economicus*, e la conseguente tesi della sua eterogeneità rispetto all'ordine desunto dalla Costituzione, rimanda a una visione primitiva del mercato e riflette una lettura

nessa problematica del triplice *gap* sociale europeo<sup>7</sup>. L'uno, relativo allo squilibrio tra valori sociali proclamati nei Trattati e nella Carta dei diritti fondamentali e le effettive possibilità di azione dell'Unione in materia di politiche sociali<sup>8</sup>; il secondo (ancor più evidente in tempi di

---

troppo approssimativa dei principi e dell'effettivo funzionamento dell'integrazione europea. Su quelle premesse, ogni ricerca sulla dimensione sociale dell'Unione è già ipotecata. Per coglierne i problemi e per apprezzarne l'evoluzione, occorre uno sguardo meno pregiudicato dal confronto con lo Stato sociale».

<sup>7</sup> In merito a tale *gap* ed alla «Constitution of Social governance» volta a risolverlo, si rinvia a D. SCHIEK, *The EU Constitution of Social Governance in an Economic Crisis in Defence of a Transnational Dimension to Social Europe*, in *Maastricht Journal*, n. 2/2013, pp. 185 ss. Come noto, G. F. MANCINI, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento della Comunità europea*, in AA.VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Atti del convegno di Parma del 30-31 ottobre 1985, Padova, 1988, p. 26, parlava di «frigidità sociale» della CE.

<sup>8</sup> Sull'inadeguatezza della Carta dei diritti fondamentali ad offrire tutela, in termini di effettività, ai diritti, in primo luogo quelli economico-sociali, cfr. G. AZZARITI, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, in *Politica del diritto*, n. 3/2003, in particolare alle pp. 337 ss. Tra le interpretazioni e proposte volte a superare l'asimmetria in seno all'Unione in campo sociale si distinguono quelle orientate verso una estensione del campo d'azione dell'UE e quelle che guardano primariamente alle potenzialità della giurisprudenza europea. Si rammentano, tra le altre, la posizione di F. BILANCIA, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014, p. 11, che evidenzia la necessità di «un bilancio europeo di dimensione macroeconomica tale da poter attuare effettive politiche di redistribuzione. Non più solo di redistribuzione di ricchezza nella dimensione sociale, servendo i diritti di eguaglianza in funzione di una più realistica parità di *chances*, ma anche di redistribuzione territoriale al fine di combattere gli squilibri macroeconomici tra parti e parti del mercato comune, evitando il rischio che si determinino fenomeni di vera e propria dipendenza territoriale nelle asimmetrie... Ma ciò non sarà possibile finché il rapporto dimensionale tra bilanci pubblici statali e bilancio dell'UE continuerà a svilupparsi in una forma tanto squilibrata a favore dei primi, finché il bilancio europeo continuerà a pesare in termini di pochi punti percentuali dopo lo zero virgola, perché non saranno possibili i necessari effetti redistributivi. Fino a che non sarà realistico un finanziamento delle relative prestazioni mediante tributi comuni, fino a quel momento, i diritti sociali in ambito UE continueranno a rappresentare una mera categoria culturale, un'idea astratta ben lontana dalla politica redistributiva che è funzione sì dell'eguaglianza, ma anche di governo dell'economia in chiave di equilibrio macroeconomico stabile in un ambito territoriale finalmente unitario»; nonché quella di P. COSTANZO, *op. cit.*, a fronte della «perdita crescente del senso di solidarietà collettiva e dell'eguaglianza sostanziale» si avverte l'esigenza di «ottiche inedite attraverso le quali tragguardare i diritti sociali che di tali valori costituiscono la più compiuta espressione... Ma lo sforzo in tal senso non può più essere all'evidenza sostenuto dai singoli Stati, entità divenute sempre più piccole e impotenti di fronte alla mondializzazione dell'economia. In questo quadro, infatti, 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 appunto l'Unione europea. Per legittimarsi in tale direzione, l'Unione ha

crisi e di *retrenchment programs*) relativo all'ossimoro prodotti tra gli elevati *standard* proposti dalle politiche sociali europee<sup>9</sup> e le misure di *austerity* "cieche" in termini di ricadute sociali<sup>10</sup>; il terzo, infine, riguardante il *focus* su *employment* e *employability*<sup>11</sup> piuttosto che sul *welfare* complessivamente inteso<sup>12</sup>.

---

tuttavia la necessità di individuare nella garanzia dei diritti sociali una base giuridica di ordine costituzionale, così da porre mano alla definizione di un modello sociale europeo ...autonomo rispetto alle politiche di alleati anche potenti o ai condizionamenti degli organismi finanziari sovranazionali. Com'è avvenuto per i diritti più classici, nei cui confronti le tradizioni costituzionali degli Stati membri sono stati elevati a principi generali dell'ordinamento comunitario, così dovrebbe accadere per i diritti sociali, la cui protezione rinverrebbe nella tradizione tutta europea della solidarietà sociale e, più esplicitamente, anche nella predicabilità di "doveri comunitari", un formidabile fattore incentivante». Ripercorre le differenti *ratio* della originaria pretermissione dei diritti fondamentali nei Trattati, M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, pp. 16-18

<sup>9</sup> Si possono rammentare gli artt. 114, par. 3; 151, 165, par. 1, 168, par. 1, 169, par. 1, 179, par. 2; 191, par. 2, TFUE, nonché, in generale, la c.d. clausola sociale orizzontale contenuta nell'art. 9, TFUE.

<sup>10</sup> Pone in evidenza, con chiarezza, l'impatto delle misure di *austerity* sui diritti sociali l'analisi comparativa realizzata in seno al Parlamento europeo nel 2015 (Directorate General for Internal Policies – Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs) su richiesta del LIBE Committee (Civil Liberties, Justice and Home Affairs Committee of the European Parliament), *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU Comparative analysis*, in *EuroParl.Europa.eu*. In dottrina, su tale discrasia, si rinvia a T. FISCHER, S. HOFFMANN, *European Economic Governance: What About the Social Dimension?*, in G. BAJNAI, T. FISCHER, S. HARE, S. HOFFMANN, K. NICOLAIDIS, V. ROSSI, J. VIEHOFF, A. WATT (a cura di), *Solidarity For Sale? The Social Dimension of the New European Economic Governance*, Gütersloh, 2012, pp. 9 ss. L. DI MAJO, A. GASPARRO, M. VITTORI, *L'omogeneità di valori nell'Unione Europea tra crisi economica e tutela dei diritti fondamentali: quali scenari?*, in *federalismi.it*, n. 19/2014, p. 32, osservano che, «L'asimmetria determinatasi tra obiettivi di tutela sociale da un lato e un diritto europeo fondato sul mercato e la libera concorrenza, viene accentuata dalla ridefinizione della *governance* economica europea: a fronte di una ulteriore erosione della sovranità statali in tema di bilancio, infatti, non si è accompagnato il consolidamento di una vera entità politica sovranazionale – garante di quella unità di indirizzo politico e uguaglianza tra gli stati membri necessaria all'esercizio di queste funzioni».

<sup>11</sup> Come denunciato da C. PINELLI, *I rapporti economico-sociali fra Costituzione e Trattati europei*, in C. PINELLI, T. TREU (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, cit., p. 33, «una costante delle politiche sociali dell'Unione è di rivolgersi non ai cittadini, ma ai lavoratori, al fine di combattere le discriminazioni, e al mercato del lavoro, al fine di accrescere l'occupazione.... Anzi, gli ambiti di intervento sono più circoscritti: non si tratta di discriminazioni in generale, ma di quelle fra uomini e donne, non si tratta di consultazioni con i sindacati sulle politiche in generale ma solo su certe questioni, non si tratta

Si intende – piuttosto – porre l’accento sulla recente rinnovata tendenza verso una maggiore “sensibilità sociale” registratasi (in particolare a partire dal 2015) con specifico e primario riguardo all’ambito UEM, dove il tasso di rischio a cui è esposta la sovranità nazionale in materia di *welfare state* raggiunge un grado più elevato sia per la “espropriazione” della politica monetaria che per l’imporsi di vincoli – sempre più stringenti – di politica economica e di bilancio<sup>13</sup>.

L’orizzonte proposto dalle connesse iniziative, su cui ci si soffermerà nel par. 3.1, sembra ambizioso. L’obiettivo è quello di andare oltre il limbo della gestione delle politiche sociali attraverso il MAC e la mera proclamazione “cartolare” di valori e diritti sociali, per inserire alcuni *targets* sociali nel circuito – meglio definito e rodato – dei sistemi della *governance* economica dell’UEM. Oltre la *market oriented perspective* per ampliare lo sguardo al di là degli *workers*, verso l’inclusione sociale dei non economicamente attivi menzionando – per la prima volta – un “social protection floor”, come a dire una *safety net* sociale che fa il paio con la *safety net* che si intende sviluppare nell’ambito dell’Unione di bilancio per assorbire gli *shock* asimmetrici in seno all’UEM. Oltre, infine, gli aiuti finanziari agli Stati (ed alle re-

---

delle implicazioni sulle condizioni di lavoro della maternità in generale ma della gravidanza in particolare».

<sup>12</sup> Seguendo la ricostruzione di S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, 2015, p. 24, le istituzioni del benessere (*welfare*) includerebbero oltre all’occupazione, anche la protezione sociale, l’istruzione e la sanità.

<sup>13</sup> In relazione ai processi della *governance* economica in ambito UEM si è parlato di “smart law”, come categoria normativa che si pone in via mediana tra *soft* e *hard law*, così A. DE STREEL, *The Evolution of the EU Economic Governance since the Treaty of Maastricht an Unfinished Task*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, n. 3/2013, p. 358, «Thus, economic governance recommendations have fewer binding effects than those of the hard law but more binding effects than those of the (standard) soft law. To make a parallel with the typology between hard, smart and soft power used in international relations, economic governance recommendation is smart law». In prospettiva di teoria generale, l’UEM, è stata descritta, in ragione del grado di integrazione raggiunto, quale una delle «dimensioni istituzionali postnazionali» da A. LO GIUDICE, *L’Europa sociale come risposta alla crisi di legittimazione dell’Unione Europea*, in *federalismi.it*, n. 13/2016, pp. 11-12; mentre E. C. RAFFIOTTA, *Il governo multilivello dell’economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, Bologna, 2013, p. 81, sottolinea come principalmente in riferimento alla zona Euro possa parlarsi di una tendenza verso «un governo europeo dell’economia».

gioni) in difficoltà<sup>14</sup>, per guardare direttamente ai bisogni sociali dei cittadini dell'UEM.

Ferma l'apprezzabilità dell'obiettivo, resta il fatto che il percorso attraverso cui l'UEM è giunta a convincersi della necessità di rivalorizzare la dimensione sociale certo non ne smentisce il vizio d'origine, confermando semmai l'approccio politico-culturale e metodologico che diacronicamente ha qualificato l'evoluzione dell'ordinamento europeo nella (ambivalente) gestione del binomio economico/sociale.

Approccio, quindi, che poco ha di "costituzionalistico" e molto, viceversa, ha di "economicistico". L'attenzione per la dimensione sociale, infatti, neppure questa volta entra (come si avrà modo di constatare) dalla porta "principale" ma dall'ingresso "di servizio": essa assurge – finalmente – a migliore dignità, ma grazie al credito acquisito nell'essersi dimostrata funzionale, durante gli anni della crisi, alla resilienza ed alla *recovery* delle economie nazionali. E, tuttavia, questa visione, benché "strabica" dal punto di vista costituzionale, sembra il massimo acquisibile a gioco fermo, ossia a Trattati invariati ed in assenza di volontà politiche dotate di uno slancio di generosità verso ulteriori cessioni di sovranità.

Anzi, le modalità verso le quali la strada è stata imboccata conferma il *deadlock* politico, essendo una riedizione, sia pure con diverse sfumature, della dottrina dei poteri impliciti spesso messa in campo al fine di superare in modo *souple* divergenze di vedute altrimenti difficilmente risolvibili<sup>15</sup>. In questo modo, trova ulteriore approfondimento la direttrice seguita, in tempi recenti, dalla Corte di giustizia nei casi *Pringle* e *Gauweiler*, dove la legittimità del MES e delle OMT ha ampliato – in sostanza – le possibilità di (re)azione dell'UEM in ragione della loro funzionalizzazione – in termini di compatibilità finalistica – con gli obiettivi della *governance* economica<sup>16</sup> e della politica monetaria<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Sulle differenti modalità di estrinsecazione della "solidarietà" in ambito europeo, cfr. K. NICOLAÏDIS, J. VIEHOFF, *The Choice for Sustainable Solidarity in Post-Crisis Europe*, in G. BAJNAI, T. FISCHER, S. HARE, S. HOFFMANN, K. NICOLAÏDIS, V. ROSSI, J. VIEHOFF, A. WATT (a cura di), *Solidarity For Sale? The Social Dimension of the New European Economic Governance*, cit., pp. 23 ss.

<sup>15</sup> Questa è la stessa logica sottesa al Trattato MES, come posto in evidenza da G. NAPOLITANO, *L'incerto futuro della nuova governance economica europea*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2012, p. 142.

<sup>16</sup> C-370/12, parr. 55 e ss. e, in particolare, il par. 60: «In the light of the objectives to be attained by the stability mechanism the establishment of which is envisaged by Article

L’UEM va quindi completandosi, sia pure seguendo «vie accidentate e sinuose»<sup>18</sup>, e il “vettore” sembra si stia dirigendo anche verso una migliore capacità di (re)azione agli squilibri sociali al fine di colmare la “lacerazione” prodotta dal *must* economico-finanziario, nel tentativo di restituire dignità a diritti sociali che altrimenti rischiano di rimanere mere proclamazioni “cartolari”<sup>19</sup>.

Il timore che sia uno “specchietto per allodole” è certo inevitabile, si tratterà allora di seguire quanto questa avviata evoluzione in seno all’UEM sia suscettibile di restituire i frutti in termini di un reale mu-

---

1 of Decision 2011/199, the instruments provided in order to achieve those objectives and the close link between that mechanism, the provisions of the FEU Treaty relating to economic policy and the regulatory framework for strengthened economic governance of the Union, it must be concluded that the establishment of that mechanism falls within the area of economic policy». In relazione al *Pringle* case vi è una nota presa di posizione differenziata in merito alle conclusioni cui è giunta la Corte di giustizia nell’ammettere una estensione dei poteri delle istituzioni comunitarie con diritto creato al di fuori dell’ordinamento europeo (principalmente, Commissione e BCE), cfr. P. CRAIG, *Pringle and Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and Substance*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 9, n. 2/2013, pp. 263 ss.; S. PEERS, *Towards a New Form of EU Law?: The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 9, n. 1/2013, pp.37 ss.

<sup>17</sup> C-62/14, in particolare, parr. 46 ss., «al fine di stabilire se una misura rientri nella politica monetaria, occorre fare riferimento principalmente agli obiettivi della misura stessa. Sono altresì rilevanti i mezzi che tale misura mette in campo per raggiungere detti obiettivi».

<sup>18</sup> Come rammenta, M. LUCIANI, *op. cit.*, in *Politica del diritto*, n. 3/2000, p. 376, «l’integrazione europea ha sovente seguito “vie accidentate e sinuose” e ... gli ampliamenti dell’azione comunitaria sono stati ancorati a dati normativi che, a prima vista, non erano granché significativi. Una maggiore incisività in materia sociale dipenderà, dunque, più dalla volontà politica che dal tenore testuale delle disposizioni di riferimento o dal formale riconoscimento dei singoli diritti sociali. Dipenderà, soprattutto, dall’eventuale abbandono dell’impostazione iniziale dell’integrazione comunitaria, tutta fondata, è bene ripeterlo, sugli interessi di carattere economico». A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all’interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016, parte I, p. 43, afferma: «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».

<sup>19</sup> Del resto, come affermato da J. H. H. WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo ed integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2002, p. 529, «L’Unione non ha bisogno di ulteriori diritti sui suoi elenchi, né di più elenchi dei diritti. Ciò che è davvero necessario sono programmi ed organi amministrativi finalizzati a rendere reali i diritti, non solo divieti di violazione dei diritti di cui è poi necessaria l’applicazione da parte delle corti».

tamento culturale che collochi la dimensione sociale in posizione non più ancillare rispetto agli imperativi di natura economico-finanziaria.

## 2. L'esposizione delle Corti

Il costituzionalista avverte un certo imbarazzo nel momento in cui si trova a dover bilanciare i diritti sociali con grandezze economico-finanziarie<sup>20</sup>. Ciò che è naturale, per una duplice immediata ragione logica. Da un lato, tale ambito, oltre che trascendere le competenze che gli sono proprie, versa, a sua volta, nel limbo dell'opinabilità<sup>21</sup>. Dall'altro lato, l'ago della bilancia può orientarsi diversamente a seconda dell'impostazione ideologica seguita<sup>22</sup> e, per conseguenza, il

---

<sup>20</sup> Esigenze consacrate dall'art. 81, Cost., come modificato dalla l. cost. n. 1/2012. Sul passaggio dei vincoli derivanti dalla limitatezza delle risorse finanziarie da dati di fatto esterni al bilanciamento tra diritti costituzionali a fattori interni al bilanciamento stesso, cfr. C. SALAZAR, *La Costituzione, i diritti fondamentali, la crisi: «Qualcosa di nuovo, anzi d'antico?»*, in B. CARUSO, G. FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea – Un confronto tra costituzionalisti e giuslavoristi*, cit., pp. 112 ss. L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015, parte II, p. 149, osserva: «Ammetto che quello enunciato dall'art. 81 novellato sia un "principio", sicuramente non può imporsi come fosse l'unico esistente... È dunque possibile, anzi doveroso, fare ricorso ai criteri proposti per eliminare o superare attraverso bilanciamenti l'incompatibilità fra principi concorrenti, sacrificando ciascuno nella misura minore possibile». In diversa prospettiva, pur confermando al necessità del bilanciamento. A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2014, p. 92, afferma che «Il tema della garanzia dei diritti sociali e dei diritti fondamentali in tempo di crisi (di qualunque tipo esse siano), perciò, rimanda alla cruciale questione della possibilità di mantenere in vita il processo di integrazione pluralistica, così come prefigurato da una Costituzione democratica. In definitiva, l'attuazione incondizionata dei primi, rinunciando al secondo, equivale solo a porre le premesse per una politica eversiva dell'ordinamento costituzionale».

<sup>21</sup> O. CHESSA, *Il pareggio di bilancio tra ideologie economiche, vincoli sistemici dell'unione monetaria e principi costituzionali supremi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali - Rassegna*, 2016, osserva, «L'alternativa di fondo, in particolare, è se la previsione di limiti stringenti nei confronti della politica monetaria e fiscale – limiti volti a sostituire la discrezionalità politica degli organi di governo con automatismi scanditi da regole rigide – debbano ricondursi alla grande tradizione del costituzionalismo o se, al contrario, siano al servizio di un modello economico, sociale e politico che con gli ideali del costituzionalismo, specialmente di quello democratico-sociale, hanno poco o nulla a che spartire».

<sup>22</sup> Cfr., per tutti, G. RIVOSECCHI, *Ragionando sull'introduzione dell'equilibrio di bilancio, tra incompiuta attuazione della riforma e anticipazioni della giurisprudenza costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali - Rassegna*, 2016.

giudizio di valore del costituzionalista può mutare a seconda della sua “precomprensione”<sup>23</sup>.

E tuttavia, il tema della crisi economica, delle politiche di *austerità* e dei relativi riflessi sui diritti sociali non ha mancato di formare oggetto, soprattutto recentemente, di approfonditi studi giuridici, anche di natura costituzionalistica<sup>24</sup>, accumulati dal tentativo di (ri)valorizzare, in epoca di risorse limitate ed aumentati bisogni, il fondamentale principio della solidarietà ed i connessi doveri sociali<sup>25</sup>.

Questa è l’impostazione che trova accoglimento anche nella giurisprudenza costituzionale nazionale degli ultimi tempi, volta a “rimarginare” gli imperativi finanziari. Diversa, invece, si mantiene, almeno finora, la prospettiva assunta dalla Corte di giustizia.

---

<sup>23</sup> A. RUGGERI, *Scrittura costituzionale e diritto costituzionale non scritto*, in *Diritto e società*, 2004, pp. 237 ss. A titolo esemplificativo del differente approccio prospettico in relazione al rapporto tra diritti sociali ed esigenze economico-finanziarie imposte dalla *governance* economica europea, possono rammentarsi due diverse posizioni: S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015, che parla di «processo decostituente» in conseguenza delle misure adottate nel corso della crisi economica, nel quale vengono materialmente minati i principi del costituzionalismo sociale accolti nelle carte costituzionali del secondo dopoguerra; In diversa direzione, A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2014, p. 86, «Ma, almeno finora – salve alcune limitate situazioni che, però, sono state ricondotte a sistema dalla giurisprudenza (come nei casi ricordati di Portogallo e Italia) – le decisioni legislative assunte in tempo di crisi, per quanto *appaiano e siano sentite* come dolorose, possono essere collocate entro le linee di un modello sociale sicuramente compatibile con la Costituzione».

<sup>24</sup> Si rammentano in particolare, S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015; C. KILPATRICK, B. DE WITTE (edited by), *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights’ Challenges*, in *EUI – Working papers, Law*, 2014/2015; B. CARUSO, G. FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea – Un confronto tra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, 2015.

<sup>25</sup> S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014; L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016, parte I, pp. 45 ss.; A. APOSTOLI, *op. cit.*, pp. 1 ss.; A. RUGGERI, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come sistema*, in *Consulta OnLine*, n. 2/2015, pp. 552-553; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid*, n. 3/2013, p. 8 ss. Per un approccio giuslavoristico al tema, si rinvia a S. SCIARRA, *L’Europa e il lavoro: solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Roma-Bari, 2013.

## 2.1 L'approccio della Corte di giustizia: i diritti sociali che "pesano" sulle finanze sane

Di seguito si è inteso selezionare una "certa" giurisprudenza della Corte di giustizia suddividendola in due ambiti. Un primo ambito, dimostra come la preoccupazione dell'equilibrio finanziario (nella specie dei sistemi di protezione sociale) sia particolarmente pervasiva, al punto da prevalere su una sfera particolarmente sensibile, quella dei diritti dei cittadini non dotati di mezzi sufficienti per provvedere al sostentamento proprio e della famiglia. Un secondo ambito guarda invece più da vicino ai diritti sociali direttamente colpiti dai "tagli di bilancio" imposti dalle misure di *austerità* in tempi di crisi.

### a) Protezione sociale

Il discorso in oggetto è esteso e complesso, così come lo è la giurisprudenza della Corte di giustizia che, soprattutto facendo applicazione del parametro della non discriminazione e dei riflessi sociali delle libertà economiche<sup>26</sup>, ha contribuito alla tutela dei diritti sociali<sup>27</sup>.

Non si affronta in questa sede tale sterminata giurisprudenza, ciò che si intende rammentare è che il principio di non discriminazione è stato applicato in modo ampio per una "certa parte" di cittadini, quelli economicamente attivi (ed i loro familiari) che contribuiscono alle entrate del bilancio statale<sup>28</sup>, ed in modo maggiormente "condizionato" per "altra parte" di cittadini, quelli che economicamente attivi non so-

---

<sup>26</sup> Basti, in merito, rammentare quanto ribadito dalla Corte nel caso *Laval* (C-341/05, par. 101): «since the freedom to provide services is one of the fundamental principles of the Community... a restriction on that freedom is warranted only if it pursues a legitimate objective compatible with the Treaty and is justified by overriding reasons of public interest; if that is the case, it must be suitable for securing the attainment of the objective which it pursues and not go beyond what is necessary in order to attain it»; o, in analoghi termini, dalla sentenza *Viking* (C-348/05, par. 90)

<sup>27</sup> Su cui cfr. D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, in *Gruppo di Pisa - Rivista*, 2012.

<sup>28</sup> S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, Bologna, 2007, p. 221, osservano «lo status occupazionale del soggetto – in particolare la sua condizione di lavoratore subordinato – ha storicamente costituito, e tuttora costituisce, il principale canale di accesso *cross-border* alle prestazioni sociali e di *welfare* garantite dagli Stati membri all'interno dei propri confini».

no e che quindi non contribuiscono al bilancio statale, avanzando pretese destinate a gravare sul sistema di assistenza sociale<sup>29</sup>.

Trova qui ingresso la problematica del c.d. *benefits tourism* e quanto previsto dal regolamento 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale<sup>30</sup> e dalla direttiva 38/2004 sul diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini europei<sup>31</sup>. In questa direttiva è forte la preoccupazione che i soggetti non economicamente attivi vengano a costituire un “unreasonable burden” per il sistema di assistenza sociale dello Stato ospitante (cfr. i considerando 10 e 17 e gli artt. 7 e 8).

È evidente il dominio di una certa cultura, quella che riconosce rilievo prioritario alla sostenibilità finanziaria a cui solo gli economicamente attivi contribuiscono in positivo, mentre i non economicamente attivi partono da premesse deteriori (ai fini della loro parità di trattamento), “pesando” e non “giovando” alle finanze sane<sup>32</sup>.

E così si possono rammentare alcuni recenti casi affrontati dalla Corte di giustizia (*Grey, Dano, Alimanovic, Garcia Nieto*), dove trova conferma che a fronte del diritto alla protezione sociale vi sta «the le-

---

<sup>29</sup> Va, in proposito rammentato che benché l’attuale art. 34 della Carta dei diritti non introduca distinzioni di sorta tra soggetti economicamente attivi ed inattivi, la versione originaria del progetto aveva un contenuto più restrittivo, contemplando esclusivamente i lavoratori ed i loro familiari quali destinatari delle prestazioni, cfr. A. GIORGIS, *Art. 34. Sicurezza sociale e assistenza sociale*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 241.

<sup>30</sup> H. VERSCHUEREN, *Free movement or benefit tourism: the unreasonable burden of Brey*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 16/2014, pp. 147 ss., sottolinea come con il caso *Brey* la Corte di giustizia abbia aggiunto un requisito non richiesto dall’art 70 del regolamento 883/2004 ai fini dell’accesso alle prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo: quello della residenza ai sensi della direttiva 38/2004 e della conseguente necessità di non diventare un *unreasonable burden* per le finanze statali. Ma, in realtà, sottolinea l’A., la logica sottesa alla erogazione di tali prestazioni era diversa, presupponendo (secondo i lavori preparatori) ed in ragione della loro non esportabilità, una solidarietà tra Stati membri nel riconoscerle ai cittadini ospitati.

<sup>31</sup> A. CELOTTO, *Quando un «diritto» non è un diritto: sulla circolazione e soggiorno dei cittadini comunitari*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2010, p. 860, commentando tale direttiva, osserva come la libertà di soggiornare e circolare in seno al territorio dell’Unione sia in realtà «un diritto solo nominalmente».

<sup>32</sup> Come osservano S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell’Unione Europea*, cit., p. 240, «Questa vocazione alla cautela e al *self-restraint* è del resto sovente rintracciabile nella giurisprudenza della Corte, tradizionalmente attenta a misurare il possibile “impatto fiscale” o redistributivo di decisioni incidenti soprattutto sulle aree più interne (e protette) della sovranità sociale degli Stati membri»

gitimate interest of the Member States in... the protection of their public finances»<sup>33</sup> (par. 55) in quanto l'obiettivo della citata direttiva è di preservare «the financial equilibrium of the social assistance system of the Member States» (C-67/14, par. 62; C-299/14, par. 45).

Quale sia l'ampiezza degli strumenti di protezione sociale che rientrano nel raggio d'azione della direttiva si ricava poi dal collegamento con l'art. 70, par. 1, Regolamento CE 883/2004, nei termini definiti dalla Corte nel caso *Dano* (C-333/13, par. 63):

«That concept refers to all assistance schemes established by the public authorities, whether at national, regional or local level, to which recourse may be had by an individual who does not have resources sufficient to meet his own basic needs and those of his family and who by reason of that fact may, during his period of residence, become a burden on the public finances of the host Member State which could have consequences for the overall level of assistance which may be granted by that State».

In definitiva, come precisato nel caso *Alimanovic* (C-67/14, par. 45) «the predominant function of the benefits at issue ... is in fact to cover the minimum subsistence costs necessary to lead a life in keeping with human dignity» (corsivo nostro).

Sulla base dell'art. 7, Direttiva 38/2004, è consentito allo Stato membro:

«of refusing to grant social benefits to economically inactive Union citizens who exercise their right to freedom of movement solely in order to obtain another Member State's social assistance although they do not have sufficient resources to claim a right of residence. To deny the Member State concerned that possibility would... thus have the consequence that persons who, upon arriving in the territory of another Member State, do not have sufficient resources to provide for themselves would have them automatically, through the grant of a special non-contributory cash benefit which is intended to cover the beneficiary's subsistence costs»<sup>34</sup> (C-333/13, parr. 78-79).

---

<sup>33</sup> *Brey*, C-140/12, par. 55.

<sup>34</sup> *Dano*, C-333/13, parr. 78-79.

Ed è proprio questa la logica enfatizzata dalla lettera del (ex) *Premier* inglese al Presidente del Consiglio europeo sul tema delle riforme dell’UE:

«The UK believes in an open economy. But we have got to be able to cope with all the pressures that free movement can bring – on our schools, our hospitals and our public services... we can reduce the flow of people coming from within the EU by reducing the draw that our welfare system can exert across Europe. So we have proposed that people coming to Britain from the EU must live here and contribute for four years before they qualify for in-work benefits or social housing. And that we should end the practice of sending child benefit overseas»<sup>35</sup>.

Ora, non si discute del fatto che il *benefits tourism* sia a sua volta figlio di una cultura che non va alimentata, quella dell’abuso del diritto in ambito europeo, ciò che si discute è l’impostazione valoriale e culturale dalla quale si parte per affrontare il problema che di certo non giova allo sviluppo della solidarietà e del comune sentire europeo, ponendo, viceversa, in prima linea il “valore” finanziario<sup>36</sup>. Questa *ratio* fa il paio con quella (più becera) che vive l’altro – sia pure cittadino europeo – unicamente come qualcuno che “distrac” risorse alla “borsa” del proprio Stato<sup>37</sup>, in barba ai principi della dignità umana, della uguaglianza e della solidarietà su cui – pure – l’Unione europea si fonda<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Come sottolineato da G. ALLEGRI, *Brexit, questione sociale, sovranismi: ever loser Union*, in *federalismi.it*, n. 23/2015, pp. 5-6, «La questione della sicurezza sociale continentale rimane quindi il grande tema inevaso dalle classi dirigenti europee e l’ultimo punto della lettera di David Cameron sembra mettere queste classi dirigenti dinanzi alle loro debolezze: l’assenza di un reale sentimento di solidarietà pan-europea è alla base delle crisi dell’Eurozona e del “ricatto” britannico di restringere le garanzie universalistiche del tradizionale *Welfare* inglese».

<sup>36</sup> T. N. POLI, *Diritti sociali ed eguaglianza nello spazio giuridico europeo*, in *Amministrazione in Cammino*, p. 21, sottolinea il *favor* per le libertà economiche sotteso a tale logica.

<sup>37</sup> In merito all’accentuato diffondersi di tali “paure” in Europa, nonché sulla connessione con le protezioni redistributive offerte dallo Stato sociale, Z. BAUMAN, *L’Europa è un’avventura*, Roma-Bari, 2012, pp. 93 ss.

<sup>38</sup> Basti citare l’art. 3, TUE, nonché i Titoli della Carta dei diritti fondamentali dell’UE.

*b) Misure di austerità*

La Corte si è finora rifiutata di entrare nel merito dei ricorsi proposti per valutare se le misure di *austerità* deliberate dagli Stati membri in applicazione delle condizionalità negoziate a livello europeo fossero o meno compatibili con alcuni diritti sociali tutelati dalla Carta. Così ha potuto concludere facendo leva sull'art. 51 della Carta, ritenendo tali misure non attuative del diritto europeo.

Eppure la Corte stessa ha ammesso la possibilità di ricondurre al diritto europeo anche accordi di natura internazionale come il MES. In particolare, nel caso *Pringle*, in un paragrafo che ha destato poca attenzione (par. 174), la Corte si pronuncia sulla propria competenza (art. 37, par. 3, Trattato MES; art. 273 TFUE) a conoscere delle decisioni del *Board of Governors* del MES relative all'applicazione ed interpretazione del trattato stesso in ipotesi di controversia tra il MES e gli Stati membri o tra quest'ultimi. Ebbene, essa dichiara:

«it must be observed that a dispute linked to the interpretation or application of the ESM Treaty is likely also to concern the interpretation or application of provisions of European Union law. Under Article 13(3) of the ESM Treaty, the MoU which is to be negotiated with the Member State requesting stability support must be fully consistent with European Union law and, in particular, with the measures taken by the Union in the area of coordination of the economic policies of the Member States. Accordingly, the conditions to be attached to the grant of such support to a Member State are, at least in part, determined by European Union law» (corsivo nostro).

Coerenza avrebbe voluto che nei successivi paragrafi la Corte, proprio perché riconosciutasi competente in ragione del fatto che l'interpretazione o l'applicazione del Trattato MES può vertere altresì sulla interpretazione ed applicazione di disposizioni del diritto dell'Unione, compiesse il passaggio logico conseguente, facendo rientrare le applicazioni di tale Trattato nel raggio d'azione della Carta dei diritti fondamentali *ex art. 51*. Ed invece, nei noti paragrafi 178-180, ritorna sui propri passi escludendo simile possibilità.

Parte della dottrina ha, a sua volta, dimostrato il percorso ermeneutico che il Giudice lussemburghese avrebbe potuto svolgere in rapporto alle misure di *austerità* adottate dagli Stati membri in esecuzione di impegni presi (anche) con le autorità europee (in particolare con la

Commissione e la BCE) per farle rientrare nel campo d’azione della Carta, benché eventualmente negoziate sulla base del MES<sup>39</sup>.

Lo stesso Parlamento europeo, nel pronunciarsi sul Meccanismo europeo di stabilità, ha più volte denunciato l’esigenza di una valutazione di impatto sociale<sup>40</sup> ed espresso rammarico per l’esonero da vincoli in rapporto alla Carta europea dei diritti fondamentali, alla CEDU ed alla Carta sociale europea<sup>41</sup>.

Ciononostante, l’impostazione della Corte è finora rimasta “pilatesca”. Essa ha innanzitutto dichiarato inammissibili i ricorsi per l’annullamento della decisione del Consiglio 2010/320/UE (adottata nel quadro della procedura per disavanzo eccessivo ex artt. 126, par. 9 e 136 TFUE e modificata dalle decisioni 2010/486/UE e 2011/57/UE) presentati dal sindacato greco *Adedy* (confederazione sindacale del pubblico impiego ellenico) per difetto di legittimazione ex art. 263 TFUE. La decisione del Consiglio imponeva una serie di riforme per il risanamento del bilancio tra cui la modificazione del trattamento economico dei funzionari e degli impiegati del settore pubblico (mediante la riduzione delle indennità pasquali, estive e natalizie, il prolungamento dell’età pensionabile a 65 anni ed il decremento delle pensioni, il regime delle allocazioni familiari, la percentuale dei nuovi assunti in rapporto ai pensionamenti, la gestione del patrimonio pubblico). L’ordinanza conclude ritenendo che l’impugnata decisione non sia idonea a produrre effetti diretti sulla situazione giuridica dei ricorrenti in quanto le autorità greche disporrebbero, in sede di attuazione, di un importante potere discrezionale<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> C. BARNARD, *The Charter the Court and the Crisis*, in *Legal Studies Research Paper Series - University of Cambridge Faculty of Law*, n. 18/2013. L. FROMONT, *L’application problématique de la Charte des droits fondamentaux aux mesures d’austérité : vers une immunité juridictionnelle*, in corso di pubblicazione in *Journal Européen de droits de l’homme*.

<sup>40</sup> Risoluzione 23 marzo 2011, No. 2010/0821 (NLE), sulla proposta di emendamento dell’art. 136 TFUE per un meccanismo di stabilità nella zona euro.

<sup>41</sup> Risoluzione del 13 marzo 2014, No. 2013/2277(INI), sul ruolo della *Troika* nei paesi dell’area euro sottoposti a programma di aggiustamento.

<sup>42</sup> Ordinanze del 27 novembre 2012, T-541/10 e T-215/11. In particolare, con analoga impostazione, le due ordinanze non ritengono soddisfatta la duplice condizione di ammissibilità del ricorso in annullamento: «In accordance with settled case-law, the condition that the decision forming the subject-matter of the proceedings must be of direct concern to a natural or legal person, as laid down in the fourth paragraph of Article 230 EC, requires, in principle, two cumulative criteria, namely that the contested measure, first, must affect directly the legal situation of the individual and, second, leave no discretion to its addressees, who are entrusted with the task of implementing it, such implementation

Possono altresì rammentarsi le pronunce in via pregiudiziale relative alle leggi adottate da Portogallo e Romania per introdurre misure finanziarie che, mirando all'equilibrio di bilancio, hanno modificato *in pejus* il trattamento economico dei dipendenti pubblici. Tali misure sono state adottate in conseguenza degli impegni presi con la sottoscrizione del *Memorandum of Understanding*<sup>43</sup>, esprime le “condizionalità” cui è stata subordinata la concessione di aiuti finanziari. I giudici del rinvio dubitavano della compatibilità delle riduzioni salariali introdotte dalle rispettive leggi nazionali con alcuni articoli della Carta, in particolare l'articolo 17, par. 1 (indicato nell'ordinanza di rinvio del giudice rumeno) e gli articoli 20, 21, par. 1 e 31 par. 1 (quest'ultimo indicato dall'ordinanza di rinvio del giudice portoghese). La Corte ha avuto gioco facile nel liberarsi delle questioni senza entrare nel merito sottolineando come il giudice del rinvio non avesse offerto concreti elementi per ritenere che le leggi in oggetto fossero state adottate in applicazione del diritto europeo<sup>44</sup>, dichiarando perciò la propria manifesta incompetenza<sup>45</sup>.

In definitiva, e nonostante le sollecitazioni di dottrina e parlamento europeo, le misure di *austerity* adottate dagli Stati in conseguenza di impegni presi in sede europea si sono finora venute a trovare in una sorta di limbo, non essendo state testate quanto alla loro compatibilità con la Carta dei diritti. Le uniche istanze internazionali che hanno espresso forti critiche nei loro confronti a causa dell'incidenza su fondamentali diritti sociali, sono di natura non giurisdizionale, in particolare: il Comitato europeo dei diritti sociali<sup>46</sup> e l'Organizzazione inter-

---

being purely automatic and resulting from EU rules without the application of other intermediate rules» (cfr. rispettivamente i parr. 64 e 66 delle ordinanze).

<sup>43</sup> Cfr. MoU del 17 maggio 2011 per il Portogallo (negoziato sulla base del Regolamento UE No. 407/2010 istituyente una *European Financial Stabilisation Mechanism* (EFSM)); ed il MoU del 29 giugno 2011 per la Romania. Questi paesi ricevevano finanziamenti anche dal FMI e, la Romania, dalla Banca Mondiale.

<sup>44</sup> Si ricorda, infatti, che ai sensi dell'art. 51, la Carta vincola gli Stati membri limitatamente alle ipotesi di applicazione del diritto europeo, ne deriva che solo nei limiti di tale ambito la Corte è competente, ex art. 267 TFUE, ad interpretare in via pregiudiziale le disposizioni di tale atto.

<sup>45</sup> Cfr. in particolare le ordinanze C-128/12; 264/12; 665/13 (per il Portogallo) e le ordinanze C-434/11; C-462/11; C-134/12; C-369/12 (per la Romania).

<sup>46</sup> Su cui cfr. G. GUIGLIA, *Il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, pp. 7 ss.: «E dunque, anche sotto il profilo procedurale, mi sembra che il CEDS abbia assunto – e continui a mantenere tuttora – posi-

nazionale del lavoro<sup>47</sup>. Viceversa, le due Corti (di Lussemburgo e di Strasburgo) hanno preferito far passare indenne la discrezionalità politica delle istituzioni europee e degli Stati membri in materia di scelte economico-sociali.

## 2.2 L’approccio metodologico della Corte costituzionale: le finanze sane che “pesano” sui diritti sociali

Nella giurisprudenza della Corte costituzionale relativa alla tensione tra i bisogni sociali e le esigenze di bilancio<sup>48</sup> sembra emergere, in alcune recenti pronunce, un significativo indirizzo metodologico e valoriale. La Corte approfondisce, infatti, l’*iter* motivazionale della normativa recante modifiche *in pejus* di fondamentali diritti sociali giustificate da esigenze economico-finanziarie al fine di avere migliore contezza del “peso” da attribuire a quest’ultime nel bilanciamento – in termini di ragionevolezza e proporzionalità – con i primi.

La situazione si è resa più pressante, per la nostra Corte, soprattutto in relazione alle politiche di “taglio” della spesa pubblica adottate nel periodo in cui il nostro Paese era sottoposto a procedura per *deficit* eccessivo (*ex art.* 126 TFUE, artt. 3 ss, Regolamento CE, No. 1467/97 e artt. 9 ss. Regolamento UE No. 473/2013)<sup>49</sup>.

---

zioni più garantistiche rispetto ad altri organismi, interni e sovranazionali, intervenuti a più riprese durante la crisi, rispettivamente per elaborare o sottoporre a giudizio le misure statali di austerità. Secondo il Comitato, infatti, l’obbligo di garantire un’effettiva tutela dei diritti sociali in tempo di crisi implica anche specifici obblighi procedurali a carico degli Stati; obblighi che, in sostanza, derivano dall’applicazione del principio di proporzionalità combinato con il principio (relativo) di non regressione e quindi sostenuti dall’esigenza di verificare la disponibilità di misure alternative idonee a perseguire l’interesse generale con minore sacrificio dei diritti sociali e individuali coinvolti» (p. 14).

<sup>47</sup> L. FROMONT, *L’application problématique de la Charte des droits fondamentaux aux mesures d’austérité: vers une immunité juridictionnelle*, cit.

<sup>48</sup> Per un approfondimento sulla giurisprudenza della Corte in “tempo di crisi”, cfr. D. TEGA, *Welfare Rights in Italy*, in C. KILPATRICK, B. DE WITTE (edited by), *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone*, cit., pp. 52 ss.; A. LO FARO, *Fundamental Rights challenges to Italian labour law developments in the time of economic crisis: an overview*, in C. KILPATRICK, B. DE WITTE (edited by), *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone*, cit., pp. 60 ss.

<sup>49</sup> Il Consiglio, con decisione del 19 gennaio 2010 (2010/286/UE) ha dichiarato l’esistenza di un deficit eccessivo per l’Italia e la relativa procedura si è chiusa con la decisione del Consiglio del 21 giugno 2013 (2013/314/UE). Mentre, come noto, il nostro Paese non ha finora intavolato negoziati per ottenere aiuti finanziari, a differenza di quanto fat-

Quale che sia la via di accesso dei vincoli economico-finanziari che dall'Unione penetrano nel nostro ordinamento, ora per il tramite della legislazione europea direttamente vincolante (regolamenti del *six pack* e del *two pack*) ora per il tramite del rinvio mobile contenuto nelle nuove costituzionali di cui agli artt. 81, 97 e 119, nonché nella legge di attuazione n. 232/2012<sup>50</sup>, la Corte non si è sottratta alla necessità di bilanciarli con altri principi e diritti costituzionali fondamentali. In questo modo, tali vincoli sono “usciti” dal dominio delle scienze economiche<sup>51</sup>, per entrare – entro una certa prospettiva – nel costituzionale<sup>52</sup>, esponendo la Corte rispetto ad un terreno “minato”<sup>53</sup>. Icastico, in merito, il punto 5.2 del considerato in diritto della sentenza n. 8 del 2013, relativo ad un particolare orientamento di politica economica (le c.d. liberalizzazioni), dove la Corte ne enfatizza gli effetti positivi in

---

to da Portogallo, Grecia, Irlanda, Spagna, Cipro e Romania che hanno ricevuto assistenza finanziaria da vari meccanismi (oltre che dall'IMF) variamente modulati a seconda dello Stato, quali l'ESM, l'EFSF, l'EFSM, la *EU balance of payments assistance facility*. Va, altresì, rammentata la lettera del 5 agosto 2011 inviata dai “due Presidenti” della BCE (Jean-Claude Trichet e Mario Draghi) al Presidente del Consiglio italiano che indicava dettagliatamente una serie di riforme di cui il nostro Paese necessitava per recuperare la fiducia dei mercati finanziari.

<sup>50</sup> Sottolinea come, attraverso il recepimento di tali regole, «ciò che ha un rilievo politico per l'Unione presenta invece rilievo giuridico all'interno degli ordinamenti nazionali; cosicché i margini di negoziazione per aggiustare o correggere in via interpretativa i vincoli europei (come del resto è ripetutamente avvenuto) vengono limitati dalla necessità di rispettare le regole nazionali», A. BRANCASI, *La nuova regola costituzionale del pareggio di bilancio. Effetti su rapporti Parlamento-Governo e sugli indirizzi delle politiche sociali: il caso italiano (stesura provvisoria)*, in *Gruppo di Pisa - Rivista*, antepresa delle relazioni tenute alle V giornate italo-ispano-brasiliane di diritto costituzionale - «La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale», Lecce, 14 e 15 settembre 2012, p. 4.

<sup>51</sup> C. BUZZACCHI, *Ideologie economiche, vincoli giuridici, effettiva giustiziabilità: il tema del debito*, in *Forum di Quaderni Costituzionali - Rassegna*, 2016, pp. 3-8, sottolinea come nel nuovo art. 81, siano entrati due concetti di natura prettamente economica, quello di equilibrio di bilancio e di debito pubblico, che diventano, pertanto, giustiziabili e come il ricorso all'indebitamento assuma una connotazione negativa nei termini in cui esso non sia sostenibile in una visione di lungo termine.

<sup>52</sup> M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, n. 3/2013.

<sup>53</sup> Come già sottolineato da S. BARTOLE, *Articolo 81*, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1979, p. 198, l'intenzione dei costituenti era quella di evitare di prendere posizione su specifiche dottrine economiche, in particolare quella del pareggio di bilancio.

termini di crescita e stabilità finanziaria:

«Non è difficile cogliere la *ratio* del legame tracciato dal legislatore fra le politiche economiche di liberalizzazione, intesa come razionalizzazione della regolazione, e le implicazioni finanziarie delle stesse. Secondo l'impostazione di fondo della normativa – ispirata a quelle evidenze economiche empiriche che individuano una significativa relazione fra liberalizzazioni e crescita economica, su cui poggiano anche molti interventi delle istituzioni europee – è ragionevole ritenere che le politiche economiche volte ad alleggerire la regolazione, liberandola dagli oneri inutili e sproporzionati, perseguano lo scopo di sostenere lo sviluppo dell'economia nazionale. Questa relazione tra liberalizzazione e crescita economica appare ulteriormente rilevante in quanto, da un lato, la crescita economica è uno dei fattori che può contribuire all'aumento del gettito tributario, che, a sua volta, concorre alla riduzione del disavanzo della finanza pubblica».

Il ruolo del giudice costituzionale risulta quindi complicato dall'esigenza di tener conto delle teorie economiche sottese alle scelte politiche volte ad affrontare il periodo di crisi. Ma se: «l'eccezionalità della situazione economica che lo Stato deve affrontare è... suscettibile senza dubbio di consentire al legislatore anche il ricorso a strumenti eccezionali, nel difficile compito di contemperare il soddisfacimento degli interessi finanziari e di garantire i servizi e la protezione di cui tutti cittadini necessitano» è tuttavia «compito dello Stato garantire, anche in queste condizioni, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, il quale, certo, non è indifferente alla realtà economica e finanziaria, ma con altrettanta certezza *non può consentire deroghe al principio di uguaglianza, sul quale è fondato l'ordinamento costituzionale*»<sup>54</sup> (corsivo nostro). Fermo restando che, al fine di evitare lo sconfinamento del merito, il sindacato sulle scelte di politica economico-sociale si dovrà mantenere «nei limiti della evidente irragionevolezza»<sup>55</sup>.

Sulla base di tali premesse, la Corte costituzionale italiana si è posta entro certi termini in linea con l'approccio seguito dalla Corte portoghese nelle sentenze 353/2012 e 187/2013. Questo indirizzo, inau-

---

<sup>54</sup> Come rammentato nella sentenza 223 del 2012, punto 13.3 del considerato in diritto.

<sup>55</sup> Sentenza 310 del 2013, punto 13.11 del considerato in diritto.

gurato con cautela dalla sentenza n. 70 del 2015<sup>56</sup>, riguardante la sospensione biennale del meccanismo perequativo delle pensioni di importo superiore a tre volte il minimo INPS (comma 25 dell'art. 24 del d.l. n. 201 del 2011), è stato approfondito in due più recenti pronunce. Nel punto 10 del considerato in diritto, tale sentenza afferma:

«L'interesse dei pensionati, in particolar modo di quelli titolari di trattamenti previdenziali modesti, è teso alla conservazione del potere di acquisto delle somme percepite, da cui deriva in modo consequenziale il diritto a una prestazione previdenziale adeguata. *Tale diritto, costituzionalmente fondato, risulta irragionevolmente sacrificato nel nome di esigenze finanziarie non illustrate in dettaglio.* Risultano, dunque, intaccati i diritti fondamentali connessi al rapporto previdenziale, fondati su inequivocabili parametri costituzionali: la proporzionalità del trattamento di quiescenza, inteso quale retribuzione differita (art. 36, primo comma, Cost.) e l'adeguatezza (art. 38, secondo comma, Cost.). Quest'ultimo è da intendersi quale espressione certa, anche se non esplicita, del *principio di solidarietà* di cui all'art. 2 Cost. e al contempo attuazione del principio di *eguaglianza sostanziale* di cui all'art. 3, secondo comma, Cost.» (punto 10 del considerato in diritto, corsivo nostro).

Compiendo un passo ulteriore, la sentenza n. 178 del 2015 sul blocco della contrattazione collettiva e degli stipendi nel pubblico impiego (previsto dall'art. 9 del d.l. n. 78 del 2010, per gli anni 2011-2013, esteso all'anno successivo dalla legge di stabilità per il 2014) verifica l'effettiva gravità della situazione economica e finanziaria facendo riferimento sia ai lavori preparatori (ripercorsi nel dettaglio, anche per il dibattito in commissione) che a fonti ufficiali (dati offerti dall'ARAN e dalla Corte di conti)<sup>57</sup>. Giunge quindi a dichiarare incostituzionale la proroga ulteriore, fino al 31 dicembre 2015, della contrattazione economica collettiva, in quanto: «L'estensione fino al 2015 delle misure che inibiscono la contrattazione economica e che, già per

<sup>56</sup> A. ANZON DEMMING, *Un'inedita altalena nella giurisprudenza della Corte sul principio dell'equilibrio di bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2015, p. 683, ritiene che, «il maldestro richiamo all'assenza di analitica motivazione da parte del legislatore sulle ragioni finanziarie del blocco può suonare anche come un *escamotage* della Corte per evitare di misurarsi con il problema della portata economica della questione e quindi, di compiere essa stessa il necessario bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, così coinvolgendo il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio».

<sup>57</sup> Cfr. punto 12.2 del considerato in diritto.

il 2013-2014, erano state definite eccezionali, svela, al contrario, un assetto durevole di proroghe. In ragione di una vocazione che mira a rendere strutturale il regime del “blocco”, si fa sempre più evidente che lo stesso si pone di per sé in contrasto con il principio di libertà sindacale sancito dall’art. 39, primo comma, Cost.»<sup>58</sup>; infatti, prosegue la Corte, «Il carattere ormai sistematico di tale sospensione sconfinata... in un bilanciamento irragionevole tra libertà sindacale (art. 39, primo comma, Cost.), indissolubilmente connessa con altri valori di rilievo costituzionale e già vincolata da limiti normativi e da controlli contabili penetranti (artt. 47 e 48 del d.lgs. n. 165 del 2001), ed esigenze di razionale distribuzione delle risorse e controllo della spesa, all’interno di una coerente programmazione finanziaria (art. 81, primo comma, Cost.)», pertanto, “Il sacrificio del diritto fondamentale tutelato dall’art. 39 Cost..., non è più tollerabile.”<sup>59</sup>. Analogamente, nella recente sentenza n 108 del 2016, la Corte sottopone a stretto scrutinio «se la certezza del diritto, correlata alle esigenze di stabilità, di sicurezza e definitività dei rapporti giuridici nascenti dal contratto, sia comprimibile da un dato normativo successivo ispirato alle eccezionali esigenze di contenimento della spesa»<sup>60</sup>, volto a modificare *in pejus*, nel comparto della scuola, il trattamento retributivo degli assistenti amministrativi incaricati di svolgere mansioni superiori per l’intero anno scolastico con la copertura di posti vacanti o disponibili di direttore dei servizi generali e amministrativi (art. 1, cc. 44-45, legge stabilità per il 2013). In merito, «Il principio dell’affidamento, benché non espressamente menzionato in Costituzione, trova tutela all’interno di tale precetto tutte le volte in cui la legge ordinaria muti le regole che disciplinano il rapporto tra le parti come consensualmente stipulato. È bene in proposito ricordare che, pur non potendosi escludere che il principio per cui il contratto ha forza di legge tra le parti (art. 1372 del codice civile) possa subire limitazioni da fonte esterna, e quindi non necessariamente consensuali, non è consentito che la fonte normativa sopravvenuta incida irragionevolmente su un diritto acquisito attraverso un contratto regolarmente stipulato secondo la disciplina al momento vigente»<sup>61</sup>. Sulla scorta di tale premessa, la Corte ritiene «re-

---

<sup>58</sup> Punto 15.2 del considerato in diritto.

<sup>59</sup> Punto 17 del considerato in diritto.

<sup>60</sup> Punto 3 del considerato in diritto.

<sup>61</sup> Punto 3 del considerato in diritto.

cessive» in relazione a tale principio «le ragioni del contenimento della spesa», oltre che non proporzionate al sacrificio imposto, tanto più in quanto non suffragate «da alcuna relazione tecnica circa i risparmi da conseguire», sicché, «il bilanciamento tra la posizione privata incisa dalla retroattività della norma e l'interesse pubblico sotteso al contenimento della spesa rende la disposizione stessa contrastante con l'art. 3 Cost. sotto il profilo della lesione del principio dell'affidamento»<sup>62</sup>.

Sono impostazioni come queste, che fanno il paio con quelle assunte da altre Corti nazionali (*in primis*, quella portoghese)<sup>63</sup> che contribuiscono a dimostrare l'insostenibilità di una *governance* economica europea “cieca” sul versante sociale, ancor più insostenibile in ambito UEM, dove gli Stati membri hanno perso sovranità nella politica monetaria mentre la sovranità nelle politiche economiche e di bilancio è ridimensionata da meccanismi rafforzati di sorveglianza e di sanzione.

### 3. La dimensione sociale nel contesto dell'UEM: spunti ricostruttivi

L'Unione europea – nonostante le intenzioni dei padri fondatori sulla divisione di compiti tra Comunità e Stati nazionali – ha dovuto fare ben presto i conti con il lato “sociale”<sup>64</sup>. E ciò sia nell'ambito dell'integrazione negativa, quale “spillover” prodotto dall'esercizio delle libertà economiche fondamentali e dall'applicazione delle regole

<sup>62</sup> Punto 4 del considerato in diritto.

<sup>63</sup> Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale di alcuni Stati europei in periodo di crisi si rinvia a C. KILPATRICK, B. DE WITTE (a cura di), *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, cit.

<sup>64</sup> E con ciò non si intende entrare nel merito dell'ampia *querelle* formatasi intorno all'ambiguo concetto di Modello Sociale Europeo su cui si è espressa la letteratura di diversi ambiti disciplinari. Per tutti, cfr. C. PINELLI, *Modello Sociale Europeo e costituzionalismo europeo*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n. 2/2008, pp.251 ss.; C. SARACENO, *Il welfare. Modelli e dilemmi della cittadinanza sociale*, Bologna, 2013, pp. 27 ss.; F. W. SCHARPF, *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, in *MPIfG Working Paper*, n. 8/2002; C. MATHIEU, H. STERDYNIK, *Le modèle social européen et l'Europe sociale*, in *Revue de l'OFCE*, n. 104/2008, pp. 46 ss.; A. M. GUILLEMARD, *Social rights and welfare: Change and continuity in Europe*, in P. BOJE, M. POTŮČEK, (a cura di), *Social Rights, Active Citizenship, and Governance in the European Union*, cit., pp. 35 ss.; A. ALAIMO, *Da «Lisbona 2000» a «Europa 2020». Il «Modello Sociale Europeo» al tempo della crisi: bilanci e prospettive*, in *Diritto dell'Unione europea e comparato*, 2012, III, pp. 226 ss.

comunitarie sulla concorrenza, sia nell'ambito dell'integrazione positiva, realizzata soprattutto attraverso la normativa in materia lavoristica ed il coordinamento delle politiche sociali (MAC)<sup>65</sup>. Mentre per il primo profilo (integrazione negativa) è la giurisprudenza della Corte di giustizia che ha contribuito a dettare il bilancio tra economico e sociale, per il secondo profilo (integrazione positiva) è la volontà tecnico-politica che ha dominato, e domina, la scena.

In parallelo deve inoltre rammentarsi come la prospettiva dell'Unione si sia andata allargando dal sociale riferito al solo lavoratore, con specifico riguardo alla parità di trattamento ed alla salute e sicurezza negli ambienti di lavoro, al sociale riferito ad una cerchia più ampia di soggetti, includendo coloro che non occupano alcun particolare *status* se non quello di cittadini europei (non economicamente attivi)<sup>66</sup>.

L'approccio dell'Unione al sociale è altresì – diacronicamente – collegabile ad alcune tappe evolutive che guardano più da vicino nascita e sviluppo dell'UEM.

Così, se con il Trattato di Maastricht è stata prevista l'Unione monetaria ed i c.d. parametri di finanza pubblica al cui rispetto ne era subordinato l'ingresso, nonché il coordinamento delle politiche economiche, l'allegato Protocollo sulla politica sociale rappresenta il *counterbalancing*<sup>67</sup>. Come a dire: alla prevista perdita di sovranità naziona-

---

<sup>65</sup> Per una analisi sul punto si rinvia a SWD(2016) 50 final, *The EU Social Acquis*. Per la descrizione del "modello sociale" europeo in rapporto alle dinamiche del mercato interno, si rinvia S. SCIARRA (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nell'welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Bologna, 2007, in particolare alla parte seconda (Servizi sociali tra solidarietà e concorrenza, pp. 109 ss. con i contributi di E. MENICETTI e A. ALBANESE); nonché a S. GIUBBONI, *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution. A Labour Law Perspective*, Cambridge, 2009; nonché, in una prospettiva più comprensiva, che guarda alle dinamiche dell'integrazione sia negativa che positiva, attraverso l'OMC, cfr. G. DE BURCA (a cura di), *Eu Law and the Welfare State*, Oxford University Press, 2005; C. MATHIEU, H. STERDYNIK, *Le modèle social européen et l'Europe sociale*, cit. Va, altresì, rammentato che l'approccio dell'Unione al sociale è stato definito come una «*Third Way ideology*» rispetto al «*neo-liberalism*» ed alla «*social democracy*», S. FREDMAN, *Transformation or Dilution: Fundamental Rights in the EU Social Space*, in *European Law Journal*, Vol. 12, n. 1/2006, in particolare pp. 43 ss.

<sup>66</sup> Può, in merito, ricordarsi che già con la direttiva direttiva 90/364/CEE del Consiglio è stato introdotto il diritto di soggiorno per cittadini degli Stati membri che non beneficiavano di questo diritto in virtù di altre disposizioni del diritto comunitario e per i loro familiari.

<sup>67</sup> Cfr. C. DE LA PORTE, P. POCHET, G. ROOM, *Social benchmarking, policy making and new governance in the EU*, in *Journal of European Social Policy*, vol. 11, n.4/2001, p. 296.

le nella decisione di svalutazioni competitive, alla limitazione della medesima in forza del *ratio* di *deficit* e debito pubblico e del coordinamento delle politiche economiche, hanno fatto da contrappunto, da un lato, la previsione della cittadinanza europea, dall'altro lato, l'espresso riferimento alla politica sociale, sia pure all'interno di un Protocollo (a causa dell'*opting out* della Gran Bretagna)<sup>68</sup>.

Nell'anno in cui viene adottato il Patto di Stabilità e Crescita (1997) che, sin da subito, prevede meccanismi di coordinamento e sorveglianza peculiari per l'UEM (cfr. artt. 3-4-5, Regolamento CE n. 1466/97; artt. 5 ss., Regolamento CE n. 1467/97), il Trattato di Amsterdam assorbe in un apposito titolo il Protocollo sulla politica sociale, fornisce quindi una espressa e dettagliata base legale al coordinamento delle politiche in materia di occupazione (SEO)<sup>69</sup> e prevede il MAC in materia sociale<sup>70</sup>.

Nel 2000, a contrappunto dell'avvenuta costituzione della BCE e dell'introduzione della Moneta unica (nel 1999), il Trattato di Nizza

<sup>68</sup> Per una dettagliata descrizione delle modalità evolutive della dimensione sociale nell'Unione (attraverso il MAC), nonché delle ragioni politiche che l'hanno posta come contropartita dell'integrazione economico-monetaria e che hanno comportato l'espansione dalle politiche per l'occupazione alla lotta alla povertà ed esclusione sociale, cfr. S. SACCHI, *Il metodo aperto di coordinamento, origini, ragioni e prospettive del coordinamento delle politiche sociali*, in *Il Politico*, n. 1/2007, in particolare alle pp. 25 ss.; nonché K. ARMSTRONG, *Governing social inclusion – Europeanization through policy coordination*, Oxford University Press, 2010, pp. 50 ss.

<sup>69</sup> Tale previsione, ora contenuta nell'art. 148, TFUE, trova il precedente nel Consiglio europeo del 20-21 novembre 1997 che ha avviato il c.d. *Luxembourg Process* ai fini del coordinamento delle politiche occupazionali degli Stati membri sulla base di *National Action Plans* presentati dai medesimi annualmente e delle conseguenti raccomandazioni del Consiglio. Questo complesso sistema di coordinamento è ora meglio integrato nel semestre europeo attraverso la sottoposizione del Programma nazionale di Riforma alla Commissione ed al Consiglio (artt. 3-4, Regolamento (CE) No. 1466/97 come modificato dall'art. 1, parr. 6-7, Regolamento (UE) No. 1175/2011).

<sup>70</sup> Riguardo ai vari metodi di coordinamento previsti dai Trattati, sin dal 1958, in relazione alle diverse *policies* e con specifico riguardo al MAC che vedrebbe il proprio nucleo di origine nei processi di Lussemburgo, Cardiff e Colonia e che sarebbe stato poi formalmente adottato dalla Strategia di Lisbona, si rinvia a D. HODSON, I. MAHER, *The Open Method as a New Mode of Governance: The Case of Soft Economic Policy Co-ordination*, in *Journal of Common Market Studies*, Vol. 39, n. 4/2001, pp. 719 ss. Quanto al rapporto del MAC con le tradizionali categorie del costituzionalismo, si rinvia a G. DE BURCA, *The Constitutional Challenge of New Governance in the European Union*, in *Oxford Journal*, vol. 56, n. 1/2003, pp. 403 ss., secondo cui «the OMC constitute a challenge to several of the premises on which the EU's traditional constitutional self-understanding rests, and that the apparent contrast between the reality of new governance and the persistence of key elements of traditional constitutionalism merits further exploration».

introduce un espresso riferimento sia alla lotta contro l’esclusione sociale che alla modernizzazione dei sistemi di sicurezza sociale (attuale art. 153, par. 1, TFUE), e, su queste basi, il Consiglio europeo di Lisbona<sup>71</sup>, sulla falsariga del coordinamento delle politiche per l’occupazione, dà formale avvio al processo di coordinamento in materia di inclusione sociale<sup>72</sup>, ponendola tra le priorità dell’Agenda a fianco di quelle di stampo prettamente economico ed occupazionale. Sempre con Trattato di Nizza viene istituito il “Comitato per la protezione sociale” collegato alla gestione del MAC, mentre nello stesso scorno temporale si colloca la proclamazione della Carta europea dei diritti fondamentali, con l’ambizioso obiettivo di superare ogni gerar-

---

<sup>71</sup> È noto il passaggio chiave della *Lisbon Strategy*, come risulta dalle conclusioni del Consiglio europeo del 23-24 marzo 2000, par. 5, «The Union has today set itself a **new strategic goal** for the next decade: *to become the most competitive and dynamic knowledge-based economy in the world capable of sustainable economic growth with more and better jobs and greater social cohesion*». Come sottolineato dalla Comunicazione della Commissione COM(2003) 261 *final Strengthening the social dimension of the Lisbon strategy: Streamlining open coordination in the field of social protection*, p. 7, la Strategia di Lisbona e la conseguente Agenda Sociale hanno posto il *focus* sulla stretta interazione tra politiche economiche e occupazionali e sistemi di protezione sociale e sulla conseguente necessità di procedere ad un migliore coordinamento, sincronizzazione e semplificazione dei relativi processi: «Policy cooperation on social protection made a huge step forward when the Lisbon European Council outlined its vision of an integrated socio-economic strategy for Europe for the decade to 2010. The Lisbon conclusions attached considerable importance to the contribution which social protection systems were to make to achieving the new strategic goals... This view of social protection as an important element in overall socio-economic policy was further strengthened in the Social Policy Agenda adopted by the Nice European Council. At its heart was the idea of the policy triangle involving the creation of a virtuous circle of economic, employment and social protection policies». Lo scarso successo di tale Strategia è così interpretato da Come osservato da C. PINELLI, *I rapporti economico-sociali fra Costituzione e Trattati europei*, in C. PINELLI, T. TREU (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, cit., p. 38: «Lisbona era essenzialmente un tentativo di riorientare i welfare nazionali attraverso la riallocazione della spesa pubblica dalle classiche politiche redistributive, dove il consenso elettorale è noto e quantificabile, all’investimento in settori (formazione, ricerca, innovazione tecnologica) che aumentano la “crescita sostenibile”, ma lungo circuiti diffusi, che impediscono di cogliere in anticipo gli effetti delle misure da adottare sul consenso elettorale. E le classi politiche hanno preferito non abbandonare il noto per l’ignoto».

<sup>72</sup> Cfr. le conclusioni del Consiglio europeo di Lisbona in particolare al par. 32, ove si afferma: «*Policies for combating social exclusion should be based on an open method of coordination combining national action plans and a Commission initiative for cooperation in this field to be presented by June 2000*».

chia tra diritti consacrandone al distribuzione tra Titoli dedicati a valori indivisibili, tra cui quelli della dignità, uguaglianza e solidarietà<sup>73</sup>.

L'approccio europeo al sociale, che con la Strategia di Lisbona sembra aver assunto una declinazione più inclusiva, tornerà poi a piegarci verso i prioritari obiettivi di *growth and jobs* come testimonia il tentativo della Commissione Barroso, nel 2005, di ridimensionare il raggio d'azione sociale attraverso il rilancio di tale Strategia<sup>74</sup>.

Questa ambivalenza europea permane e si formalizza, nel 2010, con la Strategia Europa 2020 che pone gli obiettivi prioritari di una *smart, sustainable and inclusive growth*, in coerenza con la predominante preoccupazione "economicista"<sup>75</sup> che sovrasta il momento di forte crisi economico-finanziaria<sup>76</sup>. Sono questi, infatti, gli anni (2010-2013) in cui si assiste alla ristrutturazione della *governance* economica europea, con significativi rinforzi e peculiarità per l'ambito UEM<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> La diatriba sulla portata delle previsioni della Carta dei diritti fondamentali riferite al sociale, se principi o diritti, è nota e, in merito, si rinvia, tra gli altri a T. K. HERVEY, J. KENNER, *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective*, Portland, 2003.

<sup>74</sup> COM(2005) 24 del 2 febbraio 2005.

<sup>75</sup> Cfr. le Conclusioni del Consiglio europeo del 25-26 marzo 2010 e l'adozione della «*Europe 2020 Strategy for Growth and Jobs*» da parte del Consiglio europeo del giugno 2010; nonché i conseguenti "orientamenti ingrati" contenuti nella raccomandazione del Consiglio (2010/410/UE) sugli orientamenti di massima per le politiche economiche degli Stati membri e dell'Unione, e nella decisione (2010/707/UE) sugli orientamenti a favore dell'occupazione.

<sup>76</sup> In tale direzione, A. ALAIMO, *Da «Lisbona 2000» a «Europa 2020». Il «Modello Sociale Europeo» al tempo della crisi: bilanci e prospettive*, cit., pp. 233-234.

<sup>77</sup> Non è questa la sede per entrare nel dettaglio delle procedure di *governance* economica. Si rammentano, in merito, i principali strumenti normativi attraverso i quali si è andata sviluppando. Essa poggia le proprie basi sul Titolo VIII (Politica economica e Monetaria) del TFUE sulla cui base si è sviluppata la legislazione europea derivata da ultimo rafforzata attraverso il c.d. *six pack* (5 regolamenti e una direttiva: Regolamenti UE No. 1173/2001; No.1174/2011; No.1175/2011; No.1176/2011; No. 1177/2011; Direttiva No. 2011/85/UE) ed il *two pack* (Regolamenti UE No. 472/2013 e No. 473/2013) che hanno modificato il precedente Patto di Stabilità e Crescita (composto dai Regolamenti CE No. 1466/97 e No.1467/97, oltre alla Risoluzione del Consiglio europeo del 17 giugno 1997). In particolare, la misura con cui le procedure di coordinamento, sorveglianza e sanzione sono state rinforzate all'interno dell'UEM è ben evidenziata dai Regolamenti UE No. 472/2013 e No. 473/2013 (relativi alla sorveglianza economica e di bilancio nonché alle procedure correttive dei deficit eccessivi oltre che al coordinamento dei bilanci preventivi della zona euro); dal Regolamento UE No. 1173/2001 (relativo al rafforzamento del sistema sanzionatorio in ambito euro); dal Regolamento UE No. 1174/2011 relativo al rafforzamento delle procedure di correzione degli sbilanci macroeconomici specificamente previste per la zona euro. Sono inoltre intervenuti due Trattati nel corso del 2012: il Trattato sul Meccanismo

Ed è sempre questa ambivalenza valoriale che trova consacrazione nel Trattato di Lisbona dove, *in primis* negli artt. 2, 3 TUE e negli artt. 9, 10 TFUE, nonché nel valore legale riconosciuto alla Carta, si realizza un indistinto *overlapping* di obiettivi economici e sociali che offre ulteriore alimento alla disputa sul “bicchiere mezzo pieno o mezzo vuoto”<sup>78</sup>.

Sin dal principio, quindi, l’integrazione positiva del sociale a livello sovranazionale ha dimostrato il suo stretto legame con la nascita dell’UEM e con gli obiettivi di sostenibilità finanziaria, crescita e competitività che la qualificano, a conferma dell’*imprinting* essenzialmente “riflesso”. Come nell’integrazione negativa la giurisprudenza europea, sia pure con differenti sfumature, ha nella sostanza riconosciuto ai diritti sociali la posizione di “deroghe” alle libertà economiche fondamentali, ammissibili nei limiti in cui strettamente funzionali

---

Europeo di Stabilità (MES), concluso unicamente tra gli Stati dell’area Euro, che prevede un meccanismo di assistenza finanziaria sotto stretta condizionalità agli Stati che lo richiedano e che si trovano in serie difficoltà finanziarie e che sostituisce i precedenti EFSM (*European Financial Stabilization Mechanism*) e EFSF (*European Financial Stability Facility*); ed il Trattato sulla Stabilità Coordinamento e Governance nella Unione Economica e Monetaria (TSCG), concluso tra 25 stati membri che contempla un Titolo V appositamente dedicato alla *governance* della zona Euro. La dottrina sui processi di *governance* economica è ormai notevole (sia nelle scienze sociali che giuridiche), si rinvia ad alcuni primi analitici commenti, A. DE STREEL, *The evolution of the EU Economic Governance Since the Treaty of Maastricht: Un Finished Task*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 20, n. 3/2013, 336, che struttura in “quattro pilastri” la *governance* economica: *fiscal surveillance, macroeconomic surveillance, economic coordination, financial solidarity*; N. DE SADELEER, *The new architecture of the European Economic Governance: a Leviathan or a flat-footed colossus?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 19, n. 3/2012, pp. 355 ss., che pone in rapporto il processo evolutivo della *governance* europea con l’impatto sull’ “institutional equilibrium”; R. DICKMANN, *Governance economica europea e misure nazionali per l’equilibrio dei bilanci*, Napoli, 2013, che prende altresì in esame l’impatto del sistema di *governance* economica europea sull’ordinamento nazionale; E. C. RAFFIOTTA, *Il governo multilivello dell’economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, cit., pp. 31-88. Del resto i processi di *governance* economica sono sottoposti a continui “perfezionamenti”: cfr. COM(2015) 600 final, *On steps towards Completing Economic and Monetary Union* e la previsione a lungo termine, profilata nel *Report* dei 5 Presidenti, che guarda alla realizzazione di una Unione di bilancio.

<sup>78</sup> Va in proposito ricordato che in tale parte il Trattato di Lisbona riproduce le previsioni del Trattato sulla Costituzione europea, in merito al quale sono significative le divergenze di vedute registratesi nei gruppi di lavoro quando si è trattato di conciliare politiche sociali ed economiche, cfr. CONV 516/1/03, *Final report of Working Group XI on Social Europe*, in particolare ai parr. 12-17, 19-20, 27, 50-51 e CONV 357/02, *Final report of Working Group VI on Economic Governance*.

al corretto andamento del mercato interno e nel rispetto della proporzionalità (cfr. il c.d. *Laval quartet*)<sup>79</sup>; anche nell'integrazione positiva lo schema si riproduce: il riferimento alla politica sociale viene concepito quale contropartita alla creazione ed all'evoluzione incrementale dell'Unione Economica e Monetaria nei limiti in cui si dimostri funzionale alle sue dinamiche.

Simile stretto legame – e vizio d'origine – trova ora ulteriore quanto significativa conferma nel rinnovato interesse che proprio ed innanzitutto nell'Eurozona si è – negli ultimi tempi – risvegliato verso la dimensione sociale. Esso attesta, da un lato, il raggiungimento di un limite massimo della “medicina” economicista oltre cui gli “effetti collaterali” non sono più tollerabili, pena l'implosione politico-sociale del disegno eurounitario<sup>80</sup>; e, dall'altro lato, la presupposta riconsiderazione e rivalutazione dell'utilità funzionale che un *welfare state* ben strutturato può apportare alla resilienza e competitività dell'UEM.

Alla volontà, preannunciata dal Rapporto dei 5 presidenti significativamente intitolato “Completare l'Unione Economico Monetaria in Europa”, di giungere – per stadi successivi – ad una UEM autentica ed approfondita, fa quindi da *pendant* la rivalorizzazione della dimensione sociale, con specifico e prioritario riguardo alla zona Euro. Resta certo sospesa la verifica, in termini di efficacia ed effettività, di simile significativa apertura, ma, allo stato, non si possono che registrare le concrete iniziative sinora assunte al fine della sua messa in atto.

### 3.1 Le iniziative “in cantiere” in ambito UEM

Il difetto nell'approccio – in positivo – dell'Unione al sociale è di metodo e di merito, riguardando, da un lato, la tecnica prevalentemen-

---

<sup>79</sup> Così denominato in quanto si riferisce a quattro casi decisi dalla Corte di giustizia: C-341/05 *Laval*, C-438/05 *Viking*, C-346/06 *Rüffert*, C-319/06 *Commission v. Luxembourg*.

<sup>80</sup> È persino scontato rammentare, a tal proposito, le note vicende greche, nonché l'impopolarità degli interventi della c.d. Troika e, più in generale, la “cura dimagrante” ai bilanci statali derivante dalla necessità di rispettare i c.d. parametri, resa ancor più stringente in ambito UEM dal meccanismo di *reverse majority voting* introdotto al fine di rendere maggiormente automatiche le sanzioni proposte dalla Commissione nell'ambito del braccio preventivo e correttivo del semestre europeo. A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'Euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, 2016, guarda allo sviluppo di una giustizia sociale e di una tutela del lavoro a livello europeo quale soluzione volta a favorire una migliore integrazione europea evitando il rischio di un'involuzione verso il conflitto tra nazioni e popoli europei.

te *soft* che lo ha qualificato (MAC) e, dall'altro lato, la posizione sovrastante riconosciuta alle *Broad Economic Policies Guidelines*, congiuntamente alla gerarchia, all'interno dello stesso ambito sociale, tra le preminenti politiche occupazionali ed il tema dell'inclusione sociale<sup>81</sup>.

Il "moto" che si è recentemente attivato in ambito UEM sembra voler porre rimedio a questi difetti di prospettiva, restituendo dignità alle politiche sociali complessivamente considerate.

Ciò fa agendo su due connessi e complementari fronti. Da un lato, riabilitando le previsioni della Carta in riferimento ai diritti sociali; dall'altro lato, valorizzando l'impatto sociale della *governance* economica europea.

Quanto al primo fronte, il moto è stato innescato dal Presidente Junker che, nel discorso sullo Stato dell'Unione del 9 settembre 2015, ha denunciato: «You cannot run a single currency on the basis of rules and statistics alone. It needs constant political assessment, as the basis of new economic, fiscal and social policy choices»; e, conseguentemente, ha annunciato: «I will want to develop a European pillar of social rights, which takes account of the changing realities of Europe's societies and the world of work. And which can serve as a compass for the renewed convergence within the euro area». Il "pilastro" dovrebbe riguardare non solo i diritti dei lavoratori ma anche una "adequate and sustainable social protection", con specifico riguardo a: «access to health, social protection benefits and high quality services, including childcare, healthcare and long-term care, which are essential to ensure a dignified living and protection against life's risks»<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Come enfatizzato da COM(2003) 261 final, *Strengthening the social dimension of the Lisbon strategy: Streamlining open coordination in the field of social protection*, p. 12. Del resto nei Trattati trova base legale più dettagliata (oltre naturalmente al coordinamento delle politiche economiche) il solo MAC in materia occupazionale, cfr. in merito, gli artt. 146, par. 1 e 148, par. 2, TFUE..

<sup>82</sup> Cfr. Scheda informativa dell'8 marzo 2016, in [EC.Europa.eu](http://ec.europa.eu). Come osserva A. CIANCIO, *Verso un "pilastro europeo dei diritti sociali"*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 13/2016, p. 10, «una volta stabilito, il Pilastro europeo - sulla base della fissazione di un quadro di principi attraverso cui altresì individuare la dimensione ed il tipo di azione europea da intraprendere, quando necessaria - dovrebbe fornire il quadro di riferimento per valutare le *performances* occupazionali e l'adeguatezza delle prestazioni sociali degli Stati membri e per guidare i processi di riforma a livello nazionale, costituendo, come detto, la "bussola" per una rinnovata convergenza fra i Paesi dell'eurozona, dopo i sensibili divari di sviluppo che si sono creati fra di essi per effetto della crisi».

Nel marzo 2016, la Commissione ha quindi avviato la procedura che porterà, nella primavera del 2017, ad un Libro Bianco avente ad oggetto il pilastro europeo dei diritti sociali:

«The outline of the Pillar does not re-state or modify existing rights, which remain valid. It aims to complement them by detailing a number of essential principles which should become common to participating Member States for the conduct of their employment and social policy, *with a specific focus on the needs and challenges confronting the euro area*. Once established, the Pillar should become a reference framework to screen the employment and social performance of participating Member States, to drive reforms at national level and, more specifically, *to serve as a compass for renewed convergence within the euro area... The [principles] address key concerns for a deeper and fairer Economic and Monetary Union, such as the need to boost competitiveness, to increase participation in the labour market, develop adequate social protection floors, make full use of people's potential, ensure the sustainability of public finances and increase the adjustment capacity and resilience of economic structures*»<sup>83</sup> (corsivi aggiunti).

Quanto al secondo fronte, è eloquente la *Strategic Note* del 18 giugno 2015 (*The Social dimension of Economic and Monetary Union*) dell'*European Political Strategy Centre*:

«*The social dimension of Economic and Monetary Union (EMU) has too often been neglected, due to the implicit assumption that making EMU more "social" would somehow hamper the economic performance of the euro area. Nothing could be further from the truth... Not coincidentally, the recent financial crisis proved that countries with more dynamic and inclusive labour markets – as well as a better skilled labour force and interventionist social systems – are more resilient: they better withstand shocks and recover more quickly*»<sup>84</sup> (corsivi aggiunti).

In particolare, «The European Semester needs to include better and more precise social benchmarks, accounting for social conditions

---

<sup>83</sup> Cfr. COM(2016) 127 final, *Annex 1, First preliminary outline of a European Pillar of Social Rights*, p. 2.

<sup>84</sup> *EPSC Strategic Note*, p. 1.

while linking them closely to short- and medium-term economic performance»<sup>85</sup>. Così che:

«The European Union must therefore be at the forefront of efforts to prioritise and boost human capital. While these are often seen as marginal policy issues, in reality they are integral to the longterm success of Europe at large and the euro area in particular” e, nello specifico, “Funds aimed at increasing and enhancing human capital should be properly reflected in the System of National Accounts as investments rather than current expenditures – as they are under existing rules».

In definitiva,

«In modern, advanced economies, social and economic goals are two sides of the same coin. It is time for Economic and Monetary Union to embrace this logic and put human capital investment, social benchmarks, well-functioning labour markets and mobility at the heart of its focus. This is the only way to rekindle the upward convergence which inspired European integration in the past, and must now guide its future»<sup>86</sup>.

Il (di poco) successivo *Report* dei cinque Presidenti sulle fasi di completamento dell’UEM<sup>87</sup> rispecchia questa scelta di campo, facendola propria. La novità di questo *Report*, rispetto al precedente dei quattro Presidenti<sup>88</sup>, oltre che nella maggiore apertura “democratica” dei lavori, includendo il Presidente del Parlamento europeo in aggiunta ai Presidenti del Consiglio europeo, della Commissione, della BCE e dell’Eurogruppo, è altresì rinvenibile nell’elaborazione di uno “*stronger focus*” sulla convergenza in materia di politica sociale e sulle

---

<sup>85</sup> *Strategic Note*, cit., p. 2 e 5.

<sup>86</sup> *Strategic Note*, cit., pp. 7-8.

<sup>87</sup> *Completing Europe’s Economic and Monetary Union*, 22<sup>nd</sup> June 2015, *Report by Jean-Claude Juncker, in close collaboration with Donald Tusk, Jeroen Dijsselbloem, Mario Draghi and Martin Schultz*.

<sup>88</sup> *Towards a Genuine Economic and Monetary Union*, 5<sup>th</sup> December 2002, *Report by Herman Van Rompuy, President of the European Council, in close collaboration with: José Manuel Barroso, President of the European Commission; Jean-Claude Juncker, President of the Eurogroup; Mario Draghi, President of the European Central Bank*.

relative *performances* sociali:

«For EMU to succeed, labour markets and welfare systems need to function well and in a fair manner in all euro area Member States. Hence, employment and social concerns must feature highly in the European Semester ... Beyond labour markets, it is important to ensure that every citizen has access to adequate education and that an effective social protection system is in place to protect the most vulnerable in society, including a 'social protection floor'. Our populations are ageing rapidly and we still need major reforms to ensure that pension and health systems can cope» (corsivo nostro)<sup>89</sup>.

Su queste premesse, la Commissione, nell'ottobre 2015, ha avviato la procedura per realizzare, a normativa invariata e attraverso una semplificazione ed un migliore utilizzo degli esistenti strumenti, lo *Stage 1 (deepening by doing)* del Rapporto dei 5 Presidenti. Tale fase si concluderà, nella primavera del 2017, con la pubblicazione di un libro bianco per preparare la transizione allo *Stage 2 (completing EMU)* che presupporrà una maggiore condivisione di sovranità a livello europeo, rendendo il processo di convergenza «more binding through a set of commonly agreed benchmarks for convergence that could be given a legal nature»<sup>90</sup>.

Come risulta dalla Comunicazione della Commissione, tale prima fase si qualificherà in quanto, oltre ai soliti obiettivi, in ambito UEM, della competitività e della crescita, avrà la «social fairness at its core»<sup>91</sup>. In tale direzione, la Commissione, già nel corso del 2015, all'insegna di un «revamped european semester», ha focalizzato l'attenzione, sia in riferimento all'Euro-zona complessivamente intesa che nelle raccomandazioni indirizzate a ciascuno Stato, su «key priority issues», includendovi specificamente quelle di natura sociale. Sempre nel corso di tale anno, e per la prima volta, un *Memorandum of Understanding* (quello relativo al terzo programma di aggiustamento economico della Grecia nell'ambito degli aiuti finanziari ottenuti dal MES) ha formato oggetto di un *social impact assessment*. Per il 2016,

<sup>89</sup> *Completing Europe's Economic and Monetary Union*, cit., p. 8.

<sup>90</sup> *Report*, ult. cit., p. 5.

<sup>91</sup> COM(2015) 600 final, *On steps towards Completing Economic and Monetary Union*, p. 2.

l’obiettivo è ulteriore:

«building on these developments, some further adjustments can bring additional benefits. This notably includes better integrating the euro area and national dimensions, a stronger focus on employment and social performance, promoting convergence by benchmarking and pursuing best practices»<sup>92</sup>.

Allo scopo vengono altresì implementati gli indicatori sociali presenti nello *scoreboard* della *Macroeconomic Imbalances Procedures*, e la «social fairness» qualificherà i nuovi programmi di aggiustamento economico<sup>93</sup>.

#### 4. Dimensione sociale come *res derelicta*?

Il risveglio sociale a cui si ispirano le due iniziative della Commissione primariamente riferite all’ambito UEM e rammentate nel precedente paragrafo sembra, come detto in premessa, ambizioso e suscettibile di spianare la strada a due positivi risvolti. L’uno offerto dalla migliore contestualizzazione e concretizzazione dei “principi” (o diritti?) sanciti dalla Carta di Nizza in materia sociale; l’altro offerto dall’affinarsi del coordinamento dei *targets* sociali all’interno del quadro più *contraignant* della *governance* economica della zona euro.

Certo, rimane il rischio che il tutto vada risolvendosi in uno “specchietto per allodole”, una operazione di *marketing* e di *maquillage* studiata per tentare di chetare il diffuso malcontento e l’impopolarità dell’UEM, incrementatisi con la crisi economico-finanziaria.

Del resto, sin dall’origine delle Comunità, gli Stati si sono sempre dimostrati gelosi custodi della materia sociale, in ragione della salienza politica delle questioni ad essa sottese<sup>94</sup>. Diversamente, quasi seguendo un’impostazione di “due pesi e due misure”, hanno saputo rinunciare alla sovranità monetaria e, soprattutto nell’UEM, accettato di rendere più stringenti i vincoli derivanti dal coordinamento e dalla sorveglianza delle politiche economiche e di bilancio nell’ambito del

---

<sup>92</sup> COM(2015) 600 final, p. 3.

<sup>93</sup> COM(2015) 600 final, p. 4.

<sup>94</sup> F. W. SCHARPF, *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, cit.

semestre europeo. Viene allora spontaneo chiedersi se questa “schizofrenia” non faccia da paravento alla ben nota strategia del “bastone e della carota”, dotata di significativo potenziale in termini di immagine politica e di tornaconto elettorale.

Nella specie, devolvere alla famigerata “Bruxelles” la figura del cerbero del rigore monetario, finanziario ed economico (il “bastone”), mantenendo invece piena sovranità quanto alla politica sociale (la “carota”), sempre agevolmente spendibile per catturare consensi. Per tornare poi ad imputare nuovamente a Bruxelles i tagli al sociale derivanti dalla necessità di rispettare obiettivi macroeconomici e di bilancio<sup>95</sup>.

Ma l’arma è spuntata ed il giocattolo rischia ormai di rompersi nelle mani degli stessi ideatori di questo pernicioso circolo vizioso: gli Stati membri. È ormai di tutta evidenza agli occhi della collettività che il sociale sta trasformandosi in una *res derelicta*, dove l’Unione non ha le competenze per entrare nel merito in modo efficace e dove, a loro volta, gli Stati tagliano quando devono risanare le finanze<sup>96</sup>.

La misura è quindi colma, tanto più in seno all’UEM, alla quale, non a caso, sono in primo luogo rivolte le iniziative rammentate nel precedente paragrafo. Ecco perché non ci si può permettere di tradire oltre le aspettative connesse alle aperture verso il sociale contenute nel *Report* dei 5 Presidenti, nel discorso del Presidente Juncker del 2015, nelle conseguenti iniziative assunte dalla Commissione e destinate a sfociare in due libri bianchi nella primavera del 2017, nonché – ultimo ma non per importanza – nelle note elaborate dai tecnici (conosciuto essendo il peso della “tecnocrazia” a livello di Unione).

Certo rimane, allo stato, irrisolta la dirimente questione su quale sociale troverà sponda nella preannunciata evoluzione in seno all’UEM<sup>97</sup>. Se il sociale inteso in senso più ampio, inclusivo dei si-

---

<sup>95</sup> C. SARACENO, *Il welfare. Modelli e dilemmi della cittadinanza sociale*, cit., p. 123, ritiene che «il modo in cui l’Unione Europea – e i Paesi più forti in essa – hanno impostato l’uscita dalla crisi sta indebolendo non tanto il welfare keynesiano, per chi lo aveva, quanto il welfare *tout court*, spostando decisamente l’equilibrio verso il “bastone” dei tagli e delle restrizioni, con poco spazio per la “carota” degli investimenti nel capitale umano».

<sup>96</sup> Come dimostra l’analisi comparativa realizzata in seno al Parlamento europeo nel *The impact of the crisis on fundamental rights across Member States of the EU Comparative analysis*, cfr. nota 10.

<sup>97</sup> Può, in merito, rammentarsi la diversa impostazione di *welfare*, come «social rights regime» o «social investment regime», sostenuta rispettivamente da Marshall e da Giddens, cfr. sul punto A. EVERS, *Social rights and social realities in the European Union*, in T. P.

stemi di protezione a supporto di coloro che sono ai margini del mercato del lavoro<sup>98</sup>; ovvero il sociale che, seguendo l’impostazione di stampo maggiormente neo-liberista, viene considerato come “fattore produttivo”, e che si qualifica attraverso il lessico ben noto a livello europeo della “attivazione”, della “flexicurity”, della “modernizzazione” dei sistemi di protezione sociale, un sociale, insomma, più concentrato sulla *employability* e sull’*employment*<sup>99</sup>.

Dal punto di vista del bilancio costituzionalistico, ed al di là della questione della compatibilità dell’art. 3, c. 2, Cost. rispetto a differenti modelli di *welfare*<sup>100</sup>, sembra banale e scontato, ma giova ripetere che tanto più la “protezione” è inclusiva tanto più è potenzialmente in grado di portare al livello della “dignità umana” anche coloro che per le ragioni più disparate sono difficilmente raggiungibili dalle politiche di “attivazione” finalizzate alla *employability*.

La direzione imboccata – sia pure con primigenio riferimento alla UEM – sembra potenzialmente in grado di rassicurare laddove fa espresso riferimento ad un «social protection floor» e alla rivalorizzazione dei principi sanciti nella Carta dei diritti.

Pertanto, all’interno del mondo poco “ortodosso” dell’UEM, che certo ha contribuito a mettere sotto “stress” alcune categorie tradizionali del costituzionalismo (già messe a prova dalla integrazione sovranazionale)<sup>101</sup>, questa rivalutazione del sociale – inteso in senso ampio

---

BOJE, M. POTÚČEK, (a cura di), *Social Rights, Active Citizenship, and Governance in the European Union*, Baden-Baden, 2011, pp. 28-29.

<sup>98</sup> K. NELSON, *Counteracting material deprivation: The role of social assistance in Europe*, in *Journal of European Social Policy*, vol. 22, n. 2/2012, p. 150, «we merely note that activation may work for some, but not necessarily all, groups that lack a foot-hold on the labour market. Since materially deprived individuals probably belong to those groups that are especially hard to integrate, activation may not always have the expected payoffs in terms of lowering poverty rates».

<sup>99</sup> Cfr. G. BRONZINI, *La flexicurity e la ricerca di una solidarietà “europea”: un nuovo paradigma per le politiche sociali?*, in G. BRONZINI (a cura di), *Le prospettive del welfare in Europa*, Roma, 2009, pp. 14 ss.

<sup>100</sup> A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 157.

<sup>101</sup> C. PINELLI, T. TREU (a cura di), *La costituzione economica*, cit., p. 23, ricordano: «All’epoca dell’approvazione del Trattato di Maastricht, la scienza costituzionalistica pose vivacemente la questione della compatibilità fra gli enunciati costituzionali sui rapporti economico-sociali e il diritto dell’Unione europea. Col passare del tempo, le voci contrarie si sono fatte sentire meno, ma senza che sul punto si sia formata una convinta opinione favorevole: si intravedono una resa al fatto compiuto dell’integrazione europea, e una rimozione dell’identità costituzionale».

(oltre il mercato del lavoro) – se non può essere letta come vittoria di una di tali tradizionali categorie, aiuta comunque il costituzionalista a sentirsi meno solo nella battaglia per la difesa dei valori della dignità umana e dell’uguaglianza<sup>102</sup>, contro il rischio che assurgano a “materiale di scarto” di un eccesso di “produttività” economicista.

---

<sup>102</sup> Per l’inscindibile collegamento tra diritti sociali, principio della dignità umana e di uguaglianza, cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., pp. 151 ss.

# IL RUOLO DEL PRESIDENTE DELLA BANCA CENTRALE EUROPEA TRA FINZIONE TECNICA E REALTÀ POLITICA

di Paolo Costa

**SOMMARIO:** 1. *L'Unione europea e la teoria delle aree valutarie ottimali*; 2. *La Banca centrale europea tra tecnica e politica. Una contrapposizione fuori contesto*; 3. *Le misure non convenzionali e il mandato della Banca centrale europea: politica monetaria e politica economica*; 4. *Il custode della costituzione economica.*

*«L'economia politica è una delle scienze che, sorte in epoca moderna, vi hanno trovato il loro terreno più adatto. Il suo sviluppo mostra lo spettacolo interessante di come il pensiero (v. Smith, Say, Ricardo), a partire dall'infinita moltitudine di fatti particolari che innanzitutto gli si presentano davanti, rintracci i principi semplici della Cosa ed espliciti l'attività dell'intelletto che governa la Cosa. Nella sfera dei bisogni, mentre da un lato l'elemento della conciliazione consiste nel conoscere questa parvenza di Razionalità che è insita e attiva nella Cosa, dall'altro, per contro, è appunto questa parvenza il campo in cui l'intelletto, con i suoi fini soggettivi e le sue opinioni morali, sfoga il proprio malcontento e il proprio moralismo stizzoso».*

G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Recht*, § 189

## 1. L'Unione europea e la teoria delle aree valutarie ottimali

Nel dibattito politico, e non meno in quello scientifico, è frequente imbattersi nella contrapposizione dialettica fra “Europa economica” ed “Europa politica”. Con ciò ci si riferisce comunemente al percorso di superamento della ristretta prospettiva economica della prima Comunità verso l'integrazione politica dell'Unione, scandito dalla successione di nuovi atti e trattati.

Tale rappresentazione della storia istituzionale europea risente di un'idea presupposta svolgente la funzione politica di un vero e proprio ideale. Si tratta della nota finalità di pacificazione che animò i primi promotori del progetto. Nella loro visione, l'integrazione economica (realizzata inizialmente attraverso la condivisione del carbone e

dell'acciaio) svolgeva la funzione di strumento al servizio del fine della pacificazione europea, fine che, per sua stessa natura, non poteva non preludere ad alcunché di essenzialmente “politico”.

Questo prisma interpretativo, senza dubbio storicamente fondato e politicamente effettivo, ha lasciato tuttavia nella penombra un altro progetto, meno capace di incidere direttamente sulla rappresentazione politica collettiva ma forse altrettanto ambizioso. Ci si riferisce al progetto di creazione di una moneta unica (UEM), consacrato dal trattato di Maastricht.

Il progetto politico, se considerato al netto dei possibili eccessi retorici, mostra un notevole margine che sfugge alla “progettazione”, necessitando di premesse storiche e collettive (in breve, spirituali), non di rado inconsapevoli, che non possono essere create per via di diritto positivo (si tratta dei noti temi delle radici europee, del *demos* europeo, della civiltà europea, *etc.*<sup>1</sup>). La sua traduzione pratica deve sempre contemplare l'incompiutezza del sostrato sostanziale (pre- e meta-giuridico, se si vuole) sul quale intende incidere; conseguentemente, la sua positività (il suo essere *positum*) viene ridimensionata<sup>2</sup>.

Le cose appaiono diverse per il progetto monetario. La “virtualità” di ogni sistema monetario porta con sé un tasso di positività decisamente superiore rispetto ad un sistema politico. Con il suo svilupparsi nel senso di una crescente complessità, la relazione originaria con l'economia reale tende ad attenuarsi. La moneta legale è mezzo universale di scambio e misura del valore<sup>3</sup>. Con la crescente emancipazione del valore dai beni (una tappa fondamentale in questa direzione è segnata dalla fine degli accordi di Bretton Wood<sup>4</sup>), il sistema mone-

<sup>1</sup> Basti ricordare in proposito il celebre dibattito tra D. GRIMM (*Una costituzione per l'Europa?*, in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO, J. LUTHER - a cura di -, *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996) e J. HABERMAS (*Una Costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO, J. LUTHER - a cura di -, *Il futuro della Costituzione*, cit.).

<sup>2</sup> In altri termini, ogni costituzione giuridica (*Konstitution*) deve innestarsi su di una costituzione reale (*Verfassung*) e sui fondamenti materiali e spirituali di quest'ultima. Può richiamarsi al riguardo l'insegnamento di K. HESSE, *La forza normativa della costituzione*, Herrenhaus, Seregno 2008.

<sup>3</sup> A. TARZIA, *Moneta e controllo della finanza pubblica*, in G. F. FERRARI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, EGEA, Milano 2010, p. 335.

<sup>4</sup> Vedasi al riguardo l'importante studio di G. DI GASPARÉ, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Cedam, Padova, 2011.

tario tende a divenire un sistema auto-poietico<sup>5</sup>. Se ciò può essere detto in generale per tutti i sistemi sociali<sup>6</sup>, un sistema monetario, almeno nella percezione dei suoi agenti, presenta nondimeno una peculiarità ulteriore. La sua virtualità si riflette anche sulla sua causalità: il movimento di numeri e valori, anche grazie alla diffusione ormai massiccia delle tecnologie informatiche, è possibile senza significative difficoltà causali. Il grado di plasmabilità e dunque di positività del sistema diviene pertanto molto elevato. E tuttavia tale è più per una percezione che per un dato di realtà, poiché un sistema monetario, ad ogni buon conto, vive e sopravvive in relazione ad un determinato sistema economico. Dunque l'impressione suggerita dalla facilità con cui si spostano virtualmente numeri e valori deve cedere presto il passo alla disillusione proveniente dai contraccolpi dell'economia reale. La crisi innescatasi nel 2007 ne è una drammatica conferma.

Ciò fa apparire il progetto di una vasta unificazione economica e monetaria ancora più ambizioso rispetto al progetto di una vasta unificazione politica. Se il secondo può e deve contemplare l'alea di presupposti inconsapevoli, il primo non può permettersi alcuna inconsapevolezza e deve dominare tutti i fattori causali rilevanti. La complessità di questi ultimi lo rende quasi impensabile (un irrazionale volontarismo) senza il ricorso, inevitabile, ad un criterio di semplificazione. Tale criterio è offerto, come normalmente accade in ambito economico, dalla formulazione di una legge o di una teoria economica che individui e spieghi le variabili fondamentali da tenere in considerazione. Ovviamente l'economia, che è pur sempre scienza empirica, non sempre può essere previamente "sperimentata" nella prassi<sup>7</sup>; con tutti i conseguenti rischi.

---

<sup>5</sup> Osserva G. PITRUZZELLA a proposito del "finanzcapitalismo": «Esso rappresenta lo sviluppo di un nuovo regime di produzione capitalistico il cui motore centrale è rappresentato dai mercati finanziari. In tale sistema economico la produzione di denaro a mezzo di denaro ha preso il posto, come principio base del sistema, della produzione di merci a mezzo di merci» (*Chi governa la finanza pubblica in Europa?* in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2012, p. 10).

<sup>6</sup> N. LUHMANN, *L'autopoiesi dei sistemi sociali*, in R. GENOVESE, C. BENEDETTI, P. GARBOLINO (a cura di), *Modi di attribuzione. Filosofia e teoria dei sistemi*, Liguori, Napoli, 1999.

<sup>7</sup> La stessa "sperimentalità" della scienza economica è un profilo epistemologico dibattuto tra gli economisti. Sul punto può consultarsi M. NOVARESE - S. RIZZELLO, *Economia sperimentale*, Bruno Mondadori, Milano 2004.

È quanto accaduto per la creazione dell'Unione economica e monetaria.

Alla base del progetto vi sono gli assunti della celebre teoria delle aree valutarie ottimali, formulata da Robert A. Mundell già nel 1961<sup>8</sup>.

Non è possibile ripercorrere qui i contenuti ed il merito di una teoria appartenente a tutt'altro settore scientifico. In sintesi, pur con i rischi di imprecisioni che gli economisti vorranno perdonare ad un profano, può dirsi che la teoria in parola individua una serie di fattori macroeconomici il cui concorso determina la possibilità di definire un'area in cui sia realizzabile un'unificazione monetaria senza conseguenze traumatiche (quali ad esempio gli “*shock* asimmetrici”). I fattori in questione sono: forti scambi commerciali; mobilità dei fattori di produzione e, in particolare, dei lavoratori e del capitale; mercati finanziari integrati; coordinamento fiscale<sup>9</sup>.

È facile rilevare la coincidenza sostanziale tra questi fattori e molti elementi costitutivi dell'ordinamento europeo, a partire dalle quattro libertà fondamentali.

Dunque è possibile anzitutto affermare che l'UEM dipende essenzialmente dalla fondatezza di un'ipotesi economico-monetaria.

Tale ipotesi giunge inevitabilmente a lambire il livello politico e finanche a coinvolgere direttamente quello istituzionale. La stampa della moneta infatti, ancorché demandata alle banche centrali, resta pur sempre una delle espressioni fondamentali del potere fidefaciente proprio degli Stati sovrani. Pertanto la riorganizzazione monetaria si pone sempre in rapporto con la riorganizzazione della sovranità. Come è stato osservato: «È infine necessario pervenire a una valutazione globale dei costi e dei ricavi che possono essere ottenuti mediante una po-

---

<sup>8</sup> R. A. MUNDELL, *A Theory of Optimum Currency Areas*, in *American Economic Review*, vol. 51, n° 4, 1961.

<sup>9</sup> R. BIN- P. CARETTI – G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna 2015, pp. 277 e ss. Osserva G. DE VITA, *Costituzione ed economia: una breve nota*, in *Federalism.it*, n. 13/2016, p. 3: «L'Unione Europea rappresenta una forma incompiuta di stato federale, ma con effetti molto pervasivi sulla vita sociale ed economica dei singoli stati aderenti. Essa sia da un punto di vista giuridico, che da un punto di vista economico influenza in modo pervasivo la vita economica dei paesi membri dell'Unione. Infatti, la legislazione europea ha un impatto molto significativo sugli ordinamenti dei singoli stati in quanto le norme sovranazionali devono trovare applicazione con prevalenza rispetto a quelle dei singoli stati. Questo è strumentale alla creazione di un mercato unico europeo che rappresenta uno spazio commerciale tra i più grandi al mondo. Gli scambi all'interno di quella che nell'idea dei padri dell'Unione Europea vuole essere una area ottima valutaria sono promossi dalla uniformità della legislazione».

litica d'integrazione e disintegrazione valutaria, in modo da disporre di elementi probanti sulla problematica delle aree valutarie ottimali. Bisogna tuttavia sottolineare al riguardo che le scelte di fondo richieste dalla creazione di aree valutarie diverse da quelle esistenti comportano la cessione (o la creazione) di prerogative che sono tradizionalmente attribuite a stati sovrani, ed esulano quindi da scelte puramente tecniche»<sup>10</sup>.

Sicché, in ultima analisi, la teoria delle aree valutarie ottimali ed il progetto di unificazione politica si compromettono vicendevolmente. La relazione e la dipendenza tra i due è reciproca e trova conferma nella storia della recente crisi economica e politica europea. Le inevitabili difficoltà poste dall'unificazione monetaria, resesi tangibili negli *shock* asimmetrici degli ultimi anni (ben visibili nei due estremi della Germania e della Grecia), mettono in discussione non solo quest'ultima, ma lo stesso processo di integrazione politica. Si innesca infatti un circolo "disintegrativo". Le criticità economico-monetarie si proiettano sul livello politico; questo le proietta nuovamente su quello economico-monetario, accresciute dalla sua mancanza di "premesse inconsapevoli" (radici, *demos*, civiltà, *etc.*), generando un banale, ma non errato, ragionamento utilitaristico: se il beneficio economico si trasforma in un danno economico, per quale ragione unire gli interessi nazionali in un comune destino? Ipotesi monetarie e premesse inconsapevoli mostrano così di tenersi le une alle altre: se il progetto mone-

---

<sup>10</sup> R.S. MASERA, *Aree valutarie ottimali*, voce in *Enciclopedia Italiana - IV Appendice* (1978). Esplicito in proposito lo stesso Mundell: «*The second question concerns how the world should be divided into currency areas. I have argued that the stabilization argument for flexible exchange rates is valid only if it is based on regional currency areas. If the world can be divided into regions within each of which there is factor mobility and between which there is factor immobility, then each of these regions should have a separate currency which fluctuates relative to all other currencies. This carries the argument for flexible exchange rates to its logical conclusion. But a region is an economic unit while a currency domain is partly an expression of national sovereignty. Except in areas where national sovereignty is being given up it is not feasible to suggest that currencies should be reorganized; the validity of the argument for flexible exchange rates therefore hinges on the closeness with which nations correspond to regions. The argument works best if each nation (and currency) has internal factor mobility and external factor immobility. But if labor and capital are insufficiently mobile within a country then flexibility of the external price of the national currency cannot be expected to perform the stabilization function attributed to it, and one could expect varying rates of unemployment or inflation in the different regions. Similarly, if factors are mobile across national boundaries then a flexible exchange system becomes unnecessary, and may even be positively harmful, as I have suggested elsewhere*», *op. cit.*, pp. 663, 664.

tario non funziona, nessun “afflato” costituente è in grado di supplirvi nel lungo periodo.

Appare dunque chiaro come, sia in teoria sia in pratica, il destino dell’Europa politica dipenda da quello dell’Europa economica e monetaria. Al di là dei più nobili progetti ideali, che mantengono pur sempre la loro funzione di propulsione presso il livello politico, nell’attuale stato del processo di integrazione europeo la “vera” costituzione, quella decisiva per le sorti dell’intero progetto, è la costituzione economica, ossia l’Unione economica e monetaria.

Tutto, nelle politiche europee, mostra la propria funzionalità a tale priorità. E, in ragione degli enormi rischi che la scommessa della moneta unica si è assunta, è necessario e giusto che sia così. Anche dietro ad “etichette” che evocano concetti che siamo abituati a pensare come precipuamente “politici” (“interesse generale”, “sociale”, “coesione”, *etc.*), sempre affiora l’esigenza di garantire quel grado di convergenza e stabilità indispensabili alla conservazione dell’area valutaria europea (come testimoniano ad esempio le finalità dei diversi fondi strutturali). Si potrebbe parlare al riguardo di una felice convergenza tra le ragioni dell’efficienza economica e le ragioni dell’equità<sup>11</sup>.

Ecco perché, in un momento di grave crisi finanziaria, l’istituzione “custode” della politica monetaria sta assumendo un ruolo drammatico e decisivo, che mostra la fallacia della classica contrapposizione tra politica e tecnica riprodotta nell’ordinamento europeo.

---

<sup>11</sup> Il concetto europeo di coesione trova corrispondenza, negli ordinamenti interni, in concetti e principi propri dello stato sociale. Tuttavia è una corrispondenza imperfetta, poiché, appunto, a livello europeo esso è contestualizzato in un ordinamento che non lo pone mai in termini oppositivi o anche solo alternativi rispetto all’efficienza di mercato. Può vedersi al riguardo C. BUZZACCHI, *Le politiche comunitarie e il principio della coesione economica e sociale*, in U. DE SIERVO (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna 2001; della medesima autrice, *Dalla coesione all’eguaglianza sostanziale*, Giuffrè, Milano 2005.

## **2. La Banca centrale europea tra tecnica e politica. Una contrapposizione fuori contesto**

La distinzione tra politica e tecnica, sottesa all'uso, per lo più critico, del termine "tecnocrazia", è una distinzione divenuta viepiù problematica, anche nell'ambito più limitato della politica nazionale<sup>12</sup>.

La linea di demarcazione potrebbe apparire limpida, ma in realtà non lo è. Cercando di ridurre la questione a nozioni minime, limitandosi a quanto necessario all'orizzonte di queste riflessioni, "politica" dovrebbe essere ciò che attiene alla dimensione ideale della *polis*; "tecnica" ciò che invece conosce (con maggiore o minore precisione) i processi causali (socio-economici) o di imputazione (giuridici)<sup>13</sup>. Le cose tuttavia si complicano quando, come nel momento attuale, cambia il paradigma attraverso cui si comprende la realtà politica. Oggi sembra che questa non sia più concepita come "ordine-gerarchia" bensì come "complessità-equilibrio"<sup>14</sup>. Ciò riduce (almeno nell'immediata percezione politica) l'importanza di ordinamenti stabi-

---

<sup>12</sup> Sul rapporto tra legittimazione tecnica e legittimazione politica hanno riflettuto alcuni tra i massimi giuristi del Novecento. Per alcune considerazioni in proposito, contestualizzate nel più ampio tema della "soggettività politica", ci si permette di rinviare a P. COSTA, *Gemina persona. Un'ipotesi giuspubblicistica intorno alla crisi del soggetto politico*, Giuffrè, Milano 2015.

<sup>13</sup> Si considerino queste riflessioni di H. KELSEN: «una volta stabilito, il principio di causalità è applicabile anche al comportamento umano. La psicologia, l'etnologia, la storia e la sociologia sono scienze che trattano il comportamento umano come si presenta nella realtà, o, ciò che è lo stesso, come un elemento della natura, come un ordinamento causale. Se si chiama scienza sociale ogni scienza che si occupa del comportamento umano, queste scienze saranno scienze sociali, ma non saranno essenzialmente diverse da quelle naturali, come la fisica, la biologia, o la fisiologia. Il loro scopo è quello di spiegare il comportamento umano secondo il principio di causa ed effetto. È poi un'altra questione quella di vedere fino a qual punto queste scienze possano raggiungere il loro scopo, cioè possano determinare le leggi causali del comportamento umano. La differenza tra queste scienze, e quelle naturali che non si riferiscono al comportamento umano, è soltanto una differenza del grado di precisione, non una differenza di principio. Una differenza di questo genere esiste soltanto tra le scienze naturali e le scienze che interpretano le relazioni umane non secondo il principio di causalità, ma secondo il principio di imputazione, scienze che si occupano del comportamento umano non come effettivamente si manifesta secondo il principio di causa ed effetto nella sfera della realtà, ma come dovrebbe manifestarsi in base a una determinazione normativa, cioè nella sfera dei valori. Queste scienze sono le scienze sociali normative, cioè, per esempio, l'etica, la teologia, la giurisprudenza», *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Torino, 1952, 215.

<sup>14</sup> Cfr. B. MONTANARI, *Dall'ordinamento alla Governance. Uno slittamento di piani*, in *Europa e diritto privato*, fasc. 2/2012.

li e accresce l'importanza della capacità di decisione immediata in una situazione contingente caratterizzata da elevata complessità tecnica. Di qui il crescente ruolo della "tecnocrazia" (ma sarebbe più appropriato parlare di "tecnostrukture") e, come la crisi concettuale sottesa al neologismo già lascia intuire, le difficoltà a distinguere le due sfere nella prassi politica.

Tutto questo è ancor più vero per un ordinamento quale quello europeo che, come si è appena tentato di mostrare, si caratterizza per una dipendenza ancora forte della struttura politica da quella economica.

Al livello europeo, tecnica e politica si implicano in modo complesso. La mancanza di una sfera di legittimità assimilabile a quella degli Stati nazionali consegna alla prima un ruolo non meramente ancillare: essa piuttosto concorre a sostenere e a costruire la decisione politica, quasi con una funzione supplente rispetto alla tradizionale legittimità politica.

Nella letteratura politologica è ormai da quasi un secolo che si registrano analisi, per lo più critiche, sul rapporto tra tecnica e potere politico. È noto anche il senso negativo che connota i neologismi conati lungo i decenni (tecnocrazia, tecnostrukture, tecnodemocrazia, *etc.*).

Tali analisi, pregevoli quanto inevitabili alla luce della nascita della società industriale, possono dirsi almeno parzialmente superate dell'ulteriore evoluzione sociale.

Da anni ormai si è messo in luce il passaggio, conseguente alla nascita delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, dalla società industriale alle società (post-industriale) nota come "società del sapere"<sup>15</sup>. Tale passaggio si è riverberato anche sul problema del rapporto fra tecnica e potere. L'immagine della tecnocrazia è connotata in senso negativo in ragione del suo legame all'idea di una pianificazione sociale autoritativa per mezzo di un'amministrazione tecnica. La nuova immagine della società del sapere perde tale legame e dunque tale connotazione: essa si lega piuttosto alla funzione fondamentale svolta dalla conoscenza in una società che si assume come libera ed aperta.

Detto altrimenti, il sospetto che da sempre circonda l'idea di tecnocrazia deriva dal trovare quest'ultima origine in una sorta di degenerazione, prima che della tecnica, dello stesso potere politico. Essa si accompagna a scenari distopici, in cui il potere, attraverso la tecnica,

---

<sup>15</sup> Cfr., P. P. PORTINARO, voce *Tecnocrazia*, in *Enciclopedia delle scienze sociali* (1998).

realizza la società perfetta secondo la visione delle scienze positive; ma tale società deterministicamente concepita perde infine ogni libertà. Così l'idea di tecnocrazia si accompagna in ultima analisi alle utopie negative del Novecento, che ritengono del tutto rovinose le conseguenze della realizzazione delle fantasie utopiche di una società assolutamente giusta<sup>16</sup>. Questo schema interpretativo è difficilmente applicabile alla "società del sapere". Certo permangono enormi interrogativi sulla diffusione capillare delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, sulla globalizzazione economica, sul rapporto di entrambe con le egemonie politiche internazionali, *etc.* Ma la narrazione "ufficiale" del potere politico non può certo spendere l'argomento della pianificazione scientifica ed autoritativa della società come un proprio punto di forza.

Occorre allora domandarsi se la debole legittimazione politica dell'Unione europea non costringa piuttosto a rovesciare i termini del rapporto fra potere e tecnica così come impostati nel corso del Novecento. Il rapporto corretto dovrebbe essere quello di un potere politico che usa la tecnica; la critica novecentesca all'ideale tecnocratico evidenzia invece un potere politico che abusa della tecnica; nel caso dell'Unione europea può forse parlarsi di un potere che abbisogna della tecnica per sostenere le sue stesse ragioni. In tale ultima prospettiva la separazione netta fra tecnica e potere diviene quasi impossibile in quanto le due sfere costituiscono insieme un unico dispositivo legittimante<sup>17</sup>.

La tecnica può infatti ridimensionare l'importanza del *puro* potere politico, dacché la sua (più o meno presunta) oggettività può offrire un contributo all'individuazione della migliore delle soluzioni possibili riducendo lo spazio discrezionale della decisione politica. Ciò, se da un lato potrebbe essere inteso come una parziale delegittimazione della politica, dall'altra potrebbe costituire invece un rafforzamento delle decisioni di quest'ultima. In questo senso la tecnica non sostituirebbe la decisione politica bensì la rafforzerebbe *ab externo*, aggiungendo

---

<sup>16</sup> R. KOSELLECK, *Il vocabolario della modernità. Progresso, crisi, utopia e altre storie di concetti*, Il Mulino, Bologna 2009, p. 148.

<sup>17</sup> Si può segnalare anche un altro profilo pertinente, quello, già evidenziato in letteratura, del rapporto tra legittimazione ed *output*, che sembra risolversi in una legittimazione empirica (a-teoretica, se si vuole) attraverso l'efficacia delle politiche dispiagate (cfr., F. W. SCHARPF, *Governare l'Europa. Legittimità democratica ed efficacia delle politiche nell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 1998).

alla *voluntas* di quest'ultima il plusvalore della propria *ratio*. Osserva Pier Paolo Portinaro riprendendo le considerazioni di Nico Stehr<sup>18</sup>: “Con la terza rivoluzione industriale - la rivoluzione dell'informatica e dei nuovi mezzi di comunicazione - registriamo il potenziamento del ruolo della scienza e della tecnica in ogni ambito della vita quotidiana, dal lavoro al tempo libero, dall'azienda alla scuola, dalla sanità allo sport e, di conseguenza, il rafforzamento del ruolo legittimante della scienza e della tecnica nel discorso pubblico”<sup>19</sup>.

Tutto questo chiede di ripensare il rapporto tra politica e tecnica rinunciando alla concettualità radicale che lo ha contraddistinto nel corso del Novecento e considerando l'attuale prassi europea non già come il prodotto di una sistematica teoria politica alternativa a quella della democrazia rappresentativa (quella tecnocratica) bensì come un asistemico rimedio empirico alla “legittimità difficile” di un sistema politico ancora *in fieri*.

Tanto detto, occorre allora riconsiderare le critiche e le vere e proprie iniziative giudiziarie dispiegate avverso l'“interventismo” della BCE innanzi alla crisi economico-finanziaria.

### 3. Le misure non convenzionali e il mandato della Banca centrale europea: politica monetaria e politica economica

La BCE, come è noto, ha adottato diverse “misure non convenzionali”<sup>20</sup> per fronteggiare la crisi finanziaria.

La finalità principale di tali misure è la stabilizzazione monetaria, ma possono svolgere anche una funzione pro-ciclica (come nel caso

---

<sup>18</sup> N. STEHR, *Arbeit, Eigentum und Wissen. Zur Theorie von Wissensgesellschaften*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1994.

<sup>19</sup> P. P. PORTINARO, cit. Con riguardo allo specifico rapporto tra scienza e democrazia, cfr. M. B. BROWN, *Science in Democracy. Expertise, Institutions, and Representation*, The MIT Press, 2009.

<sup>20</sup> Per “politica monetaria non convenzionale” si intende «l'insieme di politiche urgenti e fuori dal comune attuate dalle autorità monetarie a seguito della crisi finanziaria del 2007» (secondo la definizione datane da E. FAIA nella voce *Politica monetaria non convenzionale* del *Dizionario di Economia e Finanza*, 2012). Per un'analisi delle misure non convenzionali adottate dalla BCE, C. BUZZACCHI, *Bilancio e stabilità. Oltre l'equilibrio finanziario*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 224 ss.; A. CANEPA, *Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una prima rassegna e classificazione di meccanismi e strumenti adottati nella recente crisi economico-finanziaria*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015.

del *Quantitative easing*). Ciò chiama in causa la distinzione tra politica monetaria, senza dubbio di competenza della BCE, e politica economica, rimessa invece ad altre istituzioni ed agli Stati membri<sup>21</sup>.

Tale distinzione, unita alla natura, appunto, “non convenzionale” delle misure in questione, ha ingenerato notevoli critiche verso la BCE<sup>22</sup> (talvolta, viene da credere, non del tutto disinteressate alla luce di singoli interessi nazionali), accusata tra l’altro di eccedere il proprio mandato istituzionale assumendosi la libertà di decisioni rimesse invece al circuito della politica economica. L’iniziativa più clamorosa in questo senso è stata adottata dal Tribunale costituzionale federale tedesco, il quale ha proposto rinvio pregiudiziale presso la Corte di giustizia dell’Unione europea circa la compatibilità del programma OMT (*Outright monetary transactions*) con il mandato istituzionale della BCE. Il giudice costituzionale tedesco ha posto in particolare la questione della compatibilità del programma OMT con il divieto di finanziamento degli Stati membri e quella - che qui più interessa - della sua natura di misura di politica monetaria piuttosto che di politica economica<sup>23</sup>. Entrambi i dubbi di compatibilità sono stati respinti dalla Corte di Giustizia<sup>24</sup>.

Rinviando ai diversi commenti in proposito<sup>25</sup>, qui si rileva solo come le argomentazioni di quest’ultima mostrino bene il piano sostanziale sotteso alle disposizioni dei trattati chiamate in questione.

---

<sup>21</sup> Sul governo dell’economia nel tempo della crisi, G. PITRUZZELLA, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, cit.; del medesimo autore, *Crisi economica e decisioni di governo – Relazione al XXVIII convegno annuale dell’AIC*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013.

<sup>22</sup> Molte di queste possono essere consultate tra i commenti raccolti nella ricerca *Monetary easing by the ECB* condotta dal *Think Tank* del Parlamento europeo (su [Europarl.europa.eu](http://Europarl.europa.eu)).

<sup>23</sup> *Bundesverfassungsgericht*, decisione 2728/12 del 14 gennaio 2014. In proposito E. OLIVITO, *Atto primo: Il Bundesverfassungsgericht rinvia alla Corte di giustizia su OMT e poteri della BCE. Un’occasione per il futuro dell’Unione europea?*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2013.

<sup>24</sup> Sentenza 16 giugno 2015, in causa C-62/14.

<sup>25</sup> Si segnala almeno A. CARDONE, *L’obliterazione dello stato di crisi: la Corte Ue ri(con)duce le misure “non convenzionali” della Bce al diritto “ordinario” dei Trattati*, in *Giur. cost.*, n. 5/2015; A. PISANESCHI, *Legittimo secondo la Corte di Giustizia il piano di allentamento monetario (OMT) della BCE. Una decisione importante anche in relazione alla crisi greca*, in *Federalismi.it*, n. 13/2015. Il Tribunale costituzionale federale è tornato di recente ad esprimersi su tale questione, con una sentenza mista di rigetto e di inammissibilità (decisione 21 giugno 2016). Sul punto P. FARAGUNA, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 21 luglio 2016.

Il ritratto della BCE che ne risulta è quello del soggetto più idoneo, per missione istituzionale e per conoscenza tecnica, a garantire il “salvataggio” - anche attraverso misure straordinarie - del sistema economico-monetario minacciato dalla crisi. Il passo della sentenza merita una citazione *in extenso*: «Per quanto riguarda, in primo luogo, l’idoneità di un programma come quello annunciato nel comunicato stampa a raggiungere gli obiettivi perseguiti dal SEBC, risulta da tale comunicato e dai chiarimenti forniti dalla BCE che il suddetto programma si fonda su un’analisi della situazione economica della zona euro secondo cui, alla data dell’annuncio del programma stesso, i tassi di interesse dei titoli del debito pubblico dei diversi Stati della zona euro sarebbero stati caratterizzati da una forte volatilità e da differenziali di rendimento estremi. Secondo la BCE, tali differenziali di rendimento non erano riconducibili esclusivamente alle diversità macroeconomiche tra gli Stati suddetti, bensì trovavano la loro origine, in parte, nell’esigenza di premi di rischio eccessivi per i titoli emessi da alcuni Stati membri, destinati a coprire un rischio di collasso della zona euro. Tale situazione particolare avrebbe fortemente indebolito il meccanismo di trasmissione della politica monetaria del SEBC, portando ad una frammentazione delle condizioni di rifinanziamento delle banche e dei costi del credito che avrebbe limitato fortemente gli effetti degli impulsi del SEBC sull’economia in una parte sostanziale della zona euro. Alla luce degli elementi trasmessi alla Corte nel corso del presente procedimento, non risulta che tale analisi della situazione economica della zona euro alla data dell’annuncio del programma controverso nei procedimenti principali sia viziata da un manifesto errore di valutazione. A questo proposito, la circostanza, menzionata dal giudice del rinvio, che la suddetta analisi motivata sia oggetto di contestazioni non può bastare, di per sé sola, per rimettere in discussione tale conclusione, dato che, alla luce del carattere controverso che presentano abitualmente le questioni di politica monetaria e dell’ampio potere discrezionale del SEBC, da quest’ultimo non può esigersi altro se non l’utilizzazione delle sue conoscenze specialistiche in campo economico e dei mezzi tecnici necessari di cui esso dispone al fine di effettuare la medesima analisi con la diligenza e la precisione necessarie. Orbene, nella situazione descritta ai punti 72 e 73 della presente sentenza, l’acquisto, sui mercati secondari, di titoli del debito pubblico degli Stati membri interessati dai tassi di interesse considerati estremi dalla BCE è idoneo a contribuire alla diminuzione di tali tassi dissi-

pando i timori ingiustificati di collasso della zona euro, e dunque ad avere una parte nel ribasso o addirittura nella scomparsa dei premi di rischio eccessivi».

Si ritrovano in queste argomentazioni della Corte di giustizia elementi della teoria delle aree valutarie ottimali: in particolare l'esigenza, essenziale per un sistema monetario unificato, di scongiurare pericolose asimmetrie economiche e finanziarie tra gli Stati membri. La BCE è custode di questa esigenza, identificabile sinteticamente nella funzione di garanzia della "stabilità dei prezzi", come ancora evidenzia la Corte di giustizia: «Risulta da quanto precede che, in presenza di condizioni economiche quali quelle rilevate dalla BCE alla data del comunicato stampa, il SEBC poteva legittimamente ritenere che un programma come quello annunciato in detto comunicato fosse idoneo a contribuire agli obiettivi perseguiti dal SEBC e, dunque, al mantenimento della stabilità dei prezzi». L'esatta portata delle sue competenze va pertanto definita in termini teleologici rispetto al fine sostanziale principale. Che tutto questo incida anche sulla politica economica è pressoché scontato: «Certo, non è escluso che un programma di acquisto di titoli di Stato presentante una caratteristica del genere possa rafforzare, in modo incidentale, l'incitamento al rispetto di tali programmi di aggiustamento e favorisca così, in una certa misura, la realizzazione degli obiettivi di politica economica che tali programmi perseguono». È tuttavia certamente legittimo, dacché la politica monetaria è pensata esattamente "a sostegno" di quella economica: «Tuttavia, simili incidenze indirette non possono implicare che un programma siffatto debba essere equiparato ad una misura di politica economica, dal momento che risulta dagli articoli 119, paragrafo 2, TFUE, 127, paragrafo 1, TFUE e 282, paragrafo 2, TFUE che, fatto salvo l'obiettivo della stabilità dei prezzi, il SEBC sostiene le politiche economiche generali nell'Unione».

Si mostra qui chiaramente quel passaggio dal paradigma "ordine-giustizia" al paradigma "complessità-equilibrio" a cui sopra si è accennato. Come sfuma viepiù il confine fra tecnica e politica, così sfuma viepiù quello fra politica monetaria e politica economica. Ogni richiamo ad un'"ortodossia" della banche centrali è superato dall'evoluzione del sistema e dalla legge della necessità.

La contrapposizione tra politica e tecnica e tra politica economica e politica monetaria si mostra dunque qui fallace. La BCE, e con essa l'Unione europea, non è propriamente tecnocratica. È piuttosto, sem-

plicemente, se stessa secondo il suo progetto originario, o, *rectius*, il teorema economico su cui questo poggia. Non può recidere i legami con esso senza recidere i presupposti della sua stessa esistenza. L'Unione europea è un progetto politico che si regge su di un'ipotesi economico-monetaria. Il fallimento di questa ipotesi determinerebbe anche il fallimento del progetto politico. I contraccolpi politici dei recenti *shock* asimmetrici ne sono una dimostrazione.

#### 4. Il custode della costituzione economica

Per questo, in fondo, dietro all'apparente neutralità tecnica, la BCE esprime un tasso di politicità elevato per un'istituzione europea: è istanza di salvataggio del progetto iniziale. Essa appare come una sorta di "custode dell'Unione" in quanto custode della sua "costituzione economica".

Pare esserne conferma la circostanza che il suo Presidente ha ormai sviluppato un vero e proprio "potere di esternazione". Come è noto, quest'ultimo è un istituto proprio del diritto costituzionale interno. L'analogia con le esternazioni del Presidente della Repubblica non è evocata casualmente. La circostanza che nel diritto costituzionale interno le esternazioni vengano considerate un "potere" presidenziale discende da una ragione precisa. La generale libertà di espressione riconosciuta a tutti i cittadini deve essere riconsiderata con riguardo al Presidente della Repubblica. In ragione della peculiarità della posizione istituzionale di quest'ultimo, essa cessa di essere una libertà individuale per diventare un potere giuspubblicistico, con una propria tipicità che ne conforma l'esercizio<sup>26</sup>.

Analogamente, molte circostanze inducono a considerare le esternazioni del Presidente della BCE come una specifico potere proprio del suo ruolo istituzionale. Ne è conferma anzitutto la loro funzione di "dialogo finanziario" con i mercati (resa evidente dalle reazioni di

---

<sup>26</sup> «Nel compiere tali atti [*le esternazioni*] il Presidente della Repubblica incontra i limiti propri della sua posizione e della sua funzione, quali il divieto di interferire negli indirizzi politici del governo o del Parlamento, il dovere del riserbo sugli affari di Stato e del previo assenso del Presidente del consiglio all'esternazione di determinate opinioni, e così via», A. BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato*, in G. AMATO - A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, II, Il Mulino, Bologna 1997, p. 242.

questi ultimi al solo annuncio dei propositi della BCE<sup>27</sup> o, ancora, nella prassi del cosiddetto *forward guidance*). Ma ancor di più ne è conferma la circostanza - legata alla prima - che le esternazioni del Presidente della BCE sono state considerate già giuridicamente rilevanti in sé dalla Corte di giustizia, tanto da portarla ad esprimersi direttamente su di esse, come è avvenuto nel sopra riferito caso di rinvio pregiudiziale avente ad oggetto il programma OMT. Come è noto, la Corte non si è espressa su di un atto della BCE (l'acquisto di debito pubblico sui mercati secondari), bensì sul solo proposito di adozione di futuri atti (il programma deliberato dagli organi interni della BCE), esternato dal suo Presidente<sup>28</sup>. La Corte è giunta così a pronunciarsi su di un "comunicato stampa" relativo ad un programma che, ad oggi, non ha ancora avuto alcuna attuazione.

La figura del Presidente della BCE sembra così stagliarsi come una *auctoritas* al di sopra delle *potestates* delle istituzioni europee e finanche degli stessi Stati membri. È indubbiamente una delle poche figure istituzionali europee in grado di controbilanciare *politicamente* il riemergere di interessi nazionali che pretendono di plasmare a propria immagine la politica economica europea<sup>29</sup>.

Il caso del ricorso pregiudiziale del Tribunale costituzionale federale tedesco mostra come (più o meno intenzionalmente) in fondo si sia colto poco della natura del progetto europeo e della funzione che conseguentemente viene assegnata al suo interno alla BCE. Si maneggia maldestramente il concetto di "politico", come se il progetto iniziale dell'UEM non fosse essenzialmente politico. È solo per questo equivoco che ancora si rende necessario il ricorso al "velo" della legittimazione tecnica.

L'ordinamento europeo non conosce un proprio soggetto politico comparabile allo Stato nazionale sovrano<sup>30</sup>. Si tratta piuttosto di un sistema che - senza scendere qui nel merito del dibattito dogmatico sulla natura giuridica dell'Unione europea - appare come debolmente fe-

---

<sup>27</sup> Può consultarsi al riguardo il *working paper* della BCE *The financial and macroeconomic effects of OMT announcements* (su [Ecb.europa.eu](http://Ecb.europa.eu)).

<sup>28</sup> Il comunicato stampa, dal titolo *Technical features of Outright Monetary Transactions* (6 settembre 2012), è consultabile sul sito [Ecb.europa.eu](http://Ecb.europa.eu).

<sup>29</sup> Cfr., G. PITRUZZELLA, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?* cit., p. 42.

<sup>30</sup> Sia consentito rinviare a P. COSTA, *Unione europea e rappresentanza: L'epifenomeno di una questione teologico-politica*, in *Quaderni di Diritto e Politica ecclesiastica*, n. 2 del 2013.

derale<sup>31</sup>, poiché la sua vera natura si trova (ancora) all'altezza del "sistema dei bisogni"<sup>32</sup>, non ancora trasceso né ancora trascendibile da un superiore livello ideale.

Non deve dunque stupire, e tutto sommato è conforme alla natura del progetto originario, il ruolo "decisivo"<sup>33</sup> dell'autorità custode

---

<sup>31</sup> Cfr., G. DUSO, *L'Europa e la fine della sovranità*, in *Quaderni fiorentini*, n. 31/2002; F. PIZZOLATO, *Rappresentanza politica e Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2/2013, p. 386.

<sup>32</sup> «E' difficile, persino per gli educati cantori del costituzionalismo multilivello, non vedere che la nuova *governance* dell'Unione intende prescindere non solo dai classici fondamenti "metafisici" di legittimazione dello Stato (il contratto sociale, la nazione, il popolo), ma anche dalla dimensione weberiana della legalità. Da un esercizio del potere "legittimato" da quella trasparenza e prevedibilità che, nella tradizione giuridica europea, si realizzano quando un comportamento viene sindacato con riferimento alla sua conformità a quanto previsto da una astratta e generale regola di condotta. Ma se né la legittimazione "metafisica" né la legalità "formale" giustificano il potere esercitato dalla *governance* europea, su cosa questo potere si fonda? Siamo di fronte ad un potere di fatto, frutto magari di un "colpo di costituzione"? Degli impostori si sono forse impadroniti dell'Unione? Le scienze sociali non hanno sin qui fornito chiavi di lettura adeguate a svelare l'enigma del consenso di cui continuano a godere le istituzioni dell'Unione. Un tema arduo, di natura giuridico-teoretica. Che meriterebbe di essere indagato con libertà e spregiudicatezza. Due sono, a mio avviso, le parole chiave, tra loro strettamente interconnesse, per misurarsi seriamente con l'enigma del consenso. La prima parola chiave, già ripetutamente evocata, è razionalità, la narrazione del potere europeo come di un potere in grado di interpretare, decodificare e disciplinare le verità dei mercati. La seconda parola è salvezza, la promessa rivolta ai popoli europei che essi si assoggettano al potere di una expertise economica in vista della loro sopravvivenza e del loro bene. Della loro, appunto, salvezza», così A. CANTARO, *Lo "Stato" europeo. La governance dell'Unione come potere economico-governamentale*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 2/2016, pp. 10, 11. Osserva invece G. LUCHENA, *Dinamiche istituzionali dell'economia globalizzata (argomenti per un'indagine)*, in *Amministrazione in Cammino*, 13.05.2016: «Dinanzi agli insuccessi politici degli organi dell'UE taluno ritiene, correndo forse troppo in avanti, che sia, o possa diventare in futuro, la BCE il vero motore dell'unione politica europea, un'affermazione forse azzardata dal punto di vista istituzionale ma che riflette la perdurante assenza di una politica di solidarietà finanziaria a livello europeo». Sul punto anche D. INNERARITY, *La promessa europea*, in *Federalismi.it*, n. 13/2016.

<sup>33</sup> Su tali profili, la recente riflessione, che giunge a conclusioni in parte diverse da quelle di queste brevi notazioni, di L. BUFFONI, *La politica della moneta e il soggetto della sovranità: il caso "decisivo"*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016. Trattando di una questione che evoca il tema teorico dello "stato d'eccezione", è inevitabile che venga in causa la classica riflessione novecentesca che ha visto tra i suoi protagonisti anzitutto Carl Schmitt. Tuttavia occorre tenere presente che l'orizzonte teorico della riflessione schmittiana è quello dello Stato nazionale e della sua sovranità, sicché non sempre è agevole riprodurre i termini in un ordinamento quale quello europeo che difetta di tale ultima prerogativa. Sul tema dello stato d'eccezione ci si permette di rinviare a P. COSTA, *Gli istituti di difesa della costituzione*, Giuffrè, Milano 2012, pp. 83 e ss.

dell'UEM. Che tale autorità sia tecnica o politica è quasi secondario, dacché le due cose, come si è tentato di mostrare, divengono una sola in una prassi che si impone da sé.

Si potrebbe ovviamente discutere, come si è fatto e si fa largamente, la stessa bontà del progetto originario. Ma questa è davvero tutt'altra questione.



# LA RIFORMA DEL LAVORO, I LICENZIAMENTI E LA COSTITUZIONE RIFLESSIONI CRITICHE

di *Giorgio Fontana*

SOMMARIO: 1. *La riforma del lavoro e la Costituzione. Una discussione necessaria;* 2. *Tornando alle origini. Le prime decisioni della Consulta sui licenziamenti individuali: il recesso ad nutum;* 3. *Considerazioni a margine su alcune questioni attuali relative al sistema rimediabile e alla discrezionalità legislativa;* 4. *Le differenze di trattamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale: a) il problema del campo di applicazione (art. 11 l. n. 604/1966; art. 35 l. n. 300/1970); b) il problema delle categorie escluse;* 5. *Il regresso delle tutele: è solo questione di ragionevolezza;* 6. *Che valore ha l'uguaglianza per il legislatore italiano?;* 7. *Conclusioni e brevi osservazioni sul (prossimo) referendum.*

## **1. La riforma del lavoro e la Costituzione. Una discussione necessaria**

Dopo il “caos calmo” subentrato alle riforme del Governo Renzi è giunta l'epoca del risveglio<sup>1</sup>?

A voler credere a questo parallelo con il romanzo di Veronesi il referendum costituzionale del 4 dicembre ne rappresenterebbe certo il segnale più evidente. Ma il “risveglio” potrebbe riguardare anche le riforme del diritto del lavoro approvate in questa legislatura. Fonti autorevoli manifestano con senso critico crescente notevoli perplessità sull'efficacia del *Jobs Act* - soprattutto della neo-disciplina dei licenziamenti, che ha di fatto abolito l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori per i nuovi assunti - e azioni molto concrete vengono ora intraprese dalla principale confederazione sindacale (la Cgil) con un'iniziativa

---

<sup>1</sup> L'analogia fra quanto accaduto in Italia dopo la “perdita” dell'art. 18 dello Statuto e la situazione del protagonista del romanzo di Sandro Veronesi, *Caos calmo*, pubblicato nel 2005 per i tipi della Bompiani e successivamente portato sul grande schermo da Moretti, potrebbe non essere solo apparente.

referendaria finalizzata, questa volta, all'abrogazione in toto della nuova normativa (che, a questo punto, non può escludersi si traduca in una nuova battuta d'arresto per le riforme del Governo Renzi, dopo che anche la riforma Madia sulla pubblica amministrazione è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla recentissima sentenza n. 251/2016 della Corte Costituzionale)<sup>2</sup>.

Sono riscontri oggettivi (e non valutazioni soggettive pregiudizialmente critiche) a revocare in dubbio la *ratio* stessa di questo intervento così discusso<sup>3</sup>, progettato fra l'altro all'interno di circoli molto ri-

---

<sup>2</sup> Oggetto del prossimo referendum (che dovrebbe tenersi nella primavera del 2017) è l'abrogazione del d. lgs. n. 23/2015, che ha introdotto il cosiddetto contratto a tutele crescenti, che tuttavia altro non è se non una nuova (e peggiorativa) disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti (e cioè per i giovani, in massima parte), escludendosi, se non in casi residuali e molto limitati, la reintegrazione nel posto di lavoro in caso di recesso illegittimo del datore di lavoro, sostituita dal pagamento al lavoratore di una somma pari, nel massimo, a due mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio. Resta ferma in caso di licenziamento discriminatorio o nullo la reintegrazione e il risarcimento dei danni integrale (con pagamento di tutte le retribuzioni), mentre per il licenziamento illegittimo (cioè privo di giusta causa o di giustificato motivo) in un solo caso (ma si tratta di un caso-limite) il giudice può disporre la reintegrazione, con risarcimento ridotto. I quesiti referendari, che interessano anche le norme che hanno introdotto il sistema dei *voucher* per l'assunzione di lavoratori e alcune norme in materia di appalto, possono leggersi sul sito web della Cgil. Si tratta probabilmente degli aspetti più discutibili dell'attuale regolamentazione legislativa vigente nel settore privato.

<sup>3</sup> Si veda, fra i primi a commentare negativamente gli effetti della riforma, LUCA RICOLFI, *Il mercato del lavoro e l'enigma che non c'è*, in *IlSole24ore* del 7/2/2016, basandosi sui dati INPS e ISTAT relativi al deludente andamento occupazionale nel 2015, per concludere in modo molto netto che il problema non sono i vincoli normativi per le imprese ma «la portante dell'economia italiana... da diversi anni la riduzione progressiva della base produttiva... con una distruzione pressappoco costante di posti di lavoro a tempo indeterminato». Più recentemente si vedano i dati "estivi" dell'Osservatorio della precarietà istituito dall'INPS relativi al primo semestre 2016 (una sintesi è pubblicata dal Corriere della Sera del 26 agosto 2016), che dimostrano uno scarso se non nullo incremento di occupazione a tempo indeterminato (addirittura con un saldo negativo al Meridione, tanto da far parlare di un flop del *jobs act* in queste regioni) ed ancora un primato dei contratti precari su quelli stabili, oltre ad un vero e proprio boom di voucher (oltre 69 milioni). Le stesse statistiche sul mercato del lavoro pubblicate dal Ministero del Lavoro a settembre 2016 rilevano un crollo, nei primi sei mesi del 2016, dei contratti a tempo indeterminato (quasi il 30% in meno rispetto al 2015) e, dato ancor più preoccupante, un aumento dei licenziamenti nel secondo trimestre 2016 di oltre il 7% rispetto allo stesso periodo 2015 (i dati sono riportati sul Corriere della Sera del 9 settembre 2016, mentre un'attenta analisi per il Meridione è quella di N. SANTONASTASO in *Il Mattino* del 10 settembre 2016). Situazione, questa, ancora più recentemente confermata dalla pubblicazione dei dati INPS sull'andamento occupazionale negli ultimi 12 mesi (resi noti dai principali organi di stam-

stretti, facendo a meno delle “risorse” di consenso sociale che accompagnano in genere i provvedimenti sul lavoro<sup>4</sup>. Il provvedimento legislativo ha ricevuto, a voler essere onesti, più critiche che consensi<sup>5</sup>, e pur non essendo scopo di questo lavoro discutere la questione dal punto di vista sociologico o economico non si può non sottolineare il paradossale di una “rivoluzione” copernicana fatta in nome delle giovani generazioni ma in cui s’intravede troppo poco o quasi niente di quella solidarietà intergenerazionale tanto invocata (e di fatto sempre elusa<sup>6</sup>). Non va in questa direzione il contratto di lavoro a tutele crescenti ed implicitamente lo “confessa” la sua stessa disposizione applicativa,

---

pa: si vedano il Corriere della Sera e la Repubblica del 19/10/2016), i quali dimostrano un significativo aumento di licenziamenti (oltre 30%) e una diminuzione dei contratti a tempo indeterminato. Il che, dunque, sembrerebbe confermare la diagnosi di RICOLFI di qualche mese prima (e di molti altri osservatori neutrali) sull’insuccesso della riforma dei licenziamenti e sull’effetto-doping della decontribuzione.

<sup>4</sup> Come nota MAURIZIO FERRERA in un suo recente scritto il governo Renzi sembra aver puntato sull’isolamento piuttosto che sull’inclusione (v. M. FERRERA, *In mezzo al guado. Lo stil novo di Renzi e le politiche di lungo periodo*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 2016, 1).

<sup>5</sup> E’ sufficiente scorrere le cronache politiche e sindacali e i commenti dei più accreditati osservatori. Nella dottrina giuslavorista, invece, la riforma ha sollevato una discussione molto accesa con numerosi interventi critici (ma anche registrando posizioni adesive alle politiche del lavoro del governo Renzi) di cui non è possibile dar conto in questa sede dato il loro numero pressoché incalcolabile. Per una recente esposizione delle criticità più evidenti della riforma si veda però V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra costituzione e diritto europeo*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2016, 1, p. 111 ss.. Una delle disamine più complete è di C. CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in M. PERSIANI, F. CARINCI, *Trattato di diritto del lavoro*, vol. V, Cedam Padova 2015, ma anche in CSDLE “Massimo D’Antona” IT, n. 273/2015, a cui si rinvia pure per l’apparato bibliografico molto completo. Per una critica alla filosofia di fondo della riforma si può leggere, volendo, il mio *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell’uguaglianza*, in CSDLE “Massimo D’Antona” IT n. 276/2015.

<sup>6</sup> cfr. G. AMATO, A. GRAZIOSI, *Grandi illusioni. Ragionando sull’Italia*, Il Mulino, Bologna, 2013, per un’analisi molto chiara sul declino della società italiana. Per un accurato studio sulla condizione giovanile si vedano le ricerche dell’ISFOL e, in particolare, il recente volume *Crisi economica, lavoro e imprese. Il ruolo del capitale umano in Italia*, 2016, in particolare p. 15 ss. sul problema essenziale del rapporto fra lavoro e istruzione, lavoro e conoscenze, messo in evidenza anche dall’OCSE (v. il rapporto *Skills Outlook 2013: First Results from the Survey of Adult Skills*, reperibile sul sito web) ma completamente sottovalutato nelle politiche del lavoro del nostro paese.

che penalizza selettivamente proprio i più giovani (i “nuovi assunti”)<sup>7</sup>, richiamando alla mente quella caustica osservazione di Stiglitz sulla linea dei paesi che hanno adottato politiche di *austerity*, per cui, essendo a tutti noto che una delle principali cause della crisi economica è costituita dalle crescenti e ingiustificate diseguaglianze, si creano nuove diseguaglianze per combattere la crisi<sup>8</sup>. Nulla di più lontano da quella cornice volta a realizzare misure di investimento sociale, pur da tutti auspicato, per promuovere una crescita duratura, equilibrata e sostenibile, che richiederebbe piuttosto, come dice bene Maurizio Ferrera, «la consapevolezza dell'imperativo di lungo periodo»<sup>9</sup>.

Il punto cruciale di questa contestata strategia è indubbiamente l'interversione dei modelli di regolazione del lavoro produttivo, secondo quella che potrebbe considerarsi una concretizzazione, seppure tardiva e forse criticabile nel merito, del disegno teorico della *flexicu-*

---

<sup>7</sup> Si ricorda che la nuova normativa introdotta dal d. lgs. n. 23/2015, è applicabile soltanto ai lavoratori assunti successivamente alla sua entrata in vigore, ossia dal 7 marzo 2015, mentre ai lavoratori già occupati a quella stessa data continua ad applicarsi l'art. 18 l. n. 300/1970, così come riformato dalla l. n. 92/2012.

<sup>8</sup> J.E. STIGLITZ, *The Price of Inequality. How Today's Divided Society Endangers Our Future*, 2012, trad. it. Einaudi Torino, 2013. Al di là del gioco di parole, i maggiori economisti *liberal* concordano, con dovizia di argomenti e dati, su come sia «difficile immaginare che un'economia e una società possano continuare a funzionare come se nulla fosse, con uno squilibrio così profondo tra i gruppi sociali» (per riprendere le parole di T. PIKETTY, *Il Capitale nel XXI secolo*, Bompiani ed., 2014, p. 455, con riferimento alla situazione dei paesi colpiti dalla crisi economica).

<sup>9</sup> così M. FERRERA, *In mezzo al guado. Lo stil novo di Renzi e le politiche di lungo periodo*, cit., p. 51, secondo cui allo stato la parte più importante del *Jobs Act* sembra ridursi, fondamentalmente, in uno scambio fra riduzione delle tutele e incremento delle prestazioni assistenziali, eludendo la questione cruciale dei servizi e delle politiche per l'impiego (politiche davvero *future oriented*). Questione oggetto soltanto ora di alcuni provvedimenti legislativi di avvio di cui occorrerà saggiare l'operatività in concreto (si veda il d. lgs. n. 150/2015, istitutivo dell'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro, e il d.P.R. 26 maggio 2016 n. 108, su cui M. ESPOSITO, *Servizi e politiche per il lavoro nell'attuazione del "Jobs Act": riforme, vincoli e necessità*, in CSDLE “Massimo D'Antona” n. 306/2016, che ne considera l'efficacia condizione essenziale «di verifica della ragionevolezza costituzionale di gran parte delle novità che vengono proposte nell'ampia e ambiziosa delega di fine 2014»). Per una riflessione molto speranzosa ma giustamente propositiva sulle recenti linee d'intervento legislativo a sostegno del “welfare occupazionale”, v. B. CARUSO, <<The bright side of the moon>>: *politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2016, 2, p. 177 ss.

riety<sup>10</sup>. Ma è sulla disciplina dei licenziamenti che questa formula ambigua (che richiederebbe comunque un altro quadro normativo e forti investimenti pubblici, che ancora oggi non sono all’orizzonte: si pensi all’eterno rinvio del reddito di cittadinanza o analoghe misure) mostra il suo volto più duro, tanto più che la garanzia del posto di lavoro – più che la tutela del lavoratore – ha rappresentato per decenni l’unica garanzia di sicurezza in un sistema, come il nostro, caratterizzato da una bassa mobilità sociale<sup>11</sup>. Innegabilmente, con il passaggio dalle misure di tipo ripristinatorio (la reintegrazione nel posto di lavoro introdotta dallo Statuto dei lavoratori del 1970) a quelle nuove di tipo “repressivo” (ossia solo risarcitorie, ma oltre tutto molto *soft*) si determina di fatto un ulteriore passo indietro dell’ordinamento rispetto ad una sfera di libertà dell’imprenditore, anche quando si esprime con modalità illegittime, svilendo in tal modo il regime vincolistico in materia di licenziamenti<sup>12</sup>. L’ordinamento lavoristico, grazie alla l. n. 604 del 1966, esige infatti che in caso di licenziamento del lavoratore siano rispettate specifiche ed inderogabili causali autorizzatorie (giusta causa o giustificato motivo, soggettivo od oggettivo), ma incidere sul sistema rimediabile vuol dire indirettamente influire sulle stesse causali, pregiudicandone l’effettività<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Per il quale si legga T. WILTHAGEN, E. TROS, *The concept of “flexicurity”: a new approach to regulating employment and labour markets*, in *Transfer*, 2004, 10, p. 166 ss.

<sup>11</sup> Con chiarezza, fra gli altri, G. TRAVAGLINI in un suo articolo sul quotidiano *La Repubblica* del 11/7/2016, *L’ascensore sociale va solo in discesa*. Per un approfondimento V. COMITO, N. PACI, G. TRAVAGLINI, *Un paese in bilico. L’Italia fra crisi del lavoro e vincoli dell’euro*, Ediesse ed., 2014.

<sup>12</sup> Lo sottolineava già MASSIMO D’ANTONA in *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, 1979, ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 57 ma passim. Recentemente fra gli altri cfr. I. PAGNI, *L’effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2016, 2, p. 228.

<sup>13</sup> Cfr. G. AMOROSO, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori fra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2015, 3, p. 330; così pure V. BAVARO, M.D’ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2016, 3, ma pure in CSDLE “Massimo D’Antona”, n. 305/2016).

In questo contesto già così problematico<sup>14</sup> risaltano poi gli effetti divisivi all'interno delle comunità aziendali e fra i lavoratori, ma non solo, diventando le tutele un fattore virtualmente concorrenziale (nella logica perversa del *dumping*) fra le stesse imprese.

In sintesi si può dire che la scelta del legislatore è nel senso di apprestare e far coesistere diverse discipline di tutela, applicabili distintamente secondo criteri di differenziazione non sempre molto chiari<sup>15</sup>. La proliferazione di diverse tutele applicabili, frutto dello “smontaggio” della disciplina originaria, crea però un duplice ordine di problemi, sia in relazione alle differenze di trattamento così realizzate che alla stessa legittimità del regresso delle tutele in una materia così delicata dal punto di vista costituzionale<sup>16</sup>. Tutto ciò sollecita, evidente-

---

<sup>14</sup> Per un'ampia ed esaustiva disamina delle questioni critiche sollevate dalla nuova normativa v. per tutti C. CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, cit.

<sup>15</sup> Resta però straordinariamente immune da questo rimescolamento del quadro normativo il settore pubblico, a cui non si applicherebbe, secondo la giurisprudenza della Cassazione allo stato prevalente, né il contratto a tutele crescenti, né, tanto meno, il regime di disciplina introdotto dalla l. n. 92/2012, mantenendo in vita, paradossalmente, per i lavoratori pubblici l'art. 18 non più vigente dopo la riforma Fornero, seppure a costo di realizzare altre distinzioni di trattamento fra lavoratori di dubbia giustificazione. Sul punto si veda Cass. Lav. n. 11868 del 9/6/2016, incentrata, essenzialmente, su argomenti logico-sistematici, in contrasto con quanto la stessa Cassazione aveva affermato con la sentenza n. 24157 del 25/11/2015, in cui aveva invece sancito l'applicabilità della nuova disciplina di legge, pur riconducendo nell'alveo di quanto previsto dai nuovi commi I e II (ossia ritenendo applicabile la sanzione della nullità) tutti i casi di violazione delle norme sul procedimento disciplinare. Sul punto v. S. GIUBBONI, A. CARAVITA, *La nuova disciplina dei licenziamenti e i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in CSDLE “Massimo D'Antona”, n. 304/2016. Su queste problematiche v. F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d. lgs. n. 23 del 2015*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto “a tutele crescenti”*, in *Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, 14, p. 118 ss.

<sup>16</sup> E' forse utile, soprattutto per i “non addetti ai lavori”, una breve sintesi degli effetti delle “riforme”. Con la l. n. 92/2012 (che ha totalmente riscritto l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori) sono state infatti introdotte tutele differenziate in relazione a fattispecie non sempre ben chiare. In precedenza, in ogni ipotesi di licenziamento invalido (perché illegittimo o nullo ai sensi di legge) l'art. 18 prescriveva invece la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e il risarcimento integrale dei danni. Ora solo in caso di licenziamento discriminatorio o nullo resta ferma questo trattamento sanzionatorio (v. comma I dell'art. 18). In caso invece di licenziamento disciplinare illegittimo perché privo di giusta causa o giustificato motivo soggettivo si applica la tutela reintegratoria (seppure “attenuata”, con risarcimento limitato ad un massimo di 12 mensilità: v. comma IV) soltanto se il giudice rileva a) l'insussistenza del fatto contestato oppure b) la previsione per quel fatto, da parte

mente, non soltanto riflessioni critiche sulle politiche legislative degli ultimi anni<sup>17</sup> ed è anzi quasi inevitabile che si discuta dei punti di “atrito” con la Costituzione e con le altre Carte dei diritti<sup>18</sup>.

---

dei contratti collettivi o dei codici disciplinati aziendali, di una sanzione “conservativa” (ossia non espulsiva). Negli altri casi è disposto invece il pagamento di un’indennità risarcitoria da 12 a 24 mensilità, con salvezza quindi degli effetti risolutivi dell’atto invalido (comma V). Nell’ipotesi poi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, cioè per motivi aziendali, l’art. 18 ora prevede (comma VII) la reintegrazione nel posto di lavoro e il pagamento di un’indennità risarcitoria (pari nel massimo a 12 mensilità) soltanto in caso di “manifesta” insussistenza del fatto posto a base del licenziamento. Negli altri casi (di “semplice” insussistenza) scatta la sola indennità risarcitoria da un minimo di 12 a un massimo di 24 mensilità, senza che il giudice possa disporre la reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato (uno dei problemi interpretativi molto seri, e anche di possibile incostituzionalità della norma, è stabilire in cosa si differenzi la semplice dalla manifesta insussistenza del fatto). C’è infine il diverso trattamento (comma VI) previsto in caso di vizi formali o procedurali (licenziamento in forma scritta ma senza indicazione dei motivi, licenziamento disciplinare con violazione dell’art. 7 l. n. 300/1970, licenziamento per giustificato motivo oggettivo senza la procedura prescritta dalla legge, ecc.) ove si prevede unicamente la sanzione economica da 6 a 12 mensilità (da determinarsi in relazione alla gravità della violazione), escludendosi totalmente la reintegrazione del lavoratore. Con il decreto legislativo n. 23/2015 questa disciplina non è però applicabile ai lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015, i quali sono ancor più sovra-esposti al potere datoriale di recesso e sprovvisti di tutele adeguate (la reintegrazione è conservata solo per il licenziamento discriminatorio e per una sola ipotesi in caso di licenziamento disciplinare, mentre l’eventuale risarcimento in caso di licenziamento illegittimo è estremamente ridotto, pari nel massimo a due mensilità per anno di servizio). Infine resta da dire che per i “vecchi assunti”, qualora non sussistano i requisiti dimensionali dell’azienda per l’applicazione dell’art. 18 dello Statuto, trova applicazione la l. n. 604/1966, il cui art. 8 dispone, in caso di licenziamento illegittimo, l’obbligo del datore alla riassunzione del lavoratore o in alternativa al pagamento di una somma a titolo risarcitorio (da 2,5 a 6 mensilità ma aumentabili fino a 14 mensilità).

<sup>17</sup> E’ praticamente impossibile (e sarebbe del resto inutile nell’economia di questo lavoro) citare tutti gli autori che hanno criticato l’impostazione governativa o analizzato con attenzione le sue direttrici principali: il dibattito ha coinvolto praticamente tutta la dottrina italiana. Recentemente, in una prospettiva storico-critica su cui ci sarebbe tantissimo da discutere, si veda R. DE LUCA TAMAJO, *Jobs Act e cultura giuslavoristica*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2016, 1, 5 ss.. Da altra prospettiva si veda l’ampio dibattito promosso da alcune prestigiose riviste dell’area giuslavorista (*Rivista giuridica del lavoro*, *Lavoro e Diritto*, *Diritti Lavori Mercati*), con il Convegno di studio del 19 febbraio 2015 a Roma e qui soprattutto le relazioni di ZOPPOLL, BAVARO, BARBIERI, ROMAGNOLI.

<sup>18</sup> Oltre agli autori già citati v. fra gli altri S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, in CSDLE “Massimo D’Antona”, n. 246/2015; C. SALAZAR, *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il “principe” dei diritti sociali?*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, vol. III, Giappichelli ed., p. 2206 ss.; M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi*,

Pur nella complessità e poliedricità dei riferimenti normativi dell'ordinamento costituzionale vigente, non pare dunque azzardato chiedersi se, con il ribaltamento della disciplina in materia, debbano ritenersi mutati anche i «valori ordinamentali di base, o altrimenti detto del quadro costituzionale effettivo nel settore lavoristico»<sup>19</sup>, fra cui spicca l'eguaglianza dei trattamenti e l'uniformità del regime di disciplina applicabile in presenza di una stessa condizione lavorativa subordinata<sup>20</sup>.

La riforma ha suggerito invero l'idea di un “cammino a ritroso” del legislatore, di un inesorabile “tramonto” dello statuto dei lavoratori e della legislazione garantista<sup>21</sup>. Ma al di là di queste immagini impres-

in *Lavoro nella Giurisprudenza*, 2015, 545 ma anche in CSDLE “Massimo D’Antona” n. 251/2015 e dello stesso autore *Evoluzione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti illegittimi da uno storico monito della Corte costituzionale alla recente riforma della tutela reale (legge n. 92 del 2012): principi per una lettura della riforma conforme a Costituzione*, in *Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro*, 2014, 12, p. 109; C. CELENTANO, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2015, I, 377

<sup>19</sup> F. ROSELLI, *Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull'ordinamento costituzionale?*, in *Giustizia civile*, 2015, p. 743 ss. Viene meno uno dei momenti più significativi del controllo giuridico sull'attività dell'impresa, ricollegabile, secondo D'ANTONA (v. *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 93), al principio posto dall'art. 41 II comma.

<sup>20</sup> Quello della frammentazione della disciplina uniforme e compatta dei rapporti lavorativi, anche in relazione al regime in materia di licenziamenti, è un problema sempre più rilevante e da inquadrarsi forse in una più ampia riflessione che va oltre gli aspetti giuridici, ossia sulla tendenza inarrestabile del nuovo capitalismo a rilanciare le disuguaglianze «celebrandole come un valore», per usare le parole di FRANCO CASSANO (v. *Senza il vento della storia*, Roma-Bari, ed. Laterza, 2015, qui p. 31). A seguito della crisi economico-finanziaria sembra però manifestarsi ora un ripensamento critico, con una più forte spinta verso politiche pubbliche “egualitariste” (in tal senso, fra gli altri, M. FRANZINI, M. PIANTA, *Disuguaglianze. Quante sono, come combatterle*, Laterza ed. 2016, p. 173 ss.). Quello delle disuguaglianze è oramai uno dei temi centrali della riflessione in campo economico. Oltre alla poderosa opera di PIKETTY si vedano le riflessioni di A. B. ATKINSON (di cui v. *Disuguaglianza. Che cosa si può fare* e qui la prefazione di CHIARA SARACENO, Cortina ed., 2015), uno dei principali studiosi delle disuguaglianze e dei meccanismi socio-economici che le producono. Nella filosofia politica, nell'ottica condivisa dall'autore di questo saggio, v. soprattutto R. DWORKIN, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2000, traduzione it., Feltrinelli, Milano, 2002, specialmente p. 123 ss.

<sup>21</sup> Fra gli altri M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi*, cit.; F. CARINCI, *Il tramonto*

sioniste, pur suggestive, la natura dei provvedimenti assunti, in grado di *stressare* oltre misura diritti interconnessi con i principi della prima parte della Costituzione, impone uno sforzo per comprendere e fissare i limiti del “contro-riformismo” in termini puntuali e specifici. La legislazione non può tornare sui suoi passi come se si trattasse di riavvolgere un vecchio film. Né pare seriamente contestabile che «quando si tratta di licenziamento per motivi inerenti la persona c’è il limite generale del rispetto della dignità e libertà del lavoratore»<sup>22</sup>.

Discutere di costituzionalità e di eguaglianza in modo critico, soprattutto in relazione all’attività di governo, rischia tuttavia di essere considerato, con pregiudizio ostile, come una prosecuzione della polemica politica con altre armi. Ma si può forse (ed è una scommessa che l’autore di questo saggio intende fare) parlare di Costituzione in modo oggettivo e perché no realistico, tenendo conto degli orientamenti storici (di una Corte che, dalla sentenza n. 70/2015 in poi, non sembra più mostrare nei confronti del legislatore quell’atteggiamento accondiscendente che ha avuto negli anni più difficili della crisi economica)<sup>23</sup>. L’intento è soltanto quello di offrire un quadro ragionato delle criticità più evidenti della nuova normativa in rapporto ai principi di fondo, a cui la Corte costituzionale ha in passato ancorato, non senza oscillazioni e turbamenti, la propria giurisprudenza, traendone debite conclusioni.

La Costituzione potrebbe del resto rappresentare l’ultimo argine nei confronti di direttive ed obiettivi che dall’esterno si insinuano negli ordinamenti nazionali, proprio come nel caso, di cui qui si discute, della riforma dei licenziamenti, una riforma reclamata dai poteri di governo dell’eurozona nel momento più critico della crisi economica

---

dello *statuto dei lavoratori* (dalla legge n. 300/1970 al *Jobs act*) in CSDLE “Massimo D’Antona”, n. 5/2015.

<sup>22</sup> V. BAVARO, M. D’ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, cit., p. 31; cfr. M. RUSCIANO, *Una riflessione d’insieme*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto a tutele crescenti*, Padova, Cedam, 2015, p. 194.

<sup>23</sup> Sia consentito rinviare a B. CARUSO, G. FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Il Mulino, Bologna, 2015, e qui, soprattutto, il saggio di RICCI.

più che essere oggetto di una scelta autonoma dell'esecutivo nazionale (mentre valutazioni più prudenti sembrano doversi fare sul potere taumaturgico delle Carte europee dei diritti: art. 30 Carta dei diritti fondamentali, art. 24 Carta Sociale europea)<sup>24</sup>.

I primi paragrafi di questo contributo saranno pertanto dedicati, nell'ottica di una riflessione più meditata, ad una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia di licenziamenti individuali, nel tentativo di delineare alcune costanti e direttrici, con alcune considerazioni critiche sulle nuove norme. Il *focus* sarà sulle differenze di trattamento e sull'impatto della riforma sul principio di eguaglianza giuridica, talvolta ingiustamente ritenuto di minor importanza rispetto al principio emancipatorio del secondo comma dell'art. 3 Costituzione (che pure è alla base della tutela del lavoratore quale contraente debole)<sup>25</sup>. La Corte costituzionale - protagonista indiscussa dei necessari aggiustamenti di una disciplina che costituisce uno dei capitoli più difficili del diritto del lavoro post-costituzionale - si è occupata più volte dei problemi relativi sia al campo di applicazione della disciplina vincolistica che a quello, altrettanto problematico, delle esclusioni soggettive di singole categorie di lavoratori, variamente motivate. Talvolta la Corte è intervenuta molto incisivamente a tutela dell'eguaglianza

---

<sup>24</sup> V. S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti* cit.; v. pure al riguardo A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2015, 3, I; M. DE LUCA, *Tre parole del legislatore non bastano per la rivoluzione copernicana promessa: il Jobs Act alla prova della giurisprudenza*, CSDLE "Massimo D'Antona", n. 281/2015). Sull'art. 24 della Carta Sociale Europea, v. V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra costituzione e diritto europeo* cit. Per un commento dell'art. 30 della Carta, ma più risalente, L. CALCATERRA, *Diritto del lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e costituzione italiana a confronto*, in CSDLE "Massimo D'Antona", n. 58/2008.

<sup>25</sup> Principio utilizzato massicciamente dalla Corte per vagliare le misure di *austerità*, a conferma, sembrerebbe, della preferenza della Corte per lo schermo triangolare del giudizio di uguaglianza formale rispetto all'applicazione diretta dei principi sostanziali della Costituzione (in tal senso R. BIN, *Diritti e argomenti*, Giuffrè, Milano, 1992 p. 54). Sulle decisioni della Corte sui provvedimenti legislativi anti-crisi, si legga pure, volendo, il mio *I giudici europei di fronte alla crisi economica*, in B. CARUSO, G. FONTANA, *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, cit., spec. p. 160 ss. Sulle differenze di trattamento derivanti dalle riforme in materia di licenziamento si veda più recentemente F. GHERA, *Diversificazione delle discipline del licenziamento e principio costituzionale di uguaglianza*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, n. 3/2016, p. 501 ss.

di trattamento dei lavoratori, quando essa è stata ingiustificatamente sacrificata dal legislatore, anche se spesso si preferisce in una parte della dottrina giuslavoristica dar per scontata una sorta di aurea discrezionalità legislativa in materia. La parte centrale del lavoro sarà dedicata al raffronto di questi principi con alcune delle questioni critiche presenti nell'ordito legislativo, mentre l'ultimo paragrafo provvederà a stringate conclusioni.

## **2. Tornando alle origini. Le prime decisioni della Consulta sui licenziamenti individuali: il recesso *ad nutum***

Come si è appena detto, più volte la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi in materia di licenziamenti individuali e possono contarsi un buon numero di decisioni che nel complesso rappresentano precisamente la posizione della Corte sui limiti della discrezionalità in materia.

Non che la giurisprudenza costituzionale non sia stata priva di elementi di ambiguità, a volte anzi è apparsa troppo attenta a non turbare gli equilibri disegnati dalle politiche legislative anche quando essi potevano apparire non esattamente in linea con la Costituzione. Ma certamente il suo peso è stato notevole, a partire dalla storica sentenza n. 45/1965<sup>26</sup>, che influenzò enormemente i lavori parlamentari rafforzando la posizione dello schieramento progressista, che pur fra molte

---

<sup>26</sup> Preceduta dalle sentenze n. 3/1957 e n. 7/1958. Su questa prima fase della giurisprudenza della Corte costituzionale si veda, recentemente, per una sintesi M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, cit., e per un commento più approfondito, dello stesso autore, v. *Evoluzione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti illegittimi da uno storico monito della Corte costituzionale alla recente riforma della tutela reale* (legge n. 92 del 2012), in S. BRUSATI, E. GRAGNOLI (a cura di), *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti*, Atti del seminario in onore di Michele De Luca, *Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro*, 2014, 12, Padova CEDAM p. 109 ss.

resistenze riuscì a far approvare il disegno di legge sfociato poi nella l. n. 604/1966<sup>27</sup>.

In questa sentenza la Corte – chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell’art. 2118 c.c., ossia sul principio di libera recredibilità, che a quel tempo costituiva la regola e non l’eccezione - offrì in effetti una lettura molto prudente del *diritto al lavoro* posto dall’art. 4 della Costituzione, in contrario avviso con una parte non irrilevante della dottrina secondo cui la norma costituzionale doveva ritenersi invece idonea a principiari non solo l’impegno del legislatore a creare le condizioni di lavoro per tutti ma pure ad ergersi quale strumento di tutela per i lavoratori già occupati. La Corte, è noto, deluse queste aspettative e affermò che l’art. 4 Cost., oltre ad indirizzare l’attività dei pubblici poteri, imponeva sì precisi obblighi allo stato e limiti alla sua discrezionalità, ma nel senso, alquanto recessivo, di non poter lo stato conculcare il diritto al lavoro inteso come *diritto di libertà* della persona – l’unica situazione giuridica, secondo la Corte, «che trovi nella norma costituzionale il suo inderogabile fondamento». Da questa premessa derivò poi la sua notissima massima secondo cui «l’art. 4, come non garantisce a ciascun cittadino il conseguimento di un’occupazione, così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico e necessario presupposto», massima successivamente e pedissequamente riproposta al fine di giustificare la limitata operatività del principio costituzionale in materia di licenziamento<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Uno degli aspetti maggiormente frenanti fu costituito dalle divisioni del campo sindacale, che vedeva i due maggiori sindacati (Cgil e Cisl) su posizioni antitetiche: il primo favorevole all’abrogazione dell’art. 2118 c.c., l’altro invece ostile a qualsiasi intervento eteronomo, tanto da indurre i deputati più vicini a questa confederazione a battersi alla Camera contro la legge n. 604. Sulla legge n. 604 del 1966 si veda, fra gli altri, la L. ZOPPOLI, *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, relazione al Convegno di Parma del 26 febbraio 2016 “La legge 604 del 1966 a 50 anni dalla sua approvazione”, pubblicata in *Variations su temi di diritto del lavoro*, n. 3/2016, p. 415 ss.

<sup>28</sup> Una critica a questo teorema della Corte costituzionale – che ha peraltro un antecedente nelle proposizioni di una parte della dottrina dell’epoca – la si deve a MANCINI (di cui si veda il commento all’articolo 4 della Costituzione nel *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, Principi fondamentali art. 1-12*, Zanichelli ed. Bologna – Il Foro Ita-

La pronuncia della Corte costituzionale va collocata, evidentemente, nel suo contesto storico<sup>29</sup>. E così, da un lato in essa riecheggiano, con particolare vigore, le posizioni d'impronta liberale di coloro che nell'art. 4 della Costituzione vedevano soltanto «la determinazione di una sfera entro cui l'individuo possa operare autonomamente», richiedente un atteggiamento di astensione da parte di altri soggetti, ma dall'altro recepisce, seppure in un'ottica molto riduttiva e certo compromissoria, il dibattito post-costituzionale sul potere di recesso del datore, e in particolare l'interpretazione “avanzata” dell'art. 2118 c.c. proposta da una parte della dottrina<sup>30</sup>.

Del resto, stante l'eterogeneità dei piani su cui si ponevano l'art. 2118 c.c. e l'art. 4 della Costituzione, anche la dottrina dell'epoca dovette piuttosto – e a malincuore – ammettere che qualsiasi opzione legislativa di natura vincolistica in materia di licenziamenti avrebbe potuto semmai fondarsi su altre garanzie costituzionali quali l'art. 35, I comma, o ancora l'art. 41, II comma, della Costituzione<sup>31</sup>, norma quest'ultima ripresa e valorizzata in un'ottica di tutela da parte della più recente dottrina<sup>32</sup>.

---

liano Roma, 1975, p. 238). Si veda già di G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano, 1962.

<sup>29</sup> Ma si veda E. ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del lavoratore nell'ordinamento multilivello*, relazione al Congresso AIDLASS del 28 maggio 2015, il quale nota che anche negli art. 5 e 15 della Carta dei diritti fondamentali della UE il diritto al lavoro emerge più come diritto di libertà che come diritto sociale (mentre una qualificazione come diritto sociale è più chiaramente espressa dall'art. 29 della Carta Sociale Europea).

<sup>30</sup> Autorevole dottrina aveva sostenuto che la disposizione codicistica doveva essere reinterpretata alla luce dell'art. 4 della Costituzione consentendo al giudice di sindacare i motivi «anche inespressi del licenziamento e di dichiararlo nullo ogni qualvolta non sia giustificato da esigenze organizzative dell'impresa oggettivamente prevalenti sull'interesse alla conservazione del posto» (così G.F. MANCINI, *Art. 4*, cit., p. 232, con riferimento alle posizioni di Natoli, di cui cfr. U. NATOLI, in *Atti del Convegno di studi sulle condizioni dei lavoratori nell'impresa industriale*, Giuffrè, Milano, 1955; sul tema in posizione analoga V. CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1951, I, 161 ss.).

<sup>31</sup> G.F. MANCINI, *op. ult. cit.* p. 233-234; G. GIUGNI, *Verso il tramonto del recesso ad nutum*, *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1963, I, 263 ss.

<sup>32</sup> v. V. BAVARO, M. D'ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, cit.

Furono dunque queste le ragioni e i condizionamenti che impedirono alla Corte di pronunciare, come avrebbe dovuto, l'illegittimità costituzionale dell'art. 2118 c.c., limitandosi al monito nei confronti del legislatore affinché cogliesse, nell'esercizio della sua discrezionalità legislativa, l'opportunità data dalla Costituzione e dai suoi valori, di rivisitare la disciplina del potere di recesso dell'imprenditore tenendo conto del disvalore della libera recedibilità – pur espresso in modo involuto, come *insussistenza di un principio generale affermativo di tale libertà*<sup>33</sup>.

Forse c'erano tutti i presupposti per sancire l'incostituzionalità della norma codicistica, alla luce di un corretto bilanciamento<sup>34</sup>, e in alternativa la Corte poteva abbracciare e sostenere in modo convinto il sindacato di merito dei motivi del licenziamento<sup>35</sup>. Ma i tempi, evidentemente, non erano maturi: i contrasti erano troppo forti sia sul

---

<sup>33</sup> Sottolinea le difficoltà della Corte nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 2118 c.c. L. ZOPPOLI, *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, cit. La Corte non di meno, quasi per controbilanciare il rifiuto di dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 2118 c.c., affermò tuttavia che «...se, infatti, è vero che l'indirizzo politico di progressiva garanzia del diritto al lavoro, dettato nell'interesse di tutti i cittadini, non comporta la immediata e già operante stabilità di quelli di essi che siano già occupati, ciò non esclude, ma al contrario esige che il legislatore nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie – particolarmente per quanto riguarda i principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa, immediatamente immessi nell'ordinamento con efficacia erga omnes, e dei quali, perciò, i pubblici poteri devono tener conto anche nell'interpretazione ed applicazione del diritto vigente – e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamento» (sent. n. 45/1965).

<sup>34</sup> Come del resto la stessa Corte aveva fatto intendere nella precedente sent. n. 7/1958, ove aveva affermato che, in mancanza di un'interpretazione "evolutiva" dell'art. 2118 c.c., «il problema della sopravvivenza dell'insindacabile ed indiscriminato potere di recesso attribuito all'imprenditore» poteva essere risolto solo in via di costituzionalità.

<sup>35</sup> U. NATOLI, *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, cit. Si veda poi C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Feltrinelli ed., 1958, soprattutto p. 135 ss., invocando apertamente un'interpretazione evolutiva dell'art. 2118 c.c., sulla premessa che «la Repubblica italiana si caratterizza come uno Stato che tende alla democrazia sostanziale e mira perciò al raggiungimento di una uguaglianza effettiva fra tutti i cittadini» (ivi, p. 49). In termini di discrezionalità sindacabile in concreto sotto il profilo causale v. pure V. CRISAFULLI, *Diritti di libertà e poteri dell'imprenditore in Rivista di Diritto del Lavoro* 1954, I, 76.

piano politico che sindacale e un'occasione venne persa per imprimere una più decisa virata in senso "sociale" dell'ordinamento vigente<sup>36</sup>.

### **3. Considerazioni a margine su alcune questioni attuali relative al sistema rimediale e alla discrezionalità legislativa**

La questione venne poi di fatto superata grazie alla legislazione garantista successiva (l. n. 604/1966), che eliminò quasi del tutto il recesso *ad nutum* nell'ambito dei rapporti di lavoro, ma rischia di ripresentarsi oggi, paradossalmente, giacché nella disciplina del contratto a tutele crescenti per i nuovi assunti le sanzioni debolissime in caso di licenziamento illegittimo sembrano reintrodurre, quanto meno in via di fatto, la libertà di recesso, attualizzando così le dispute giuridico-politiche di tempi lontani<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Giustamente nota ZOPPOLI (in *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, cit.) che le posizioni della Corte sul recesso *ad nutum* furono molto "blande" e si trattò di una sentenza importante ma "molto prudente" (per usare un eufemismo). Anche il nuovo assetto legislativo non ebbe consensi unanimi ed anzi apparve, come causticamente commentò MANCINI, «debole e mistificante», trattandosi di una tutela che «si riduceva ad una stabilità sempre monetizzabile, si arrestava sulla soglia delle imprese con meno di 35 dipendenti e non si applicava ai licenziamenti per riduzione di personale».

<sup>37</sup> Successivamente la Corte è tornata a pronunciarsi sul problema della costituzionalità del regime di libera recedibilità in occasione del referendum abrogativo dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori (v. Corte Cost. sent. n. 46 del 2000), in cui motivò l'ammissibilità del quesito referendario sul presupposto della non lesione dell'art. 75 II comma Costituzione (norma che esclude la possibilità di sottoporre a referendum abrogativo le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, che altrimenti si tradurrebbe in una lesione di principi costituzionali: v. Corte cost. sent. n. 16 del 1978). La sentenza in questione sollevò molte polemiche, avendo la Corte sempre evidenziato che fra le ipotesi di inammissibilità rientrano anche le leggi ordinarie "la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di ogni tutela per situazioni che tale tutela esigono secondo Costituzione", ma escludendo, nella fattispecie, che l'art. 18 dello Statuto «per quanto espressiva di esigenze ricollegabili ai menzionati principi costituzionali [art. 4 e 35 Costituzione, n.d.r.] concreti l'unico possibile paradigma attuativo dei principi medesimi». Bisogna però chiarire che nella fattispecie la Corte ha applicato la propria dottrina in materia secondo cui, nell'ambito del giudizio di ammissibilità del referendum, non viene in rilievo l'eventuale effetto abrogativo, né può essere esclusa l'ammissibilità per la prospettata illegittimità costituzionale di una sua possibile conseguenza, tanto più che la situazione normativa "sospetta" di incostituzionalità potrebbe dar luogo, quando si realizzi, ad un autonomo giudizio di illegittimità costituzionale (v. Corte Costituzionale sent. n. 26 del 1987). L'ammissione dei quesiti referendari a v-

Si potrebbe rinnovare l'esigenza di chiarire che il potere di recesso non può essere liberato dai limiti che attengono, e sono diretta conseguenza, del rispetto della dignità e della personalità morale del lavoratore, e quand'anche non si rinvergono i presupposti della discriminazione illecita, in presenza di un licenziamento privo dei suoi presupposti giustificativi e dunque invalido occorre che l'ordinamento (non qualunque ordinamento, ma quello che si fonda sul sistema del codice civile del 1942 e sulla Costituzione del 1948) reagisca con sanzioni adeguate che garantiscano l'effettività della tutela, privilegiando dunque, seppure non in modo necessariamente esclusivo, il ripristino del rapporto lavorativo, e ciò in quanto i principi costituzionali sottesi esigono «che il legislatore nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro»<sup>38</sup>. Del resto si dimentica talvolta che la stessa l. n. 604 del 1966 – il primo intervento legislativo in materia di licenziamenti – prevede in prima istanza, in caso di accertamento dell'illegittimità del licenziamento, l'obbligo del datore alla riassunzione del lavoratore, e solo in via alternativa il pagamento di un'indennità risarcitoria, dal che l'evidente preferenza accordata dal legislatore storico alla ricostituzione del rapporto lavorativo fra le parti in caso di recesso illegittimo del datore di lavoro.

---

viene sempre sulla base di una valutazione di ordine formale e non sostanziale, e non investe direttamente i problemi di costituzionalità della normativa di risulta, potendo il referendum colpire anche meccanismi di attuazione dei principi costituzionali purché residui una qualche forma di tutela la cui “sufficienza” dal punto di vista costituzionale potrà essere successivamente vagliata anche alla luce degli interventi legislativi imposti dall'esito referendario. Nella fattispecie, l'eventuale abrogazione dell'art. 18 (tutela “reale” del posto di lavoro) avrebbe comportato comunque l'applicazione a tutti i lavoratori, in caso di licenziamento illegittimo, della tutela “obbligatoria” (di tipo sostanzialmente risarcitorio, conferendo al datore la possibilità di optare fra la riassunzione del lavoratore e il pagamento di un'indennità determinata dal giudice, commisurata da un minimo di 2,5 ad un massimo di 14 mensilità di retribuzione, come previsto dall'art. 8 l. n. 604/1966).

<sup>38</sup> Così la sentenza della Corte costituzionale n. 45/1965. Si veda in tal senso, in modo particolarmente incisivo, la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 141 del 2006.

Tuttavia dal risalente orientamento sull'art. 4 Costituzione descritto nel precedente paragrafo – fatto proprio anche da altre sentenze della Corte seppure con diverse sfumature – nascono alcune precise - ed a volte assertive - tesi in materia, attecchite nella dottrina giuslavorista e mai seriamente messe più in discussione. La tesi principale, in particolare, è che dalla Costituzione non discenda alcun vincolo per il legislatore, da cui la “derivata” (corroborata dalla sentenza n. 46/2000<sup>39</sup>), per la quale la tutela reintegratoria non avrebbe in effetti alcuna copertura costituzionale. Ritenendosi, semmai, che soltanto l'obbligo di giustificazione possa dirsi costituzionalmente necessario<sup>40</sup>, grazie, poi, all'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali della U.E. e, forse, alla Carta Sociale Europea (art. 24).

Ma pur non potendosi certo negare la discrezionalità legislativa in materia, è altrettanto doveroso ricordare che non per questo la disciplina dei licenziamenti - materia non determinata in via costituzionale - cade in un'area di assoluta indifferenza per la Costituzione<sup>41</sup>. Seppure la tutela reintegratoria - come la tutela risarcitoria del resto – non è data dalla Costituzione, non di meno la Costituzione onera il legislatore di provvedere a “garanzie doverose” ed a “opportuni temperamenti” in materia di licenziamenti (v. sent. n. 45/1965) in considerazione del fatto che il diritto al lavoro, per quanto non implica il diritto assoluto alla conservazione del posto di lavoro acquisito, costituisce tuttavia un fattore condizionante (e ciò perché «la sua tutela è strettamente connessa all'attuazione del principio di eguaglianza»: v. Corte Costituzionale sent. n. 179/1986)<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Si veda però quanto precisato al riguardo nella precedente nota n. 39.

<sup>40</sup> Come ammesso anche da autori molto critici con le scelte legislative (v. ad es. M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, cit., p. 7; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2012, I, p. 532 ss.).

<sup>41</sup> Fra gli altri C. SALAZAR, *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il “principio dei diritti sociali”?*, cit.: F. ROSELLI, *Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull'ordinamento costituzionale?*, cit.

<sup>42</sup> E' dunque criticabile l'equi-ordinazione talvolta astrattamente postulata fra i distinti modelli rimediali di tipo repressivo-risarcitorio e ripristinatorio, anche tenendo conto

Né può essere tralasciato, per quanto si è appena detto, che la reintegrazione assume valenza positiva quale strumento attuativo dei diritti, in un'ottica di salvaguardia delle relazioni giuridiche contrattuali<sup>43</sup>.

Da qui un giudizio negativo sul riduzionismo delle tutele (minimali e quasi irrilevanti) perseguito dal legislatore (art. 3 comma I d. lgs. n. 23/2015), in termini generali, e una censura inevitabile di soluzioni dinanzi alle quali si può soltanto dire che il legislatore sembra non essere “ragionevole”<sup>44</sup>. La discrezionalità non si esercita nello spazio cosmico ma nell'ambito di un ordinamento costituzionale (non riducibile alla sola Costituzione formale)<sup>45</sup> che, se certamente impedisce di dedurre un vincolo assoluto in direzione di uno specifico modello di tutela (pur sempre la risultante di una scelta politica) allo stesso modo non consente il regresso senza condizionamenti, proprio in ragione del

del sistema delle obbligazioni civili, a cui pur sempre afferisce il contratto di lavoro, le cui basi positive possono riscontrarsi sul combinato disposto agli artt. 1218 e 1256 s.s. (che prevedono, in via prioritaria, l'obbligo dell'adempimento specifico dell'obbligazione da parte del creditore, salvo l'impossibilità sopravvenuta della prestazione in cui viene ammesso il rimedio di tipo risarcitorio). In tal senso, recentemente, si veda F. ROSELLI, *Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull'ordinamento costituzionale?*, cit., p. 752. Conformemente del resto alla linea interpretativa delle Sezioni Unite della Cassazione (v. sent. 10 gennaio 2006 n. 141), oggetto di richiami da parte della dottrina più recente: v. M. BARBIERI, *Il licenziamento ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, in M.T. CARINCI, A. Tursi (a cura di), *Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015 p. 110 ss.; V. BAVARO, M. D'ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, cit. In *thema* v. L. MENGONI, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, 152 ss.

<sup>43</sup> Si rinvia alla precedente nota. Sul carattere residuale della reintegrazione nell'ambito delle nuove norme introdotte dal legislatore delegato F. SANTONI, *Il campo d'applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d. lgs. 4 marzo 2015 n. 23*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2015, 373.

<sup>44</sup> Si pensi al discrimine dell'applicazione della tutela “reale” (ossia della reintegrazione) posto dall'art. 3 d. lgs. n. 23/2015, su cui v. infra. Sul punto A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, cit.; si veda pure, per un commento critico alla disposizione, anche se in un'ottica diversa rispetto al testo e con un interessante utilizzo della strumentazione civilistica e in particolare dell'art. 1218 c.c., in chiave d'integrazione delle tutele, L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in L. FIORILLO, A. PERULLI, *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli ed., Torino, 2015, p. 103 ss.

<sup>45</sup> v. F. ROSELLI, in *Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull'ordinamento costituzionale?*, cit.

fatto che le tutele in parola sono da considerarsi attuative di principi costituzionali (art. 4, art. 35, art. 41 2° comma Cost.) e rappresentano quindi qualcosa in più di una semplice disciplina di relazioni giuridiche private<sup>46</sup>.

Il problema del cambio di paradigma per i nuovi occupati (e solo per loro) non può essere affrontato in modo semplicistico - né con il riconoscimento di un potere illimitato del legislatore né, per converso, adducendo l'impedimento generico ed altrettanto apodittico del potere legislativo di ridefinire o ridisegnare i modelli di tutela o il loro perimetro - ma dev'essere affrontato nei termini di un rigoroso bilanciamento, onde verificare la ragionevolezza del *downgrading* nei confronti dei nuovi assunti (oltre tutto spinto talmente in profondità da ridurre a mera finzione la tutela del contraente debole).

Discorso analogo potrebbe farsi, almeno in parte, anche per la precedente riforma introdotta dalla l. n. 92/2012, che ha inciso sull'art. 18 dello Statuto creando un anarchico affastellamento di diversi micro-sistemi rimediali con drastiche quanto ingiustificate differenze di trattamento<sup>47</sup>. Qui rilevano oltre tutto seri problemi di *drafting*, da intendersi in senso non puramente tecnico o formale ma sostanziale, ossia nel senso piuttosto della complessiva chiarezza e della coerenza logica della risposta dell'ordinamento all'esigenza di ordine normativo<sup>48</sup>, problemi non secondari in una materia cruciale come questa in cui vengono in gioco diritti costituzionali (art. 4, art. 36 Costituzione)<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit. Di ciò del resto si è dimostrato implicitamente consapevole lo stesso legislatore, che sia nell'ambito della riforma dell'art. 18 l. n. 300/1970 che del successivo decreto legislativo n. 23/2015, ha tenuto ferma la garanzia della massima tutela disponibile nei casi di licenziamento discriminatorio o nullo.

<sup>47</sup> Si veda la disciplina vigente per i vecchi assunti, illustrata nella precedente nota n. 17.

<sup>48</sup> Il *drafting* è diventato un problema talmente serio da ispirare un crescente interesse degli studiosi e un intero filone di studi. Si veda, per un approccio iniziale, il sito [www.tecnichenormative.it](http://www.tecnichenormative.it) (che si auto-definisce il portale del *drafting* normativo) ideato e coordinato da PASQUALE COSTANZO, e qui, fra l'altro, il *Codice di drafting*, con gli scritti di P. COSTANZO, C. BALDI, C. FATTA, M.T. SAGRI.

<sup>49</sup> E' pienamente condivisibile quanto rilevato da RUSCIANO secondo cui «...si può senz'altro affermare, ricalcando un altro consueto punto dolente della politica del diritto,

L'implosione della disciplina e la palese incongruenza tecnica (o forse logica) di alcune soluzioni non paiono, in altri termini, irrilevanti dal punto di vista della coerenza con i principi costituzionali.

In definitiva, dalla riforma nascono e si espandono “tensioni” a cui si può rispondere o con interpretazioni adeguatrici o rinviando al necessario vaglio della Consulta, dovendosi rigorosamente valutare se la nuova disciplina, nel rendere la reintegra un'eccezione difficilmente praticabile e l'indennità risarcitoria una sanzione aleatoria e scarsamente dissuasiva<sup>50</sup>, sia conforme al principio di ragionevolezza<sup>51</sup>. Da qui l'esigenza di un controllo molto rigoroso delle differenze di trattamento, vaglio tanto più possibile (e auspicabile) attraverso il test di proporzionalità (anche se, com'è noto, seguendo una prassi consolidata, nella maggior parte delle decisioni della nostra Corte costituzionale esso resti ad uno stadio non formalizzato, diversamente da quanto fanno, ad esempio, la Corte di Giustizia europea, il Tribunale costituzionale tedesco e la stessa Corte suprema negli USA)<sup>52</sup>.

Da questo punto di vista occorre però rammentare gli ultimi sviluppi della giurisprudenza in materia di dritti sociali e in particolare l'emergere di un più attento scandaglio delle ragioni addotte dal legislatore nel contesto della crisi economica e delle (pur necessarie) misure per fronteggiarla, sancendo la doverosa tutela del principio di

che la chiarezza, la precisione e la semplicità del legislatore costituiscano altrettante irrinunciabili precondizioni.» (v. M. RUSCIANO, *Presentazione dell'iniziativa*, Atti del Convegno svoltosi a Roma il 19 febbraio 2015 *Il Jobs Act: quale progetto per il diritto del lavoro?*, pubblicazione a cura della Camera dei deputati, 2015, Roma). Secondo R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, “fatto” contestato*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2015, p. 269, viene compromessa la credibilità stessa della materia lavoristica.

<sup>50</sup> V. fra i tanti che lo rilevano v. F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, relazione al Convegno di Matera del 13/5/2015 del Centro Studi “Domenico Napoletano”, pag. 2-3.

<sup>51</sup> Sottolinea la fungibilità dei due concetti M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*, relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, 24-26 ottobre 2013, reperibile sul sito web della Corte costituzionale.

<sup>52</sup> Sulla “ragionevolezza” si rinvia fra gli altri a G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè Milano, 2000, e più recentemente a G. ZAGREBELSKY in *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012.

eguaglianza proporzionale<sup>53</sup>. Principio che potrebbe venire in rilievo considerando la portata discriminatoria non solo dei limiti applicativi della nuova disciplina posta dal decreto legislativo n. 23, ma anche delle intime contraddizioni e incoerenze sia all'interno del sistema specifico definito come CTC (che determinano esse stesse ulteriori distinzioni di trattamento di cui è poco chiara la *ratio*) che del precedente intervento di riforma che ha sostanzialmente riscritto l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (che pure aveva avuto 40 anni di vita onorevole e senza grossi problemi applicativi).

#### **4. Le “differenze di trattamento” nella giurisprudenza della Corte costituzionale**

Sulle differenze di trattamento nella disciplina dei licenziamenti – che non sono certo una novità nell'ordinamento italiano<sup>54</sup> – la Corte costituzionale italiana, a partire dalla prima metà degli anni sessanta, è intervenuta più volte, fissando alcuni principi basilari certamente utili anche nella valutazione, da farsi con molto equilibrio, della normativa introdotta recentemente.

---

<sup>53</sup> L'utilizzo dell'eguaglianza proporzionale quale limite invalicabile del “riformismo negativo” che sta caratterizzando questa fase di crisi economica, soprattutto per volontà dei poteri “esterni” che disciplinano le “condotte” degli stati, è in realtà frutto dell'elaborazione del tribunale costituzionale portoghese, ma, sia pure con altra accezione, può dirsi recepito e utilizzato anche dalla nostra Corte costituzionale nell'ambito della giurisprudenza più recente (v. soprattutto la svolta impressa dalla sentenza n. 70). Per una rilettura della giurisprudenza della crisi v. C. KILKPATRICK, B. DE WITTE, *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Right's Challenges*, Department of Law, European University Institute, 2014; sulla giurisprudenza del Tribunale portoghese v. A. M. FERNANDES, *L'austerità e l'eguaglianza proporzionale. Una sentenza della Corte costituzionale portoghese*, in *Lavoro e Diritto*, 2013, 3, p. 339 ss.; si veda pure, volendo, il mio *I giudici europei di fronte alla crisi*, in B. CARUSO, G. FONTANA, *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, cit.

<sup>54</sup> Che prevede da sempre distinti regimi di tutela, rispettivamente di tipo risarcitorio e reintegratorio, in base al c.d. requisito dimensionale, ossia al numero di lavoratori impiegati in azienda o nell'unità produttiva, ed ha talvolta previsto esclusioni dal regime di tutela più garantista anche di carattere soggettivo e di specifiche categorie di lavoratori.

Le numerose questioni poste alla Corte possono essere divise in due gruppi.

Un primo gruppo ha visto infatti la Corte occuparsi dei problemi specifici relativi al campo di applicazione oggettivo della normativa vincolistica, mentre un secondo gruppo concerne quello delle categorie di lavoratori soggettivamente esclusi dalle tutele.

È dunque opportuno esaminare distintamente questi due diversi filoni.

*a) il problema del campo di applicazione (art. 11 l. n. 604/1966; art. 35 l. n. 300/1970)*

Dopo appena tre anni dall'entrata in vigore della l. n. 604/1966 i giudici della Consulta, a seguito di ordinanze di rimessione variamente motivate, furono chiamati a valutare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11, I comma, della legge, ossia il campo di applicazione della nuova normativa, per contrasto con il principio di eguaglianza: questione che la Corte risolse, rigettandola, con la sentenza n. 81/1969. Ribadendo la dottrina della sentenza n. 45/1965 sulla portata applicativa dell'art. 4 della Costituzione (per cui dalla norma costituzionale non può derivarsi in nessun caso «un diritto soggettivo alla conservazione del posto di lavoro»), la Corte rilevò qui la ragionevolezza della distinzione operata dal legislatore<sup>55</sup>. Il criterio giustificativo della distinzione di trattamento fu ritenuto, in sintesi, razionale e rispondente ad incomprimibili valutazioni discrezionali del legislatore<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Il criterio ordinante della decisione della Corte si fondò sulla massima secondo cui «l'art. 3 della Costituzione non corrisponde ad un criterio di mera eguaglianza formale o formalistica e perciò non esclude che il legislatore possa adottare norme diverse per regolare situazioni che esso ritenga diverse, adeguando così la disciplina giuridica agli svariati aspetti della vita sociale, entro un margine di discrezionalità che giustifichi sostanzialmente il criterio di differenziazione adottato».

<sup>56</sup> La dimensione dell'azienda, desunta dal dato numerico, come allora disposto dall'art. 11 della legge, apparve ai giudici della Consulta non arbitraria ma anzi «aderente alla realtà economica, di comune esperienza», già presente nell'ordinamento in varie norme poste a tutela della piccola impresa e giustificandosi, in ultima analisi, sia in ragione

Sul campo di applicazione della disciplina vincolistica la Corte sarà poi chiamata a pronunciarsi ancora altre volte e in particolare con le sentenze n. 55/1974, n. 2/1986 e n. 44/1996 sulle soglie dimensionali<sup>57</sup>, mentre con le sentenze n. 152/1975 e n. 189/1975 si occuperà, rispettivamente, del problema della limitazione ai soli datori di lavoro imprenditori della disciplina di tutela e della differenza di disciplina esistente fra impresa agricola e imprese industriali e commerciali<sup>58</sup>.

L'orientamento della Corte sarà sempre di rispetto delle scelte legislative in materia.

Con la sentenza n. 55/1974 la Corte affronterà il nodo dell'art. 35 comma I della l. n. 300/1970 (norma che stabilisce tuttora i limiti dimensionali per l'applicazione dello Statuto dei lavoratori), risolto richiamando il precedente della sentenza n. 81/1969, dove la Corte aveva precisato i limiti entro cui opera, nella fattispecie in esame, il principio di eguaglianza. Salvaguardando la distinzione fra unità produttive con più o meno di 15 dipendenti («la risultante di scelte discrezionali operate, nell'ambito della Costituzione, dal legislatore e non prive di razionalità», per garantire la funzionalità delle unità produttive di minori dimensioni») la Corte enunciò una massima, successivamente

---

del rapporto fiduciario sussistente fra lavoratori e datore di lavoro sia del «criterio economico».

<sup>57</sup> Ma bisogna anche ricordare le pronunce n. 152/1975, n. 178/1975, n. 102 e 189/1975, n. 256/1976, n. 398/1994, n. 44/1996. Sull'art. 35 dello Statuto dei lavoratori una parte della dottrina sollevò immediati sospetti di incostituzionalità: v. G. PERA, *Sulle unità di lavoro soggette alla legislazione limitativa dei licenziamenti*, in *Rivista di diritto agrario*, 1972, I, p. 717, secondo cui si trattava di una disposizione «esempio preclaro di totale irragionevolezza». Su un versante molto critico, censurando il linguaggio «sciatto ed impreciso» del legislatore, v. G.F. MANCINI, *Sub art. 35*, in G. GHEZZI, G. F. MANCINI, R. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori in Commentario del codice civile* diretto da SCIALOJA e BRANCA, Bologna Zanichelli ed., 1972, p. 537. E ripetutamente la giurisprudenza di merito ha sollevato la questione di costituzionalità, rimettendo sotto diversi profili la decisione relativa alla Corte. La sentenza n. 55/1974, sulla cui scia si collocano le successive decisioni, è commentata in modo molto critico da S. CENTOFANTI, *Il licenziamento nelle piccole aziende e i presunti equilibri economico-sociali*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1975, I, p. 25 ss.

<sup>58</sup> Si veda poi il commento di L. RIVA SANSEVERINO alla sentenza n. 189/1975 cit. della Corte costituzionale, *Sulla rilevanza dell'impresa nel diritto del lavoro*, in *Massimario di Giurisprudenza del lavoro*, 1975, p. 519 ss.

ripresa, secondo cui «*la tipizzazione di diverse fattispecie, ai fini di una non uniforme disciplina dei licenziamenti, sfugge a censure sotto il profilo della razionalità, ponendo in luce valutazioni discrezionali di politica legislativa aventi riguardo ad equilibri economico-sociali che ne hanno consigliato l'adozione nell'interesse generale*».

Sempre in tema – questa volta pronunciandosi sulla legittimità costituzionale delle differenze di trattamento in punto di risarcimento dei danni - la successiva sentenza n. 2/1986 avrà così gioco facile a difendere la differenziazione di trattamento fondata sui requisiti numerici, specificandone ancora meglio la *ratio* (da rinvenire, secondo la Corte, nella valutazione dell'elemento fiduciario nel rapporto lavorativo, nell'opportunità di non gravare di oneri eccessivi le imprese di modeste dimensioni, nell'esigenza di garantire la funzionalità delle unità produttive e di evitare le tensioni nelle quotidiane relazioni umane e di lavoro derivanti dalla reintegrazione nelle imprese con minor numero di dipendenti), criteri – e qui si potrebbe stabilire un collegamento con la situazione attuale – che secondo i giudici, in quella decisione, dovevano ritenersi maggiormente rilevanti stante la grave crisi che aveva investito il sistema economico e produttivo.

Allo stesso modo – riconducendole nell'ambito delle valutazioni discrezionali del legislatore – le differenze di trattamento fra datori di lavoro imprenditori e non imprenditori vennero dalla Corte ritenute conformi a Costituzione (così la sentenza n. 189/1975), poiché razionalmente fondate su un diverso dato reale (stante l'assenza dello scopo di lucro in un caso, la diversa struttura finanziaria ed organizzativa, ecc.). E lo stesso dicasi delle differenze di trattamento fra le imprese agricole e quelle industriali e commerciali (sent. n. 152/1975 e successive).

In definitiva, sulle disparità di trattamento risultanti dalle scelte legislative richiamate e particolarmente sulla *vexata quaestio* dell'inapplicabilità dell'art. 18 l. n. 300/1970 alle unità produttive e/o alle imprese situate al di sotto dei limiti numerici, la Corte si è imposta un evidente *self-restraint*, senza mai mettere seriamente in discussione il criterio individuato dal legislatore e, anzi, promuovendo essa stessa

l'elaborazione di adeguate ragioni giustificatrici, individuate in circostanze passibili in astratto di diversa interpretazione: così l'accento posto sull'elemento fiduciario, non pertinente quando le articolazioni produttive sono polverizzate o molecolari ma l'impresa non può dirsi di piccole dimensioni (problema questo risolto soltanto con la riforma introdotta con la l. n. 108/1990); così con riguardo all'opportunità di non gravare di costi eccessivi le piccole imprese, non essendo il dato numerico in grado di per sé di fotografare il valore dell'impresa e la sua redditività, particolarmente nelle produzioni ad alto valore aggiunto o imperniate su una struttura tecnologica avanzata (*labour intensive*); così ancora l'esigenza di evitare il prodursi di tensioni nei luoghi di lavoro, problema questo non particolarmente rilevante nelle unità produttive minori ma rilevante invece soltanto in quelle piccolissime strutture produttive dove il rapporto fra datore e lavoratore è quotidiano e particolarmente ravvicinato<sup>59</sup>. In effetti, la ragionevolezza dell'opzione legislativa è stata sempre riconosciuta, nell'ambito in questione, in base alla *non arbitrarietà* o *non irrazionalità* del criterio, più che in base al controllo effettivo sulla giustificazione della distinzione di trattamento, concedendo alle politiche legislative in materia un margine di discrezionalità piuttosto ampio. La Corte, ritenendo in tale contesto particolarmente avvertita l'esigenza di preservare una certa libertà di apprezzamento, evidentemente anche per motivi di opportunità politica, ha operato il controllo sulle discriminazioni in base ad un significato minimale di ragionevolezza.

*b) il problema delle categorie escluse dalle tutele*

Ma se sul versante *oggettivo* - i limiti di applicazione della disciplina vincolistica basati sulla dimensione dell'azienda - la Corte costitu-

---

<sup>59</sup> In polemica con ogni norma limitativa della tutela in materia di licenziamento, si veda con molta efficacia LYON-CAEN e BONNETETE in *La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973*, in *Droit Social* 1973 p. 498, trad. it. in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1974, I, 61 ss., i quali definirono «proprement monstrueuse» l'esclusione dalla tutela dei lavoratori delle piccole aziende.

zionale ha lasciato al legislatore un rilevante potere discrezionale, sul versante *soggettivo* – le categorie dei lavoratori escluse dalle tutele – ha mostrato una diversa sensibilità e una più penetrante predisposizione a valutare con rigore le giustificazioni delle differenze di trattamento risultanti dalle scelte legislative.

In questo secondo filone vanno ricomprese le pronunce riguardanti peculiari condizioni soggettive che il legislatore ha ritenuto, nell'esercizio della sua discrezionalità, suscettibili di un trattamento diverso e peggiorativo rispetto al regime di disciplina applicabile agli altri rapporti di lavoro (*tertium comparationis*).

Una prima fattispecie su cui è chirurgicamente intervenuta la Consulta riguardò in effetti il caso dei lavoratori anziani e pensionati.

Con la sentenza n. 174/1971 – a cui poi ha fatto seguito a distanza di tempo la sentenza n. 176/1986 – la Corte si pronunciò sulle questioni di legittimità costituzionale per contrasto con l'art. 3 della Costituzione sollevate con riferimento all'esclusione dei lavoratori *over 65* e/o con diritto al trattamento pensionistico, ai sensi dell'art. 11 l. n. 604/1966, dall'applicazione del regime vincolistico (rispettivamente, nella sentenza n. 174/71, per l'esclusione dall'ambito di applicazione degli artt. 2 e 5 della legge e, nella successiva sentenza n. 176/1986, per l'esclusione dal divieto di licenziamento senza giusta causa o giustificato motivo). Nella prima delle due sentenze la Corte differenziò nettamente la situazione dei lavoratori con diritto a pensione da quelli *over 65* ma senza aver maturato tale diritto, rilevando per questi ultimi un'irragionevole disparità di trattamento. Sullo stesso solco si attestò poi la successiva sentenza n. 176/1986, affermando che «*non possono essere negate, per il solo fatto dell'età, quelle cautele e garanzie che sono informate al rispetto della personalità umana e che sono indice del valore spettante al lavoro nella società*» e così dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 11 l. n. 604/1966 nella parte in cui escludeva i lavoratori *over 65* e non pensionati dall'applicazione del divieto di licenziamento *ad nutum*. Interessante – e in qualche misura utile per fissare il limite della discrezionalità legislativa in materia – è il “recupero” dell'art. 4 della Costituzione, giacché, secondo la Corte, «*la tu-*

*tela del diritto al lavoro è strettamente connessa all'attuazione del principio di eguaglianza».* La Corte elabora qui una massima in certa misura correttiva del vecchio teorema risalente alla sent. n. 45/1965 e afferma che, certo, «l'art. 4 non garantisce un'occupazione», ma, al tempo stesso, che «ove siano previsti i casi, tempi e modi dei licenziamenti, la disciplina per essere conforme a Costituzione deve rispecchiare l'esigenza di un trattamento eguale per situazioni eguali *ed in relazione ad esse può essere diversificato solo per giustificate ragioni*». Sembra qui farsi strada una diversa valutazione dei limiti della discrezionalità legislativa in materia: laddove nelle precedenti pronunce della Corte la discrezionalità che gli compete consente al legislatore d'introdurre «norme diverse per regolare situazioni *che esso ritenga diverse...entro un margine di discrezionalità che giustifichi sostanzialmente il criterio di differenziazione adottato*» (così la sent. n. 81/1969), qui la ragionevolezza della distinzione di trattamento sembra doversi accertare con riferimento alle ragioni giustificatrici *oggettivamente rilevabili* fra le diverse situazioni assoggettate a distinte regolamentazioni normative.<sup>60</sup> Nella fattispecie la Corte ritenne giustificata la minore protezione accordata dall'ordinamento ai lavoratori già pensionati, o che avessero maturato tale diritto, ma non anche dei lavoratori più anziani, discriminati soltanto in ragione dell'età.

Giurisprudenza analoga è quella che la Corte svilupperà con riguardo anche ad altre fattispecie. In particolare, con le sentenze n. 14/1970, 169/1973 e 181/1989, la Consulta escluderà la legittimità costituzionale delle differenze di trattamento, quanto al regime di disciplina del licenziamento, disposte nei confronti dei lavoratori apprendisti<sup>61</sup>: con la sentenza n. 14/70 dichiarando l'incostituzionalità dell'esclusione del diritto all'indennità di anzianità dovuta ai lavoratori licenziati ai sensi dell'art. 9 l. 604/1966 e con la successiva sent. n.

---

<sup>60</sup> Sempre in materia di esclusione in ragione dell'età dal regime di applicazione dell'art. 18 l. n. 300/1970 o dalle altre disposizioni garantiste in materia, si veda poi la sentenza n. 137/1986 riguardante le donne lavoratrici, ove il tema di fondo è però quello della parità di trattamento uomo-donna.

<sup>61</sup> Sulla questione, già in termini critici, M. OFFEDDU, *La legge sui licenziamenti individuali e il suo campo di applicazione*, in *Rivista di Diritto del Lavoro*, 1968, I, p. 404 ss.

169/1973, colpendo l'art. 10 della legge nella parte in cui disponeva l'inapplicabilità della legge (e in particolare degli artt. 6 e 8) nei confronti degli apprendisti. La sentenza n. 181/1989, poi, si occuperà del problema della (non) computabilità degli apprendisti ai fini dei limiti numerici per l'applicabilità della tutela reintegratoria, seppure limitandosi ad un monito al legislatore (e non dichiarando, pur potendo e forse dovendo, l'incostituzionalità dell'art. 21 l. n. 56/1987) e ricordando la necessaria temporaneità delle misure assunte per fronteggiare eccezionali situazioni di crisi.

Chiave del ragionamento della Corte è l'assimilabilità del rapporto di apprendistato all'ordinario rapporto di lavoro, da cui discende *de plano* la non giustificazione della disparità di trattamento<sup>62</sup>.

Seguono percorsi argomentativi simili le sentenze 96/1987 e n. 364/1991 sul personale marittimo navigante e la sentenza n. 41/1991 per il personale del settore aeroportuale. Nella prima sentenza (n. 96/1987) la Corte ritenne che non sussistessero valide ragioni per escludere il personale marittimo dalla disciplina della l. n. 604/1966, e ciò in quanto «la sostanziale omogeneità delle relative situazioni afferenti ai lavoratori comuni e a quelli nautici impone l'uniformità delle

---

<sup>62</sup> Altre volte ancora la Corte costituzionale è stata costretta ad occuparsi di categorie di lavoratori escluse dall'applicabilità della normativa di tutela. Con tre sentenze – la n. 204/1976, la n. 189/1980 e infine la n. 541/2000 – ha affrontato le questioni di legittimità costituzionale riguardanti, per diversi motivi, i lavoratori assunti con patto di prova. Nelle prime due pronunce la Corte ha escluso – in ragione della natura stessa del patto di prova, che impedisce ogni assimilazione all'ordinario rapporto lavorativo – l'irragionevolezza della distinzione operata dal legislatore, riguardante nella fattispecie l'indennità di anzianità ex art. 9 della legge e – questione certo più importante – l'obbligo di motivazione dell'esito negativo della prova. Con la sentenza n. 541/2000, invece, la Corte ha negato che l'insussistenza dell'obbligo di comunicare in forma scritta il licenziamento (per mancato superamento del periodo di prova) potesse ritenersi lesiva del principio di eguaglianza. Sempre sull'esclusione di alcune categorie, va infine ricordata la sentenza n. 121/1972, ove parimenti, stante le differenze esistenti fra la categoria dei dirigenti e i comuni rapporti lavorativi, si è affermata la razionalità della distinzione di trattamento e della minor tutela del dirigente. Altra questione ancora ha riguardato poi l'applicazione dell'art. 7 l. n. 300/1970 al licenziamento disciplinare. In questo caso (v. sent. n. 204/1982) la Corte ha posto al centro del proprio ragionamento la necessaria coerenza ed omogeneità di disciplina in materia. Alla pronuncia della Corte costituzionale hanno fatto poi seguito le importanti sentenze della Corte di Cassazione n. 6579/1983 e soprattutto a Sezioni Unite n. 4823/1987, che hanno inaugurato un orientamento che può definirsi *diritto vivente*.

discipline, nella mancanza di fondate ragioni per differenziarle», e sempre con la stessa decisione dichiarò l'incostituzionalità della norma escludente la diretta applicazione a questi lavoratori dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, rilevando come la lacuna applicativa fosse «origine di altrettanto grave e ingiustificata diseguaglianza di trattamento». Sempre in contrasto con l'art. 3 della Costituzione fu poi giudicata, dall'altra sentenza della Corte (la sent. n. 364/1991), l'esclusione del personale marittimo dall'applicazione dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, mentre per il personale aeronautico la sentenza n. 41/1991 affermò l'incostituzionalità delle disposizioni del settore che impedivano l'applicazione della disciplina comune (rilevando la Corte che «...una materia che attiene a posizione soggettiva di grande rilievo nel rapporto di lavoro...non sopporta diseguaglianze, una disparità di trattamento ingiustificata»).

Alla base delle pronunce della Corte – e di quella che può definirsi come la sua dottrina in materia – vi sono dunque motivi di fondo costanti e più volte ribaditi. Può dirsi, fondatamente, che la giurisprudenza della Corte mostra una certa ambivalenza, riconoscendo al legislatore un'ampia discrezionalità nel determinare l'ambito applicativo delle norme di tutela (giustificando la disparità di trattamenti quando l'effetto di esclusione è collegato a situazioni obiettive, apprezzabili come tali) mentre di diverso avviso è la Corte quando la differenziazione poggia su criteri o categorie meramente soggettive, non rilevandosi situazioni obiettivamente diverse e potendosi piuttosto verificare una sostanziale omogeneità fra i rapporti lavorativi esclusi e quelli invece che beneficiano della tutela in caso di licenziamento. E quando il legislatore si spinge fino ai limiti della disparità di trattamento ammissibile, allora, se la giustificazione risiede nella situazione di crisi economica o occupazionale, la Corte, in qualche caso, anche se appare “comprensiva” e prudente, non tralascia di ricordare il nesso fra le misure derogatorie adottate e la peculiare situazione richiamata.

## 5. Il regresso delle tutele: è solo questione di ragionevolezza

Le due facce della giurisprudenza costituzionale in materia di licenziamenti – molto ferma nel perimetrare la discrezionalità delle politiche legislative quando è in gioco la condizione di favore per la piccola impresa e la funzionalità dell’organizzazione produttiva, più attenta alle ragioni giustificatrici quando invece viene in gioco la selezione sul versante delle categorie soggettive - rendono certamente non facilissima (e comunque intrigante) la questione della “prognosi” costituzionale delle recenti riforme<sup>63</sup>.

Innanzitutto si potrebbe invero dubitare, con solidi argomenti, che incidere sulle tutele in materia di licenziamento, com’è stato fatto con il recente d. lgs. n. 23/2015 del Governo Renzi, costituisca il mezzo più idoneo o appropriato per sradicare la disoccupazione giovanile (questione sociale che rappresenta la *ratio*, ossia la ragione giustificativa delle misure adottate). I dati del resto sembrano dimostrarlo<sup>64</sup>. Ma se si sposta il ragionamento sul piano costituzionale è quasi inevitabile osservare che la valutazione di merito potrebbe (e forse dovrebbe) ritenersi preclusa, risolvendosi altrimenti in un sindacato su una scelta di politica del lavoro da parte del potere su cui istituzionalmente grava la responsabilità di tutelare la collettività e, in particolare, il diritto al lavoro costituzionalmente tutelato (art. 4 Costituzione). E seppure, in estrema ipotesi, non la si ritenesse preclusa, certo sarebbe molto arduo stabilire, anche con un utilizzo rigoroso del test di proporzionalità, stante le diverse visioni prospettiche su questi punti, l’effettiva idonei-

---

<sup>63</sup> La ragionevolezza rileva qui in una duplice direzione, come si è già ricordato: da un lato, come parametro valutativo di una così intensa riduzione delle tutele, dall’altro, come verifica/controllo delle distinzioni di trattamento (soprattutto fra vecchi e nuovi assunti). Sulla distinzione del controllo di razionalità dalla ragionevolezza, oltre agli autori citati nella nota n. 22, v. E. ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del lavoratore nell’ordinamento multilivello*, cit.

<sup>64</sup> v. par. 1 del presente lavoro in nota n. 2. Alla luce dei dati univoci rilevati da fonti indipendenti sull’aumento esponenziale del numero dei licenziamenti potrebbe dubitarsi che la nuova disciplina derogatoria per i nuovi assunti sia necessaria ed adeguata allo scopo.

tà del provvedimento legislativo, che si inquadra in un complessivo ridisegno della disciplina del mercato del lavoro.

Non di meno occorre fare tuttavia alcune osservazioni critiche.

Se si può ammettere che la disoccupazione giovanile di massa giustifichi misure straordinarie, si deve convenire altresì che tale situazione rappresenta comunque, nonostante tutto, una condizione essenzialmente temporanea e non strutturale del mercato del lavoro, collegata alla crisi economica che imperversa nei paesi europei da alcuni anni. Pertanto misure che si risolvono in una compressione dei diritti, oltre tutto interconnessi a fondamentali principi della Costituzione, dovrebbero a loro volta ritenersi logicamente temporanee e contingenti, con il corollario ineludibile che esse «perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo»<sup>65</sup>. Si veda, in tal senso, proprio in *subiecta materia*, la sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 1989, riguardante una “deroga” al regime di tutela in materia di licenziamento, in cui la Corte sottolineò (pur non dichiarando l’incostituzionalità della norma) l’esigenza «di non obliterare la correlazione tra la straordinarietà della situazione di fatto (massiccia disoccupazione giovanile) e la deroga a fondamentali strumenti di garanzia per i lavoratori»<sup>66</sup>.

Potrebbe parlarsi dunque di temporanea costituzionalità, ovvero di possibile sopravvenuta incostituzionalità se e quando si dovesse rite-

---

<sup>65</sup> v. C. SALAZAR, *Il diritto del lavoro e il Jobs Act: quale destino per il principio dei diritti sociali?*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, cit. E ciò anche perché è lo stesso legislatore a dichiarare testualmente, nella legge delega n. 183/2014, che scopo delle nuove norme sarebbe quello «di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo...», creando quindi questo stretto collegamento.

<sup>66</sup> Il riconoscimento del carattere necessitato ed urgente delle misure decise dal Parlamento, argomentò la Corte, «da un lato non può giustificare inerzie nella ricerca di altri strumenti che non incidano su tali valori, dall’altro non preclude una riconsiderazione della questione ove il sacrificio di questi si protragga troppo a lungo, pur in presenza di significative modificazioni della situazione considerata». Si trattava, nella fattispecie, della sentenza n. 181/1989, il cui precedente è significativo trattandosi della questione dell’esclusione di alcune categorie di lavoratori (gli apprendisti) dal computo numerico ai fini dell’applicazione dell’art. 18 (che, si ricorda, è applicabile solo se l’azienda o l’unità produttiva raggiungono specifiche “soglie” dimensionali), nel tentativo di incentivare l’assunzione dei giovani.

nere superata la ragione giustificatrice della deroga per i nuovi assunti,<sup>67</sup> o si dimostrasse l'inutilità di queste misure per il raggiungimento del fine stabilito. In tal caso il test di proporzionalità darebbe un risultato negativo sotto il profilo della necessità e/o adeguatezza.

In ogni caso, anche a voler assumere questo così prudente punto di vista, resterebbe forse pur sempre da verificare, anche in periodi di crisi, l'effettività dei diritti fondamentali, stante l'esistenza nell'ordinamento di fattispecie tipizzate che costituiscono presupposti inderogabili dell'esercizio in concreto del potere di recesso, ed a cui, proprio per l'inerenza della tutela stessa del lavoratore a principi e valori di rango costituzionale, non si potrebbe mai rinunciare completamente<sup>68</sup>. È ciò che del resto la Corte esprime quando afferma che, in qualunque condizione, bisogna proteggere il nucleo essenziale o il contenuto minimo essenziale dei diritti fondamentali (qual è indubbiamente la tutela del lavoratore in caso di licenziamento)<sup>69</sup>. Va certo esclusa qualsiasi aprioristica gerarchizzazione dei diritti sulla base del primato astratto del "principio lavoristico", in contrasto con la dottrina della nostra Corte costituzionale che si esprime nella massima secondo cui «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri» (sentenza n. 264 del 2012, ma gli stessi principi sono espressi anche nella successiva sentenza n. 83 del 2013), giacché, se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costitu-

---

<sup>67</sup> Come nota opportunamente SALAZAR, *Il diritto del lavoro e il Jobs Act: quale destino per il principio dei diritti sociali?*, cit. «la temporaneità delle misure adottate in casi di emergenza – che proprio per questo possono apparire "insolite", per riprendere la definizione utilizzata dalla Corte in un'altra nota decisione, la n. 15/1982 – risponde ad una delle condizioni poste dalla giurisprudenza costituzionale perché queste stesse possano ritenersi costituzionalmente compatibili» (in tal senso v. Corte cost. n. 85/2013).

<sup>68</sup> Controllo che si svolge «attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire» (Corte cost. n. 1130/1988).

<sup>69</sup> V. C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rassegna Parlamentare*, 2013, 4. Di questa autrice, molto attenta al dibattito giuslavorista, si veda pure *Jobs Act e Costituzione: qualche riflessione*, in *Quaderni Costituzionali*, 2016, 1, 95 ss.

zionalmente riconosciute e protette, fra le quali rientrano, in un assetto costituzionale di economia di mercato, quelle che tutelano l'impresa e la libertà economica<sup>70</sup>. Ma un quesito non aggirabile in alcun modo è se le nuove norme possano ritenersi non incoerenti con queste esigenze di tutela minima. In tal senso, può forse dubitarsi fondatamente della legittimità dell'effimera sanzione disposta dal decreto legislativo in caso di licenziamento illegittimo (fissata inderogabilmente, si rammenta, in due mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio, con esclusione quasi sempre della reintegrazione)<sup>71</sup>. In conclusione, pur

---

<sup>70</sup> Né la definizione di alcuni valori – come la solidarietà e l'eguaglianza – come “valori primari” implica una rigida gerarchia tra diritti fondamentali (sentenza n. 365 del 1993). La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Naturalmente il bilanciamento, strumento essenziale di ogni Costituzione pluralista, non è un'operazione neutra o tecnica, essendo intriso di valori e insidiato dalle precomprensioni, aprendosi in altri termini a giudizi di valore e a forme di razionalità pratica (v. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit.). E una prova fra le altre, a parti rovesciate e ancora di drammatica attualità, è l'involuzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di diritti sociali, in cui forse, se di primato si può discettare, nel contesto di un bilanciamento che in altra sede ho definito «opaco» fra diritti posti in linea di principio su un piano di pari ordinazione, lo si può riferire alle libertà economiche e non ai diritti collettivi. Giurisprudenza risalente, com'è noto, al “Laval quartet”, in ossequio del resto a quello che può considerarsi il meta-criterio direttivo della costruzione del mercato interno, ossia la libertà di circolazione (come in altra sede ho provato a sostenere: cfr. in *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in CSDLE “Massimo D'Antona” INT., n. 104/2014). Per una condivisibile visione critica del ruolo della giurisprudenza europea v. G. AZZARITI, *Are we going towards a government of judges? The role of European Courts in the creation of a political Europe*, in *European Journal of Social Law*, 2012, 2, p. 124 ss. Si potrebbe dire, in modo perplesso, che è la precomprensione a guidare il bilanciamento, nonostante tutti gli sforzi di esplicitare modelli oggettivi e verificabili di controllo.

<sup>71</sup> v. M.V. Ballestrero, *Problemi di compatibilità costituzionale del Jobs Act*, in Atti del Convegno svoltosi a Roma il 19 febbraio 2015 *Il Jobs Act: quale progetto per il diritto del lavoro?*, pubblicazione a cura della Camera dei deputati, 2015, Roma. Sul punto fra gli altri, A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2015, 3, il quale giustamente nota che il lavoratore illegittimamente licenziato, con le nuove norme, «non ottiene né un risarcimento in forma specifica né un risarcimento per equivalente, bensì un *tertium genus* di ristoro, peggiore rispetto ai principi civilistici generali, che ben può essere qualificato nei termini di una deroga *in pejus* ai criteri rimediali comuni, a favore del datore di lavoro» (v. p. 416-417).

volendo prendere le distanze da prospettive unilaterali forse troppo arretrato è il compromesso disegnato dal legislatore, che non sembra garantire il nucleo essenziale del diritto al lavoro, anche in un contesto nel quale potrebbe essere giustificato un punto di equilibrio dinamico e una tutela meno intensa<sup>72</sup>.

Non solo è molto dubbio che la norma posta dal legislatore come nuovo architrave della disciplina in materia di licenziamenti sia necessaria e idonea al conseguimento dei dichiarati obiettivi di crescita economica e occupazionale, ma, anche ad ammettere che questo primo livello di verifica sia risolto, è molto difficile sostenere che tra le misure possibili per raggiungere queste legittime finalità essa costituisca quella meno restrittiva dei diritti posti a confronto o che stabilisca oneri proporzionati rispetto al perseguimento dei suoi obiettivi<sup>73</sup>. Bisogna sempre ricordare che il giudizio di ragionevolezza impone di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato dal legislatore con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e non proporzionata, e pertanto in modo non compatibile con il dettato costituzionale (Corte cost. sent. n. 23/2015)<sup>74</sup>.

Si potrebbe certo obiettare che la Corte costituzionale non ha pronunciato – anche quando si è presentata l’occasione, come nella sentenza n. 45/1965 – l’illegittimità costituzionale dell’art. 2118 c.c. – *ergo* a maggior ragione non potrebbe pronunciare l’incostituzionalità della sanzione ridottissima prevista dal d. lgs. n. 23/2015 in caso di li-

---

<sup>72</sup> Per un richiamo a questo principio fondamentale si legga la già citata sentenza della Corte costituzionale n. 83 del 2013, *hard case* del bilanciamento fra diritto alla salute e principio economico. Per un’esposizione molto chiara sull’utilizzo del principio di proporzionalità quale limite opponibile al legislatore in caso di riforme recessive, v. B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano.*, in B. CARUSO, G. FONTANA, *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, cit.

<sup>73</sup> Fra gli altri v. a tal riguardo G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi ed, Torino, 1992; R. BIN, *Diritti ed argomenti*, cit.

<sup>74</sup> Si vedano le considerazioni di M.V. BALLESTRERO, in *Problemi di compatibilità costituzionale del Jobs Act*, cit., p. 30, secondo cui i limiti invalicabili da parte del legislatore ordinario sono «il principio indefettibile della necessaria giustificazione, l’adeguatezza delle sanzioni, e la loro funzione deterrente, la impugnabilità del licenziamento di fronte ad un giudice imparziale».

enziamento ingiustificato - ma a questa obiezione si potrebbe invero rispondere che da allora “molta acqua è passata sotto i ponti” e l’ordinamento, nella sua evoluzione, ha via via registrato una restrizione sempre più incisiva del recesso *ad nutum*, oggi confinato in aree davvero residuali.<sup>75</sup> Ed è questo un risultato che ha una sua precisa rilevanza anche sul piano assiologico e si riflette in quello che possiamo considerare l’ordinamento costituzionale vigente<sup>76</sup>, facendo della reintegrazione la *best way* in materia di rimedi. Altro sarebbe se l’ordinamento mutasse i propri principi fondanti, antepoendo alla libertà dei lavoratori, alla tutela del lavoro e al principio solidaristico, la libertà d’impresa, ma di questo, finora, seppure gli accenni in tal senso non mancano (non solo per le bizzarre ma oramai abbandonate proposte di riforma dell’art. 41 Costituzione, ma soprattutto nei “nuovi” valori che presiedono alla regolamentazione dei rapporti di lavoro, non più rintracciabili, a quanto sembra, nella tutela cardine del contraente debole), non sembra potersi affermare già l’attualità e la concretezza (o vigenza) sul piano dell’assetto costituzionale vigente.

## **6. Che valore ha l’uguaglianza per il legislatore italiano?**

Anche in considerazione degli interessi super-individuali in gioco, sembra dunque necessario un attento studio sui profili di ragionevolezza/proporzionalità delle disposizioni introdotte con il d. lgs. n. 23/2015<sup>77</sup>, in quanto, pur lasciando formalmente in piedi il pilastro co-

---

<sup>75</sup> Ad una adeguata operazione ermeneutica non è mai estranea l’evoluzione dell’ordinamento giuridico. Come ha chiarito la Corte costituzionale «la norma, infatti, non rimane cristallizzata, ma partecipa delle complesse dinamiche che nel tempo investono le fonti del diritto a livello nazionale e sovranazionale, che l’interprete deve necessariamente prendere in esame, al fine di preservare attualità ed effettività delle tutele, in particolare sotto il profilo del corretto bilanciamento degli interessi presi in considerazione» (Corte cost. n. 51/2014).

<sup>76</sup> F. ROSELLI, *Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull’ordinamento costituzionale?*, cit.

<sup>77</sup> Su cui v. V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, cit., anche per le specifiche violazioni del principio di eguaglianza

stituzionale della necessaria giustificazione del recesso datoriale, di fatto esse sembrano risolversi in un effetto sanante della riscontrata illegittimità, senza tutelare in modo adeguato, effettivo e dissuasivo l'interesse generale all'esercizio del potere datoriale – potere con effetto interdittivo sul bene della continuità del lavoro – nei modi consentiti dall'ordinamento.

Inoltre, la situazione molto complicata determinata dal sovrapporsi di diversi modelli di disciplina crea, insieme ad interrogativi e problemi di natura ermeneutica, continui rimandi alla legittimità delle differenze di trattamento a cui sono sottoposti i lavoratori. Anche all'interno del sistema rimediale definito per i contratti di lavoro stipulati dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 23, si realizzano distinzioni la cui *ratio* non sempre, come si è notato, è ben comprensibile<sup>78</sup>. Si prenda ad esempio l'art. 3 del d. lgs. n. 23/2015, quando afferma che l'unica ipotesi in cui il giudice può disporre la reintegra del lavoratore nel posto di lavoro si concretizza in caso di insussistenza del fatto – peraltro «fatto materiale contestato al lavoratore a cui resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento»<sup>79</sup>. Al di là

---

qui non illustrate, per ragioni soprattutto di sintesi, ma risolvibili in via di interpretazione costituzionalmente orientata, quali, ad esempio, la questione relativa al carattere tassativo o meramente esemplificativo del rinvio dell'art. 2 del d. lgs. n. 23/2015 alle ipotesi di discriminazione e l'altra, forse più spinosa, relativa alle c.d. nullità virtuale, giacché l'eventuale interpretazione restrittiva, nell'uno e nell'altro caso, sarebbe certamente generativa di un problema di illegittima differenza di trattamento.

<sup>78</sup> Si veda la casistica illustrata da SPEZIALE, *op. ult. cit.*

<sup>79</sup> Si ricorda che, sulla scia della questione che si era già posta nell'ambito dell'interpretazione delle disposizioni di riforma dell'art. 18 dello Statuto (comma IV), la posizione assolutamente prevalente e quasi unanime della dottrina è nel senso della riconduzione della nozione di “fatto” al “fatto giuridico”. Si veda, fra gli altri, L. NOGLER, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d. lgs. n. 23 del 2015*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, 526 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, “fatto” contestato*, ivi, 280. Problema del resto superato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, dopo un primo inadeguato e scarsamente convincente *obiter dictum* (v. sent. n. 23669 del 2014), con le tre sentenze, estensore Roselli, n. 17087, 20640, 20645 del 2015, su cui v. M. DE LUCA, *Tre parole del legislatore non bastano per la rivoluzione copernicana promessa: il Jobs Act alla prova della giurisprudenza*, CSDLE “Massimo D'Antona”, n. 281/2015; v. al riguardo G. AMOROSO, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato articolo 18 dello statuto dei lavoratori: fra giurisprudenza di legittimità e Jobs act*,

della formula senza precedenti utilizzata dal legislatore, si innesta qui un ulteriore elemento divisivo fra lavoratori ed è molto difficile sostenere la ragionevolezza del discrimine posto, ai fini rispettivamente dell'applicazione della reintegrazione o del modesto risarcimento economico, fra fatto materiale insussistente e fatto materiale sussistente ma privo di illiceità (o semmai denotativo di un'inadempienza irrilevante o minore), spalancando in nome di questa differenza incomprensibile un abisso dal punto di vista delle conseguenze giuridiche ed esistenziali. Con queste premesse, venendo meno qualsiasi potere di valutazione del fatto, si potrebbe ritenere che la nuova normativa sia, quanto meno, irragionevolmente derogatoria della disciplina generale in materia, configurandosi, in tal senso, un vizio di «eccesso di potere legislativo»<sup>80</sup>.

Anche in questo caso, dunque, la disposizione qui evocata appare emblematica della totale trascuratezza del “valore” dell'eguaglianza nei rapporti lavorativi<sup>81</sup>. Ed inoltre, come si è notato, «solo un plateale fraintendimento del significato della “soggezione dei giudici alla leg-

---

cit. Il d. lgs. n. 23/2015, introduce in modo più netto il riferimento all'insussistenza del “fatto materiale contestato”, ai fini della reintegrazione, così optando per una soluzione molto radicale e di difficile coesistenza con il nostro ordinamento giuridico, come del resto dimostrano i pronunciamenti della Cassazione le cui motivazioni sono applicabili anche a tale fattispecie. In senso contrario, ma argomentando l'illegittimità costituzionale, v. V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, cit. Come soluzione possibile ed intermedia ho proposto (in relazione al regime previsto dall'art. 18 IV comma, ma estensibile anche alla nuova formula) di valorizzare l'art. 1455 c.c. (che stabilisce in campo civilistico il principio secondo cui la risoluzione del contratto è possibile solo in caso di inadempimento dell'altra parte di “non scarsa importanza”), nell'ottica di un'interpretazione adeguatrice, per “recuperare” la ragionevolezza smarrita (v. il mio *Problemi applicativi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori in tema di licenziamenti disciplinari*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2014, 2, I).

<sup>80</sup> A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli editore, Torino, 2001, spec. pag. 158-159; v. A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, cit.

<sup>81</sup> Quasi un caso di scuola di irragionevolezza della distinzione di trattamento. In tal senso v. M. DE LUCA, *op. ult. cit.*, p.10; sul punto v. pure G. AMOROSO, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato articolo 18 dello statuto dei lavoratori: fra giurisprudenza di legittimità e Jobs act*, *op. cit.*; M.V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lavoro e Diritto*, 2015, 51; L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *Lavoro e Diritto*, 2015, 21.

ge” affermata dall’art. 101 Cost. può indurre a ritenere che sia possibile alla legge stessa imporre alla magistratura l’accantonamento del canone di ragionevolezza-proporzionalità nell’esercizio dell’attività ermeneutica»<sup>82</sup>.

Non si può obbligare il giudice - secondo questa dottrina - di guardare al “nudo” fatto materiale, anche solo per determinare la sanzione applicabile e scegliere fra reintegrazione e risarcimento. Si può pertanto sperare che la giurisprudenza, anche in via d’interpretazione costituzionalmente orientata, rivisiti il dettato legislativo e ne dia una lettura consona ai principi costituzionali (ed anche ai principi generali dell’ordinamento civile)<sup>83</sup>.

La questione più rilevante dal punto di vista dell’eguaglianza di trattamento fra lavoratori, e più discussa, è tuttavia quella riguardante la disparità fra vecchi e nuovi assunti, che in astratto potrebbe giustificarsi (ed è stata giustificata da alcuni) in ragione del mero fattore temporale, essendo in facoltà del legislatore, in termini generali, predisporre una nuova regolamentazione delle relazioni giuridiche valida soltanto per il futuro. Ma non pare assolutamente convincente, a tal proposito, ed anzi è del tutto inappropriato, il richiamo di quella giurisprudenza della Corte costituzionale secondo cui non contrasta con il principio di uguaglianza un trattamento differenziato applicato alle stesse fattispecie ma in momenti diversi nel tempo, «poiché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche» (così la sentenza n. 254/2014, ma si vedano anche le altre pronunce richiamate nella citata decisione). Situazione, questa, del tutto diversa dall’applicazione alla medesima fattispecie e nello stesso contesto spazio-temporale di discipline diverse, recanti radicali differenze di trattamento su un punto nodale del rapporto lavorativo. La Costituzione non vincola il legislatore ad una specifica

---

<sup>82</sup> C. SALAZAR, *Il diritto del lavoro e il Jobs Act: quale destino per il “principio dei diritti sociali”?*, cit., p. 16

<sup>83</sup> Si veda in tal senso fra le prime pronunce in tema quella del Tribunale di Roma del 4 aprile 2016, pubblicata in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2016, 3, p. 686 con nota di MARCO BIASI.

disciplina del potere di recesso del datore di lavoro, ma, come ha enunciato (fra le altre) la sentenza n. 176/1986, «ove siano previsti i casi, tempi e modi dei licenziamenti, la disciplina per essere conforme a Costituzione deve rispecchiare l'esigenza di un trattamento eguale per situazioni eguali *ed in relazione ad esse può essere diversificato solo per giustificate ragioni*». E nella fattispecie pare finanche pleonastico ricordare che la minor protezione di alcuni lavoratori non trova alcuna giustificazione stante l'identica situazione di fatto dei vecchi e dei nuovi assunti alle dipendenze del medesimo datore di lavoro<sup>84</sup>.

Forse va precisato che l'approvazione, da parte della Consulta, delle differenze di trattamento risalenti al vecchio regime "binario" – in cui la scriminante era costituita dalla dimensione dell'unità produttiva – non implica la legittimità di qualunque disparità di trattamento<sup>85</sup>. E bisogna ricordare che la Corte, nella sua giurisprudenza, non ha mai ammesso a cuor leggero, ed anzi il più delle volte le ha respinte nettamente, differenze di disciplina fondate su categorie prettamente sog-

---

<sup>84</sup> Cfr. in tema S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, cit., p. 21, il quale sottolinea che la scelta legislativa «avrà esattamente l'effetto di internazionalizzare in via strutturale all'interno dell'impresa quel dualismo che il legislatore si propone di contrastare» fra garantiti e non garantiti, «una differenziazione di statuto protettivo radicale e permanente». Si veda pure C. SALAZAR, *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il "principe dei diritti sociali"?*, cit. secondo cui «...in futuro, nella grande maggioranza dei casi la tutela contro il licenziamento illegittimo si atteggerà in modo differente, persino all'interno della stessa impresa, solo in base alla data della stipula del contratto, mero dato di fatto di per sé insufficiente a offrire un fondamento *ragionevole* alla differenziazione nella garanzia del diritto al lavoro» [corsivo nel testo]. A questi autori si rinvia anche per la citazione dei pochi che si sono espressi nel senso della giustificazione della differenza di trattamento.

<sup>85</sup> Lo rileva esattamente M. V. BALLESTRERO, in *Problemi di compatibilità costituzionale del Jobs Act*, cit., p. 28, secondo cui nessuno degli argomenti utilizzati in passato dalla Corte per giustificare il precedente regime differenziato di trattamento «è spendibile a fronte di una disciplina che è sostanzialmente omogenea per tutti i nuovi assunti». Come può leggersi nella notissima sentenza n. 24/2004 (ma con tutt'altro oggetto), «...sarebbe dunque l'esigenza di diversificare la disciplina delle situazioni (oggettive) differenti, in rapporto con quella di non collegare la differenziazione al soggetto, in quanto tale, a condurre alla definizione dell'eguaglianza come "pari trattamento di pari situazioni e diverso trattamento di situazioni diverse". Ne deriva che *le differenziazioni normative possono essere eccezionalmente legittime, nei limiti in cui si riflettano sull'oggetto e sempre che sussista un nesso di assoluta necessità tra la differenziazione ed un fine costituzionalmente consentito e se sono ispirate a ragionevolezza*: il che impone che si versi in ipotesi in cui siano le «situazioni di fatto» messe a confronto ad essere tra loro differenti» [corsivo mio].

gettive<sup>86</sup>. La correlazione fra diritto al lavoro e principio di eguaglianza, messa in luce in questa giurisprudenza, fa sì che solo in via d'eccezione e per giustificate ragioni può dirsi consentita la diversificazione dei regimi di disciplina applicabili<sup>87</sup>. La dottrina della Corte in materia, elaborata in tutte le numerose occasioni in cui ha dovuto occuparsi di differenze di trattamento, è che l'assimilabilità all'ordinario rapporto di lavoro (tutelato con la reintegra) del rapporto sottratto a tale tutela, impedisce di giudicare legittime le disparità di trattamento, con conseguente caducazione della disciplina derogatoria *in pejus*. Difficilmente potrà quindi essere accettata come costituzionalmente immune da critiche la coesistenza all'interno della stessa organizzazione aziendale di dipendenti diversamente tutelati, in presenza di uno stesso o identico atto datoriale illegittimo e pur a fronte di un rapporto lavorativo di egual natura, non potendo costituire valido elemento di differenziazione la mera data di costituzione del rapporto di lavoro<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> Basti qui richiamare la giurisprudenza sui pensionati e i principi, in particolare, espressi con le sentenze n. 174/1971 e n. 176/1986 in cui la Corte respinge nettamente ogni differenza di trattamento basata sul criterio dell'anzianità, giacché «non possono essere negate, per il solo fatto dell'età, quelle cautele e garanzie che sono informate al rispetto della personalità umana e che sono indice del valore spettante al lavoro nella società». Ma si legga la giurisprudenza richiamata nel paragrafo n. 4, lettera b), nella sua interezza.

<sup>87</sup> Situazione addirittura emblematica ed esempio quasi scolastico di violazione del principio di eguaglianza è quella che si realizza in caso di licenziamento collettivo illegittimo (ossia in caso di un medesimo atto datoriale) fra vecchi e nuovi assunti. Qui si possono ritenere assolutamente auto-evidenti le incongruenze logiche, a dimostrazione di quanto sia infondata la presunzione di "buona scrittura" del *Jobs act*, e di quanto distante sia la legislazione rispetto alla necessaria consapevolezza del valore dell'eguaglianza. Per di più, la distinzione di trattamento non riguarda soltanto il sistema rimediabile, ma concerne anche l'applicazione del rito speciale riservato alle procedure di impugnazione dei licenziamenti dalla l. n. 92/2012, creando situazioni definite da acuti commentatori con indubbio autocontrollo come "delicati profili critici" (v. L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in AA.VV. *Jobs Act: il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli ed. Torino, 2015, ma anche in CSDLE "Massimo D'Antona", n. 250/2015).

<sup>88</sup> Si rinvia nuovamente alla disamina analitica della giurisprudenza costituzionale nel paragrafo n. 4 del presente lavoro. Giunge a conclusioni diverse, pur ponendosi retoricamente questo interrogativo, M. MARAZZA, in *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in CSDLE "Massimo D'Antona", n.236/2015, e ciò sul presupposto secondo cui il criterio temporale (il "fluire del tempo") ha sempre rappresentato, nella giurisprudenza della Corte, valido elemento di differenziazione. Possibilista anche, fra gli altri, C. CELENTANO, in *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, cit., p. 395 ss.

Sarà dunque la Corte il potere “contro-maggioritario” a cui si potrà chiedere di affermare che la discriminazione dei regimi di disciplina in base a criteri meramente soggettivi non ha cittadinanza in Costituzione? La domanda – si può ritenere – ha in questo caso una risposta pressoché obbligata, in considerazione del valore tendenzialmente universalistico del principio di parità di trattamento che la Corte costituzionale, fin dalla sentenza n. 120 del 1967, ha sostenuto e difeso, manifestando un atteggiamento idiosincratico nei confronti di meccanismi escludenti che non siano fondati su giustificati motivi. E difatti, sono sempre e soltanto differenze di fatto fra le diverse situazioni soggettive che possono giustificare la discrezionalità del legislatore nello stabilire l’ampiezza e l’intensità del godimento dei diritti fra diverse classi di soggetti (purché si tratti di differenze ragionevoli e proporzionate rispetto alla loro condizione)<sup>89</sup>. Come scrive in altro contesto Marta Cartabia, «l’eguaglianza implica anche distinzione»<sup>90</sup>, che però dev’essere sempre assoggettata al vaglio di ragionevolezza e di proporzionalità. E si sa che le distinzioni irragionevoli trasmodano in forme discriminatorie, in questo caso nei confronti dei più giovani.

In conclusione, non si può non registrare in questa stagione legislativa la rottura in certa misura radicale con il principio, sul quale si è fondata la regolazione lavoristica e che ha finora ammesso soltanto limitate deroghe, per cui i lavoratori sono posti su un piano di parità rispetto all’esercizio del potere datoriale<sup>91</sup>. Ora dalla legge proviene

---

<sup>89</sup> V. fra le altre, ad esempio, Corte cost. n. 104/1969, quando afferma che «la riconosciuta eguaglianza di situazioni soggettive nel campo delle titolarità dei diritti non esclude affatto che, nelle situazioni concrete, non possano presentarsi, fra soggetti uguali, differenze di fatto che il legislatore può apprezzare e regolare nella sua discrezionalità, la quale non trova altro limite se non nella razionalità del suo apprezzamento». Ma nella fattispecie appare molto difficile argomentare che, fra lavoratori della stessa azienda, possano determinarsi quelle differenze di fatto che giustificano la discrezionalità del legislatore nel regolamentare diversamente la medesima situazione.

<sup>90</sup> In rapporto ad altre problematiche, M. CARTABIA, *Gli immigrati nella giurisprudenza costituzionale: titolari di diritti e protagonisti della solidarietà*, in C. PANZERA, A. RAUTI, C. SALAZAR, A. SPADARO, *Quattro lezioni sugli stranieri*, Jovene ed., 2016, qui p. 10-11.

<sup>91</sup> Si vedano le riflessioni di MARZIA BARBERA in *L’eguaglianza come scudo e l’eguaglianza come spada*, in P. CHIECO (a cura di), *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2004.

non un comando (o un effetto) di parificazione, bensì un dispositivo di differenziazione che crea disuguaglianze o quanto meno trascura il “nucleo duro” dell’eguaglianza<sup>92</sup>. E a tal proposito si può anzi sottolineare come l’intero impianto del *Jobs Act* (in particolare i d. lgs. n. 23 e n. 81) si caratterizzi per l’utilizzo esteso e forse smodato dei meccanismi di diversificazione dei regimi di disciplina, anche attraverso la sistematica derogabilità (individuale e collettiva) delle disposizioni e prescrizioni normative, tanto da far dubitare che per il legislatore l’eguaglianza – intesa (almeno) come tendenziale uniformità di disciplina per le diverse categorie di lavoratori – sia ancora un valore degno di essere tutelato e coltivato<sup>93</sup>.

## 7. Conclusioni e brevi osservazioni sul (prossimo) referendum

La relativa stabilità dell’assetto legislativo in materia di licenziamenti e più in generale del “blocco garantista” dello Statuto dei lavoratori la si deve certamente al consenso sottostante al compromesso politico, sociale e giuridico di cui queste norme sono state espressione, tanto da farne il perno di una regolamentazione non congiunturale dei rapporti collettivi e individuali di lavoro, ed i cui principi sono stati acquisiti ed assorbiti grazie soprattutto all’avallo della magistratura<sup>94</sup>.

L’art. 18 ha rappresentato una schietta espressione del rapporto armonico (in quella fase storica) che questo compromesso ha istituito, nelle relazioni lavorative, fra principio di solidarietà e di responsabilità, stante la sua logica incentrata nel dovere delle parti di ri-assumere la posizione di parti cooperanti, ossia di recuperare completamente e

---

<sup>92</sup> Così definisce l’eguaglianza giuridica A. CERRI, *Uguaglianza*, Laterza ed., Roma-Bari, 2005.

<sup>93</sup> Ho approfondito questi aspetti nel mio saggio *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell’uguaglianza*, cit.

<sup>94</sup> Si vedano le lucide considerazioni di T. TREU già in AA.VV. *Lo Statuto dei lavoratori: un bilancio politico*, De Donato, Bari, 1977 p. 24-25. Per una recente riflessione al riguardo v. L. ZOPPOLI, *Contratto a tutele crescenti e altre forme contrattuali*, in *Il Jobs Act: quale progetto per il diritto del lavoro?*, cit., p. 54-55.

senza residui la responsabilità della cooperazione negoziale per un fine comune, assumendo quella duplice posizione di debitore-creditore tipica dei contratti a prestazioni corrispettive. Si potrebbe anzi dire che ogni qualvolta le parti contrattuali sono costrette dall'ordinamento a ripristinare lo scambio sinallagmatico si ha implicitamente una testimonianza della fondamentale natura di questa norma come espressione dei doveri solidaristici della Costituzione<sup>95</sup>.

Certo, come si è notato, con l'ordinamento giuridico la condizione lavorativa presenta «legami storicizzati che mutano al mutare della *percezione dell'apporto che il lavoro è chiamato a fornire nella realizzazione della cittadinanza sociale*»<sup>96</sup>, a cui non sfugge la tutela del lavoratore anche in materia di licenziamento. Ma nella fattispecie, paralizzando il potere del giudice, in realtà cambia la natura del potere datoriale, collocato in una posizione di semi-immunità, insensibile alle sollecitazioni dell'ordinamento giuridico (il quale, pur esigendo specifiche condizioni causali, non possiede in concreto capacità reattiva, pur in presenza di un uso distorto e illegittimo del potere medesimo). Da questo punto di vista, la riforma sembra ispirarsi ad una filosofia di fondo dei rapporti lavorativi che si discosta, non si sa quanto consapevolmente, dalle radici fondanti del costituzionalismo sociale<sup>97</sup>: un brusco taglio dei ponti con la cultura del Novecento.

Dopo le già radicali rotture conseguite grazie alla legislazione recessiva dei primi anni 2000, culminata nel d. lgs. n. 276/2003, la preoccupazione di molti studiosi è ora l'oscurarsi definitivo e dei doveri di solidarietà nel mondo del lavoro in nome di un'evanescente e mai chiarita “tutela sul mercato”<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> Oggetto, questo principio, di un frettoloso revisionismo, rischiando di riportare in auge un'impostazione unilaterale dei rapporti in azienda (cfr. L. ZOPPOLI, *op. ult. cit.* p. 57).

<sup>96</sup> E. ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del lavoratore nell'ordinamento multilivello*, cit., p. 6 del testo provvisorio.

<sup>97</sup> Si vedano gli spunti in tal senso di V. BAVARO, *Appunti sul Jobs Act e la costituzione materiale del Diritto del Lavoro*, in Atti del Convegno svoltosi a Roma il 19 febbraio 2015 *Il Jobs Act: quale progetto per il diritto del lavoro?*, cit., p. 79 ss.

<sup>98</sup> Come scrive giustamente ZOPPOLI, in *Contratto a tutele crescenti e altre forme contrattuali*, in *Il Jobs Act: quale progetto per il diritto del lavoro?*, cit., p. 57, il prezzo che si paga

Per tornare nuovamente alla metafora del “risveglio” di Veronesi, che la società civile assuma un impegno a difesa dei valori solidaristici non può essere, dunque, che una buona notizia. In questo contesto merita di essere attentamente valutata l’iniziativa referendaria promossa dalla CGIL, che ha raccolto a sostegno un inconsueto numero di firme (oltre tre milioni), concentrandosi su tre specifici quesiti (i voucher, i licenziamenti e il regime di disciplina dell’appalto, ammesso ovviamente che essi superino il vaglio della Corte costituzionale)<sup>99</sup>. Anche se non è certo che possa dirsi, questa, una “buona notizia”, potendosi dubitare che la risposta sindacale più efficace contro le politiche del lavoro in auge sia quella che passa attraverso lo strumento del referendum popolare, segnale piuttosto della situazione molto precaria del sindacato italiano sul fronte della propria capacità di mobilitazione e risposta (anche ricordando gli aspri conflitti che hanno accompagnato invece l’approvazione in Francia di una riforma da molti ritenuta molto vicina al *Jobs Act* di Renzi). Pur non volendo recitare il ruolo di Cassandra, non si può evitare qui di sottolineare che quella referendaria potrebbe in effetti rappresentare un ulteriore tappa negativa della vicenda sindacale italiana, qualora registrasse nuove divisioni o si risolvesse in una sconfitta politica, e rivelarsi addirittura un *boomerang*, rafforzando la posizione di chi difende quell’impostazione e rendendo ancora più difficile qualsiasi prospettiva futura di “riforma della riforma”<sup>100</sup>.

---

con la riforma «è che il diritto del lavoro del futuro viene basato su un contratto intimamente sbilanciato, un contratto che registra e perpetua una disuguaglianza tra i contraenti».

<sup>99</sup> Nonostante sia formulato in modo molto complicato, il quesito sui licenziamenti non dovrebbe però incontrare ostacoli sulla strada della sua ammissibilità, visto che (al pari degli altri due) è comunque univoco e la disciplina residuale (o per meglio dire la “normativa di risulta”). Cfr. fra le altre Corte Cost. n. 35/2000.

<sup>100</sup> Da più di un decennio, e precisamente dalla sottoscrizione del “Patto per l’Italia” nel 15 luglio 2002 con il Governo Berlusconi da parte di Cisl e Uil, con il dissenso della Cgil, l’unità sindacale fra le tre grandi confederazioni, intesa come unità d’intenti e d’azione, può dirsi finita, o nel migliore dei casi ridotta ad un simulacro, di cui si possono verificare con mano le conseguenze sulle condizioni normative e salariali dei lavoratori.

In ogni caso, al di là di queste considerazioni, bisogna dire che la svolta – qualora fosse effettivamente approvata dal legislatore referendario – non potrebbe essere più radicale. I quesiti tendono, infatti, all’abrogazione totale del d. lgs. n. 23/2015 e ad un rimaneggiamento molto esteso dell’attuale testo dell’art. 18 l. n. 300/1970 (così come modificato a seguito dell’entrata in vigore della l. n. 92/2012)<sup>101</sup>. La disciplina verrebbe ridisegnata completamente, cancellando dall’ordinamento il contratto a tutele crescenti e intervenendo profondamente su molte parti del testo vigente dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori, che si applicherebbe senza distinzioni a nuovi e vecchi assunti. Il progetto è riaffermare il carattere egemonico della reintegrazione, modello sanzionatorio che diverrebbe, in caso di vittoria, praticamente dominante. E difatti l’altra importante innovazione rispetto all’assetto vigente, modificando i limiti applicativi della norma, sta nell’estensione dell’applicazione dell’art. 18 a tutti i datori di lavoro che occupano alle proprie dipendenze più di cinque lavoratori. Si tratta dunque di un’iniziativa che tende a rilanciare l’idea di una regolazione garantista declinata nel senso della parificazione quasi generalizzata dei lavoratori subordinati sul piano della disciplina rimediale applicabile<sup>102</sup>. La visione universalistica delle tutele da parte della CGIL non è del resto una novità e lo dimostra la coeva Carta dei diritti universale del lavoro, oggetto di un’iniziativa di legge popolare sostenuta anch’essa da oltre un milione di firme, che tende a rappresentare

---

<sup>101</sup> Gli altri due quesiti riguardano rispettivamente le norme che introducono e disciplinano i c.d. voucher (con abrogazione in toto degli artt. 48, 49 e 50 d. lgs. n. 81/2015) e quelle riguardanti la disciplina della responsabilità e dei controlli sugli appalti (con parziale abrogazione dell’art. 29 d. lgs. n. 276/2003). Anche in questo caso non ci sono dubbi sull’ammissibilità dei quesiti.

<sup>102</sup> Non è la prima volta che l’art. 18 dello Statuto viene trascinato in un’arena referendaria. Già nel 2000 e nel 2003 il “popolo sovrano” ha dovuto pronunciarsi su iniziative formulate con intenti del tutto opposti (nel primo caso, propugnando l’abrogazione *sic et simpliciter* dell’art. 18 e nell’altro l’abrogazione invece dei limiti applicativi per le aziende di minori dimensioni). In entrambi i casi non si raggiunse il quorum, ma è utile ricordare che il primo dei due referendum registrò comunque una bocciatura a larga maggioranza dei votanti del quesito proposto.

in modo molto chiaro e netto il punto di vista del sindacato confederale sulle politiche legislative perseguite finora<sup>103</sup>.

La difficoltà di raggiungere il *quorum* rischia tuttavia di paralizzare l'effetto travolgente di un referendum che può contare su una prevedibile maggioranza (come nella consultazione referendaria del 2003)<sup>104</sup>. Un certo "massimalismo" della proposta referendaria, che addirittura promuove l'abbassamento della soglia di applicabilità dell'art. 18, potrebbe essere uno dei suoi fattori di maggiore debolezza, anche se, probabilmente, gli stessi promotori intendono utilizzare il referendum più come occasione per una campagna politica sulle scelte di fondo dei *policy makers* italiani ed europei – agendo in tal senso da soggetto politico più che sindacale in senso stretto, com'è nella tradizione della CGIL - più che puntando davvero ad un suo esito positivo (cioè effettivamente abrogativo).

Ma che le politiche del lavoro possano cambiare grazie al referendum è molto improbabile, essendo piuttosto necessario un mutamento d'orizzonte di carattere generale (che semmai s'avverte nell'aria ma non nelle cose). Allo stato questa è una prospettiva ancora utopica, l'inverarsi, a ben vedere, di una nuova costituzione economica lontana anni luce da quella imperante negli ultimi anni, che Stiglitz ha ribattezzato come economia politica *offerlista*, fondata sull'idea (meglio, sul mito) che la crisi si risolva dal lato dell'offerta e non della domanda.<sup>105</sup> E che così giustifica l'attacco a quelli che nel dibattito anglosassone vengono definiti, talvolta con disprezzo, *middle-class entitle-*

---

<sup>103</sup> La proposta della CGIL è pubblicata dalla Rivista giuridica del lavoro, 2016, 1. Si veda il commento di L. ZOPPOLI, in *Tradizione e innovazione nella Carta dei diritti universali del lavoro della CGIL*, relazione al Convegno di Napoli, 15 giugno 2016, paper.

<sup>104</sup> Sull'istituto del referendum è intervenuta la riforma costituzionale approvata dalle Camere (ed ora in attesa di referendum confermativo ex art. 138 Costituzione), ma in modo molto controverso (con un *quorum* diversificato in relazione al numero di firme raccolte dai promotori, di cui non si comprende la *ratio*, e con la previsione di referendum propositivi e di indirizzo ma rinviati alla legislazione attuativa). Per una disamina critica delle modifiche introdotte dalla contestata legge di riforma costituzionale, G. ZAGREBELSKY, *Loro diranno noi diciamo. Vedemecum sulle riforme costituzionali*, Laterza ed., 2016.

<sup>105</sup> J. STIGLITZ, *The Price of Inequality. How Today's Divided Society Endangers Our Future*, cit., qui p. 357 ss. della traduzione italiana, anche per una messa a punto critica della screditata teoria liberista della regolazione dei mercati.

*ments*, fra i quali si può annoverare la stessa nostra legislazione garantista oltre ovviamente tutte le altre “provvidenze” sociali, obiettivi principali delle “nuove” politiche.<sup>106</sup> A voler essere ottimisti si potrebbe però concludere con le parole di Annie Ernaux in *Les années*: «In ogni momento, assieme a ciò che viene considerato naturale fare e dire ... ci sono tutte quelle cose su cui la società tace senza rendersene conto, destinando a un disagio solitario chi quelle stesse cose le sente senza saperle nominare. Un silenzio che un giorno si rompe, d’un tratto o poco a poco, e delle parole cominciano a sgorgare sulle cose, finalmente riconosciute, mentre al di sopra si vanno formando altri silenzi».

---

<sup>106</sup> Laddove, probabilmente, uno dei maggiori problemi che impediscono la crescita economica è proprio l’iniqua distribuzione dei redditi, come ancora osservano economisti autorevolissimi come STIGLITZ, *op. ult. cit.* p. 381 ss. e tanti altri oramai, d’orientamento keynesiano, che sottopongono a revisione critica i postulati della dottrina neoliberista (v. paragrafo 1, in nota, per i riferimenti).



# IL PROCEDIMENTO DI REVISIONE COSTITUZIONALE NEI LAVORI DELL'ASSEMBLEA COSTITUENTE

di *Luciana Pesole*

SOMMARIO: 1. *Premessa*; 2. *La bocciatura del procedimento di revisione mediante scioglimento delle Camere*; 3. *L'iniziativa della revisione*; 4. *L'ampiezza e chiarezza del potere di revisione*; 5. *La valenza del referendum previsto nell'ambito del procedimento di revisione*; 6. *Il valore della ponderazione come elemento pervasivo di tutto il dibattito*.

## 1. Premessa

Volgere lo sguardo verso il passato non rappresenta necessariamente un'inutile operazione nostalgica, ma più spesso diventa il modo per dare una più corretta interpretazione del presente.

Quando si prendono in considerazione gli Atti dell'Assemblea costituente diviene possibile cercare e individuare l'intento di fondo dei Costituenti e, quindi, ricostruire le fondamenta su cui si regge l'attuale assetto costituzionale. Ripercorrere le tappe che hanno condotto l'Assemblea costituente ad approvare l'attuale procedimento di revisione costituzionale significa in particolare scoprire che molti dei temi oggi dibattuti non costituiscono una novità, ma erano emersi già allora (a volte in modo sfumato, altre volte in modo più puntuale). Non sempre il dibattito costituente ci fornisce indicazioni risolutive, ma ci permette comunque di focalizzare meglio alcune delle problematiche attuali e, soprattutto, di cogliere lo spirito con cui sono state affrontate in sede costituente.

Alla discussione sul procedimento di revisione non fu dedicato molto tempo. Le sedute più significative sono quelle che si svolgono in Commissione (più precisamente nella prima Sezione della seconda Sottocommissione) il 15 e 16 gennaio 1947, mentre l'approvazione finale in Assemblea avviene, dopo un dibattito piuttosto stringato e sen-

za particolari tensioni, il 3 dicembre 1947<sup>1</sup>. Come è noto, la parte finale della Costituzione (il titolo VI sulle Garanzie costituzionali) viene affrontata con la fretta di chiudere per consentire l'entrata in vigore della Costituzione il 1° gennaio 1948. Inoltre, alla fine dei lavori, era probabilmente subentrata una certa stanchezza. Lo si evince anche dalle parole di Paolo Rossi, quando riferisce all'Assemblea sulle decisioni adottate in Commissione e sottolinea che sono intervenuti più di cinquanta oratori di tutti i gruppi, ma senza che nessuno di loro si sia soffermato sul procedimento di revisione<sup>2</sup>. Evidentemente quest'ultimo, essendo un tema piuttosto tecnico e collocato alla fine della Costituzione, non aveva suscitato una particolare attenzione. Ciò nonostante, la lettura dei resoconti delle sedute che hanno affrontato la questione del procedimento da seguire per modificare la Costituzione fa emergere comunque degli aspetti interessanti, che sono degni di essere analizzati.

## 2. La bocciatura del procedimento di revisione mediante scioglimento delle Camere

Il procedimento di revisione costituzionale preso in considerazione prima di quello attualmente in vigore stabiliva che l'approvazione di revisioni costituzionali avrebbe comportato lo scioglimento delle Camere. Una volta deciso che la nuova Costituzione sarebbe stata di carattere rigido, la prima ipotesi di procedimento aggravato di cui si di-

---

<sup>1</sup> Sulle modalità organizzative del lavoro costituente v., da ultimo, l'analisi in chiave storico-politica di P. POMBENI, *La questione costituzionale in Italia*, Bologna, 2016, 195 ss. Per quanto concerne, invece, l'indagine sul procedimento di revisione nella fase immediatamente precedente all'elezione dell'Assemblea costituente, si rinvia a M.L. MAZZONI HONORATI, *Il referendum nella procedura di revisione costituzionale*, Milano, 1982, 23 ss. Si puntualizza inoltre che nel presente lavoro si è utilizzato, per esaminare i lavori dell'Assemblea costituente, il sito [www.lanascitadellacostituzione.it](http://www.lanascitadellacostituzione.it), a cura di Fabrizio Calzaretto, che riporta per ogni articolo della Costituzione le sedute che gli sono state dedicate. Le citazioni che si riportano nelle note seguenti devono, quindi, ritenersi riferite al sito che si è appena indicato.

<sup>2</sup> Seduta pomeridiana dell'Assemblea costituente del 14 novembre 1947, p.1. Il disinteresse nei confronti del procedimento di revisione potrebbe significare che tutti sono convinti che la Costituzione debba durare per lunghissimo tempo e, quindi, nessuno si preoccupa di stabilire le regole per la sua modifica, oppure che regna perfino tra i Costituenti «un deplorabile scetticismo sull'autorità, sull'efficacia e il rigore» della Costituzione (così Paolo Rossi).

scusse approfonditamente fu appunto quella che prevedeva l'approvazione della legge di revisione da parte della Camere in carica (a maggioranza assoluta), seguita dallo scioglimento delle Camere e dalle conseguenti elezioni delle nuove Camere, che come atto iniziale avrebbero dovuto confermare a maggioranza semplice la revisione approvata dalle Camere precedenti senza apportare emendamenti<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Il 15 gennaio 1947 la prima Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione inizia la discussione sulla revisione costituzionale, che prosegue poi il giorno seguente. Il relatore Paolo Rossi (p.1) evidenzia come l'ipotesi dello scioglimento delle Camere (che si è indicata nel testo) possa rappresentare «una notevole garanzia». Si tratta di un procedimento che prese spunto dalle Costituzioni del Belgio del 1921 e della Spagna del 1931, che contemplavano però la possibilità per le Camere neolette di apportare emendamenti al testo approvato dalle Camere precedenti. Lo sottolinea, in senso critico rispetto alla proposta di Rossi, Mortati nella seduta del 16 gennaio 1947, p.3. Una critica analoga era stata formulata, sempre nel corso della seduta del 16 gennaio, anche dal Presidente Terracini (v. p.2), il quale aveva evidenziato che non è corretto vincolare le nuove Camere «ad una formulazione precisa», visto che queste nascono come «Assemblea costituente» (cioè per approvare una revisione costituzionale) e solo in un secondo momento si trasformano in «Assemblea legislativa» (sullo stesso tema si sofferma poi anche Piccioni: v. p.3-4). Stupisce la qualifica di «costituente» attribuita alle nuove Camere. Il potere che queste avrebbero dovuto esercitare, in realtà, sarebbe stato comunque espressione di potere costituito (purché esercitato nel rispetto dei limiti formali e materiali deducibili dalla Costituzione). In tale ambito risulta applicabile la distinzione utilizzata da A. PIZZORUSSO, *Art.138, in Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1981, 712, che contrappone il potere costituente «ordinario» (quello che viene esercitato quando si modifica la Costituzione) al potere costituente «straordinario» (quello esercitato dall'Assemblea costituente, che ha condotto all'approvazione della Costituzione repubblicana). Probabilmente, comunque, nell'ipotesi in questione c'è anche una componente di inesperienza costituzionale che incide sulla precisione terminologica e concettuale. Quando si utilizzano documenti risalenti nel tempo è inevitabile che, accanto ai tanti profili che risultano strettamente connessi con il presente, e quindi ancora attuali, ve ne siano invece altri legati a quel momento storico e successivamente superati. Diversi spunti in tal senso si colgono, ad es., nella seduta pomeridiana dell'Assemblea costituente del 3 dicembre 1947, dedicata all'approvazione definitiva del procedimento di revisione. Nel corso della seduta si discute del problema del rinvio presidenziale delle leggi costituzionali (sul punto v. nota 23) e questo spiega almeno in parte certe discrepanze. Di fatto dagli interventi sembra emergere che non si possono far entrare in vigore leggi incostituzionali e mettere così la Corte costituzionale di fronte al fatto compiuto (affermazione che stride con la struttura del giudizio incidentale, che, come è noto, sarà introdotto solo dopo l'entrata in vigore della Costituzione) e che il controllo presidenziale sulle leggi costituzionali deve riguardare solo la regolarità del procedimento utilizzato, mentre non è possibile sollevare la «questione di incostituzionalità» (affermazione che sembrerebbe riconoscere la sindacabilità delle leggi costituzionali solo per vizi formali e non per quelli materiali, a differenza di quanto sarà poi chiarito definitivamente solo con la sentenza n.1146/1988 della Corte costituzionale). V. rispettivamente Benvenuti, p.4-5 e Perassi, p.7.

L'elezione delle nuove Camere viene presentata come modalità, alternativa al referendum, che avrebbe consentito la manifestazione della volontà popolare nell'ambito della revisione costituzionale<sup>4</sup>. L'intervento popolare nel procedimento di revisione costituzionale era stato, quindi, pensato nella forma della consultazione elettorale finalizzata a scegliere la composizione politica delle Camere che avrebbero provveduto a confermare (o respingere) la revisione approvata dalle Camere precedenti.

Alla fine della seduta vengono approvati sia il principio che la volontà popolare si sarebbe manifestata mediante il ricorso a nuove elezioni, sia il principio (collegato al primo) che dopo l'approvazione della riforma costituzionale le Camere avrebbero dovuto sciogliersi<sup>5</sup>.

Ma la decisione viene poi ribaltata nella seduta del giorno successivo (16 gennaio 1947), quando il Presidente Terracini (alla luce del dibattito svoltosi in seno alla prima Sezione della seconda Sottocommissione) ritiene opportuno sottoporre nuovamente alla votazione il prin-

---

<sup>4</sup> L'alternatività al referendum si deduce dalla lettura del dibattito relativo all'ipotesi della revisione mediante lo scioglimento delle Camere. In particolare il Presidente Terracini, durante la votazione sui principi relativi alla revisione costituzionale che si svolge alla fine della seduta del 15 gennaio 1947, parla chiaramente di intervento della volontà popolare mediante «due soluzioni alternative: il referendum o le elezioni» (p.6). Il punto in realtà non è sempre chiaro. Mortati, durante la discussione svoltasi sempre il 15 gennaio 1947 (p.7), manifesta la sua perplessità in merito al procedimento di revisione che comporta lo scioglimento delle Camere, sottolineando che, visto il divieto di mandato imperativo, non c'è alcuna garanzia che le nuove Camere rispettino «il mandato implicito popolare». Pertanto sarebbe opportuno «o rinunciare alle elezioni delle Camere o ricorrere al referendum». Sembrerebbe, quindi, che il mantenimento del procedimento con lo scioglimento delle Camere avrebbe dovuto comportare l'intervento popolare (anche) mediante referendum. Occorre comunque rilevare che la posizione di Mortati si collega in modo palese al *favor* che l'illustre costituzionalista ha sempre manifestato nei confronti dell'istituto referendario. Inoltre la sua opinione sul punto risulta più comprensibile se confrontata con quanto lo stesso Mortati aveva affermato precedentemente nel corso della stessa seduta (v. p.3), quando aveva dichiarato esplicitamente che per un Paese come l'Italia è più opportuno che l'intervento popolare avvenga mediante referendum piuttosto che mediante nuove elezioni. Il referendum dovrebbe essere successivo all'approvazione della revisione da parte delle Camere in carica e, in caso di esito positivo, «sarebbe preferibile evitare lo scioglimento». Confrontando i due interventi di Mortati sembrerebbe, quindi, che il procedimento di revisione con lo scioglimento delle Camere potrebbe essere mantenuto ma a condizione di inserire, dopo l'approvazione della riforma costituzionale da parte delle Camere in carica, l'intervento popolare mediante referendum (referendum che, qualora desse un esito confermativo della riforma approvata in ambito parlamentare, potrebbe impedire lo scioglimento delle Camere stesse). Una posizione analoga viene assunta in seguito anche da Nobile (v. la seduta del giorno successivo, il 16 gennaio 1947, p.1).

<sup>5</sup> V. la seduta del 15 gennaio 1947, p.6.

cipio (rigettato il giorno precedente) «che il ricorso alla volontà popolare debba farsi con l'indire il referendum»<sup>6</sup>, principio che questa volta viene invece approvato determinando così l'inizio di quel percorso che condurrà alla formulazione dell'attuale art.138 Cost.

Per quanto concerne i rilievi critici che condussero a respingere l'ipotesi originaria di revisione mediante scioglimento delle Camere è interessante quanto rilevato da Paolo Rossi, nella seduta del 15 gennaio 1947, sul carattere opposto di alcuni di tali rilievi. Per alcuni si sarebbe trattato di un'ipotesi che avrebbe reso troppo difficoltosa la revisione, per altri invece non sarebbe stata sufficientemente garantista in quanto l'approvazione della revisione da parte delle Camere neo-elette sarebbe avvenuta a maggioranza semplice, quindi senza tutelare la partecipazione delle minoranze<sup>7</sup>. La prima osservazione critica è significativa perché rappresenterà poi uno dei motivi principali per cui la proposta sarà respinta e si opterà conseguentemente per il procedimento con la doppia deliberazione. Ma forse ancora più degna di nota è la seconda osservazione, che mette in luce uno dei principali fili conduttori del procedimento di revisione costituzionale: la necessità che non sia il frutto della sola maggioranza, ma consenta anche l'intervento e la partecipazione delle forze politiche di minoranza. La sottolineatura fatta da Paolo Rossi in merito alle valutazioni di segno opposto date al procedimento da lui proposto (per alcuni eccessivamente rigido, per altri non sufficientemente rigido) fa emergere in modo chiaro quella relatività nella comparazione tra i diversi possibili procedimenti di revisione, per cui non sempre è agevole capire se le scelte effettuate in merito vadano nel senso di un maggiore o minore aggravamento<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Seduta del 16 gennaio 1947, p.4.

<sup>7</sup> V. rispettivamente gli interventi di Nobile e di Tosatti, sempre nella seduta del 15 gennaio 1947, p.3. Paolo Rossi risponde all'obiezione di Tosatti sottolineando che, trattandosi di una revisione già approvata a maggioranza assoluta dalle Camere che poi si sono sciolte, per le nuove Camere deve ritenersi sufficiente la maggioranza semplice per evitare che una minoranza possa impedire l'approvazione di una riforma che ha già ottenuto un ampio assenso da parte delle precedenti Camere. Quest'ultimo profilo, tra l'altro, era già stato evidenziato da Paolo Rossi all'inizio della seduta (v. p.1), quando, nell'illustrare le diverse possibili alternative relative al procedimento aggravato necessario per la revisione costituzionale, aveva manifestato le sue perplessità nei confronti di quei sistemi che prevedono maggioranze qualificate per la revisione, in quanto danno di fatto alle minoranze il potere di ostacolare le riforme.

<sup>8</sup> V. per tutti S.P. PANUNZIO, *Le vie e le forme per l'innovazione costituzionale in Italia: procedura ordinaria di revisione, procedure speciali per le riforme costituzionali, percorsi alter-*

Le motivazioni principali che indussero a respingere la proposta della revisione mediante scioglimento delle Camere trovano fondamento nella ricerca del giusto equilibrio tra il prevedere un procedimento aggravato a garanzia della rigidità della Costituzione e, nel contempo, fare in modo che detto procedimento non sia tale da rendere eccessivamente difficile la modifica della Costituzione. Rimangono in tal senso emblematiche le parole pronunciate da Paolo Rossi, a nome della Commissione, davanti all'Assemblea costituente nella seduta pomeridiana del 14 novembre 1947: «La Costituzione non deve essere un masso di granito che non si può plasmare e che si scheggia; e non deve essere nemmeno un giunco flessibile che si piega ad ogni alito di vento. Deve essere, dovrebbe essere, vorrebbe essere una specie di duttile acciaio che si riesce a riplasmare faticosamente sotto l'azione del fuoco e sotto l'azione del martello di un operaio forte e consapevole!»<sup>9</sup>. Il procedimento fondato sullo scioglimento delle Camere avrebbe reso troppo complicata la modifica della Costituzione, mentre il procedimento con la doppia deliberazione sarebbe stato più agevole e avrebbe comunque garantito la necessaria ponderazione, grazie all'intervallo di tre mesi tra una deliberazione e l'altra<sup>10</sup>. I tre mesi

---

*nativi*, in A.A. CERVATI, S.P. PANUNZIO, P. RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*, Torino, 2001, 109 ss. (spec.110).

<sup>9</sup> Seduta pomeridiana del 14 novembre 1947 (p.2), nel corso della quale l'Assemblea costituente prosegue la discussione generale sui Titoli IV e VI della Parte seconda del progetto di Costituzione. L'intervento di Paolo Rossi è interessante da diversi punti di vista. Innanzitutto, come si è già evidenziato all'inizio (v. nota 2), mette in luce la scarsa attenzione dedicata dall'Assemblea al tema della revisione costituzionale (sulla cui importanza probabilmente non c'era ancora piena consapevolezza). Inoltre evidenzia in modo chiaro i profili problematici della revisione mediante scioglimento delle Camere, nonostante fosse stato proprio lui il maggiore artefice di tale ipotesi (parla di «congegno troppo macchinoso», soprattutto se si devono realizzare riforme di secondaria importanza; sottolinea il rischio di un continuo rinvio di «riforme necessarie ed urgenti, data la legge biologica di conservazione che è comune alle razze animali e parlamentari»; rileva la dubbia legittimità di un sistema in cui le Camere che si sciolgono vanno a condizionare i poteri e le attività delle nuove Camere; infine fa notare come potrebbe manifestarsi l'esigenza di una revisione talmente urgente «da non consentire, senza grave pericolo, senza gravissimo danno, la mora della doppia legislazione») (p.1-2).

<sup>10</sup> In tal senso si era già espresso Nobile nella seduta della prima Sezione della seconda Sottocommissione del 15 gennaio 1947, p.2. Si vedano anche le considerazioni formulate dal Presidente della Commissione per la Costituzione Meuccio Ruini nella relazione che accompagnava il Progetto di Costituzione della Repubblica italiana.

vengono ritenuti un arco temporale sufficientemente lungo da consentire una valutazione meditata della revisione costituzionale, ma anche abbastanza breve da evitare l'eccessivo protrarsi di una situazione indefinita.

Diverse perplessità erano emerse sul procedimento con lo scioglimento delle Camere, durante la discussione in seno alla prima Sezione della seconda Sottocommissione che si svolse nei giorni 15 e 16 gennaio 1947<sup>11</sup>, ma il motivo predominante che portò a scartare tale ipotesi mi pare che vada appunto ravvisato nella eccessiva difficoltà che avrebbe caratterizzato la revisione incentrata sul sistema della doppia legislatura.

### **3. L'iniziativa della revisione**

La seduta del 16 gennaio 1947 della prima Sezione della seconda Sottocommissione della Commissione per la Costituzione si conclude con l'approvazione della proposta Perassi<sup>12</sup>, che è molto vicina al pro-

---

<sup>11</sup> Nella seduta del 15 gennaio, ad es., Nobile (p.1-2) sottolinea tra le altre cose l'inopportunità di un sistema che, nel momento in cui si palesa l'esigenza di modificare la Costituzione, costringe le Camere allo scioglimento e determina così una situazione che complica in modo significativo le revisioni costituzionali (che dovrebbero invece essere facilitate, viste le numerose novità introdotte dalla nuova Costituzione), con la possibile ulteriore conseguenza che possa crearsi una frattura tra il Paese e la Camere nel caso in cui queste si dimostrino restie a decretare il proprio scioglimento. Nel corso della stessa seduta Tosato (p.2) osserva che le elezioni delle nuove Camere non possono considerarsi una presa di posizione del popolo sul tema della revisione, in quanto questa non sarà altro che uno dei tanti aspetti discussi nel corso della campagna elettorale. Il Presidente Terracini (p.7-8) manifesta poi la sua perplessità per un procedimento di revisione che costringe le Camere allo scioglimento anche quando potrebbero non avere ancora esaurito il loro compito e nel contempo evidenzia come un sistema del genere renda di fatto difficile la realizzabilità di riforme costituzionali di secondaria importanza, dal momento che è improbabile che le Camere siano disposte a sciogliersi per consentire revisioni non particolarmente significative (per quanto necessarie). Piccioni (p.7) mette in luce l'inutilità del sacrificio delle Camere che si sciogliono nell'ipotesi in cui le nuove Camere respingano la revisione (sul punto però Paolo Rossi replica evidenziando che ciò starebbe a dimostrare il venir meno della corrispondenza tra la volontà del corpo elettorale e la composizione delle vecchie Camere, il cui scioglimento quindi risulterebbe comunque opportuno). Si vedano, inoltre, le critiche su cui ci si è già soffermati precedentemente (v., in particolare, note 4, 7 e 9).

<sup>12</sup> Il giorno precedente, nel corso della discussione in seno alla prima Sezione della seconda Sottocommissione, Perassi (v. p.2) aveva già formulato, a livello embrionale, la sua proposta alternativa alla revisione mediante scioglimento delle Camere, evidenziando l'opportunità di adottare il sistema della doppia lettura con un congruo «periodo di rifles-

cedimento di revisione attualmente previsto in Costituzione. Erano già contemplate la doppia deliberazione (lettura) con un intervallo di tre mesi, la maggioranza assoluta (per il voto finale) nella seconda lettura, la possibilità di richiedere referendum per un quinto dei membri di una Camera o per cinquecentomila «cittadini aventi diritto di voto», l'esclusione di tale possibilità nel caso in cui fosse stata raggiunta la maggioranza dei due terzi «in seconda lettura da ciascuna delle due Camere»<sup>13</sup>.

Il testo che viene approvato il 16 gennaio 1947 in seno alla prima Sezione della seconda Sottocommissione è molto simile all'art.130 del progetto di Costituzione che verrà elaborato dalla Commissione. Quest'ultimo si distingue dal primo, oltre che per una migliore formulazione linguistica, per l'inserimento di sette Consigli regionali tra i soggetti che possono richiedere il referendum.

La differenza di maggiore rilievo rispetto all'attuale art.138 Cost. concerne la presenza di un primo comma (sia nella proposta Perassi approvata il 16 gennaio 1947, sia nell'art.130 del progetto di Costituzione) che riservava l'iniziativa delle revisioni costituzionali al Governo e alle Camere. L'art.130, 1°co., del progetto di Costituzione di-

---

sione tra una votazione e l'altra» e con la previsione di un referendum non obbligatorio, ma da richiedersi solo in caso di mancato raggiungimento di una maggioranza particolarmente elevata. Sulla base dell'intervento di Perassi formula poi la sua proposta Nobile (p.2-3), che prevedeva l'approvazione della revisione da parte dell'Assemblea Nazionale (le due Camere riunite insieme), con due deliberazioni a distanza di tre mesi (la prima a maggioranza assoluta, la seconda a maggioranza relativa) e la sottoposizione della proposta di revisione a referendum, salvo che nella seconda deliberazione non fosse stata raggiunta la maggioranza dei due terzi. Come si è detto, la seduta del 15 gennaio si era poi conclusa con l'approvazione del procedimento di revisione con scioglimento delle Camere (che sarà invece respinto il giorno successivo).

<sup>13</sup> Il testo che viene approvato alla fine della seduta del 16 gennaio 1947 contiene due differenze rispetto alla proposta presentata nel corso della seduta da Perassi (v. p.4): l'intervallo di tempo tra le due deliberazioni delle Camere viene ridotto da sei a tre mesi e viene aggiunta la possibilità di richiedere referendum per un quinto dei membri di una Camera (originariamente, quindi, tale possibilità era stata pensata solo a favore dei cinquecentomila elettori). Da notare che alla fine della seduta Nobile (appoggiato dallo stesso Perassi) aveva chiesto di inserire la possibilità di richiedere il referendum anche a favore di una quota delle Assemblee regionali (un quinto), ma la proposta era stata respinta dalla Sezione (v. p.5). Come si evidenzia più avanti nel testo, nell'art.130 del progetto di Costituzione elaborato dalla Commissione saranno poi introdotti tra i soggetti che possono farsi promotori del referendum costituzionale sette Consigli regionali.

sponeva testualmente: «L'iniziativa della revisione costituzionale appartiene al Governo ed alle Camere»<sup>14</sup>.

Nel dibattito svoltosi nella prima Sezione della seconda Sottocommissione era emersa in modo diffuso la convinzione che il Governo, insieme alle Camere, fosse il soggetto istituzionale in grado di rappresentare meglio la sensibilità del corpo elettorale<sup>15</sup>. Da notare che anche nel procedimento di revisione, respinto dalla Sezione, che prevedeva lo scioglimento delle Camere si parlava di «proposta di modificazione della Costituzione...introdotta dal Governo, o per iniziativa parlamentare»<sup>16</sup>. Si trattava, quindi, di un'idea "trasversale", presente in entrambe le principali proposte di procedimento di revisione costituzionale (quello con lo scioglimento delle Camere e quello con la doppia deliberazione parlamentare).

L'idea dell'iniziativa riservata al Governo (oltre che alle Camere), come si è detto, era ampiamente condivisa. L'unica opinione veramente dissenziente in merito sembra essere quella di Piccioni, il quale sottolineava che il Governo «rappresenta il potere esecutivo e non riflette le esigenze del Paese», pertanto sarebbe necessario riconoscere l'iniziativa della revisione costituzionale soltanto alle Camere<sup>17</sup>.

Inoltre è particolarmente interessante la proposta di Mortati, che avrebbe voluto estendere l'iniziativa anche al popolo (cinquecentomila elettori), in quanto Camere e Governo non avrebbero una sufficiente sensibilità politica<sup>18</sup>. L'auspicio dell'iniziativa popolare viene comunque formulato senza mettere in discussione quella governativa e parlamentare (l'iniziativa del corpo elettorale avrebbe dovuto affiancarsi a quella di Governo e Camere, ritenuta, come si è detto, insufficiente).

---

<sup>14</sup> L'unica differenza testuale rispetto alla proposta Perassi approvata il 16 gennaio 1947 è ravvisabile nell'uso del singolare invece del plurale: si parla di iniziativa «della revisione costituzionale» anziché «delle revisioni costituzionali».

<sup>15</sup> In particolare si era espresso in questi termini Tosato nella seduta del 15 gennaio 1947, p.5, quando aveva evidenziato che la revisione della Costituzione va effettuata solo se sono in gioco questioni già entrate «nella sensibilità di larghi strati della popolazione» e i maggiori esponenti di tale sensibilità sono il Governo e le Camere. Occorre sottolineare che l'intervento di Tosati era finalizzato non solo a perorare la causa dell'iniziativa governativa e parlamentare, ma anche ad escludere l'opportunità di affidare tale iniziativa anche al popolo (sul punto v. anche più avanti nel testo).

<sup>16</sup> Si veda la proposta di Paolo Rossi formulata all'inizio della seduta del 15 gennaio 1947 (p.1).

<sup>17</sup> Seduta del 15 gennaio 1947, p.6.

<sup>18</sup> V. sempre seduta del 15 gennaio 1947, p.3 e p.5-6.

Secondo questa impostazione l'iniziativa popolare avrebbe permesso di sottoporre alla decisione delle Camere anche revisioni non prese in considerazione dai partiti politici; inoltre, nell'ambito del procedimento di revisione che prevedeva lo scioglimento delle Camere, avrebbe costretto queste ad esaminare la proposta popolare e, quindi, eventualmente ad accettare, anche nei casi di maggiore riluttanza, l'ipotesi dello scioglimento.

La seduta del 15 gennaio 1947 si conclude, però, con una votazione che respinge l'inserimento dell'iniziativa popolare: sulle ragioni a favore prevalgono quelle contrarie. In particolare venne contestata la maggiore difficoltà di raccogliere cinquecentomila firme rispetto alla rapidità e immediatezza dell'iniziativa parlamentare e fu paventato il rischio che una minoranza di cinquecentomila elettori potesse «proporre delle riforme solo per mettere in agitazione il Paese»<sup>19</sup>.

La versione definitiva del procedimento di revisione costituzionale viene approvata dall'Assemblea costituente nel corso della seduta pomeridiana del 3 dicembre 1947 grazie all'emendamento, sostitutivo dell'intero articolo 130 del progetto di revisione costituzionale, presentato da Perassi.

Le differenze tra le due versioni sono queste:

a) Il procedimento viene esteso, oltre alle leggi di revisione della Costituzione, anche alle «altre leggi costituzionali». Viene così identificata un'unica categoria di fonte del diritto, comprensiva sia delle leggi che modificano la Costituzione, sia delle leggi che intervengono in materia costituzionale senza apportare alcun cambiamento al testo costituzionale. In entrambi i casi si segue lo stesso procedimento, quindi siamo di fronte a due sottospecie appartenenti alla stessa cate-

---

<sup>19</sup> Si vedano gli interventi di Paolo Rossi nella seduta del 15 gennaio 1947, p.5. Da notare che in Paolo Rossi appare piuttosto ricorrente l'idea che la minoranza possa costituire un pericolo e un ostacolo (v. quanto si è già evidenziato alla nota 7). La non opportunità del riconoscimento dell'iniziativa anche a «gruppi popolari» (oltre che a Governo e Camere) viene ribadita da Paolo Rossi nella seduta pomeridiana del 14 novembre 1947, quando, a nome della Commissione, illustra all'Assemblea costituente il procedimento di revisione che era stato approvato (p.2). In tale sede evidenzia che in una democrazia rappresentativa retta da un sistema elettorale proporzionale non c'è ragione di riconoscere l'iniziativa al corpo elettorale perché sono presenti in Parlamento tutti i gruppi politici di una certa entità. Questi possono, quindi, farsi portavoce (anche nell'esercizio dell'iniziativa per il procedimento di revisione) degli interessi di quella quota del corpo elettorale che rappresentano. Sulla difficoltà di un'iniziativa che prevedeva la raccolta di cinquecentomila firme v. anche il Presidente Terracini nel corso della seduta del 15 gennaio 1947, p.5.

goria di leggi (quelle costituzionali appunto, che vengono introdotte in seguito alla scelta di adottare una Costituzione di tipo rigido)<sup>20</sup>;

b) Viene ridotto da sette a cinque il numero di Consigli regionali che possono richiedere il referendum (prevedere un numero di Consigli regionali troppo alto potrebbe creare problemi di natura politica, «data la distribuzione delle regioni d'Italia»);

c) Con riferimento al referendum viene aggiunta la frase: «La legge sottoposta a referendum non è promulgata se non è approvata dalla maggioranza dei voti validamente espressi». La puntualizzazione viene proposta da Perassi per sottolineare la peculiarità del referendum contemplato nel procedimento di revisione (rispetto ad un altro tipo di referendum, previsto per le leggi ordinarie nell'art.72 del progetto di Costituzione e poi non approvato, che, qualora fosse stato richiesto, avrebbe potuto sospendere l'entrata in vigore di una legge già promulgata, assumendo così «la configurazione giuridica di un veto»). Nel procedimento di revisione, secondo Perassi, il referendum «assume il valore giuridico di un elemento di formazione della legge costituzionale»<sup>21</sup>;

d) Scompare il 1° comma, che riservava l'iniziativa al Governo e alle Camere, ma senza che venga fatta alcuna discussione in merito. L'Assemblea vota la nuova versione del procedimento di revisione senza soffermarsi sul venir meno della disposizione che prevedeva l'iniziativa solo governativa e parlamentare. Senza questa espressa forma di riserva, di fatto l'iniziativa delle leggi costituzionali viene ad essere estesa anche al popolo, nonostante tale ipotesi fosse stata respinta, come si è visto, nella seduta della prima Sezione della seconda

---

<sup>20</sup> Nel suo intervento durante la seduta Perassi insiste sulla necessità di temperare i due concetti di “rigidità” e “non immutabilità”. Che la Costituzione sia rigida non significa che sia immutabile. Più incerta sul punto era apparsa la posizione di Paolo Rossi, quando nella seduta pomeridiana del 14 novembre 1947 aveva illustrato all'Assemblea il procedimento di revisione approvato dalla Commissione. Alla fine del suo intervento si era domandato se, con tale procedimento di revisione, ci si trovasse ancora di fronte ad una Costituzione rigida: «si potrebbe forse parlare di una Costituzione semi-rigida o piuttosto di una Costituzione garantita da un serio e severo congegno di revisione costituzionale» (p.3). Sembra, in sostanza, che la presenza di un procedimento di revisione vada ad attenuare la rigidità. In Perassi, invece, appare più chiara l'idea che la rigidità non comporta immutabilità.

<sup>21</sup> Sul valore del referendum nell'ambito del procedimento di revisione costituzionale v., più analiticamente, § 5.

Sottocommissione del 15 gennaio 1947<sup>22</sup>. Ma il silenzio sul punto fa pensare che l'Assemblea non si sia resa conto del tutto della significativa svolta derivante dall'eliminazione del vecchio 1° comma<sup>23</sup>.

L'evoluzione che ha condotto all'attuale formulazione dell'art.138 della Costituzione merita di essere confrontata con una delle critiche più ricorrenti formulate nei confronti della legge di revisione sottoposta a referendum il 4 dicembre 2016. E' stata contestata più volte l'iniziativa governativa di tale legge di revisione: il procedimento di revisione costituzionale deve essere il frutto di una condivisione tra maggioranza e opposizione, per cui deve ritenersi esclusa la possibilità di una iniziativa da parte del Governo<sup>24</sup>.

Se però teniamo conto della modalità con cui l'Assemblea costituente è giunta ad eliminare dal procedimento di revisione la disposizione che riservava al Governo e alle Camere l'iniziativa, non mi pare che ci siano i margini per negare a priori la possibilità di un'iniziativa governativa. La votazione sul procedimento di revisione, come si è visto, non ha fatto emergere alcun intento favorevole ad escludere la possibilità dell'iniziativa governativa. Nella versione approvata in Commissione l'iniziativa era espressamente prevista (solo) a favore di Governo e Camere, nella versione definitiva non compare più alcuna puntualizzazione in merito. L'interpretazione più lineare dell'eliminazione della disposizione che limitava la possibilità dell'iniziativa all'ambito governativo e parlamentare (tra l'altro verificatasi in maniera quasi inconsapevole) non mi pare possa condurre a

---

<sup>22</sup> V. nota 19.

<sup>23</sup> S.P. PANUNZIO, *Riforme costituzionali e referendum*, in *Referendum*, a cura di M. LUCIANI e M. VOLPI, Roma-Bari, 1992, 86, evidenzia che probabilmente Perassi era invece pienamente consapevole dell'estensione dell'iniziativa al corpo elettorale, vista la grande attenzione che aveva sempre dimostrato, insieme a Mortati, nei confronti delle manifestazioni della volontà popolare. Sul profilo in questione si è soffermato di recente anche M. VOLPI, *Referendum e iniziativa popolare: quale riforma?*, in *Costituzionalismo.it*, n.2/2016, parte I, 16. Nella seduta pomeridiana del 3 dicembre 1947 l'emendamento Perassi fu approvato rapidamente, senza dedicare al tema della revisione una particolare attenzione. Buona parte della seduta fu invece dedicata alla discussione sul problema del rinvio presidenziale delle leggi costituzionali, sollevato da Preti e in merito al quale si decise di non fissare in Costituzione un divieto assoluto, ma di affidarsi, data la delicatezza della questione, alla prassi costituzionale (così Perassi) (v. p.3 ss.). Sul punto v. anche nota 3.

<sup>24</sup> V. per tutti A. PACE, *Referendum 2016 sulla riforma costituzionale. Le ragioni del no*, in *Federalismi.it*, n.17/2016, 1 ss. In senso contrario v., però, B. CARAVITA, *Referendum 2016 sulla riforma costituzionale. Le ragioni del sì*, ivi, 5-6, che evidenzia i casi di revisione costituzionale attivati mediante iniziativa governativa.

ritenere interdetta l'iniziativa governativa. L'unico effetto certo di tale eliminazione è ravvisabile nella estensione dell'iniziativa a favore degli altri soggetti che ne sono titolari per la legislazione ordinaria (il corpo elettorale in primo luogo)<sup>25</sup>. Eliminare una disposizione che circoscrive ad alcuni soggetti soltanto l'esercizio di una attribuzione non equivale ad introdurre un implicito divieto a carico di quei soggetti, ma significa semmai riconoscere la possibilità di esercitare quell'attribuzione anche a quei soggetti che ne erano esclusi.

Se volessimo interpretare la cancellazione (o meglio, la scomparsa quasi inconsapevole) del 1°co. dell'art.130 del progetto di Costituzione come implicita manifestazione di volontà contraria all'iniziativa governativa per le leggi di revisione, dovremmo fare lo stesso per l'iniziativa parlamentare (considerato che nella versione originaria, come si è visto, l'esercizio dell'iniziativa del potere di revisione era riservato sia al Governo, sia alle Camere). Ma una conseguenza del genere sarebbe paradossale. Non è pensabile che i Costituenti abbiano voluto privare le Camere (e il Governo) della titolarità del potere di iniziativa.

Il problema della riforma tentata nel 2016 non sta tanto nell'iniziativa governativa di per sé (che, ripeto, non mi pare possa ritenersi preclusa), quanto nella gestione che il Governo ha fatto della riforma, a partire dall'inserimento della riforma stessa nel programma politico (con la conseguenza inevitabile di trattare e percepire la legge di revisione come una legge di indirizzo politico)<sup>26</sup>, fino alla creazione di un legame inscindibile tra approvazione della riforma e permanenza in carica del Governo. E' indubbio e indiscutibile che le revisioni costituzionali non possono essere fatte con la stessa logica della legislazione ordinaria. La partecipazione delle minoranze al procedimento di revisione è un elemento imprescindibile: è la stessa *ratio* sottesa all'art.138 Cost. ad indicarci chiaramente che le modifiche della Costituzione non possono avvenire "a colpi di maggioranza" (con il rischio che ogni maggioranza sia poi tentata di plasmare a suo piac-

---

<sup>25</sup> V. nota 23.

<sup>26</sup> V. sempre lo stesso A. PACE, *op. ult cit.*, 3 ss. La forte impronta governativa della riforma è stata più volte messa in luce. Si vedano in merito anche le recenti considerazioni di P. CARNEVALE, *Il referendum del prossimo (sic) dicembre fra snodi procedurali, questioni parzialmente inedite e deviazioni della prassi*, in *Costituzionalismo.it*, n.2/2016, parte I, 45 ss., con peculiare riferimento alla dilatazione temporale per lo svolgimento della consultazione referendaria.

mento il testo costituzionale). Ma ciò nonostante, non mi pare corretto affermare che l'iniziativa delle riforme costituzionali non può essere presa dal Governo. Un'iniziativa governativa potrebbe essere accettabile se poi il procedimento di revisione avesse uno svolgimento tale da consentire un effettivo coinvolgimento delle forze politiche di opposizione. Certo, un'iniziativa parlamentare (soprattutto se di tipo trasversale) sarebbe sicuramente più conforme a quello spirito di condivisione che dovrebbe caratterizzare qualsiasi tentativo di modifica della Costituzione. L'iniziativa governativa, indubbiamente, rischia di marcare definitivamente la riforma come espressione della volontà della maggioranza. Ma resta comunque fermo che il problema principale della riforma del 2016 vada ravvisato più nelle modalità con cui è stata portata avanti che non nel fatto, di per sé considerato, dell'esercizio dell'iniziativa da parte del Governo.

#### 4. L'ampiezza e chiarezza del potere di revisione

La discussione sulla scelta del procedimento di revisione (conclusasi, come si è visto, a favore del sistema con la doppia deliberazione e, quindi, con l'esclusione di quello più complesso con la doppia legislatura) induce alcuni Costituenti a domandarsi se non sia il caso di adottare procedimenti diversi a seconda del tipo di revisione che si intende realizzare. Si tratta il più delle volte di interventi appena accennati, ma comunque in grado di rivelare profili interessanti che meritano qualche rapida riflessione.

Nel corso della seduta del 15 gennaio 1947 Mortati prospetta l'opportunità di tenere distinta la revisione totale della Costituzione da quella parziale, in modo da prevedere per quest'ultima un procedimento meno complesso<sup>27</sup>. Come si è visto, la seduta del 15 gennaio si era poi conclusa con l'approvazione del procedimento di revisione con scioglimento delle Camere. La laboriosità di tale procedimento aveva probabilmente indotto a prendere in considerazione la possibilità di circoscriverlo alle ipotesi di revisione più complesse<sup>28</sup>. All'intervento

<sup>27</sup> Seduta della prima Sezione della seconda Sottocommissione del 15 gennaio 1947, p.5.

<sup>28</sup> E' questa l'idea di fondo che si può cogliere dal dibattito svoltosi anche il giorno successivo (sul punto v. più avanti nel testo), anche se Mortati nel suo intervento aveva parlato di una generica distinzione tra revisione totale e parziale, senza esplicitare la necessità

di Mortati risponde in modo succinto e senza argomentazioni il Presidente Terracini, che esprime semplicemente il parere che sarebbe meglio limitarsi all'ipotesi della revisione parziale. Sulla stessa lunghezza d'onda sembra collocarsi anche Einaudi, che evidenzia come il sistema della revisione con scioglimento delle Camere potrà funzionare correttamente solo se verrà approvata una riforma alla volta e formulata in modo chiaro, così da consentire al corpo elettorale un voto consapevole<sup>29</sup>.

Il tema viene poi ripreso il giorno successivo. Fuschini, nel sottolineare la necessità di prevedere un procedimento di revisione che non sia «né troppo facile né troppo difficile», distingue le riforme importanti da quelle di carattere secondario, per poi manifestare perplessità per il sistema fondato sullo scioglimento delle Camere<sup>30</sup>. Subito dopo interviene Einaudi, che riprende il tema prospettato il giorno precedente e ribadisce la necessità di presentare agli elettori una proposta precisa, alla quale sia possibile «rispondere con un *sì* o con un *no*» (per questo le nuove Camere devono votare sulla riforma approvata dalle Camere precedenti senza apportare emendamenti). Inoltre evidenzia la difficoltà di distinguere le riforme principali da quelle secondarie e conclude affermando che il procedimento di revisione (con lo scioglimento delle Camere) debba essere utilizzato solo per le prime, mentre per le riforme secondarie ci si può affidare all'adattamento automatico derivante dalle interpretazioni che si succedono nella prassi. In senso analogo sul punto si esprime anche Nobile: lo scioglimento delle Camere va utilizzato solo per riforme fondamentali e non anche per riforme di secondaria importanza (queste ultime, tra l'altro, possono riguardare norme di dettaglio rispetto alle quali il corpo elettorale non ha neanche la competenza tecnica necessaria per una corretta valutazione)<sup>31</sup>.

---

di circoscrivere il procedimento fondato sullo scioglimento delle Camere alle ipotesi di revisione più ampie e complesse.

<sup>29</sup> Per gli interventi di Terracini e Einaudi v., rispettivamente, p.5 e p.7. La questione posta da Einaudi è strettamente connessa a quella della omogeneità-chiarezza del quesito referendario, che verrà affrontata più avanti nel testo.

<sup>30</sup> Seduta della prima Sezione della seconda Sottocommissione del 16 gennaio 1947, p.1-2.

<sup>31</sup> V. sempre seduta del 16 gennaio 1947, p.2-3.

La decisione finale in merito si può trarre dalle parole di Paolo Rossi, quando, a nome della Commissione, spiega all'Assemblea le motivazioni che hanno portato ad escludere il procedimento con lo scioglimento delle Camere e ad approvare, invece, quello con la doppia deliberazione. Non è opportuno obbligare le Camere allo scioglimento quando si devono realizzare riforme di secondaria rilevanza, né è pensabile creare tra le norme costituzionali una gerarchia al fine di utilizzare per la revisione di quelle meno importanti un procedimento più agile<sup>32</sup>. In sostanza, quindi, non viene introdotta in Costituzione la distinzione tra riforme fondamentali e riforme secondarie ed il procedimento previsto è soltanto quello dell'attuale art.138.

Dalla rapida analisi effettuata mi pare che emerga in modo incontestabile un elemento: la possibile distinzione tra riforme totali e parziali viene presa in considerazione (sia pure in modo non approfondito) in un contesto in cui sembrava prevalere l'idea del procedimento di revisione fondato sullo scioglimento delle Camere. L'estrema complessità di questo aveva portato ad ipotizzare un suo utilizzo solo per le riforme fondamentali (lasciando le altre o all'evoluzione della prassi o ad un eventuale procedimento meno difficoltoso)<sup>33</sup>. Si ha, cioè, l'impressione che la tematica in questione sia emersa perché condizionata dal tipo di procedimento del quale si stava discutendo. Lo scioglimento delle Camere viene ritenuto una conseguenza eccessiva e troppo complessa quando si devono realizzare riforme costituzionali di secondaria importanza. Sembra esserci, quindi, un intento di fondo volto a riservare il procedimento di revisione con lo scioglimento delle Camere soltanto alle riforme fondamentali. Il fatto che poi si decida di approvare un procedimento di revisione più semplice (quello con la doppia deliberazione) significa che deve ritenersi implicitamente esclusa la possibilità di realizzare riforme organiche? Si deve dedurre che l'art.138 Cost. può essere utilizzato solo per riforme circoscritte?

---

<sup>32</sup> Seduta pomeridiana del 14 novembre 1947 dell'Assemblea costituente, p.1-2.

<sup>33</sup> La presenza di due procedimenti di revisione (uno più complesso per le riforme organiche, l'altro più semplice per le riforme parziali) caratterizza diverse Costituzioni. Sul tema si è di recente soffermato F.R. DE MARTINO, *Note sulla revisione organica in Italia*, in *Rivista AIC*, n.3/2016, che ha preso in esame gli ordinamenti costituzionali di Austria, Spagna e Svizzera (tutti caratterizzati dalla previsione di due procedimenti di revisione: uno più aggravato per le revisioni totali, un altro meno aggravato per le revisioni di secondaria importanza). L'A. ritiene che in Italia non si possano realizzare riforme organiche (l'art.138 Cost., quindi, sarebbe destinato ad essere applicato solo a riforme circoscritte).

In Italia devono ritenersi implicitamente vietate riforme ampie e complesse?

Il tema è estremamente delicato e presupporrebbe un'analisi approfondita (a cominciare dalla puntualizzazione del significato della distinzione tra riforme totali e parziali, ammesso che sia possibile individuarla)<sup>34</sup> che non si può condurre in questa sede.

Onestamente non mi pare che quanto emerge dal dibattito in Assemblea costituente consenta di circoscrivere con certezza il potere di revisione (il cui esercizio subisce un unico condizionamento indiscutibile: quello dei limiti alla revisione).

In merito all'ampiezza del potere di revisione in Italia si fronteggiano due teorie dottrinali contrapposte, che si possono sintetizzare nei seguenti termini: da una parte si afferma che le revisioni di carattere organico non possono ritenersi precluse in quanto non sono espressamente vietate e, dall'altra, si sottolinea invece che la mancanza di indicazioni in merito vada interpretata come inammissibilità della possibilità di realizzare revisioni ampie (quest'ultima teoria si fonda sul presupposto della naturale immodificabilità delle Costituzioni scritte)<sup>35</sup>. La tematica in oggetto è estremamente complessa e ha diverse implicazioni. La lettura degli Atti dell'Assemblea costituente non fornisce comunque indicazioni certe in merito e non ha, quindi, un valore risolutivo. L'unica conclusione che possiamo trarre è che i Costituenti erano consapevoli della possibilità (contemplata in diversi ordinamenti costituzionali) di prevedere due procedimenti distinti (uno più aggravato per le riforme di carattere organico, l'altro meno aggravato per le riforme più circoscritte). Tale possibilità non fu però presa in considerazione e la scelta definitiva ricadde, come si è visto, su un unico

---

<sup>34</sup> La stessa terminologia utilizzata (si parla di riforme totali e parziali, organiche e circoscritte, fondamentali e secondarie) si presta ad interpretazioni diverse, che necessiterebbero di un apposito approfondimento. Si consideri anche il rischio di affrontare la questione dell'ampiezza del potere di revisione su di un piano meramente quantitativo (che considera e distingue le riforme in base all'estensione), quando invece il problema vero è semmai quello di distinguere le riforme dal punto di vista qualitativo-sostanziale (si dovrebbe guardare, più che all'estensione della legge di revisione, al contenuto delle disposizioni costituzionali sulle quali si va ad incidere). S.P. PANUNZIO, *Le vie e le forme per l'innovazione costituzionale in Italia*, cit., 127 ss.

<sup>35</sup> V. rispettivamente S.P. PANUNZIO, *Le vie e le forme per l'innovazione costituzionale in Italia*, cit., 127-128 e 139 ss. e A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, in *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 2002, 1 ss.

procedimento (quello con la doppia deliberazione), strutturalmente più semplice di quello fondato sullo scioglimento delle Camere.

C'è un'ultima puntualizzazione da fare in merito. L'intento volto a riservare il procedimento di revisione con scioglimento delle Camere alle riforme più importanti viene manifestato rilevando nel contempo la necessità che queste riforme siano comunque caratterizzate dalla chiarezza, in modo da consentire al corpo elettorale l'espressione di un voto consapevole. E' quanto emerge dagli interventi di Einaudi<sup>36</sup>, il quale, come si è visto, ritiene preferibile che la revisione mediante scioglimento delle Camere sia riservata alle sole ipotesi in cui si vogliono realizzare le riforme principali (quelle secondarie dovrebbero essere semplicemente affidate alla prassi) e nello stesso tempo evidenzia la necessità che si voti una riforma alla volta, per dare al popolo la possibilità di esprimersi con un *sì* o con un *no*.

Gli interventi di Einaudi, quindi, mettono in luce due necessità: realizzare con lo scioglimento delle Camere solo le riforme importanti e, al tempo stesso, fare in modo che queste riforme abbiano una struttura chiara e precisa (le Camere devono presentare «una riforma alla volta»), così da garantire al corpo elettorale un voto consapevole. Nonostante la sottolineatura della necessità di attuare una riforma per volta, la preoccupazione principale non sembra essere quella di circoscrivere il potere di revisione (che anzi viene ritenuto attivabile solo quando c'è l'esigenza di realizzare riforme importanti), ma è piuttosto quella di creare le condizioni per una corretta manifestazione della volontà popolare. Non viene negata la possibilità di riforme incisive, ma viene subordinata alla condizione che rispondano al requisito della chiarezza<sup>37</sup>.

Le affermazioni di Einaudi, anche se concise, sono comunque indicative di un'esigenza fortemente avvertita anche oggi, che trova espressione prevalentemente nella questione, ampiamente condivisa, della necessaria omogeneità del quesito referendario. Si ritiene che le riforme costituzionali debbano avere un contenuto circoscritto ed

---

<sup>36</sup> V. note 29 e 31.

<sup>37</sup> Si ribadisce qui quanto si è sottolineato alla nota 34: non è semplice distinguere la natura e tipologia delle revisioni costituzionali, anche alla luce delle diverse varianti terminologiche utilizzate. Del resto, come si è visto sopra nel testo, lo stesso Einaudi aveva esplicitato la difficoltà di individuare la linea di confine tra riforme principali e secondarie (pur evidenziando la necessità di ricorrere allo scioglimento delle Camere solo per le prime).

omogeneo, in modo da non ledere la libertà del voto referendario<sup>38</sup>. Va comunque sottolineato che allora veniva invocata soprattutto la chiarezza del potere di revisione (il Parlamento veniva chiamato a realizzare riforme dal contenuto chiaro), oggi invece ci si appella prevalentemente all'omogeneità. Non sono due concetti esattamente coincidenti. L'omogeneità (che allora non viene tenuta presente visto che rappresenta un requisito di ammissibilità introdotto e applicato dalla giurisprudenza costituzionale con riferimento al referendum abrogativo) non ha confini ben definiti. Basti pensare al modo concreto con cui è stata utilizzata dalla Corte costituzionale per il referendum abrogativo: la relativa giurisprudenza ha un andamento ondivago, nel quale il requisito dell'omogeneità viene richiamato con una elasticità variabile a seconda dell'esigenza che prevale (quella di ammettere o non ammettere il referendum abrogativo)<sup>39</sup>. La chiarezza, invece, mi pare un concetto più ampio, che può caratterizzare anche riforme dal contenuto eterogeneo (non è detto che l'eterogeneità si traduca automaticamente in mancanza di chiarezza).

L'esigenza di fondo, comunque, è la stessa, allora come oggi: garantire le condizioni per un corretto esercizio del diritto di voto (è questo il collegamento che si può cogliere tra passato e presente).

Il contesto del dibattito attuale, tra l'altro, è diverso da quello dell'Assemblea costituente, dove, come si è visto, la discussione si svolge tenendo presente il procedimento fondato sullo scioglimento delle Camere e dove, quindi, l'intervento del corpo elettorale viene pensato ai fini della elezione delle nuove Camere (e non in ambito referendario). Ciò nonostante, le due ipotesi (elezioni e referendum) sono strettamente connesse per quanto concerne le caratteristiche che devono essere garantite alla manifestazione del voto popolare. L'esigenza di revisioni chiare perché possa poi essere esercitato un voto consapevole è ravvisabile in entrambe le ipotesi.

I dati ricavabili dalla discussione in Assemblea costituente non consentono, però, di ritenere precluse a priori revisioni dal contenuto eterogeneo, che inciderebbero sulla libertà dell'eventuale voto referendario. Il problema emerso (anche) in Assemblea costituente si pone

---

<sup>38</sup> Sul punto v. per tutti A. PACE, *Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali*, in *Rivista AIC*, n.2/2016, 3 ss.

<sup>39</sup> Così M. LUCIANI, *Art.75*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 2005, 403 ss. (spec.422).

più sul piano politico che non giuridico. Le Camere che approvano la riforma dovrebbero avere la preoccupazione politica del contenuto che andrà conseguentemente ad assumere il quesito referendario. Approvare riforme dal contenuto ampio ed eterogeneo non mi pare di per sé precluso, ma significa comunque mettere a repentaglio la possibilità di esercitare un voto consapevole (è la consapevolezza, più che la libertà, a rischiare di essere pregiudicata: una riforma dal contenuto eterogeneo, se formulata in modo chiaro, potrebbe ugualmente garantire l'espressione di un voto consapevole e a quel punto verrebbe ad essere conseguentemente garantita anche la libertà di voto)<sup>40</sup>.

Senza entrare nel merito di una questione che necessiterebbe di un ampio approfondimento, credo che la tematica in oggetto si possa riassumere nei seguenti termini. Oggi è largamente diffusa la convinzione che il requisito dell'omogeneità, fissato e utilizzato (in modo, come si è detto, non sempre lineare) dalla Corte costituzionale per il referendum abrogativo, debba caratterizzare la manifestazione di qualsiasi voto referendario, compreso quello inerente al potere di revisione. Perché possa essere garantito questo presupposto si ritiene, quindi, che il Parlamento sia legittimato ad approvare solo riforme costituzionali circoscritte e dal contenuto omogeneo.

In questo modo, però, si rischia di plasmare il potere parlamentare di revisione sulla base di una caratteristica emersa e pensata con riferimento al referendum abrogativo. C'è una sorta di inversione dell'ordine logico<sup>41</sup>. Bisognerebbe, invece, prima fissare l'ampiezza del potere di revisione (ammesso che sia possibile farlo) e poi stabilire conseguentemente anche il raggio di azione del referendum costituzionale (fermo restando che, come si è detto, sarebbe politicamente opportuno che le Camere esercitassero il potere di revisione tenendo conto della necessità di garantire le condizioni per un corretto esercizio del voto referendario). Il requisito dell'omogeneità è stato stabilito

---

<sup>40</sup> Quando si dice che il quesito referendario eterogeneo lede la libertà di voto perché costringe l'elettore ad accettare anche riforme che vorrebbe respingere, o – viceversa – a respingere riforme che vorrebbe accettare, si esprime un'esigenza messa in luce, nell'ambito del referendum abrogativo, dalla giurisprudenza costituzionale, ma non trasportabile nell'ambito del referendum costituzionale (dove non c'è un comitato che formula il quesito, ma c'è il Parlamento che esercita il potere di revisione). Sul punto v. anche più avanti nel testo.

<sup>41</sup> Il rischio di un'inversione dell'ordine logico è messo in luce da S.P. PANUNZIO, *Il metodo ed i limiti della revisione costituzionale*, cit., 340.

per il referendum abrogativo, che ha caratteristiche diverse e risponde ad una logica diversa<sup>42</sup> (a cominciare dal fatto che il corpo elettorale non è chiamato a decidere su una scelta preconfezionata dai parlamentari, ma è esso stesso l'artefice del quesito mediante il comitato promotore, quindi pretendere l'omogeneità non significa incidere su un potere di natura parlamentare, ma richiedere una migliore formulazione a chi si è attivato in rappresentanza del corpo elettorale stesso). Non è corretto, pertanto, procedere ad una trasposizione da un ambito referendario all'altro.

Ciò che accomuna il contesto attuale e quello dell'Assemblea costituente credo possa essere identificato nella indiscutibile esigenza di chiarezza, che dovrebbe condizionare l'esercizio del potere di revisione, che va a sua volta ad incidere sulla consapevolezza del voto referendario. Devono risultare in modo chiaro e lineare sia gli obiettivi che si vogliono perseguire, sia il contenuto delle modifiche che si vogliono apportare alla Costituzione (e a tal fine è determinante il modo in cui la riforma viene formulata). Non mi pare corretto escludere a priori la realizzabilità di riforme ampie ed eterogenee, anche perché ci possono essere scelte parlamentari realizzabili solo mediante revisioni di carattere organico<sup>43</sup>. E' però indubbiamente più difficile che riforme del genere risultino connotate da quella chiarezza che dovrebbe consentire al corpo elettorale di decidere con sufficiente consapevolezza.

Anche nell'ambito adesso esaminato (quello dell'ampiezza del potere di revisione e della omogeneità-chiarezza del quesito referendario) vale quanto si è rilevato con riferimento al problema dell'iniziativa governativa: ci troviamo di fronte a questioni che non determinano una preclusione sul piano giuridico, ma pongono semmai problemi da affrontare e risolvere in base a valutazioni di opportunità politica.

---

<sup>42</sup> S.P. PANUNZIO, *Le vie e le forme per l'innovazione costituzionale in Italia*, cit., 158 ss.

<sup>43</sup> S.P. PANUNZIO, *Le vie e le forme per l'innovazione costituzionale in Italia*, cit., 140 e 162, indica come esempio di riforma necessariamente organica il mutamento in senso presidenziale della forma di governo, che richiederebbe contemporaneamente il rafforzamento del sistema delle autonomie e dello statuto dell'opposizione, e sottolinea inoltre la pericolosità dal punto di vista della «politica costituzionale» dell'affermazione per cui l'art.138 Cost. consentirebbe solo revisioni puntuali, in quanto la realizzazione di qualsiasi riforma più complessa potrebbe portare ad un'impropria invocazione di un'Assemblea costituente.

## 5. La valenza del referendum previsto nell'ambito del procedimento di revisione

Ulteriori aspetti interessanti emergono poi per quanto concerne la collocazione da riconoscere all'istituto referendario previsto nell'ambito del procedimento di revisione. Anche qui dal dibattito dei Costituenti si possono cogliere indicazioni che, quanto meno apparentemente, non sembrano del tutto univoche e di carattere risolutivo. Occorre, però, sottolineare sin da subito che da una lettura più attenta ed approfondita degli Atti dell'Assemblea costituente è possibile ricavare un quadro ricostruttivo maggiormente preciso e meno incerto.

Il ruolo del referendum costituzionale si deduce prevalentemente da due prese di posizione, che sembrano condurre a due conclusioni non esattamente coincidenti. Seguendo un ordine cronologico, la prima di queste posizioni è quella espressa da Paolo Rossi, quando, nel corso della seduta pomeridiana del 14 novembre 1947, illustra all'Assemblea costituente il procedimento di revisione approvato in Commissione e spiega i motivi che hanno determinato quella scelta. Paolo Rossi non espone il suo personale punto di vista, ma parla a nome della Commissione, quindi c'è da presumere che le sue parole siano volte ad esplicitare in sintesi gli orientamenti emersi durante i lavori in Commissione. La possibilità di richiedere il referendum (riconosciuta, nell'art.130 del progetto di Costituzione, a un quinto dei membri di una Camera, cinquecentomila elettori, sette Consigli regionali) sta a garantire una efficace tutela dei diritti di una minoranza anche modesta: anche una «parte comparativamente piccola della pubblica opinione può appellarsi al popolo attivando il procedimento referendario»<sup>44</sup>. Il referendum è meramente facoltativo (oltre che eventua-

---

<sup>44</sup> V. p.2 della seduta pomeridiana dell'Assemblea costituente del 14 novembre 1947. Il fatto che Paolo Rossi in tale seduta espone il punto di vista della Commissione è un elemento che va tenuto presente (si pensi solamente alla circostanza che Paolo Rossi era stato il principale promotore del procedimento di revisione con lo scioglimento delle Camere, mentre nella seduta del 14 novembre è chiamato a mettere in luce tutti i rilievi critici che ne hanno determinato la bocciatura). Il profilo che si è evidenziato nel testo esprime quel sentimento fortemente garantista nei confronti delle minoranze, che costituisce uno degli elementi più caratterizzanti del procedimento di revisione. Nella posizione personale di Paolo Rossi, come si è visto (v. note 7 e 19), prevale invece piuttosto il timore che le minoranze possano ostacolare le scelte compiute dalla maggioranza. Anche nella seduta del 14 novembre 1947 (v. sempre p.2) colpisce il fatto che, quando illustra l'approvazione a mag-

le) ed assume una valenza oppositiva rispetto alla riforma votata dal Parlamento. Mi pare che sia questo il senso attribuibile a quanto evidenziato da Paolo Rossi.

Si colloca, invece, in un ambito diverso la sottolineatura fatta da Perassi nella seduta pomeridiana del 3 dicembre 1947, che conduce all'approvazione definitiva del procedimento di revisione mediante la votazione dell'emendamento proposto dallo stesso Perassi, sostitutivo dell'intero art.130 del progetto di Costituzione. Tra le modifiche proposte da Perassi c'è anche l'inserimento nel 2° comma della frase: «La legge sottoposta a referendum non è promulgata se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi». L'intento di Perassi, come si è già accennato nel § 3, è quello di fare in modo che il referendum, svolgendosi prima della promulgazione, assuma «il valore giuridico di un elemento di formazione della legge costituzionale»<sup>45</sup>. In questo caso il referendum non viene configurato con una valenza oppositiva rispetto alla volontà parlamentare, ma va piuttosto a svolgere una funzione integrativa di tale volontà. Occorre, comunque, sottolineare che, se Paolo Rossi parlava a nome della Commissione, Perassi esplicitava la sua posizione, tra l'altro caratterizzata da una forte sensibilità verso le manifestazioni della volontà popolare e, quindi, tendenzialmente orientata a valorizzarle il più possibile<sup>46</sup>.

Le due più significative configurazioni del referendum costituzionale che si ricavano dal dibattito in Assemblea costituente riflettono i due principali orientamenti dottrinali che sono stati assunti in merito. Alla posizione di Paolo Rossi si collega la ricostruzione teorica oggi maggiormente seguita, a quella di Perassi si rifà invece la dottrina più risalente nel tempo e, quindi, più prossima ai lavori dell'Assemblea costituente. Per quest'ultima il referendum, andando ad integrare la

---

gioranza assoluta della seconda deliberazione delle Camere, non la giustifica con la necessità di un consenso più ampio rispetto alla consueta maggioranza semplice, ma con la necessità di «evitare colpi di mano minoritari, sempre deplorabili, pericolosi, deplorabilissimi e pericolosissimi nella suprema materia costituzionale» (è come se si soffermasse di più su un lato della medaglia). La differenza tra la posizione personale di Paolo Rossi e il punto di vista della Commissione emerge chiaramente anche con riferimento all'ipotesi (contemplata nell'ultimo comma dell'art.138 Cost.) in cui il referendum non si può svolgere perché è stata raggiunta la maggioranza dei due terzi. Sul punto v. più avanti, nota 55.

<sup>45</sup> Seduta pomeridiana dell'Assemblea costituente del 3 dicembre 1947, p.2-3.

<sup>46</sup> V. nota 23.

volontà parlamentare, assume una valenza costitutiva, implicitamente presente anche quando il referendum non può avere luogo (perché è stata raggiunta la maggioranza dei due terzi) o non viene richiesto dai soggetti a ciò legittimati<sup>47</sup>. Per chi ritiene, invece, che il referendum si inserisca nel procedimento di revisione con una funzione oppositiva, la deliberazione è soltanto parlamentare e il corpo elettorale ha la possibilità di opporsi alla scelta fatta dalla maggioranza parlamentare<sup>48</sup>. La legge di revisione, quindi, non è un atto complesso, ma è appunto espressione della sola volontà parlamentare alla quale può contrapporsi il corpo elettorale mediante il referendum.

La diversità che emerge dalle due posizioni può, però, essere almeno in parte attenuata se teniamo conto di altri elementi che emergono dal dibattito costituente, grazie ai quali alla fine è possibile ottenere indicazioni abbastanza univoche (sia pure non altrettanto esplicite quanto quelle risultanti dai due interventi dei Costituenti che si sono appena esaminati).

Innanzitutto mi pare degno di attenzione l'intervento che lo stesso Perassi fa nel corso della seduta del 15 gennaio 1947, che, come si è detto ripetutamente, è quella che si conclude con l'approvazione del procedimento fondato sullo scioglimento delle Camere. Già allora Perassi esplicita in modo chiaro la sua preferenza per un sistema caratterizzato dalla doppia deliberazione parlamentare e, nel contempo, evidenza sia l'opportunità che alla base della revisione vi sia il «parere» delle Camere (da intendersi come centralità del ruolo parlamentare), sia la necessità di prevedere un referendum non obbligatorio, ma meramente eventuale (vale a dire riservato alle ipotesi in cui la revisione non è approvata con una maggioranza particolarmente elevata)<sup>49</sup>. E', quindi, un intervento dal quale si evincono in modo chiaro due ele-

---

<sup>47</sup> Tra gli esponenti più autorevoli C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II vol., IX ediz., Padova, 1976, 1229, che non a caso in Assemblea costituente ha sempre valorizzato, come Perassi, le manifestazioni della volontà popolare. V. anche G. CONTINI, *La revisione costituzionale in Italia*, Milano, 1971, 186 ss.

<sup>48</sup> Tra i tanti favorevoli a tale ricostruzione v. S.P. PANUNZIO, *Riforme costituzionali e referendum*, cit., 91 ss.; A. PACE, *L'instaurazione di una nuova Costituzione in Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, cit., 154-155; G. FERRI, *Il referendum nella revisione costituzionale*, Milano, 2001, 87 e 101 ss. Quest'ultimo, facendo riferimento ai lavori dell'Assemblea costituente, evidenzia come mediante il referendum sia possibile bloccare la decisione presa dal Parlamento, ma non contribuire a determinarne il contenuto.

<sup>49</sup> Seduta della prima Sezione della seconda Sottocommissione del 15 gennaio 1947, p.2.

menti che poi risulteranno ricorrenti anche nel corso della seduta che si svolge il giorno successivo: la natura parlamentare della deliberazione e il ruolo esterno e circoscritto dell'intervento popolare.

Il 16 gennaio (nel corso della seduta che segna il passaggio dal procedimento con lo scioglimento delle Camere a quello con la doppia deliberazione) Perassi ribadisce ed esplicita ancora meglio i concetti espressi il giorno prima. In particolare parla di attribuire «un peso notevole» alla deliberazione parlamentare, mediante due letture intervallate da un «notevole» arco di tempo; inoltre, per quanto concerne il referendum, sottolinea che, non solo dovrebbe essere escluso se viene raggiunta una maggioranza qualificata, ma, quando tale maggioranza non venga raggiunta, il suo svolgimento dovrebbe comunque essere subordinato alla «richiesta di un certo numero di cittadini» (il referendum, cioè, dovrebbe avere una natura, oltre che eventuale, facoltativa)<sup>50</sup>.

Sulla stessa lunghezza d'onda si collocano anche altri interventi effettuati nel corso della stessa seduta. Lussu, pur avendo assunto una posizione iniziale contraria al referendum, dichiara che, se vengono previste garanzie tali da impedire «revisioni affrettate» (maggioranza qualificata e duplice lettura intervallata nel tempo), l'idea del referendum diviene accettabile, purché riservata alle sole ipotesi di decisioni parlamentari non convincenti. Fuschini dichiara di aderire alle considerazioni fatte da Perassi ed evidenzia che, prima di arrivare al referendum, bisogna assicurare un congegno parlamentare tale da garantire un «esame prudente e avveduto». Nobile, nell'esprimere le sue critiche al procedimento con lo scioglimento delle Camere (che dovrebbe eventualmente essere riservato solo alle riforme fondamentali), aderisce alla proposta di Perassi sottolineando che il referendum dovrebbe essere previsto solo per le revisioni di carattere non essenzialmente politico (come, ad es., quelle che potrebbero incidere sull'assetto della famiglia) e, comunque, dovrebbe svolgersi dopo l'approvazione parlamentare<sup>51</sup>.

Il quadro che si ricava dall'insieme di questi interventi (compreso quello dello stesso Perassi, che li ha sollecitati) configura un referendum che si contrappone (o, volendo utilizzare una terminologia più

---

<sup>50</sup> Seduta della prima Sezione della seconda Sottocommissione del 16 gennaio 1947, p.1.

<sup>51</sup> Per i tre interventi indicati nel testo v. sempre Seduta della prima Sezione della seconda Sottocommissione del 16 gennaio 1947, rispettivamente pp.1; 2-3; 3.

morbida, si pone di fronte) ad una decisione parlamentare già adottata<sup>52</sup> (il soggetto protagonista della revisione è il Parlamento) e che è destinato ad essere utilizzato non obbligatoriamente, ma solo a certe condizioni. I due aspetti che vengono in rilievo (il carattere prettamente parlamentare della decisione sulla revisione e la natura meramente eventuale del referendum) sono espressione di quell'atteggiamento di prudenza e diffidenza che ha segnato la discussione in Assemblea costituente sull'istituto referendario in genere<sup>53</sup>. Se si escludono le posizioni di Mortati e Perassi, i più propensi a favorire il coinvolgimento della volontà popolare, il sentimento più diffuso in Assemblea costituente è quello dell'apprensione e del timore. Si accetta l'intervento popolare diretto solo se "relegato" entro confini ben delimitati e, comunque, sottoposto a limiti precisi. Nell'ambito del procedimento di revisione il fatto che il corpo elettorale vada a pronunciarsi su una deliberazione parlamentare già adottata comporta che l'unica ipotesi in cui il referendum assume valore incisivo è quella in cui si oppone alla volontà parlamentare ed impedisce l'entrata in vigore della legge di revisione.

In questo contesto mi sembra di poter dire che le indicazioni che si ricavano dal dibattito in Assemblea costituente sono più univoche di quanto non possa a prima vista sembrare<sup>54</sup>. Il fatto che il referendum

---

<sup>52</sup> Anche in questo caso, come per l'iniziativa governativa, si distingue la voce isolata di Piccioni, che propone l'introduzione di un referendum preventivo, volto ad accertare l'orientamento del corpo elettorale in merito alla revisione. La proposta viene definita «audace» dal Presidente Terracini, che cita l'esempio della Svizzera, dove lo strumento referendario viene utilizzato *ex post*, per ratificare le decisioni già adottate in ambito parlamentare. Seduta del 16 gennaio 1947, p.3. La risposta di Terracini riflette l'atteggiamento di tendenziale diffidenza da parte dei Costituenti nei confronti degli istituti di democrazia diretta, specie se pensati come interventi preventivi rispetto alle deliberazioni delle Camere (v. anche nota successiva).

<sup>53</sup> Sull'approccio cauto dei Costituenti nei confronti del referendum v. M. RUINI, *Il referendum popolare e la revisione della Costituzione*, Milano, 1953, 8 ss. La diffidenza, in realtà, non riguarda solo il referendum, ma qualsiasi istituto di democrazia diretta, soprattutto se di carattere propulsivo. Basti pensare alle critiche fatte alla proposta di Mortati di riconoscere l'iniziativa delle leggi di revisione anche al corpo elettorale (v. § 3). V. anche nota precedente.

<sup>54</sup> In tal senso anche R. ROMBOLI, *Il referendum costituzionale nell'esperienza repubblicana e nelle prospettive di riforma dell'art. 138 Cost.*, in *Associazione deicostituzionalisti.it*, (8 marzo 2007), 4-5. Occorre sottolineare che c'è poi una parte della dottrina che ritiene che la natura del referendum costituzionale non sia univocamente determinabile. G. FONTANA, *Il referendum costituzionale nei processi di riforma della Repubblica*, Napoli, Ristampa del 2013, 109, ad esempio, sottolinea la «duplice valenza» dell'istituto referendario previsto

si svolga prima della promulgazione, enfatizzato da Perassi, alla fine incide relativamente sul disegno d'insieme, comunque caratterizzato da un Parlamento che decide e da un (eventuale) intervento popolare che può solo opporsi o accettare la riforma. Lo stesso Perassi, del resto, come si è visto, ha fortemente contribuito a questa configurazione del referendum negli interventi precedenti rispetto alla seduta del 3 dicembre 1947 (dove ha prevalso la preoccupazione di far assumere un ruolo di rilievo al corpo elettorale, che però stride con l'architettura complessiva dell'art.138 Cost.). Si impone, in sostanza, una rilettura delle parole usate da Perassi il 3 dicembre, che devono essere in qualche modo ridimensionate alla luce degli elementi ulteriori che si sono analizzati.

Confrontando i dati raccolti con la formulazione finale dell'art.138 Cost., emerge in modo piuttosto chiaro la valenza oppositiva del referendum rispetto ad un potere prettamente parlamentare. Depongono in tal senso a favore sia il carattere eventuale (il referendum non può svolgersi se è stata raggiunta la maggioranza dei due terzi, che fa presumere che la gran parte del corpo elettorale concordi con la decisione parlamentare<sup>55</sup>) e facoltativo (quando non viene raggiunta la suddetta

---

nell'art.138 Cost., che viene condizionata dal contesto politico-istituzionale nel quale il referendum viene richiesto.

<sup>55</sup> Paolo Rossi, quando nella seduta pomeridiana del 14 novembre 1947 (p.3) illustra all'Assemblea i risultati raggiunti in Commissione sul procedimento di revisione, sottolinea che la maggioranza dei due terzi si può ritenere che corrisponda alla maggioranza reale del Paese grazie alla vigenza di un sistema elettorale di tipo proporzionale (oltre tutto in un ambito politicamente molto frammentato). Se ci fosse il sistema del collegio uninominale, o comunque un sistema con le correnti politiche polarizzate intorno a due soli partiti, la maggioranza dei due terzi potrebbe non essere rispondente alla effettiva maggioranza del Paese. Viene chiaramente messa in luce la forte connessione tra ultimo comma dell'art.138 e sistema elettorale: l'abbandono del sistema proporzionale può in effetti far venir meno quella garanzia implicita per cui maggioranza dei due terzi dovrebbe significare partecipazione della minoranza alla decisione della maggioranza. Sul punto è di recente tornato M. VOLPI, *Referendum e iniziativa popolare*, cit., 24 ss., il quale auspica, in un contesto di superamento del proporzionale, l'abrogazione dell'u.c. dell'art.138 Cost., in modo da rendere sempre possibile il referendum, che a quel punto non avrebbe più carattere eventuale, ma manterrebbe comunque il carattere facoltativo (necessario per salvaguardarne la valenza oppositiva). Da notare che l'intervento di Paolo Rossi sul punto esprime un approccio diverso rispetto a quello rinvenibile nella seduta del 16 gennaio 1947 (p.1), quando (anche se in un contesto diverso: si stava ancora discutendo se adottare il procedimento di revisione con lo scioglimento delle Camere o quello con la doppia deliberazione) aveva dichiarato

maggioranza, il procedimento referendario si attiva solo su richiesta dei soggetti a ciò legittimati, tra i quali si colloca un quinto dei membri di una Camera, quindi una minoranza parlamentare) e non è previsto alcun *quorum* di partecipazione, a differenza che nel referendum abrogativo (per cui anche una frazione minima del corpo elettorale può opporsi all'entrata in vigore della legge costituzionale). Siamo di fronte ad una valenza oppositiva che va a rafforzare la rigidità della Costituzione, nel senso che va a potenziare la resistenza dei principi costituzionali<sup>56</sup>. L'attivazione del procedimento referendario dovrebbe avvenire in caso di dissenso: il referendum dovrebbe, cioè, svolgere una funzione di garanzia per la minoranza che non ha condiviso la decisione parlamentare, dandole la possibilità di richiedere l'intervento del corpo elettorale<sup>57</sup>. Come è evidente, la valenza oppositiva va riferita alla fase propulsiva (il referendum è stato contemplato per fornire alle minoranze che non hanno condiviso la revisione uno strumento di tutela ulteriore rispetto alla previsione di maggioranze qualificate), indipendentemente da quello che sarà l'esito del referendum (che ovviamente potrebbe essere anche favorevole alla riforma costituzionale).

I due fattori che si fronteggiano nel procedimento di revisione (deliberazione parlamentare e referendum popolare) non hanno, quindi, lo stesso peso. La funzione deliberativa spetta solo alle Camere, mentre l'intervento del corpo elettorale interviene *ex post* e può incidere (solo) sull'entrata in vigore<sup>58</sup>. Tra l'altro, la concentrazione del potere deliberativo nelle mani del Parlamento è uno dei motivi che rende discu-

---

che una maggioranza parlamentare dei due terzi non è detto che abbia correttamente interpretato l'effettiva volontà del Paese, per cui sarebbe opportuno consentire ugualmente il referendum. E' uno di quei casi in cui si nota la diversità tra quello che Paolo Rossi riferisce a titolo personale (seduta del 16 gennaio) e quello che espone, invece, all'Assemblea parlando a nome della Commissione (seduta del 14 novembre).

<sup>56</sup> Così M. LUCIANI, *Art. 75*, cit., 7.

<sup>57</sup> «Se non c'è dissenso non c'è referendum», così testualmente S.P. PANUNZIO, *Riforme costituzionali e referendum*, cit., 91.

<sup>58</sup> Significative in merito anche le parole della Corte costituzionale: «la decisione è dall'art.138 rimessa primariamente alla rappresentanza politico-parlamentare», mentre «il popolo interviene... solo come istanza di freno, di conservazione e di garanzia, ovvero di conferma successiva, rispetto ad una volontà parlamentare di revisione già perfetta», quindi «il popolo non è disegnato dalla Costituzione come il propulsore della revisione costituzionale» (sent. n.496 del 2000, punto 4.2 del *Considerato in diritto*)

tibile la tecnica dello “spacchettamento” del quesito eterogeneo, di cui si è parlato anche con riferimento al referendum del 4 dicembre 2016. A prescindere dai problemi che pone per quanto concerne chi deve provvedervi e sulla base di quali criteri, immaginare una riforma approvata dal Parlamento con un'unica legge costituzionale e poi suddivisa in più quesiti referendari significa ammettere la possibilità che dalle urne esca fuori un disegno totalmente diverso da quello tracciato dal Parlamento (con l'approvazione di alcune parti della riforma e il rifiuto di altre). Significa, in sostanza, attribuire al corpo elettorale un potere deliberativo che non ha. A quel punto non sarebbe corretto sostenere la valenza meramente oppositiva del referendum costituzionale. Sono le Camere a doversi fare carico del problema di approvare una riforma più circoscritta e chiara possibile, in modo da garantire la consapevolezza del voto. E' in ambito parlamentare (quindi in ambito politico) che va affrontata la questione, decidendo, ad es., di realizzare in modo graduale le riforme<sup>59</sup>.

La ricostruzione del referendum come strumento oppositivo, pensato in funzione di garanzia per le minoranze che non hanno condiviso la decisione parlamentare, è quella che appare più conforme alla *ratio* sottesa all'art.138 Cost. ed è anche quella maggiormente condivisa dalla dottrina. Nella prassi politica, però, si è da tempo affermata l'idea del referendum utilizzato per approvare le scelte effettuate dalla maggioranza (il referendum del 2016 rappresenta in tal senso un esempio emblematico, ma non isolato). Ormai nel linguaggio corrente il referendum costituzionale viene qualificato come referendum confermativo. La sua attivazione viene ritenuta necessaria (e non meramente eventuale), al fine di legittimare le scelte effettuate in ambito parlamentare, con una conseguente ed evidente torsione in senso ple-

---

<sup>59</sup> L'ipotesi della gradualità nella realizzazione delle riforme è stata sostenuta soprattutto da A. PACE, *La Costituzione non è una legge qualsiasi*, 31/03/2004, in *Costituzionalismo.it*, 2. Un'ulteriore ipotesi potrebbe essere quella di un'approvazione di più leggi di revisione distinte, che avverrebbe comunque con la consapevolezza parlamentare che solo alcune di queste potrebbero superare il vaglio referendario (le leggi di revisione verrebbero pertanto formulate tenendo conto di questa possibilità). Lo “spacchettamento”, in sostanza, non va fatto *ex post*, fuori dalle Aule parlamentari, ma è piuttosto un problema che deve essere affrontato *ex ante* dalle Camere stesse, in modo da preservare la natura parlamentare del potere di revisione. Il potere referendario, invece, consiste semplicemente nel “prendere o lasciare” quello che il Parlamento ha deciso approvando quella determinata legge di revisione (non è invece immaginabile che possa essere utilizzato per scomporre e ricomporre, così da realizzare un *puzzle* totalmente diverso dal disegno parlamentare).

biscitario. Non si entra qui nel merito di una questione che presenta tante sfaccettature e che è il frutto di una evoluzione politica costellata da tanti profili critici (uno per tutti: sempre più spesso le decisioni sulla revisione della Costituzione vengono prese da maggioranze politiche deboli, che cercano legittimazione nel corpo elettorale, in un contesto predominato dal fenomeno delle revisioni “a colpi di maggioranza”, ben lontano da quello spirito costituente volto a favorire il confronto e la condivisione con le forze politiche di opposizione)<sup>60</sup>. Il quadro delineato dal Costituente, che presenta una significativa linearità e chiarezza (maggiore di quella che si rinviene ad una prima, più superficiale lettura degli Atti dell’Assemblea costituente) deve ritenersi, quindi, contraddetto dalla tendenza affermatasi e consolidatasi nella prassi (nonostante la tendenza predominante a livello dottrinale sia invece propensa a sostenere la valenza oppositiva del referendum costituzionale e in tal senso a valorizzare lo spirito costituente).

## **6. Il valore della ponderazione come elemento pervasivo di tutto il dibattito**

C’è un ultimo elemento da prendere in considerazione come oggetto di riflessione. Il concetto più ricorrente, il filo rosso che lega tutta la discussione come un valore che caratterizza la revisione costituzionale di per sé, a prescindere dal tipo di procedimento che viene adottato, è quello della ponderazione.

L’analisi di tale profilo è strettamente connessa alle tematiche che si sono appena esaminate: la ponderazione nelle scelte è uno dei presupposti necessari per garantire il coinvolgimento della minoranza (la quale, come si è visto, di fronte a decisioni parlamentari che non condivide può chiedere l’intervento del corpo elettorale in sede referendaria). Ponderare le scelte per ottenere la massima condivisione possibile.

Scorrendo rapidamente gli interventi dei Costituenti sul procedimento di revisione, è facile notare come la convinzione maggiormente

---

<sup>60</sup> Sul punto si rinvia alla recente analisi di M. VOLPI, *Referendum e iniziativa popolare*, cit., 19 ss., dove si evidenzia quella evoluzione che ha condotto la maggioranza ad occupare lo spazio riservato all’opposizione (spec.22).

diffusa sia che il potere di modificare la Costituzione debba spettare alle Camere, le quali devono esercitarlo in modo accorto e oculato affinché la scelta della revisione possa ottenere i più ampi consensi in ambito politico (e, quindi, di conseguenza anche tra la popolazione).

All'inizio, quando si discute del procedimento con lo scioglimento delle Camere, di fronte all'obiezione (mossa da Nobile) che probabilmente le Camere sarebbero poco propense a decretare il proprio scioglimento, Einaudi risponde che ciò potrebbe favorire una riflessione più meditata sulle riforme da realizzare<sup>61</sup>. Nel corso della stessa seduta Mortati evidenzia che la discussione sul metodo della revisione ha fatto emergere due criteri direttivi: *a)* il procedimento deve essere diluito nel tempo per «accertare la rispondenza della proposta di revisione ad esigenze veramente sentite e stabili»; *b)* deve essere ammesso l'intervento popolare «in una forma o nell'altra» (attraverso le elezioni delle nuove Camere o mediante il referendum)<sup>62</sup>. Nello stesso contesto Mortati ipotizza anche la scissione della votazione sulla revisione in due momenti, intervallati da un congruo arco temporale: una prima votazione sulla «presa in considerazione» della proposta di revisione ed una seconda votazione sull'approvazione del progetto di revisione. Anche in questo caso si fa riferimento all'adozione di un meccanismo (che sarà oggetto di diversi interventi) in grado di garantire scelte ben ponderate. Subito dopo interviene il Presidente Terracini, che, nel rilevare l'opportunità di affidare la revisione alle Camere, evidenzia le «maggiori garanzie di ponderatezza» che derivano dall'intervento par-

---

<sup>61</sup> Seduta della prima Sezione della seconda Sottocommissione del 15 gennaio 1947, p.1-2.

<sup>62</sup> V. sempre seduta del 15 gennaio 1947, p.3. Per quanto concerne il secondo punto, siamo di fronte ad una delle tante ipotesi in cui Mortati esprime il proprio favore per gli interventi della volontà popolare. I due criteri indicati da Mortati, comunque, erano presenti nel procedimento con lo scioglimento e rimangono presenti anche nel procedimento con la doppia lettura che viene poi adottato. Sono criteri largamente coincidenti con quegli elementi intangibili del procedimento previsto nell'art.138 Cost., che saranno in seguito individuati dalla dottrina. S.P. PANUNZIO, *Le vie e le forme per l'innovazione costituzionale in Italia*, cit., 117-118, sottolinea che il nucleo fondamentale dell'art.138 Cost. è rappresentato dalla forte tutela delle minoranze (grazie alla previsione di maggioranze più elevate rispetto alla legislazione ordinaria e alla possibilità di attivare il referendum oppositivo) e dalla natura parlamentare e bicamerale del potere di revisione, il cui esercizio, con la previsione della doppia deliberazione, si caratterizza per la massima ponderazione delle scelte.

lamentare, il quale assicura l'esame della revisione «in un clima più moderato»<sup>63</sup>.

Quando il giorno successivo si discute l'adozione del procedimento con la doppia deliberazione (e si respinge, quindi, quello con lo scioglimento delle Camere, che era stato invece votato il giorno prima), uno dei motivi principali che inducono all'accettazione del nuovo procedimento, più semplice di quello precedente, risiede nella garanzia di ponderazione che sarebbe comunque assicurata dalla doppia deliberazione. Lussu, che, come si è già visto, inizialmente era contrario al referendum, di fronte alla proposta Perassi si dichiara al riguardo disponibile perché sarebbero comunque garantite decisioni parlamentari non affrettate grazie alla previsione della maggioranza qualificata e di un significativo intervallo temporale tra le due deliberazioni<sup>64</sup>. Fuschini, invece, anche se non interviene in modo specifico a sostegno della revisione mediante la doppia deliberazione, evidenzia comunque che, prima di arrivare al referendum, occorre verificare se all'interno del Parlamento sussiste un congegno in grado di garantire un esame sufficientemente «prudente e avveduto»<sup>65</sup>.

Il 3 dicembre 1947 l'Assemblea, come si è sottolineato, ha approvato il procedimento con la duplice lettura. In tale sede sono significative le parole con cui Perassi illustra le peculiarità che distinguono il procedimento di revisione dalla legislazione ordinaria. La prima risiede nella necessità di «una ponderata riflessione», assicurata dall'intervallo di tre mesi tra prima e seconda deliberazione. Seguono poi la previsione di maggioranze speciali rispetto alla legge ordinaria e la possibilità di ricorrere al referendum.

Il quadro d'insieme che si ricava è estremamente chiaro: la legislazione costituzionale e quella ordinaria operano su piani diversi e con criteri diversi. Per la prima bisogna procedere in modo avveduto e occorre raggiungere maggioranze speciali che non sono previste per le leggi ordinarie. Queste caratteristiche, unitamente alla possibilità di

<sup>63</sup> Seduta del 15 gennaio 1947, p.2-3. L'intervento di Terracini è uno dei tanti volti a sottolineare il ruolo di primo piano che deve essere assunto dal Parlamento, rispetto al quale l'intervento popolare avviene *ex post* e dall'esterno.

<sup>64</sup> Seduta della prima Sezione della seconda Sottocommissione del 16 gennaio 1947, p.1.

<sup>65</sup> V. sempre seduta del 16 gennaio 1947, p.2. In tale contesto Fuschini ipotizza poi un procedimento piuttosto complicato, nel quale alla "presa in considerazione" proposta da Mortati dovrebbe seguire la nomina di una Commissione per l'esame approfondito della proposta, che dovrà quindi essere approvata con due o più letture.

attivare il procedimento referendario, dovrebbero garantire il più ampio coinvolgimento possibile delle minoranze. L'efficienza e la rapidità di decisione sono caratteristiche che vanno bene per la legislazione ordinaria, frutto delle scelte politiche della maggioranza contingente. Non sono, invece, criteri valevoli per la legislazione costituzionale, che dovrebbe scaturire dalla massima condivisione. Modificare la Costituzione significa incidere sulle regole che governano tutta la comunità e non dare attuazione all'indirizzo politico dell'esecutivo in carica.

Dai dati ricavabili dal dibattito in Assemblea costituente emerge in modo evidente che il protagonista della revisione, il soggetto che decide, quello intorno al quale ruota tutto il procedimento, è il Parlamento. Allora però si pensava ad un Parlamento forte (vale a dire pienamente legittimato e non scaturito da una legge incostituzionale...), in grado di assicurare quella dialettica ponderata tra maggioranza e opposizione, che dovrebbe essere uno dei presupposti imprescindibili del procedimento di revisione<sup>66</sup>. Viene da chiedersi se uno scenario del genere sia prefigurabile oggi, in un contesto politico (italiano e non solo) dove tutto si regge sul principio dell'efficienza economica<sup>67</sup> e dove non mi pare diffusa la disponibilità ad anteporre il bene comune agli interessi personali e di parte.

---

<sup>66</sup> La revisione costituzionale rappresenta forse l'ambito più emblematico in cui, al posto della democrazia maggioritaria, dovrebbe affermarsi e operare quella «democrazia conflittuale, che trova nel confronto al suo essenza e nei valori della Costituzione il proprio limite» (G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, 2016, 253).

<sup>67</sup> È innegabile che la convivenza sociale non si fonda più sui diritti e sulla divisione dei poteri, ma sulla *lex mercatoria*. V. sempre G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., 251.



PARTE III  
*COMMENTI*



TAKING BACK CONTROL?  
APPEALS TO THE PEOPLE IN THE AFTERMATH OF THE  
UK'S REFERENDUM ON EU MEMBERSHIP

by *Kathryn Wright*

CONTENTS: 1. *Introduction*; 2. *The immediate aftermath of the referendum*; 3. *The legal framework*; 4. *Conclusions, prospects and proposals*; *SITOGRAPHY*.

## 1. Introduction

On 23 June 2016 the British people voted by 52% to 48% to leave the European Union, dividing the country. The new Prime Minister Theresa May, herself a very quiet Remain supporter, has categorically and repeatedly stated that «Brexit means Brexit». At the time of writing it is still unclear what sort of Brexit, and the process under Article 50 of the Treaty on European Union which triggers a Member State's withdrawal from the European Union has yet to be invoked (although May very recently indicated that this will happen by the end of March 2017). Nevertheless, the message is that the people have spoken «and their will must be respected»<sup>1</sup>.

This contribution focuses upon appeals to the people in the aftermath of the referendum result, in two senses. The first sense is embodied in the idea of *argumentum ad populum*, and is strongly linked to the demagogic nature of the Leave campaign. *Argumentum ad populum* denotes a fallacious argument that concludes that a proposition is true because many or most people believe it. Significantly, the population's expertise, experience or authority is not taken into consideration. The proposition that the British people could 'Take Back Control', the mantra of the Leave campaign, is a prime example of just such a fallacious argument. The campaign also played upon the idea of the underdog versus the establishment elite and experts.

---

<sup>1</sup> D. CAMERON, *Speech. EU Referendum Outcome, Prime Minister's statement*, [Gov.uk](http://gov.uk), 24 June 2016.

The second sense is a more general appeal to the public, for example a plea for support or for unity. In amongst the quite striking number of politicians deserting or stepping down following the result, and the immediate renegeing on ‘promises’ made during the Leave campaign, such as National Health Service funding and control over immigration, these different appeals can be seen in speeches of political leaders immediately after the referendum result.

This contribution will first consider the immediate aftermath of the vote. I carry out a content analysis of the first speeches of relevant political leaders immediately after the result on 24 June 2016. Although this is a crude method, it reveals some intriguing insights and contradictions. The second part will consider the legal framework surrounding the referendum and, more importantly, the ‘constitutional requirements’ of the UK for the purposes of invoking Article 50 of the Treaty on European Union. Given the UK’s lack of a written constitution, defining these requirements is not a straightforward matter. The relevant legislation is the European Communities Act 1972, the European Union Act 2011, and the EU Referendum Act 2015. These Acts will be considered in addition to the Conservative Party Manifesto 2015, given that it was Prime Minister David Cameron’s decision to call a referendum on EU membership in an attempt to placate factions within his own party. This gives rise to consideration of the debate surrounding the role of Parliament in the decision to leave the EU and the conflict between representative democracy and direct democracy as embodied in the referendum and petitions following its outcome. The article concludes with prospects at the time of writing and proposals for the conduct of future referenda.

## **2. The immediate aftermath of the referendum**

As the UK awoke on 24 June, the truth dawned that by a slim majority the electorate had voted to leave the EU. In terms of participation, the turnout for the EU referendum was 72.2% of the UK population.<sup>2</sup> This was relatively high, for example compared with 66.1% turnout for the 2015 General Election and 35.6% for the last European Parliament election in 2014. The question put to the population was:

---

<sup>2</sup> Results in *The Electoral Commission*.

‘Should the United Kingdom remain a member of the European Union or leave the European Union?’. 17.4 million voters, or 51.9%, voted Leave, and 16.1 million, representing 48.1%, voted Remain. According to polling, Leave voters were on the whole characterised as poorer, less well educated, and older.

This was not the expected result. Having gambled and lost, Prime Minister David Cameron announced his pending resignation, leaving it to the winners to sort out the chaos.<sup>3</sup> Immediately, prominent Leave members reneged<sup>4</sup> on the promises which were the foundation of their campaign. The appeals to the people during the campaign included the strong insinuation that the UK’s supposed £350 million a week contribution to the EU (an amount discredited, but repeatedly parroted anyway) would be spent on the National Health Service - by individuals on record as wanting to privatise the NHS. The message on the side of the campaign bus had read «We send the EU £350 million a week. Let’s fund our NHS instead». The other significant claim was that the UK could take back control of its borders by reducing EU immigration - despite it not being part of the Schengen Area in the first place. Over breakfast, Nigel Farage, leader of the UK Independence Party, announced that the NHS message had been a «mistake»<sup>5</sup>. That evening, Daniel Hannan, a Conservative Leave campaigner, asserted that there would not be a radical decline in immigration by leaving the EU<sup>6</sup>.

The atmosphere at the victory press conference<sup>7</sup> given by Michael Gove and Boris Johnson was funereal. It quickly became painfully clear that there was no plan for what should happen in the event of a Leave vote (except from the pro-Remain First Minister of Scotland Nicola Sturgeon who seized the opportunity to reopen the question of

---

<sup>3</sup> «I will do everything I can as Prime Minister to steady the ship over the coming weeks and months, but I do not think it would be right for me to try to be the captain that steers our country to its next destination» (D. CAMERON, *op. cit.*).

<sup>4</sup> Or ‘backpedalled’: an appropriate term for the former Mayor of London, Boris Johnson, who introduced the London bikes scheme...

<sup>5</sup> *Good Morning Britain*, ITV, 24 June 2016. See also: *Nigel Farage: £350 million pledge to fund the NHS was “a mistake”*, *The Telegraph*, 24 June 2016; *Nigel Farage backtracks on Leave campaign’s “£350m for the NHS pledge hours after result”*, *The Independent*, 24 June 2016.

<sup>6</sup> *Newsnight*, BBC, 24 June 2016. See also *Free movement of labour might not end after Brexit, admits Tory Leave campaigner Daniel Hannan*, *The Independent*, 25 June 2016.

<sup>7</sup> B. JOHNSON, *Brexit victory speech. Full transcript*, *Newsweek*, 24 June 2016.

Scottish independence). Having been so keen to ‘take back control’, Johnson stalled for time, emphasising that there was no need to set in motion the process for leaving the EU: «it is vital to stress there is no need for haste... There is no need to invoke Article 50». There were a striking number of desertions in the face of this victory. Six days later, unable to count on the support of his Leave compatriot Gove, Johnson withdrew his candidature from the Conservative leadership contest.<sup>8</sup> Nigel Farage, having at least partially achieved his goal, resigned (for the second time) as UK Independence Party leader on 4 July – but remains as a Member of the European Parliament with the benefits that entails.

The subtle and not-so-subtle language used in appealing to the people during the campaign and following the result is clearly important. Even the Remain campaign took on the terminology of the Leave camp to try to get its message across, stymied by years of myths and erroneous coverage in the tabloid press. For example, referring to trade ‘with’ Europe rather than ‘within’ it – subtly reinforcing a separation between the UK and the rest of the continent, and a ‘them and us’ outlook.

Continuing the linguistic theme, this section reports on an original content analysis of the first speeches of relevant political leaders immediately after the result. This analysis includes the speeches on 24 June 2016 of (outgoing) Prime Minister David Cameron,<sup>9</sup> leading Leave campaigners and Ministers Boris Johnson<sup>10</sup> and Michael Gove,<sup>11</sup> UK Independence Party leader Nigel Farage,<sup>12</sup> First Minister of Scotland Nicola Sturgeon,<sup>13</sup> and Opposition Leader Jeremy Corbyn.<sup>14</sup> I also consider Theresa May’s brief speech on 11 July 2016 when it became clear she would be the Brexit Prime Minister.<sup>15</sup> This is a crude analysis, particularly as the speeches are different lengths and sometimes include other purposes such as appealing to internal

---

<sup>8</sup> *Boris Johnson dramatically rules himself out of Conservative election race*, *The Telegraph*, 30 June 2016.

<sup>9</sup> D. CAMERON, *op. cit.*

<sup>10</sup> B. JOHNSON, *op. cit.*

<sup>11</sup> N. FARAGE, *4 a.m. victory speech. The text in full*, *The Independent*, 24 June 2016.

<sup>12</sup> *Ibidem.*

<sup>13</sup> N. STURGEON, *Speech in full after EU referendum result*, in *Stv.tv*, 24 June 2016.

<sup>14</sup> J. CORBYN, *Brexit Speech*, *YouTube «EU Debate» channel*.

<sup>15</sup> *Theresa May launches conservative leadership*, *The Telegraph*, 11 July 2016.

party politics – for example, Jeremy Corbyn spoke for 18 minutes, whereas the other speeches are between around 2 and 10 minutes long. However, it gives some intriguing insights and reveals considerable contradictions between campaign strategy and views expressed after the result. The table shows the incidences of the words I initially searched for in all speeches – ‘people’, ‘citizens’, ‘democra\*’ (the root of ‘democracy’ or ‘democratic’ etc), ‘control’ (given the importance of this word in the campaign) as well as other concepts which recurred in particular speeches such as ‘independence’, ‘country’, ‘nation’ and ‘community’. Obviously, the weight given to these words depends on their context.

Considering the key message that a vote to leave the EU would mean the British people ‘taking back control’, we might expect to see that phrase repeated in the victory speeches. Boris Johnson did mention ‘control’ 3 times, and ‘democracy’ a similar number. Nigel Farage did not refer to ‘control’ but used ‘independence’ (as in *Independence Day*) twice, unsurprisingly given that he was the leader of the UK Independence Party. Michael Gove’s speech was the most intriguing. There was no mention at all of ‘control’, but conversely 6 mentions of ‘openness’: «We have always been an open, inclusive, tolerant, creative and generous nation – open for business, open to trade, open to other cultures, open to the world. Now, we have a new chance to extend that openness even further». He also invoked our «European friends» and «friendly cooperation». On the other side, Theresa May, Remain supporter and incoming Prime Minister, did however raise the idea of control, attempting to link it to unity: «...we are going to give people more control over their lives and that’s how together we will build a better Britain».

‘Taking back control’ also appeared to mean being less interested in the advice of experts. During a question & answer debate on Sky News on 2 June 2016, Gove famously said «People in this country have had enough of experts» when he was unable to point to any economic evidence supporting his position. His victory speech showed a change of heart: «We should draw on the wisdom of great minds outside of politics».

Boris Johnson stated that he was looking forward to «continuing to interact with the peoples of other countries in a way that is open and friendly and outward-looking». Interestingly, these words exactly echo the view of Nicola Sturgeon, an enthusiastic Remain supporter.

In her speech she twice stated that «...we [Scotland] voted to renew our reputation as an outward looking, open and inclusive country». That Johnson's view after the result seems out of step with his attitude during the campaign itself is not surprising given that he apparently drafted two positions, one for Remain and one for Leave, before deciding that being a leading voice in the Leave campaign would best serve his personal ambition of becoming Prime Minister.

There were mixed messages in a number of speeches. Outside 10 Downing Street, David Cameron said that «I was absolutely clear about my belief that Britain is stronger, safer and better off inside the European Union...» However, «I have said before that Britain can survive outside the European Union, and indeed that we could find a way». This ambivalence is also apparent in the Conservative Party Manifesto for the 2015 General Election, discussed in the next section. For his part, Boris Johnson appeared to acknowledge that it is actually Parliament's role to take this kind of decision: «Today I think all of us politicians need to thank the British people for the way they have been doing our job for us. They hire us to deal with the hard questions and this year we gave them one of the biggest and toughest questions of all». However, in the next breath he said «Some people are now saying that was wrong and that people should never have been asked in that way. I disagree, it was entirely right and inevitable and there is no way of dealing with a decision on this scale except by putting it to the people». He finished by saying «The most precious thing this country has given the world is the idea of parliamentary democracy. I believe the British people have spoken up for democracy...», which does seem to sidestep the distinction between parliamentary and direct democracy as expressed through a referendum.

The speakers invoked 'people' in different ways. Most evidently, reference to 'the people' was made in the sense of *demos* or the populace of the United Kingdom. David Cameron used the phrase 'the British people' 5 times, colloquial 'Brits' once, 'the people' twice, 'our people' once, and 'people' from elsewhere 3 times. Boris Johnson referred to the 'British people' twice, 'the people' in the sense of populace 4 times, and 'the peoples of other countries' once. Johnson also made reference to the people who govern once, and the people to whom they are accountable once. It is notable that Cameron and Sturgeon both used 'people' to refer to the domestic electorate and 'citizens' to refer to EU citizens in the UK (Sturgeon: from other EU

countries; and Cameron ‘European’ citizens, and ‘Brits’ in ‘European’ countries). As national leaders, they adopt the more precise EU terminology. No other speakers refer to ‘citizens’.

We might expect the leader of a nationalist party to pay homage to the ‘British people’. Farage’s 4.00 a.m. speech did not do so. Instead he announced «a victory for real people, a victory for ordinary people, a victory for decent people», which implied that Remain voters had none of those attributes. Interestingly, he also claimed to be acting on behalf of the «rest of Europe». In his brief speech, Farage was the only speaker not to mention democracy, which all other speakers referred to more than once.

Appeals for unity were present in speeches from both sides. From the Remain side, David Cameron said: «The British people have made a choice. That not only needs to be respected — but those on the losing side of the argument, myself included, should help to make it work». Jeremy Corbyn also emphasised the importance of «bringing people together», especially referring to the economic inequality that played a large role in the Leave vote. He was also the speaker, surprisingly together with Michael Gove, who placed most importance on ‘communities’. Conservative Theresa May, with a seemingly rather socialist vision, urged that «We need to unite our country and ... we need a strong, new positive vision for the future of our country - a vision of a country that works not for the privileged few, but that works for every one of us». Among the Leavers, Johnson appealed twice to ‘young people’ in particular, who on the whole did not vote for the outcome he supported. Gove was particularly keen that people from all communities and political backgrounds work together, and suggested that «calmly and united, [we can] take our country forward in the spirit of the warm, humane and generous values that are the best of Britain».

### **3. The legal framework**

Having established reactions in the immediate aftermath of the referendum result, what happens now? As is now well known, Article 50 of the Treaty on European Union, introduced by the Lisbon Treaty, provides for a Member State to withdraw from the EU and establishes the procedure it must follow.

SPEAKER (WITH LENGTH OF SPEECH)	INCIDENCE OF WORDS FOUND IN SPEECH (TOP 3 CONCEPTS FOR EACH SPEAKER IN BOLD)					OTHER
	'PEOPLE'	'CITIZENS'	'CONTROL'	'DEMOCRACY'		
CAMERON (7:09)	14	1 (of other European countries)	0	4	Country 7 National interest 2 Brits 1	
JOHNSON (1:48)	14	0	3	3	Country 9	
GOVE (3:20)	3	0	0	3	Open 6 Friend* 2 Nation 2 Country 2 (but 1 in tribute to Cameron) Community 1	
FARAGE (2:25)	5 (2 incidences referring to campaign people)	0	0	0	Independen* 2 Nation 2 Friend 1	
STURGEON (10:11)	5	1 (of other EU countries in Scotland)	0	2	Independence (of Scotland) 5 Community/ies 3 Country 3 Freedom (of movement) 1 Communities 8	
CORRYN (18:00)	15	0	1 (of exploitation of workers)	2	Protections (working rights, human rights, environment) 3 Country 2 Cohesion 1 Divided/divisive Freedom (to shape economy) 1	

At this stage two points are particularly important to note. First, according to Article 50(2) TEU, «A Member State which decides to withdraw shall notify the European Council of its intention». That is, the onus is on the withdrawing Member State to make the notification, and therefore the timing of that notification is within the control of that Member State. The other Member States and the EU institutions have no competence, at least from a legal perspective, to push the withdrawing Member State - of course, political pressure may be a different matter. Another element of this is the meaning of 'Member State'. Practically speaking, who should be involved in making the notification? This leads to the second point: Article 50(1) states that «Any Member State may decide to withdraw from the Union in accordance with its own constitutional requirements». It is therefore imperative to establish the UK's 'constitutional requirements'.

There has been no rush to invoke Article 50 following the referendum. Instead the government is playing for time while scrambling to establish a negotiating position since a Member State will automatically cease to be a member of the EU two years after notifying its intention to leave unless that deadline is unanimously extended (Article 50(3) TEU). However, Prime Minister Theresa May has recently indicated that the Article 50 notification will happen before the end of March 2017.

The rest of this section considers the UK's constitutional requirements. First, it examines the Conservative Party Manifesto 2015 as the political basis for the referendum. It then considers the European Union Referendum Act 2015 which gave effect to the manifesto commitment for a referendum. Following that, we consider the European Union Act 2011, which provides for the 'double lock' of a referendum as well as parliamentary approval in a wide range of situations, together with the European Communities Act 1972, the 'constitutional statute' which enacts the UK's accession to the EU and the effect of EU law. It then discusses parliamentary sovereignty and the debate over the need for parliamentary involvement following the June referendum which goes to the question of who represents the Member State and on what authority they can make the Article 50 notification to the European Council.

Eurosceptic Members of Parliament in the Conservative party unsuccessfully tried to push through a proposal for an in-out referendum on EU membership following a House of Commons debate in October

2011.<sup>16</sup> Under the Labour government of Tony Blair, referenda had been mooted, but did not ultimately take place, on joining the euro currency and on the pre-Lisbon Constitutional Treaty 2004. The Lisbon Treaty was ratified in the UK solely by legislation, with no referendum. In November 2009, David Cameron as leader of the Conservative Party committed, if the Party was elected, to a United Kingdom Sovereignty Bill, repatriation of some powers from the EU to the UK, and a referendum lock on future transfer of powers to the EU: «Never again should it be possible for a British government to transfer power to the EU without the say of the British people»<sup>17</sup>. In due course the Conservative Party, together with the pro-EU Liberal Democrats as coalition partners, came back to power following the General Election 2010. Cameron's speech informed the Conservative Party's manifesto, and subsequently the Bill which became the European Union Act 2011.

Consequently, an 'in or out' referendum on the UK's EU membership was one of the pledges in the Conservative Party's Manifesto for the 2015 General Election.<sup>18</sup> The relationship with the EU appeared under two topics: 'Controlled immigration that benefits Britain' and 'Keeping our country secure'.

In the 'Keeping our country secure' section, on 'real change in our relationship with the European Union', the Manifesto tends not to focus on the benefits of EU membership. Rather, it states:

*«For too long, your voice has been ignored on Europe. We will: give you a say over whether we should stay in or leave the EU, with an in-out referendum by the end of 2017; commit to keeping the*

---

<sup>16</sup> The motion was «That this House calls upon the Government to introduce a Bill in the next session of Parliament to provide for the holding of a national referendum on whether the United Kingdom should (a) remain a member of the European Union on the current terms; (b) leave the European Union; or (c) re-negotiate the terms of its membership in order to create a new relationship based on trade and co-operation». The motion calling for a referendum was defeated by 482 to 111 votes (HOUSE OF COMMONS, *Debate about National Referendum on the European Union*, [Hansard Parliament.uk](#), Vol. 534, 24 October 2011).

<sup>17</sup> D. CAMERON, *A Europe policy that people can believe in*, [ConservativeHome.com](#), 4 November 2009. See also: *David Cameron ditches referendum and backs away from EU "bust-up"*, [The Guardian](#), 4 November 2009; *EU Lisbon Treaty: David Cameron promises vote on future EU changes*, [The Telegraph](#), 04 Nov 2009.

<sup>18</sup> CONSERVATIVE PARTY, *Manifesto 2015. Strong leadership a clear economic plan a brighter, more secure future*, [Conservatives.com](#).

pound and staying out of the Eurozone; reform the workings of the EU, *which is too big, too bossy and too bureaucratic*; reclaim power from Brussels on your behalf and safeguard British interests in the Single Market; back businesses to create jobs in Britain by completing ambitious trade deals and reducing red tape»<sup>19</sup>.

This type of emotive and scapegoating language obviously does not help to make the case for remaining in the EU, despite Cameron's position for Remain. This is an indication of what Jean Claude Juncker, European Commission President, meant when he told the German newspaper Bild on 25 June 2016: «If someone complains about Europe from Monday to Saturday then nobody is going to believe him on Sunday when he says he is a convinced European».

Under the heading 'Controlled immigration that benefits Britain', the Manifesto states: «Our plan to control immigration will put you, your family and the British people first» including «control[ling] migration from the European Union, by reforming welfare rules»<sup>20</sup>. Furthermore, «We will negotiate new rules with the EU, so that people will have to be earning here for a number of years before they can claim benefits, including the tax credits that top up low wages. Instead of something-for-nothing, we will build a system based on the principle of something-for-something»<sup>21</sup>. These statements immediately brand workers and citizens from other EU Member States as 'welfare benefit tourists'. The Manifesto also emphasises several times that the UK is creating more jobs than the rest of the EU put together.<sup>22</sup> It makes clear that any changes to welfare benefits will be put to the people in a straight in-out referendum. «After the election, we will negotiate a new settlement for Britain in Europe, and then ask the British people whether they want to stay in the EU *on this reformed basis* or leave»<sup>23</sup>. In fact it was not these changes that were put to the British people. There was no causal link in the referendum campaign between the deal reached by Cameron and the 'in or out' membership question. The changes negotiated were not prominent in the Remain campaign.

---

<sup>19</sup> *Ivi*, p. 72.

<sup>20</sup> *Ivi*, p. 29.

<sup>21</sup> *Ivi*, p. 29-30.

<sup>22</sup> *Ivi*, p. 7, p. 17.

<sup>23</sup> *Ivi*, p. 72-73.

Whereas the Conservative Manifesto and the party's success in the 2015 General Election provides the political basis for the referendum, the EU Referendum Act 2015, which came into force in December 2015, lays down the legal basis for this particular referendum, such as the question to be asked, the timing of the campaigning period, and the use of campaign funds. According to section 6(1) of the 2015 Act, «The Secretary of State must publish a report which contains... (a) a statement setting out what has been agreed by member States following negotiations relating to the United Kingdom's request for reforms to address concerns over its membership of the European Union, and (b) the opinion of the Government of the United Kingdom on what has been agreed». This outlines the fact that a 'deal' as promised in the Manifesto above should be secured and then communicated to the public. Furthermore, it implies that the referendum should be decided on the basis of that deal. If that were the case, a more apt referendum question would have been whether the public did or did not support the outcome of the deal secured in February 2016.

The elements of that deal at the European Council in February 2016<sup>24</sup> were:

- an opt out from the concept of 'ever closer union', clarifying that the UK had no commitment to further political integration;
- changes to welfare benefits. This had two parts: (a) limiting access to in-work benefits for 4 years from when a person started work in the host State, graduated to acknowledge the increasing connection of the worker with the labour market of the host state. This emergency brake on benefits could only operate for a total period of 7 years; (b) concerning exportation of child benefit, that benefit would be indexed to the conditions of the Member State where the child was resident;
- the UK would not have to contribute to Eurozone bailouts;
- a commitment to enhancing competitiveness and lowering administrative burdens.

As was made clear at the European Council, this agreement would become void in the event of a decision to leave the EU, and the UK is

---

<sup>24</sup> European Council meeting (18 and 19 February 2016) – Conclusions, EUCO 1/16, [Consilium.Europa.eu](http://Consilium.Europa.eu).

therefore now back to square one in terms of negotiating its future relationship.

While the EU Referendum Act 2015 applied only to the June 2016 referendum, the domestic legislation governing the UK's membership of the EU is the European Communities Act 1972 preceding the UK's accession in 1973, and the more recent European Union Act 2011. Section 2 of the 1972 Act provides that all rights, powers, liabilities, obligations and restrictions created or arising by or under the EU Treaties are part of UK law. In the seminal *Factortame* case, Lord Bridge ruled that «whatever limitation of its sovereignty Parliament accepted when it enacted the European Communities Act 1972 was *entirely voluntary*»<sup>25</sup>. This case law emphasises the *domestic* basis of the supremacy of EU law. This reasoning is significant as the doctrine of Parliamentary sovereignty is a foundation of the UK's unwritten constitution. According to Dicey's classic conceptualisation, Parliament has the power «to make or unmake any law whatsoever», so that each Parliament cannot bind its successors<sup>26</sup>. As a result, the tenet of implied repeal means that any Act of Parliament can simply be repealed by a subsequent Act of Parliament on the same subject matter. Following the classic view, there is no hierarchy of statutes. However, in a newer understanding of sovereignty, there are some limitations on this – for example, the concept of the 'constitutional statute'; and mechanisms within legislation that can make repeal more difficult such as requirements for referenda, specifying that future legislation must be created through a particular 'manner and form'.<sup>27</sup> In the context of the EC Act 1972, Lord Justice Laws in *Thoburn v Sunderland City Council*, asserted that the Act was a 'constitutional statute'<sup>28</sup>, meaning that it was not subject to implied repeal but could only be *expressly* repealed by Parliament.

---

<sup>25</sup> *R v Secretary of State for Transport ex parte Factortame (No. 2)* [1991] 1 AC 603 at 659.

<sup>26</sup> A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8<sup>th</sup> edition, 1915, Macmillan), pp. 37-38.

<sup>27</sup> W. I. JENNINGS, *The Law and the Constitution* (5<sup>th</sup> edition, 1959, University of London Press). For further discussion in relation to the EU Act 2011 see M. GORDON & M. DOUGAN, *The UK's EU Act 2011: "Who Won the Bloody War Anyway?"*, 2012, 37(1) *E L Rev* 3-30, pp. 23-24.

<sup>28</sup> *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), the 'Metric Martyrs' case paragraphs 62-69.

Echoing Dicey's orthodoxy, the Ministerial statement announcing the Bill which became the European Union Act 2011 expressed an intention to underline that «what a sovereign Parliament can do, a sovereign Parliament can always undo»<sup>29</sup>. Paradoxically, this only serves to underline the redundancy of the so-called sovereignty clause in the 2011 Act<sup>30</sup>. This clause received the most attention as the Bill was going through Parliament. Section 18 provides that:

«Directly applicable or directly effective EU law (that is, the rights, powers, liabilities, obligations, restrictions, remedies and procedures referred to in section 2(1) of the European Communities Act 1972) falls to be recognised and available in law in the United Kingdom only by virtue of that Act or where it is required to be recognised and available in law by virtue of any other Act».

Section 18 in fact stops short of mentioning sovereignty, and instead affirms that the status of EU law is dependent on a continuing UK statutory basis. In that sense there is nothing novel in this provision and it is merely declaratory.

The other significant feature of the 2011 Act is the system of 'referendum locks', which aligns more closely with the 'manner and form' view of UK parliamentary sovereignty. The referendum lock means that any future EU Treaty transferring powers from the UK to the EU must be put to a referendum (sections 2, 3 and 6). A number of changes require both a referendum and parliamentary approval. Other changes or decisions require only an Act of Parliament (section 7) or other lesser parliamentary approval (section 10). There are a number of detailed provisions defining the triggers for referenda, and the range of situations covered is extremely broad.

Section 2(2) of the EU Act 2011 requires that an Act of Parliament approving a Treaty amendment cannot come into force until there has been a positive majority vote in a national referendum. Section 2 covers Treaty amendment by the ordinary revision procedure detailed in Article 48(2)-(5) TEU. This also applies to any EU decision using the

---

<sup>29</sup> FOREIGN AND COMMONWEALTH OFFICE and THE RT HON LORD HOWELL OF GUILDFORD, *Announcement. EU Bill to include Parliamentary sovereignty clause*, [Gov.uk](http://gov.uk), 6 October 2010.

<sup>30</sup> For a fuller discussion of the provisions and effect of the EU Act 2011 see P. CRAIG, *The EU Act 2011: Locks, Limits & Legality*, 48(6), *Common Market Law Review* 1915-1944; M. GORDON & M. DOUGAN, *op. cit.*

passerelle clause in Article 48(7) TEU, which would involve a shift from unanimity to qualified majority voting, or from the special to the ordinary legislative procedure. Section 3 of the EU Act relates to changes made using the simplified revision procedure under Article 48(6) TEU, and section 4 lists the areas where a referendum would be required.

A new Treaty, or a Treaty change, which does not transfer power from the UK to the EU would not require a referendum, according to the exemption in section 4. However, it is arguable that there will be grey areas surrounding the extension of competence, a new competence, or codification of an existing competence. In the case of changes made using the simplified revision procedure only, there is a further potential escape from the need for a referendum in the case of specific transfers of power or competence that are not significant to the UK (section 3(4)).

Section 6 of the Act sets out trigger events – that is, decisions requiring approval by both Act and by referendum. Section 6(5) states that a statute or referendum approval is needed in other EU decisions which are not passerelle provisions. Examples include the UK joining the euro, extension of the powers of the EU Public Prosecutor's Office, removal of UK border controls by amendment to the Schengen protocols, and 42(2) TEU decisions in relation to common EU defence. This also includes extension of qualified majority voting – that is, if there is a threat to the UK's veto in a given policy area. Schedule 1 lists the Treaty provisions where an amendment removing the need for unanimity, consensus or common accord would attract a referendum.

The range of situations which should be subject to a referendum laid down in the EU Act 2011 is clearly very wide, and features nuanced issues upon which the electorate is unlikely to be able to form a considered opinion. Despite all this detail, a referendum based simply on the fundamental question of membership of the EU is not among them. The EU Act 2011 only covers situations which are triggered by changes *at the EU level*, whereas the membership referendum was triggered by political forces at the domestic level.

Essentially, from a legal perspective the British people were not voting in June 2016 on what the legislation provided for - neither Cameron's deal from February 2016 as suggested in Art 6(1) of the EU Referendum Act 2015, nor a change in the EU Treaties as laid

down as a reason for a referendum in the EU Act 2011. Instead they were voting on a blunt ‘in or out’ question from a political manifesto commitment. Notably, there was not even any mention of the EU Act 2011 in the Conservative Manifesto 2015.

Referenda have tended to play a rather limited role in UK public life. There were devolution referenda concerning Northern Ireland, Scotland and Wales,<sup>31</sup> in 2011 a referendum on proposed changes to the electoral system in parliamentary elections to reflect proportional representation,<sup>32</sup> and the Scottish independence referendum in 2014. In terms of the UK’s relationship with the EU, following the EC Act 1972, the 1975 referendum on EU membership was an ex post consultative event. Referenda were mooted, but did not ultimately take place, on joining the euro currency, and on the pre-Lisbon Constitutional Treaty 2004 which was rejected by the French and Dutch plebiscites. The wide range of situations in which a referendum could be triggered under the EU Act 2011 may suggest an increasing appetite for referenda in the UK.

This does not mean that the current referendum result is binding. Legislation must be enacted by Parliament to give effect to the result, to repeal the EC Act 1972, to deal with existing UK legislation based upon EU law, and to enact whatever new relationship is negotiated. In the House of Commons, Members of Parliament could in theory vote according to their consciences rather than their constituents’ choices, and the House of Lords is likely to put up opposition. While some have called for a second referendum before Article 50 is invoked, and/or on the UK’s negotiating position with the EU, and/or on any agreement on the future relationship with the EU, others would prefer to steer clear of the risks of another referendum. As things stand, the Prime Minister Theresa May has ruled out a further referendum altogether, and continues to reiterate that «Brexit means Brexit». However, there is much greater support for Parliamentary involvement in these decisions. The battleground for now is over how, rather than whether, the referendum result should be implemented, and the extent of executive over Parliamentary approval. This concerns the UK’s

---

<sup>31</sup> Northern Ireland (Entry to Negotiations) Act 1996, Referenda (Scotland and Wales) Act 1997 [previous referenda also held in Scotland and Wales in 1979.

<sup>32</sup> On the Alternative Vote system proposed by the Liberal Democrats, who had formed a coalition government with the Conservatives - Parliamentary Voting System and Constituencies Act 2011.

‘own constitutional requirements’ for the purposes of Article 50 TEU. Should the notification to the European Council be done under executive legislation, Prerogative, Parliamentary decision or with Parliamentary scrutiny? Theresa May has said that Parliament will be involved – but this does not mean that Parliament will have a veto.

Many have argued that the sheer level of misinformation in the campaign meant that the referendum was undemocratic and the result cannot be binding.<sup>33</sup> A significant group of 1,054 barristers signed a letter to the Prime Minister and all Members of Parliament along similar lines: «There is evidence that the referendum result was influenced by misrepresentations of fact and promises that could not be delivered. Since the result was only narrowly in favour of Brexit, it cannot be discounted that the misrepresentations and promises were a decisive or contributory factor in the result». This letter called for a Royal Commission or independent body to hear evidence and to report on the risks of invoking Article 50 – wresting back control for the experts who were so derided by the Leave campaign. The barristers also asserted that primary legislation is required to trigger Article 50 and therefore that it is for Parliament to make the final decision<sup>34</sup>.

Scholars Barber, Hickman and King also contend that the referendum was only advisory – Parliament may decide that the case for exit is not made, or that it was made under false pretences. They argue that Parliament could also conclude that it would be contrary to the national interest to invoke Article 50 without knowing the terms of agreement.<sup>35</sup> (This would give rise to a chicken and egg situation since it implies negotiations and an agreement before Article 50 is invoked.)

A corollary of the referendum result and the split in the UK electorate has been the launch of a large number of e-petitions as an expression of direct democracy. The current system through the House of Commons Petitions Committee was set up in July 2015, having been initiated in 2006 through the Prime Minister’s Office under Tony Blair. A petition with 10,000 signatures will receive a response from the Government, and a petition will be debated in the House of Com-

---

<sup>33</sup> Letter to The Telegraph signed by academics in law and political science, *The Telegraph*, 14 June 2016.

<sup>34</sup> *In full: The letter from 1,000 lawyers to David Cameron over EU Referendum*, *The Independent*, 10 July 2016.

<sup>35</sup> N. BARBER, T. HICKMAN & J. KING, *Pulling the Article 50 “Trigger”: Parliament’s Indispensable Role*, *UK Constitutional Law Blog*, 27 June 2016.

mons (albeit without a vote) if it reaches 100,000 signatures. The most significant petition triggering a debate is the proposition that there should be a second referendum, signed by a considerable 4.1 million people: «We the undersigned call upon Her Majesty's Government to implement a rule that if the remain or leave vote is less than 60% based a turnout less than 75% there should be another referendum». As a product of the UK's unwritten constitution, no thresholds for minimum turnout or margins of victory were set before the referendum itself. The EU Referendum Act 2015 is also entirely silent on these questions. Although the government has rejected a second referendum, a debate was held on 5 September 2016.<sup>36</sup> The problem with this petition is that those thresholds could not be applied retrospectively. A petition to invoke Article 50 of the Lisbon Treaty immediately also achieved over 100,000 signatures and will be debated on 17 October 2016. This is likely to be less significant now that Theresa May has indicated Article 50 will be invoked early in 2017. The Government response was «... We should not trigger Article 50 until we have a UK approach and objectives»<sup>37</sup>. Petitions garnering far fewer signatures include one that there should be a second referendum before Art 50 TEU is activated, and, perhaps more realistically, one that there should be a debate in Parliament before Article 50 is invoked.

There are also a number of judicial review applications in the courts seeking to force parliamentary involvement before Article 50 is activated. These applications, represented by the law firm Mischon de Reya, seek a declaration and an injunction to ensure that the UK Government will not trigger the procedure for withdrawal from the EU without an Act of Parliament. The case in question links several claimants, including Deir Dos Santos, a hairdresser, Gina Miller, an investment manager and philanthropist, and Fair Deal for Expats, a campaign group of Britons living in France, and there is potential for others to join. A claimant must first show 'sufficient interest' to be granted permission to bring a judicial review against government action under English law. The preliminary hearing was held on 19 July 2016 and the case has been timetabled before the High Court in October. It is likely to reach the Supreme Court on an expedited appeal in

---

<sup>36</sup> *Petition. EU Referendum Rules triggering a 2nd EU Referendum, [Petition.Parliament.uk](#).*

<sup>37</sup> *Petition. Invoke Article 50 of The Lisbon Treaty immediately, [Petition.Parliament.uk](#).*

December 2016.<sup>38</sup> This timing would mean the judicial proceedings going on at the same time as the political decision to invoke Article 50. Depending on one's point of view, this action can be seen as a «legal dream team... launching a last gasp legal bid to preserve Britain's European Union membership»<sup>39</sup> or «an attempt by conniving lawyers to thwart the will of the people»<sup>40</sup>.

The Government Legal Service has advised that Article 50 can be invoked under Prerogative powers, and that will be their main argument in the case. Prerogative powers are customary executive powers held by the Crown since mediaeval times and now exercised by Ministers, which exist outside statute. This means, for example, that the Prime Minister alone could invoke Article 50 without further consultation. However, as argued by a number of constitutional law scholars, there is strong case law on limitation of the Prerogative.<sup>41</sup> The *De Keyser* case<sup>42</sup> established that where statute and existing Prerogative powers overlap, Prerogative powers are suspended for the duration of the statutory power (such as under the EC Act 1972 or EU Act 2011). The *Fire Brigades Union* case states that it would be an abuse of power to use the Prerogative to frustrate the will of Parliament or to preempt parliamentary decisions.<sup>43</sup> *Laker Airways* means the Prerogative cannot be exercised to take away rights recognised by statute, including rights deriving from EU law, or to undermine the aims of a statute.<sup>44</sup> It could be argued that the paradoxical loss of power through leaving the EU would be totally contrary to the purposes of the EU Act 2011. Using established principles of statutory interpretation, judges might take a purposive approach. At the very least, the EU Act 2011 represented a shift towards parliamentary and direct democracy

---

<sup>38</sup> October court date for Brexit challenge, [BBC.com](#), 19 July 2016.

<sup>39</sup> A. ALDRIDGE, *Legal dream team fights to make Brexit conditional on parliamentary backing*, [Legalcheek.com](#), 4 July 2016.

<sup>40</sup> The argument reported by C. O'CONNOR, *Why Parliamentary Approval for the Triggering of Article 50 TEU Should Be Required as a Matter of Constitutional Principle*, [UK Constitutional Law Blog](#), 7 July 2016.

<sup>41</sup> See e.g. T. T. ARVIND, R. M. KIRKHAM & L. STIRTON, *Article 50 and the European Union Act 2011: Why Parliamentary Consent is Still Necessary*, [UK Constitutional Law Blog](#), 1 July 2016.

<sup>42</sup> *Attorney General v De Keyser's Royal Hotel Ltd* [1920] UKHL 1, [1920] AC 508 (10 May 1920).

<sup>43</sup> *R v Secretary of State for the Home Department ex parte Fire Brigades Union* [1995] 2 AC 513. In that particular case, the legislation was not yet in force.

<sup>44</sup> *Laker Airways Ltd v Department of Trade* [1977] QB 643.

away from executive power. Arvind, Kirkham and Stirton point out that the then Foreign Secretary, William Hague, announced that the purpose of the legislation was to effect «a fundamental shift in power from Ministers of the Crown to Parliament and the voters themselves on the most important decisions of all: who gets to decide what»<sup>45</sup> on questions of European integration. Arvind et al argue that on that basis «an executive action which risked precisely the opposite outcome would *a fortiori* be unconstitutional»<sup>46</sup>.

Another paradox is that UK Members of the European Parliament may have more influence than UK parliamentarians in the UK's exit. Under Article 50(2) TEU, the European Parliament in effect has a power of veto on the final withdrawal agreement and the EU's future relationship with the EU by withholding consent. Its decision will be made on an absolute majority of the votes cast.<sup>47</sup> During the negotiations the European Commission is to take due account of the European Parliament's views. While the European Parliament is not able to amend the agreement, it does have scope to engage in delay tactics, according to its own rules of procedure. For example, under Rule 99(4), «Where Parliament's consent is required for an envisaged international agreement, *Parliament may decide*, on the basis of a recommendation from the committee responsible, *to suspend the consent procedure for no longer than one year*» and, concerning the opening of negotiations under Rule 108(2), «*Parliament may*, on a proposal from the committee responsible, a political group or at least 40 Members, *ask the Council not to authorise the opening of negotiations until Parliament has stated its position on the proposed negotiating mandate* on the basis of a report from the committee responsible». The Parliament could also ask the EU Court of Justice for its opinion on the compatibility with the Treaties of any agreement.

---

<sup>45</sup> FOREIGN & COMMONWEALTH OFFICE and THE RT HON WILLIAM HAGUE, *EU Bill passes Second Reading in Parliament*, [Gov.uk](#), 8 December 2010.

<sup>46</sup> T. T. ARVIND, R. M. KIRKHAM & L. STIRTON, *Article 50 and the European Union Act 2011: Why Parliamentary Consent is Still Necessary*, [UK Constitutional Law Blog](#), 1 July 2016. Note that other scholars believe that there is no need for parliament to legislate: see M. ELLIOTT, *On why, as a matter of law, triggering Article 50 does not require Parliament to legislate*, [Public Law blog](#).

<sup>47</sup> *Rules of Procedure of the European Parliament*, 8<sup>th</sup> parliamentary term, Rule 99, [European Parliament web site](#).

#### **4. Conclusion, prospects and proposals**

This contribution has considered appeals to the people in the immediate aftermath of the EU membership referendum. A content analysis of the first speeches of political leaders on 24 June 2016 revealed contradictions between their views during the campaign and after the result was announced, lending weight to the view that this was a Pyrrhic victory for the leaders of the Leave campaign who wanted to ‘Take Back Control’. Paradoxically, the ensuing loss of power in leaving the EU may turn out to be entirely at odds with what voters intended.

The analysis of the legal framework showed that the British people were not voting in June 2016 on what the legislation provided for - neither the February 2016 European Council deal as suggested in Art 6(1) of the EU Referendum Act 2015, nor a change in the EU Treaties or powers moving from the UK to the EU laid down as reasons for a referendum in the EU Act 2011. Instead they were voting on a blunt ‘in or out’ question from a political manifesto commitment.

As Article 50 TEU has yet to be invoked, the article showed that the UK’s constitutional requirements for the purposes of withdrawing from the EU are far from straightforward, and there is considerable debate over the extent of necessary and desirable parliamentary scrutiny. In addition, the Prime Minister has announced a Great Repeal Bill, intended to repeal section 2 of the European Communities Act 1972 so that EU law ceases to apply immediately upon the UK’s exit. By pulling out the foundation of all UK legislation and regulations which are based on EU law, this would leave lacunae in large swathes of UK law. The most likely way of addressing this will be by granting power to Ministers to amend law by statutory instrument. Given the huge amount of legislation which needs to be unravelled, and stretched capacity in the civil service, prospects for effective parliamentary and other scrutiny are not promising.

The story of this referendum is a cautionary tale for future governments. Leaving aside the strong argument that referenda are a poor way to make decisions in the first place, the false and misleading information repeated during the campaign undermined the democratic process, and proposals for the good conduct of future referenda should be brought forward. The UK Electoral Commission’s current objec-

tives for referenda are that «they should be well-run and produce results that are accepted, and there should be integrity and transparency of campaign funding and expenditure»<sup>48</sup>. These objectives should be strengthened and enforced, and the requirement for ‘integrity and transparency’ extended to the claims made during the campaign. The UK Electoral Commission or a similar independent body needs to check and report on the veracity of claims in referenda. The University College London Constitution Unit raises the question of enforceable rules to prevent false or misleading information, and on campaign conduct and use of public funds. It also suggests a review of the application of impartiality rules by broadcasters. There are positive models along these lines in the New Zealand Electoral Commission and the Irish Referendum Commissions.<sup>49</sup> One problem is imposing an appropriate sanction, for example a financial penalty involving paying back public funds. A referendum campaign is unlike a General Election where specific political parties are identifiable; nevertheless it may be possible to make cross-party campaign leaders and funders responsible. In terms of independent fact-checking during the campaign, this must reach the public in a timely and accessible way.<sup>50</sup> While such rules are important, in the context of this referendum they may have missed the point for those who voted Leave in order to register a protest vote against elites who had ignored them for too long.

---

<sup>48</sup> *Referendum on the UK’s membership of the European Union*, [The Electoral Commission web site](#).

<sup>49</sup> *Constitution Unit: The UK has voted to Leave. Now we need an inquiry into referendum conduct*, [UCL.ac.uk](#), 24 June 2016. See also COMMISSION ON THE CONDUCT OF REFERENDA, *Report 1996*, [UCL.ac.uk](#).

<sup>50</sup> There were some efforts at fact-checking during the EU referendum campaign e.g. by the BBC, Channel 4, *UK in a Changing Europe*.

**SITOGRAPHY** (in order of appearance)

- D. CAMERON, *Speech. EU Referendum Outcome, Prime Minister's statement*, Gov.uk, 24 June 2016:

[https://www.gov.uk/government/speeches/eu-referendum-outcome-pm-statement-24-june-2016;](https://www.gov.uk/government/speeches/eu-referendum-outcome-pm-statement-24-june-2016)

- EU referendum results:

[http://www.electoralcommission.org.uk/find-information-by-subject/elections-and-referendums/past-elections-and-referendums/eu-referendum/electorate-and-count-information;](http://www.electoralcommission.org.uk/find-information-by-subject/elections-and-referendums/past-elections-and-referendums/eu-referendum/electorate-and-count-information)

- Nigel Farage: £350 million pledge to fund the NHS was “a mistake”, *The Telegraph*, 24 June 2016:

[http://www.telegraph.co.uk/news/2016/06/24/nigel-farage-350-million-pledge-to-fund-the-nhs-was-a-mistake;](http://www.telegraph.co.uk/news/2016/06/24/nigel-farage-350-million-pledge-to-fund-the-nhs-was-a-mistake)

- Nigel Farage backtracks on Leave campaign's “£350m for the NHS pledge hours after result”, *The Independent*, 24 June 2016:

[http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/eu-referendum-result-nigel-farage-nhs-pledge-disowns-350-million-pounds-a7099906.html;](http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/eu-referendum-result-nigel-farage-nhs-pledge-disowns-350-million-pounds-a7099906.html)

- Free movement of labour might not end after Brexit, admits Tory Leave campaigner Daniel Hannan, *The Independent*, 25 June 2016:

[http://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/eu-referendum-tory-campaigner-admits-brexite-immigration-some-control-a7102626.html;](http://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/eu-referendum-tory-campaigner-admits-brexite-immigration-some-control-a7102626.html)

- B. JOHNSON, *Brexit victory speech. Full transcript*, *Newsweek*, 24 June 2016:

[http://europe.newsweek.com/boris-johnsons-brexit-victory-speech-full-transcript-474086;](http://europe.newsweek.com/boris-johnsons-brexit-victory-speech-full-transcript-474086)

- Boris Johnson dramatically rules himself out of Conservative election race, *The Telegraph*, 30 June 2016:

[http://www.telegraph.co.uk/news/2016/06/30/boris-johnson-dramtically-rules-himself-out-of-conservative-elec;](http://www.telegraph.co.uk/news/2016/06/30/boris-johnson-dramtically-rules-himself-out-of-conservative-elec)

- N. FARAGE, *4 a.m. victory speech. The text in full*, *The Independent*, 24 June 2016:  
<http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/eu-referendum-nigel-farage-4am-victory-speech-the-text-in-full-a7099156.html>;
- N. STURGEON, *Speech in full after EU referendum result*, in *Stv.tv*, 24 June 2016:  
<http://stv.tv/news/politics/1358534-nicola-sturgeon-speech-in-full-after-eu-referendum-result>;
- J. CORBYN, *Brexit Speech*, YouTube «EU Debate» channel:  
[https://www.youtube.com/watch?v=ou9xTG5\\_g2M](https://www.youtube.com/watch?v=ou9xTG5_g2M);
- *Theresa May launches conservative leadership*, *The Telegraph*, 11 July 2016:  
<http://www.telegraph.co.uk/news/2016/07/11/theresa-may-launches-conservative-leadership-bid-as-andrea-leads>;
- HOUSE OF COMMONS, *Debate about National Referendum on the European Union*, *Hansard Parliament.uk*, Vol. 534, 24 October 2011:  
<https://hansard.parliament.uk/Commons/2011-10-24/debates/1110247000001/NationalReferendumOnTheEuropeanUnion>;
- D. CAMERON, *A Europe policy that people can believe in*, *ConservativeHome.com*, 4 November 2009:  
<http://conservativehome.blogs.com/files/david-cameron-europe-statement.pdf>;
- *David Cameron ditches referendum and backs away from EU “bust-up”*, *The Guardian*, 4 November 2009:  
<http://www.theguardian.com/politics/2009/nov/04/david-cameron-ditches-eu-referendum>
- *EU Lisbon Treaty: David Cameron promises vote on future EU changes*, *The Telegraph*, 04 Nov 2009:  
<http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/eu/6502361/EU-Lisbon-Treaty-David-Cameron-promises-vote-on-future-EU-changes.html>

- CONSERVATIVE PARTY, *Manifesto 2015. Strong leadership a clear economic plan a brighter, more secure future*, *Conservatives.com*:

[https://s3-eu-west-](https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/manifesto2015/ConservativeManifesto2015.pdf)

[1.amazonaws.com/manifesto2015/ConservativeManifesto2015.pdf](https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/manifesto2015/ConservativeManifesto2015.pdf);

<https://www.conservatives.com/Manifesto>;

- European Council meeting (18 and 19 February 2016) – Conclusions, EUCO 1/16, *Consilium.Europa.eu*:

<http://docs.dpaq.de/10395-0216-euco-conclusions.pdf>;

<http://docs.dpaq.de/10395-0216-euco-conclusions.pdf>;

- FOREIGN AND COMMONWEALTH OFFICE and THE RT HON LORD HOWELL OF GUILDFORD, *Announcement. EU Bill to include Parliamentary sovereignty clause*, *Gov.uk*, 6 October 2010:

<https://www.gov.uk/government/news/eu-bill-to-include-parliamentary-sovereignty-clause>;

- *Letter to The Telegraph signed by academics in law and political science*, *The Telegraph*, 14 June 2016:

<http://www.telegraph.co.uk/opinion/2016/06/13/letters-both-remain-and-leave-are-propagating-falsehoods-at-publ>;

- *The letter from 1,000 lawyers to David Cameron over EU Referendum*, *The Independent*, 10 July 2016:

<http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/in-full-the-letter-from-1000-lawyers-to-david-cameron-over-eu-referendum-brexit-legality-a7130226.html>;

- N. BARBER, T. HICKMAN & J. KING, *Pulling the Article 50 “Trigger”: Parliament’s Indispensable Role*, *UK Constitutional Law Blog*, 27 June 2016:

<https://ukconstitutionallaw.org/2016/06/27/nick-barber-tom-hickman-and-jeff-king-pulling-the-article-50-trigger-parliaments-indispensable-role>;

- *Petition. EU Referendum Rules triggering a 2nd EU Referendum*, *Petition.Parliament.uk*:

<https://petition.parliament.uk/petitions/131215>;

- *Petition. Invoke Article 50 of The Lisbon Treaty immediately, Petition. Parliament.uk:*

[https://petition.parliament.uk/petitions/133618;](https://petition.parliament.uk/petitions/133618)

- *October court date for Brexit challenge, BBC.com, 19 July 2016:*

[http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-36834743;](http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-36834743)

- *A. ALDRIDGE, Legal dream team fights to make Brexit conditional on parliamentary backing, Legalcheek.com, 4 July 2016:*

[http://www.legalcheek.com/2016/07/legal-dream-team-fights-to-make-brexit-conditional-on-parliamentary-backing;](http://www.legalcheek.com/2016/07/legal-dream-team-fights-to-make-brexit-conditional-on-parliamentary-backing)

- *C. O'CONNOR, Why Parliamentary Approval for the Triggering of Article 50 TEU Should Be Required as a Matter of Constitutional Principle, UK Constitutional Law Blog, 7 July 2016:*

[https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/07/colm-ocinneide-why-parliamentary-approval-for-the-triggering-of-article-50-teu-should-be-required-as-a-matter-of-constitutional-principle;](https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/07/colm-ocinneide-why-parliamentary-approval-for-the-triggering-of-article-50-teu-should-be-required-as-a-matter-of-constitutional-principle)

- *T. T. ARVIND, R. M. KIRKHAM & L. STIRTON, Article 50 and the European Union Act 2011: Why Parliamentary Consent is Still Necessary, UK Constitutional Law Blog, 1 July 2016:*

[https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/01/t-t-arvind-richard-kirkham-and-lindsay-stirtonarticle-50-and-the-european-union-act-2011-why-parliamentary-consent-is-still-necessary;](https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/01/t-t-arvind-richard-kirkham-and-lindsay-stirtonarticle-50-and-the-european-union-act-2011-why-parliamentary-consent-is-still-necessary)

- *FOREIGN & COMMONWEALTH OFFICE and THE RT HON WILLIAM HAGUE, EU Bill passes Second Reading in Parliament, Gov.uk, 8 December 2010:*

[https://www.gov.uk/government/news/eu-bill-passes-second-reading-in-parliament;](https://www.gov.uk/government/news/eu-bill-passes-second-reading-in-parliament)

- *T. T. ARVIND, R. M. KIRKHAM & L. STIRTON, Article 50 and the European Union Act 2011: Why Parliamentary Consent is Still Necessary, UK Constitutional Law Blog, 1 July 2016:*

[https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/01/t-t-arvind-richard-kirkham-and-lindsay-stirtonarticle-50-and-the-european-union-act-2011-why-parliamentary-consent-is-still-necessary;](https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/01/t-t-arvind-richard-kirkham-and-lindsay-stirtonarticle-50-and-the-european-union-act-2011-why-parliamentary-consent-is-still-necessary)

- M. ELLIOTT, *On why, as a matter of law, triggering Article 50 does not require Parliament to legislate*, Public Law blog:

<https://publiclawforeveryone.com/2016/06/30/brexit-on-why-as-a-matter-of-law-triggering-article-50-does-not-require-parliament-to-legislate/>;

- *Rules of Procedure of the European Parliament, 8th parliamentary term, Rule 99*, European Parliament web site:

<http://www.europarl.europa.eu/sipade/rulesleg8/Rulesleg8.EN.pdf>;

- *Referendum on the UK's membership of the European Union*, The Electoral Commission web site:

<http://www.electoralcommission.org.uk/find-information-by-subject/elections-and-referenda/past-elections-and-referenda/eu-referendum>

- *Constitution Unit: The UK has voted to Leave. Now we need an inquiry into referendum conduct*, UCL.ac.uk, 24 June 2016:

<https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/constitution-unit-news/2406161>

- COMMISSION ON THE CONDUCT OF REFERENDA, *Report 1996*, UCL.ac.uk:

<http://www.ucl.ac.uk/spp/publications/unit-publications/7.pdf>;



# RUOLO DELLA DOCENZA UNIVERSITARIA<sup>(\*)</sup>

di *Massimo Luciani*

SOMMARIO: 1. *Gli attuali sistemi di reclutamento e la loro logica*; 2. *Come funzionava prima*; 3. *Cosa non va*; 4. *Come se ne esce? Difficile dirlo*.

## 1. Gli attuali sistemi di reclutamento e la loro logica

È possibile che lo Stato e la docenza universitaria abbiano qualcosa in comune? Si direbbe di no, perché tutto sembra contrapporli: la storia (la docenza universitaria nasce e si sviluppa, come istituzione sociale, nel Medioevo e prima dell'avvento dello Stato moderno); la funzione (la prima, al contrario del secondo, non ha da governare, ma ha da pensare e da aiutare a pensare); le relazioni reciproche (la docenza universitaria dovrebbe essere il luogo del pensiero critico, quale che sia l'interesse dei titolari, di volta in volta, del potere statale). Eppure, ormai, la coppia (preciso che mi riferirò solo alla docenza universitaria *italiana*) condivide il medesimo destino.

È noto il processo di erosione delle prerogative statuali che gli ultimi decenni ci hanno consegnato: verso l'alto (in favore di istanze internazionali e sovranazionali) e verso il basso (in favore delle autonomie territoriali e delle autonomie private). Meno noto al grande pubblico è l'analogo processo che ha investito la docenza universitaria, le cui prerogative sono state anch'esse erose verso l'alto (in direzione del Governo, dell'ANVUR, i cui componenti dal Governo sono scelti, dei consigli di amministrazione delle università e dei rettori) e verso il basso (in favore di una pluralità indistinta di organi decisionali, pseudodecisionali e consultivi, anche non composti da soli docenti universitari). Con quanto rispetto dell'art. 33, comma 6, Cost., è agevole comprendere.

---

\* Relazione al Convegno «*Modalità di selezione e reclutamento della docenza universitaria*». Roma, 12 ottobre 2016.

Questo processo ha un presupposto e alcune conseguenze. Il presupposto, ben noto, è il sospetto, per non dire il disprezzo, nutrito negli ultimi anni per i docenti universitari da una parte consistente della classe politica e della burocrazia, sospetto condiviso anche da una buona fetta dell'opinione pubblica, adeguatamente (dis)informata dai grandi *media*. Il convincimento che ha mosso moltissime delle riforme da tempo affannosamente accavallatesi è semplice: i professori universitari non sono una categoria moralmente affidabile. Le conseguenze sono, a loro volta, evidenti: il pieno autogoverno dei docenti (ricercatori o professori, che siano, ma è chiaro che i più indiziati sono i secondi, specie se di prima fascia) non può più essere consentito; i tradizionali meccanismi di cooptazione sono viziati dal rischio del nepotismo e della corruttela e vanno anch'essi cancellati o - quantomeno - radicalmente corretti.

Non mi pronuncio sulla premessa dell'inaffidabilità morale della categoria e accennerò alla questione solo in chiusura. Dico solo che, a mia conoscenza, manchiamo di un'indagine comparativa tra le varie categorie professionali, sicché - ad esempio - non sappiamo se le logiche familistiche siano più diffuse fra gli stigmatizzati (i professori) o gli stigmatizzanti (i giornalisti). E dico anche che si dovrebbe evitare di fare d'ogni erba un fascio, altrimenti dovremmo lamentarci perché Filippo Lippi ha insegnato il mestiere al figlio Filippino, non propriamente l'ultimo dei pittori rinascimentali, e dico soprattutto che le norme di contrasto al nepotismo dovrebbero essere scritte con criterio e con chiarezza, *quod non*.

Torno, però, al *punctum crucis*. Lo spossessamento dell'autogoverno universitario e il tentativo di sostituire la cooptazione con automatismi pseudo-oggettivi sono, in realtà, strettamente connessi. E il punto di intersezione si chiama *selezione locale della docenza universitaria*.

Una precisazione essenziale. Mi occupo, in queste poche pagine, unicamente del canale generale di selezione e trascurò quelli particolari. Non posso non ricordare, però, che anche qui si è improvvidamente optato per la moltiplicazione dei canali di accesso, compromettendo l'unitarietà dei meccanismi selettivi e accrescendo i rischi di arbitarietà e di compromissione dei fondamentali principi scolpiti nell'art. 97 Cost. Penso, in particolare, alle c.d. cattedre Natta, istituite dall'art. 1, comma 207, della l. 28 dicembre 2015, n. 208; alla possibilità di chiamata diretta degli interni abilitati (sulla quale tornerò poi), previ-

sta dall'art. 24, comma 6, della l. n. 240 del 2010; all'accesso alla chiamata diretta, senza abilitazione, per le categorie indicate dall'art. 29, comma 7, della stessa legge e già dall'art. 1, comma 9, della l. n. 230 del 2005; all'introduzione della categoria dei professori straordinari a tempo determinato (art. 1, comma 12, l. n. 230 del 2005). Un grande pasticcio, come si vede, nelle cui maglie v'è il rischio che sappia muoversi agilmente soprattutto una certa tipologia di animali accademici, magari più attenti a ragionare sulle prospettive personali aperte dal tal comma o dal tale alinea che sulle esigenze della ricerca o della didattica. Di tutto questo, però, sono chiamati a occuparsi altri, visto che il mio compito è solo quello di parlare del ruolo della docenza universitaria nella vicenda delle procedure selettive. Qualche parola in più sulle "cattedre Natta", però, va detta.

Tralascio le considerazioni più generali sull'assurdità (tale da ridondare in viziante irragionevolezza) della scelta legislativa di non alimentare gli ordinari canali di accesso e di non rafforzare (se non nella misura prevista dal comma 247, che tocca i soli ricercatori di tipo "b", mentre di quelli di tipo "a" si occupa l'insoddisfacente comma 251) il reclutamento dei più giovani nei primi gradi della carriera universitaria (come se il problema della "fuga dei cervelli" non riguardasse proprio i giovani, che noi evidentemente formiamo ancora bene, perché vanno all'estero e hanno successo!). Tralascio anche (ma davvero a fatica) la questione della enorme e costituzionalmente illegittima disparità di trattamento fra gli appartenenti alla nuova categoria e quelli in servizio, penalizzati da anni di blocco degli scatti stipendiali (si badi: il trattamento migliore dei primi è *in re ipsa*, senza alcuna valutazione dell'effettivo rendimento in servizio). Tralascio infine ogni considerazione sul forte sospetto di un tratto demagogico dell'operazione e mi soffermo su alcune brevi osservazioni, in punto di diritto, sull'attuazione amministrativa della l. n. 208 del 2015 (che, ribadisco, è essa pure affetta da evidenti vizi di incostituzionalità). Autorevoli fonti giornalistiche ci hanno messo a disposizione il testo (privo, peraltro, degli allegati) della bozza di d.P.C.M. che dovrebbe disciplinare la copertura delle cattedre Natta (anzi: propongo di non chiamarle più così, perché non credo che questo obbrobrio possa far piacere all'onorato, se mai potesse vederci, e suggerisco di chiamarle "cattedre governative").

La mente, alla lettura, vacilla. Oltre ad altre amenità, infatti, vi si prevede (e trascura alcuni dettagli essi pure significativamente inquietanti) che:

a) i (chiamiamoli così) super-professori (nota bene: si contempla - con davvero dubbia ragionevolezza - anche la categoria dei “super-professori” di seconda fascia) siano selezionati da venticinque commissioni nazionali, una per ogni settore ERC, composte di tre membri;

b) il Presidente di ciascuna commissione sia nominato con decreto del Presidente del Consiglio (su proposta del Ministro dell’università), fra “studiosi” (non necessariamente professori) che, avendo elevatissima qualificazione scientifica (non si bene come accertata), ricoprono “posizioni di vertice presso istituzioni universitarie o di ricerca estere o internazionali”;

c) il presidente di ciascuna commissione scelga gli altri due componenti, entro una lista di venti nomi predisposta dall’ANVUR. Sì, avete letto bene: funziona (funzionerebbe) proprio così. Funziona (funzionerebbe) con una selezione *interamente* governata dall’Esecutivo, che non solo sceglie (sceglierebbe) i presidenti (a loro volta *domini* della scelta degli altri componenti), ma già adesso sceglie anche i componenti di quell’ANVUR cui qui è demandata la composizione delle rose entro le quali pescare i commissari (non presidenti). Ora, a mia memoria un simile *monstrum* giuridico, almeno nell’ordinamento repubblicano, non lo si era mai visto.

D’un sol colpo sono violati, a tacer d’altro: l’art. 97 Cost. e il principio della riserva di legge, perché latita (e per plurimi profili!) qualunque garanzia dell’imparzialità ed è palesemente compromesso il buon andamento (per l’assoluta oscurità dei criteri selettivi dei commissari); l’art. 33, comma 6, Cost., perché il dominio governativo della procedura cancella l’autonomia universitaria; sempre la medesima disposizione costituzionale, perché i commissari possono anche non essere professori universitari (sì: è proprio così!); l’art. 33, comma 1, Cost., perché è annullata la libertà della scienza; l’art. 3 Cost., perché si equiparano ai professori universitari “studiosi” che non lo sono e perché fra i professori universitari si escludono quelli a tempo definito, che per statuto non possono occupare “posizioni di vertice” nell’università. Ma questo è solo quel che riguarda la composizione delle commissioni e, ripeto, è solo l’essenziale. Insomma: un vero *scandalo*, non ci sono altre parole per qualificarlo. Per fortuna il Con-

siglio di Stato, in sede consultiva, dovrà pronunciarsi. E davvero non so come potrebbe consentire il parto di siffatte “cattedre governative”. Si obietterà che il vizio sta nella legge. È vero: al di là degli altri profili di incostituzionalità, va detto che l’art. 1, comma 210, lett. d), della l. n. 208 del 2015 è paradigmaticamente violativo del principio di legalità, perché affida al Governo il potere, del tutto indefinito nei suoi contorni, di disciplinare “*la nomina e il funzionamento di commissioni di valutazione, formate per ogni area disciplinare da studiosi italiani e stranieri di alta qualificazione operanti nel campo della ricerca scientifica e tecnologica*”. Nondimeno, per quanto la legge (illegittimamente) non abbia delimitato il potere dell’atto normativo secondario, a questo non era consentito fare strame dei principi costituzionali.

Riprendo, comunque, il filo.

Qual era il meccanismo tradizionale di reclutamento dei docenti (limite l’analisi ai professori, ferma restando - ovviamente - la qualificazione di “docente” in capo ai ricercatori, specie se affidatari di un insegnamento)? È ben noto: il Ministero, sulla base delle richieste delle singole Università, bandiva un certo numero di posti, distribuiti sul territorio, al fine di un unico concorso nazionale; i candidati erano scrutinati da una commissione nazionale, variamente costituita nel corso del tempo (con il metodo del sorteggio seguito da elezione, dell’elezione seguita da sorteggio, etc.); la commissione proclamava dei vincitori; quei vincitori avevano la certezza di ottenere uno dei posti a concorso, perché, qualora nessuna delle Università presso le quali erano stati banditi li avesse chiamati, sarebbero stati assegnati direttamente per decreto ministeriale.

Non è meno noto, chiaramente, come funziona oggi: non ci sono posti predeterminati; i candidati si presentano a un’abilitazione scientifica nazionale per ottenere un’idoneità, senza limiti prefissati alle valutazioni positive; la commissione nazionale è scelta per sorteggio e dura in carica per ben due anni; i vari idoneati non hanno alcuna certezza del posto, ma devono competere gli uni con gli altri in concorsi banditi in sede locale (disciplinati - ed è un ulteriore paradosso e pregiudizio alla certezza del diritto - da regolamenti dei singoli atenei).

I guasti cagionati da questo sistema sono sotto gli occhi di tutti ed erano stati segnalati già dai primi commentatori delle leggi che l’hanno costruito: assoluta incertezza delle situazioni giuridiche; moltiplicazione di idonei all’insegnamento senza concrete *chances* di praticarlo effettivamente; provincializzazione delle Università, fatalmente

spinte a privilegiare candidati locali con cospicuo bagaglio di servizio in sede. Confesso che, a mio parere, sistema peggiore non poteva essere escogitato. E credo che chiunque abbia avuto esperienza, da commissario o da candidato, del vecchio e del nuovo meccanismo, possa attestare quale dei due dovrebbe preferirsi. C'è da chiedersi, dunque, perché un sistema così scombinato non sia stato ancora modificato. E qui arriviamo al punto di intersezione cui accennavo. È chiaro che un simile meccanismo aumenta il potere decisionale delle istanze accademiche locali (rettori, consigli di amministrazione, singoli professori, che magari sul piano nazionale non hanno prestigio, ma sono localmente assai potenti), che non hanno alcun interesse a che il vecchio sistema torni in auge. Quello, infatti, salvaguardava giustamente l'autonomia delle singole sedi, riservando loro la scelta fra l'uno e l'altro vincitore (salva l'ipotesi estrema dell'assegnazione *iussu principis*, mera soluzione tecnica, però, quale norma di chiusura), ma era imperniato su una logica pienamente e limpidamente *nazionale*. E se è vero - come è vero - che la sua reintroduzione determinerebbe una riduzione del potere decisionale locale è ben comprensibile che ci siano resistenze: non perché ci sia da pensare all'esistenza di chissà quale perversa "azione parallela", ma per un semplice problema di logica di funzionamento dei sistemi sociali, i quali hanno vischiosità e inerzie che rendono la posizione degli *incumbents* più salda di quella dei loro *competitors*. Eppure queste resistenze, a mio parere, devono essere superate.

## 2. Come funzionava prima

Ma il vecchio sistema, davvero, non aveva inconvenienti? Il *laudator temporis acti*, qui, avrebbe vita dura, perché sappiamo bene quante volte abbia funzionato male e quante volte abbia prodotto risultati negativi. Per la verità (parlo solo delle discipline che conosco meglio, ovviamente, fermo restando che potrei non sapere di qualche caso specifico e che non posso affatto escludere che altrove sia andata ben diversamente), mi sembra che, con il vecchio regime, il malfunzionamento si sia in genere limitato all'indebita anteposizione e - specularmente - posposizione di qualcuno a qualcun altro, senza raggiungere il limite dell'espulsione dal circuito universitario di chi effettivamente valeva, ma questo è comunque grave e non è chiaramente suffi-

ciente per dire che *tout allait bien*. Occorreva, dunque, migliorare le prestazioni del sistema.

La soluzione che è stata scelta, si sa, dopo aver imboccato la disastrosa via dell'accoppiata idoneità nazionale / concorsi locali, è quella del tentativo della riduzione dei margini di discrezionalità dei selezionatori dell'ASN, con l'introduzione di alcuni automatismi quantitativi, che hanno limitato l'"elettorato passivo" - diciamo così - sia dei commissari che dei candidati. Di qui - e non è certo il caso di descrivere una realtà che tutti assai bene conoscono - la previsione di "valori soglia" e di "mediane" che occorre superare se si vuole ottenere il fine perseguito. Di questo complesso sistema di automatismi è *domina* l'ANVUR, che peraltro gestisce anche ancor più complessi meccanismi di valutazione qualitativa della ricerca e delle Università e ha assunto una posizione centrale nel sistema, a mio avviso del tutto incompatibile con l'assenza di una sua qualificazione come "autorità amministrativa indipendente" (*incidenter tantum*: proprio con un intervento dell'onnipotente ANVUR si è cercato di risolvere il grave problema aperto dalla sent. Cons. Stato, Sez. VI, n. 3788 del 2016, quanto all'osservanza dell'art. 6, comma 7, della l. n. 240 del 2010, quando probabilmente avrebbe dovuto agire il legislatore).

L'obiezione a questa impostazione è fin troppo facile, visto che la qualità di un professore universitario non si misura sulla quantità, ma sulla qualità di quel che scrive. Nondimeno, un minimo di produttività scientifica può essere ragionevolmente considerato un elemento necessario di valutazione della personalità di un commissario o di un candidato, sicché - al di là dei serissimi dubbi sulle concrete scelte assunte e sulla palese irragionevolezza della fissazione *ex post* di criteri di valutazione delle riviste scientifiche e dei singoli "prodotti" [*sic!*], questioni sulle quali non è qui il caso di soffermarsi - in astratto un paradigma quantitativo di selezione non può essere escluso *a priori*. Il problema, però, è che il paradigma quantitativo, attenendo al bruto dato della produttività, dice qualcosa (e nemmeno tutto, perché non considera la didattica) sull'impegno, ma non dice nulla sul merito, e cioè sull'originalità, sulla completezza, sull'acume, sulla serietà di uno studioso. Il paradigma qualitativo resta indispensabile, dunque, sicché l'intervento della corporazione non ha potuto essere escluso, per la ragione semplicissima che solo altri professori universitari possono stabilire chi merita di diventare professore universitario.

Anche qui la filosofia del sospetto ha colpito, tuttavia, visto che l'art. 16, comma 3, lett. *f*), della l. n. 240 del 2010, nella sua originaria versione, aveva previsto la “tutela” di un commissario OCSE, allo stesso modo in cui gli osservatori OCSE assicurano la legalità delle consultazioni elettorali nei Paesi di malferma democrazia. La successiva respicenza non può che essere benvenuta, anche se è forte il dubbio che, più che a una meditata riflessione, sia dovuta soprattutto alle plurime demolizioni di plurime operazioni idoneative, praticate dal TAR del Lazio e dal Consiglio di Stato. Ma questo, appunto, è il passato.

Il presente è rappresentato da una disciplina che - ovviamente! - non può fare a meno dei professori universitari per selezionare i professori universitari, ma che presenta comunque punti molto, molto oscuri.

### 3. Cosa non va

Possiamo provare ad elencare partitamente alcune delle cose che non vanno, ma v'è una... coerenza nell'irragionevolezza del sistema, che si dirige tutto, con omogenea compattezza, al raggiungimento dell'obiettivo opposto a quello che dovrebbe perseguirsi.

*a)* Un serio punto critico, a mio avviso, è il principio del sorteggio dei componenti delle commissioni di abilitazione (art. 16, comma 3, lett. *f*), della l. n. 240 del 2010). Come avevano osservato già i primi commentatori, possono ben essere sorteggiati anche dei *backbenchers*, né autorevoli né accreditati nel dibattito scientifico (nazionale o internazionale). Essi, dunque, non solo non danno alcun affidamento di effettiva capacità (si sarebbe tentati di dire: “idoneità”...) valutativa, ma ben possono prendere il proprio *munus* come un'irripetibile occasione di esercitare lo *ius vitae necisque* su intere generazioni di candidati (e magari per chiudere qualche conto con un mondo accademico che - a loro avviso - non li considera abbastanza);

*b)* La tentazione connessa all'irripetibilità dell'occasione è rafforzata dalla non sorteggiabilità per tre anni dalla conclusione del mandato (art. 6, comma 7, del d.P.R. 4 aprile 2016, n. 95);

c) Altro elemento rilevante è l'evidente gravità e importanza delle determinazioni assunte dalla commissione. Per un verso, durando in carica due anni, essa - l'ho già accennato - condiziona lo *status* e l'immagine accademica di intere generazioni di studiosi. Per l'altro, essere ritenuti inidonei in una procedura non comparativa è cosa ben diversa (e assai più urticante) dal soccombere in una procedura comparativa. Occorre ricordare, tuttavia, che la possibilità per i bocciati di presentare una nuova domanda dopo soli dodici mesi di intervallo (art. 3, comma 4, del d.P.R. n. 95 del 2016) riduce il pregiudizio (ma aggrava il carico di lavoro della già affaticata macchina amministrativa);

d) Dell'accoppiata abilitazione nazionale / concorso locale si è già detto. È, questo, il punto cruciale sul quale occorrerebbe intervenire ed è da questo che dipendono la provincializzazione e il progressivo isolamento delle Università. Certo, anche altri elementi negativi di rafforzamento del localismo vi si sommano, a partire dalle procedure di c.d. *upgrading* degli studiosi in servizio nei singoli Atenei, che, se ha almeno il merito di dare ossigeno a corpi docenti ridotti al lumicino (si veda il documento del CUN di aprile 2014: "Una proposta per uscire dall'emergenza"), sottrae i più giovani a quell'esercizio del pendolarismo accademico che, pesante sul piano della qualità della vita delle persone, era preziosissimo (se contenuto in tempi ragionevoli) per l'apertura mentale e la maturazione dei giovani. Altri elementi negativi, ripeto, ma insisto sul fatto che è il concorso locale il vero nodo da tagliare. E con nettezza.

#### 4. Come se ne esce? Difficile dirlo

La responsabilità di tutto questo, vorrei fosse chiaro, è anzitutto dei professori, perché è nella nostra categoria che alcuni hanno elaborato pratiche distorsive del buon andamento della selezione degli studiosi. Ed è responsabilità dei professori anche la ridicola tendenza attuale alla burocratizzazione del nostro lavoro, che crea inefficienza e costi occulti dovuti all'irrazionale utilizzo delle risorse, ma è stata stimolata dallo scandaloso comportamento di alcuni, che hanno fatto della didattica un *hobby* e dato della categoria una pessima immagine. Certo, se i presidi e i direttori di dipartimento avessero controllato puntualmente gli assenteisti e li avessero sanzionati non saremmo a questo punto,

ma è inutile negare l'evidenza e si deve essere consapevoli che, ormai, per recuperare credibilità si deve pedalare in salita.

Tuttavia, ferme restando le responsabilità della categoria, dal pantano non si esce se non si fa una scommessa su un suo sussulto di dignità. Delle due, infatti, l'una: o la parte sana è maggioritaria, e allora ci sono gli strumenti per farne emergere le qualità, o non lo è, ma allora siamo già al punto di non ritorno, perché - come accennato - solo professori universitari possono selezionare professori universitari e un corpo malato produce cellule malate.

Credo, personalmente, che il corpo della nostra Università, invece, sia nel suo complesso sano e che occorra rendere la docenza universitaria pienamente protagonista e responsabile della vicenda del reclutamento. Consapevole dell'esigenza di stabilità delle regole che lo disciplinano (di recente novellamente segnalata in dottrina), ma consapevole anche che si può stabilizzare solo ciò che funziona (e qui non funziona nulla), azzardo, a questo punto, una proposta (peraltro già avanzata in altre occasioni e non solo da chi scrive).

Anzitutto, è evidentemente essenziale tornare a un concorso *nazionale*, nel quale si competa per concreti *posti*, non per astratte idoneità. Perché non pensare, poi, che i candidati vengano valutati dall'intera corporazione in cui aspirano a entrare, e cioè da tutti gli appartenenti al settore concorsuale in cui si presentano? I mezzi informatici, oggi, rendono l'accesso alle pubblicazioni scientifiche estremamente semplice (e già adesso le procedure selettive sono molto informatizzate), sicché non ci sarebbero grandi problemi tecnici. Se, per i settori più grandi, una simile procedura fosse troppo pesante, si potrebbe pensare al sorteggio di una percentuale di appartenenti al settore (il 50% o il 30%, poniamo), ma qui, visti i numeri, il sorteggio non genererebbe i gravi rischi che prima ho segnalato. Conseguentemente, se questa proposta non convincesse, si dovrebbe stabilire che le commissioni siano composte non solo per sorteggio, ma con un sistema misto, che contempli anche l'elezione.

Insisto: la selezione, nella docenza universitaria, non può che essere cooptazione (se il termine non piace: valutazione interna), ma se così deve essere è bene che sia operata consapevolmente e in forma responsabilizzante dall'intero corpo docente o da una sua parte molto significativa. Forse, siamo ancora in tempo a rimediare ai guasti di molti, troppi, anni di inadeguate politiche dell'università.

**RISPARMIO, CREDITO E MONETA TRA ART. 47 COST. E  
FUNZIONI DELLA BANCA CENTRALE EUROPEA:  
BENI COSTITUZIONALI CHE INTERSECANO ORDINAMENTO  
DELLA REPUBBLICA E ORDINAMENTO DELL'UNIONE**

di *Camilla Buzzacchi*

*SOMMARIO: 1. Oggetto e obiettivi della ricerca: la valorizzazione dell'art. 47 Cost; 2. Il risparmio e il credito nel dibattito pre-costituzionale; 3. Il risparmio e il credito nell'art. 47 Cost.: 3.1. Il risparmio: una forma di proprietà di rilevanza pubblica; 3.2. Il credito: un'attività imprenditoriale funzionale al sistema produttivo ed alla crescita; 3.3. Il risparmio e i mercati finanziari; 4. Il risparmio nella giurisprudenza costituzionale; 5. Le evoluzioni della moneta: da valore sottinteso a competenza esclusiva prima dello Stato, poi dell'Unione; 6. Il risparmio, il credito e la moneta nell'ordinamento europeo: 6.1. Il credito e il risparmio, ovvero: i servizi finanziari e il risparmiatore/investitore; 6.2. La moneta e la stabilità dei prezzi; 7. Risparmio e credito alla luce delle regole del bail-in; 8. La possibile (dis)armonia tra i due piani costituzionali.*

**1. Oggetto e obiettivi della ricerca: la valorizzazione dell'art. 47 Cost.**

Uno studio su ruolo e rilievo dei beni del risparmio e del credito nel processo europeo di integrazione deve partire necessariamente dalle premesse di natura “costituzionale”: è con riferimento alle norme fondamentali che vanno inquadrati i beni tutelati e che va individuato l'intervento che ai pubblici poteri viene riservato affinché tali beni siano adeguatamente protetti e garantiti nella loro funzione.

I beni in questione, se ci si muove su entrambi i livelli costituzionali, conducono a ragionare anche su un terzo bene, quello della moneta. Così infatti può essere letto l'art. 47 Cost., e così risulta interpretabile anche il nucleo di attribuzioni oggi riconducibili alla Banca centrale europea (Bce): a tale istituzione l'art. 9 del *Protocollo sullo Statuto del Sistema europeo di banche centrali e della Banca centrale europea* del 1992 affida la funzione di assicurare i compiti attribuiti al Si-

stema ai sensi dell'art. 105, paragrafi 2, 3 e 5 TCE mediante le attività proprie, o attraverso le banche centrali nazionali. Pertanto le fattispecie e gli interessi oggetto di una ricerca su tale tema sono sostanzialmente tre: il risparmio, il credito e la moneta. Questi, e soprattutto il loro nesso, possono essere indagati alla luce tanto del diritto costituzionale interno quanto di quello europeo. Benché al tempo della sua istituzione solo il terzo di questi tre beni – la moneta – rientrasse tra le competenze della Bce, le successive evoluzioni del quadro normativo comunitario hanno determinato un cambiamento di notevole portata, in virtù del quale oggi anche il credito e, inevitabilmente, il risparmio ricadono in buona misura sotto i poteri e nella missione istituzionale dell'organismo sovranazionale preposto al governo della moneta unica.

La presenza, nella nostra Costituzione, di un'esplicita disciplina costituzionale relativa a queste attività impone di impostare l'analisi a partire dalla medesima: tenendo in considerazione, tuttavia, il dato di fatto della condivisione di questo esteso ambito di interessi tra due ordinamenti giuridici, quello interno e quello comunitario. Tale circostanza fa sì che una riflessione sui fondamenti costituzionali dei valori del risparmio, del credito e della moneta si debba sviluppare intorno ad un'ampia visuale, che deve partire dall'inquadramento costituzionale interno per poi indirizzarsi lungo le direttrici della cornice giuridica europea, con l'intento di verificare se le ispirazioni dei due ordinamenti siano allineate e conciliabili, e se l'insieme delle regole che li riguardano siano portatrici di un'accettabile coerenza sia dal punto di vista dei principi ispiratori della Costituzione italiana che di quelli della Costituzione europea.

Il primo momento di tali riflessioni è quello della ricostruzione della genesi della disciplina costituzionale che governa queste categorie: quella del già richiamato art. 47, a cui tuttavia si aggiunge la riserva di competenza in tema di moneta, tutela del risparmio e dei mercati finanziari a favore dello Stato ex art. 117, co. 2, lett. *e*. Ma oltre al cammino di formazione di tali disposizioni, ciò che interessa è la loro attuale valenza e portata che, specialmente per quanto riguarda l'art. 47, richiedono un inquadramento di tali interessi in un sistema economico-finanziario che è profondamente mutato dal varo della Costituzione repubblicana, e che deve raccordarsi con la cornice costituzionale europea.

In particolare vanno approfonditi lo spessore ed il significato dell'interesse pubblico che ruota intorno alla materia del credito e del risparmio, al fine di definire gli spazi per l'intervento pubblico – sia esso a fini di tutela piuttosto che di promozione – tenendo in considerazione che esso è suscettibile di riflettersi anche su altri ambiti rilevanti della sfera dei privati e delle loro libertà economiche.

La fase successiva sarà quella della ricognizione delle medesime fattispecie nel quadro costituzionale sovranazionale: l'analisi si prospetta necessaria per collocare i beni del risparmio e del credito nel sistema dei valori europei e stimare, sulla base dei risultati, l'allineamento che sussiste tra i due ordinamenti.

A partire dall'esito raggiunto sarà possibile delineare la fisionomia dell'istituzione – la Bce – che ha inizialmente assunto competenza in materia di moneta, per poi acquisire anche significative attribuzioni in tema di credito: risultando, attualmente, di decisiva rilevanza nei confronti della materia tanto vasta e cruciale, per le economie di mercato così fortemente caratterizzate da intense negoziazioni finanziarie, della liquidità monetaria. La centralità di quest'ultima, nel contesto europeo, deriva dalla circostanza che essa è governata secondo peculiari criteri, ispirati ad una specifica filosofia di politica monetaria; che è oggetto di accumulo e di investimento da parte dei privati; ed è terreno di attività economica di quelle particolari imprese – le aziende bancarie – che sono di tale nevralgica centralità nel sistema economico di mercato.

Quello della definizione del ruolo della Bce rispetto al complessivo quadro dei valori costituzionali, che caratterizzano i due ordinamenti tra loro integrati, appare dunque un passaggio necessario: è grazie a tale definizione di ruolo che risulta di fatto possibile qualificare la posizione attuale e la funzione del valore del risparmio, anche alla luce delle normative più recenti in tema di vigilanza sugli istituti di credito europei, che sollevano complessi interrogativi circa i rapporti tra la figura del contribuente e quella dell'investitore/risparmiatore. Interrogativi a cui pare possibile fornire non certo risposte, ma almeno un inquadramento concettuale, solo una volta chiarita la valenza del bene "risparmio" tra quelli su cui poggia la Repubblica e in rapporto coi valori di fondo del patto costituzionale, all'interno del quale la materia della liquidità monetaria e dei suoi utilizzi deve coniugarsi coerentemente.

La prima tappa della riflessione è indirizzata pertanto a rintracciare le ragioni dell'inserimento dell'art. 47 nel quadro costituzionale e la sua formulazione, collegando poi la disposizione con il più recente art. 117, co. 2, lett. *e*.

## 2. Il risparmio e il credito nel dibattito pre-costituzionale

La materia del credito, del risparmio e della moneta è stata anzitutto oggetto di studio da parte della Commissione economica, per conto del Ministero per la Costituente: i volumi III e IV del Rapporto presentato all'Assemblea Costituente<sup>1</sup> ne trattano, ed alcuni passaggi meritano di essere riportati, poiché attestano la sensibilità di quella classe politica nel momento in cui si prospettava la possibilità di inserire nel testo costituzionale disposizioni in materia.

Nel volume III dedicato ai problemi monetari e al commercio estero si affrontano le questioni collegate al risanamento monetario, che evidentemente si poneva come una prospettiva piuttosto urgente e pressante in un Paese appena uscito, e disastrosamente, da uno stato di guerra. Il Rapporto – costruito sulla base di interrogatori di varie parti competenti rispetto alle criticità da risolvere – riporta anzitutto il confronto e le diverse posizioni in merito all'opportunità di inserire nella Carta costituzionale una dichiarazione riguardante l'impegno da parte dello Stato di tutelare il mantenimento della stabilità monetaria: più precisamente, il dubbio era «se fosse opportuno sancire, nella Costituzione, il principio della responsabilità dei governanti, ai quali possa addebitarsi di aver manovrato i bilanci pubblici in maniera tale da rendere inevitabile il deprezzamento della moneta»; nonché la convenienza a recepire «una dichiarazione della Carta costituzionale che contempli un impegno di difesa della stabilità monetaria»<sup>2</sup>. Il Rapporto non indica una soluzione univoca ma piuttosto riferisce di una molteplicità di indirizzi e di posizioni favorevoli e contrarie a tali opzioni.

<sup>1</sup> Si veda M. SARCINELLI, *La Costituzione italiana e la moneta: un incontro mancato*, in *Rivista di Politica Economica*, 2006, pp. 88 ss., e ID., *La tutela del risparmio nel pensiero e nell'azione del Governatore Baffi*, in *Moneta e credito*, 1999, pp. 225 ss., per una più approfondita ricostruzione delle vicende del Ministero per la Costituente presieduto dal ministro Pietro Nenni e del Rapporto prodotto dalla Commissione economica presieduta da Giovanni Demaria.

<sup>2</sup> MINISTERO PER LA COSTITUENTE, *Rapporto - III*, p. 37.

Ciò che risulta interessante è che viene riferito uno specifico parere, quello di coloro che ritenevano che lo Stato dovesse considerarsi impegnato, più che nella difesa della moneta, in quella del lavoro: «la moneta non è di per sé stessa un bene economico o una ricchezza: è un mezzo di produzione e di scambio. La ricchezza è data dal lavoro e dalla produzione (...) È un principio di giustizia e di utilità sociale che lo Stato s'impegni alla difesa delle possibilità di lavoro di tutte le sue classi e un principio simile può e deve essere affermato dalla Costituzione. Difendere la moneta può significare in certe circostanze – vedi deflazione forzata – provocare disoccupazione e dissesti. Difendere il lavoro significa aumentare la produzione e cioè il potere di acquisto e il tenore di vita dei singoli»<sup>3</sup>. La riflessione sulla moneta, sulla sua posizione rispetto ad altri beni e sul tipo di intervento che lo Stato è chiamato ad adottare nei suoi confronti è stata dunque ben presente nella Commissione economica, ed è poi transitata nei dibattiti nelle Sottocommissioni, come si vede tra poco.

Il volume IV del Rapporto è invece dedicato a credito ed assicurazione. Fin dal suo inizio trovano lì espressione una giustificazione ed una spiegazione per la particolare disciplina, allora vigente fin dal periodo della dittatura, relativa a tale settore. Si argomenta infatti che «l'attività creditizia è disciplinata nel nostro Paese, come in molti altri Paesi esteri, da leggi speciali, ed è sottoposta ad organi di direzione e di controllo i quali (...) esplicano una funzione di diretto intervento pubblico». In particolare tale attività pubblicistica si manifesta con due modalità: l'una «di vigilanza degli istituti di credito e di tutela del risparmio, che si risolvono nel fare applicare le disposizioni di legge sulla gestione degli istituti stessi, al fine di tutelarne i depositanti e di salvaguardarne la sana amministrazione, nell'esplicazione di funzioni attive di disciplina delle operazioni bancarie attraverso un complesso di facoltà discrezionali, decisioni, autorizzazioni, divieti (...)»; l'altra «di direzione vera e propria, che si concreta nell'imposizione di ordini o nella formulazione di suggerimenti circa i criteri che debbono essere seguiti in generale dagli istituti di credito nella loro gestione»<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> *Ivi*, p. 39. Si aggiunge che «basandoci assiomaticamente sul principio della difesa della moneta possiamo giungere agli errori del fascismo (come proclamato nel discorso di Mussolini a Pesaro a favore della difesa della lira del 1926, n.d.r.) che diede un grave colpo all'economia italiana».

<sup>4</sup> MINISTERO PER LA COSTITUENTE, *Rapporto - IV*, p. 1.

Il Rapporto riconosce, perciò, la validità dell'impostazione già operante in materia di disciplina del credito, ed indica l'opportunità dell'inserimento nella Carta costituzionale di norme sul controllo del settore: opzione che è stata però sottoposta ad una sorta di consultazione, tesa ad accertare il gradimento di un consistente intervento pubblico nell'attività creditizia e di un «ordinamento delle aziende e degli istituti di credito di natura sempre più pubblicistica», ovvero fondato su principi e norme generali<sup>5</sup>. Si riferisce poi sul tenore delle risposte «che sono in prevalenza contrarie ad una disciplina giuridica diversa da quella ordinaria», soprattutto in funzione del mantenimento degli organi che avrebbero dovuto essere investiti della direzione e del controllo del credito: prima tra tutti Banca d'Italia, che anche senza essere menzionata avrebbe continuato a rappresentare l'istituzione di riferimento. Ciò ha indotto la Commissione a suggerire che «l'attuale estensione dell'intervento diretto o indiretto dello Stato nel settore del credito non dovrebbe essere totalmente ignorato dalla carta costituzionale, anche ai fini della precisazione degli scopi e dei limiti». Si auspica così «un'esplicita enunciazione del carattere di pubblico interesse che riveste la funzione di intermediazione del credito» già propria della legislazione del 1936, e ciò al fine di stabilire la «necessità di ordine economico e sociale di tutelare il regolare esercizio di tale funzione mediante pubblico controllo».

La raccolta del risparmio tra il pubblico sotto ogni forma e l'esercizio del credito vengono espressamente indicati come funzioni di interesse pubblico e come tali «giustificano e richiedono una particolare disciplina da parte dello Stato»<sup>6</sup>: i due interessi della difesa del risparmiatore e dell'esercizio del credito vengono considerati ugualmente meritevoli di tutela e di apposito intervento di natura pubblica. L'impresa bancaria viene riconosciuta come espressamente assoggettabile ad un «complesso e organico regime di vigilanza», che da un lato è destinato a limitare le sue attività, ma dall'altro si traduce in un complesso di garanzie, applicabili al di là della natura privatistica delle aziende, che si presentano come soggetti economici e giuridici «netamente identificati ed assistiti da guarentigie»<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> *Ivi*, pp. 36 ss.

<sup>6</sup> *Ivi*, p. 79.

<sup>7</sup> *Ivi*, p. 80. Vari pareri hanno riguardato l'eventualità di dare rilievo costituzionale all'istituto di emissione: ma il Rapporto raccomanda espressamente, p. 78, l'affermazione

Specifico interesse presenta la parte dedicata alla «politica del credito», su cui il confronto si è sviluppato vivacemente per l'importanza generalmente riconosciuta a tale settore economico, capace di condizionare lo sviluppo del reddito nazionale, il grado di occupazione dei fattori produttivi e la stabilità del sistema economico: «una funzione così capitale per il benessere economico della collettività non può essere lasciato all'arbitrio esclusivo di private iniziative»<sup>8</sup>.

La Commissione economica ha espressamente chiesto, nei suoi interrogatori, se gli intervistati fossero favorevoli ad una «attività politica del credito» da parte dello Stato; e le risposte sono state prevalentemente nel senso che lo Stato non possa essere estraneo alla politica delle banche. Se fino a quel momento l'«attività politica del credito» richiesta allo Stato era stata quella di garantire il volume dello stesso che deve essere offerto agli operatori economici, il Rapporto pretende invece per il futuro la definizione di obiettivi più specifici, quali il superamento di uno stato depressivo della congiuntura, oppure il mantenimento dello stabile livello dei prezzi, oppure ancora la garanzia in ogni momento della totale occupazione dei fattori produttivi disponibili. La libera iniziativa dei banchieri, secondo la Commissione economica, non è sufficiente a garantire tali risultati, a cui invece può essere volta l'ingerenza diretta dello Stato nella gestione delle banche: «si vorrebbe che il flusso del credito fosse manovrato secondo le esigenze della congiuntura ed arrivi anche a quelle iniziative ritenute socialmente utili anche se non risultino tali alla convenienza immediata delle banche».

Dai questionari somministrati la Commissione non ha potuto individuare delle priorità tra i compiti che lo Stato dovrebbe curare nell'esercitare tale ingerenza: stabilità dei prezzi, stabilità dei cambi, crescita dell'occupazione, incremento del reddito nazionale, stimolo alla formazione del risparmio, sono fini tra loro assai diversi, e tuttavia collegati, che possono trovare condizioni più favorevoli a fronte di specifiche discipline pubbliche del credito. La conclusione assai significativa è che «non è possibile concepire che si possano attuare solo mediante la politica del credito fini che investono tutto l'orientamento

---

del principio che tale istituto abbia il «preciso dovere di difendere il valore della moneta, e che il rispetto di tale principio sia circondato dalle più ampie garanzie costituzionali».

<sup>8</sup> *Ivi*, p. 371.

della politica economica nazionale. Se si vuole che l'economia del Paese produca il più alto reddito, è a questo fine che bisogna subordinare la massima occupazione dei fattori produttivi. Alla sua realizzazione concorre la stabilità del valore della moneta, che si identifica con l'equilibrio fra reddito e massa dei mezzi di pagamento all'interno e con l'equilibrio della bilancia dei pagamenti internazionali nei rapporti con l'estero. La distribuzione del credito che consente il massimo sviluppo del reddito nazionale, realizza perciò implicitamente gli altri fini specifici che alla manovra statale si vorrebbero attribuire»<sup>9</sup>.

Complessivamente si può dire che forte nel Rapporto Demaria fosse la preoccupazione di dare espressa tutela alla stabilità della moneta, dalla quale si riteneva che sarebbe indirettamente risultato tutelato anche il risparmio<sup>10</sup>. Tuttavia tale preoccupazione non si è tradotta, nel testo costituzionale, secondo le aspettative della Commissione economica.

Occorre dunque spostare l'analisi sui lavori della Commissione dei Settantacinque, ed in particolare di due Sottocommissioni, la Prima e la Terza, nelle quali l'ambito di cui si sta ragionando è stato oggetto di dibattito. Proprio nella Prima Sottocommissione<sup>11</sup> Palmiro Togliatti ha proposto la formula «La proprietà dei cittadini e il risparmio sono tutelati dalla legge»<sup>12</sup>, mentre il deputato liberale Roberto Lucifero ha sostenuto il collegamento tra risparmio e lavoro, insistendo che la tutela del primo non potesse essere disgiunta dai diritti conseguenti al lavoro; ma soprattutto il risparmio è stato ricondotto strettamente alla proprietà, che del lavoro e del risparmio è il risultato.

Quanto alla Terza Sottocommissione, essa ha prodotto la seguente formula trattando del controllo sociale dell'attività economica: «Lo Stato stimola, coordina e controlla il risparmio. L'esercizio del credito è parimenti sottoposto al controllo dello Stato al fine di disciplinarne la distribuzione con criteri funzionali e territoriali»<sup>13</sup>. La presentazione di una distinta proposta da parte di entrambe le Sottocommissioni ha richiesto poi una forma di coordinamento, cosicché all'Assemblea costituente il 31 gennaio 1947 è stato presentato il testo dell'art. 44,

<sup>9</sup> *Ivi*, p. 377.

<sup>10</sup> Cfr. a tale proposito M. SARCINELLI, *La Costituzione italiana e la moneta*, cit., p. 102.

<sup>11</sup> *Ivi*, p. 97 ss. Cfr. inoltre S. BARONCELLI, *Art. 47*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, pp. 946 ss.

<sup>12</sup> PRIMA SOTTOCOMMISSIONE, p. 67.

<sup>13</sup> TERZA SOTTOCOMMISSIONE, 26 ottobre 1946, p. 259.

all'interno del Titolo III dedicato ai rapporti economici, che suonava «La Repubblica tutela il risparmio; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito». Rispetto a tale versione Meuccio Ruini, presidente della Commissione dei Settantacinque, ha osservato che, in un testo costituzionale, non sarebbe stato opportuno spingersi oltre il richiamo alla tutela del risparmio ed alla vigilanza sul credito; e ha qualificato questi obiettivi come «un'indicazione al coordinamento di norme ed istituti, che manca oggi in Italia»<sup>14</sup>.

Il dibattito che ne è seguito ha portato ad una significativa modifica di tale formulazione, dal momento che l'accoglimento della proposta dell'onorevole cattolico Tommaso Zerbi di aggiungere il verbo «incoraggia» e di declinare il risparmio «in tutte le sue forme» ha determinato un principio ben più incisivo<sup>15</sup>.

Ma in più a Tommaso Zerbi si deve l'aggiunta del secondo comma – «favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice, al diretto ed indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese» – che il deputato cattolico ha così motivato: «l'elencazione da noi proposta non è limitativa, bensì esemplificativa, delle più consuete forme d'investimento del risparmio popolare oppure di quelle forme alle

---

<sup>14</sup> ASSEMBLEA COSTITUENTE, 6 febbraio 1947, p. 8. Più ampiamente, nel dibattito del 19 maggio 1947, p. 4039, l'on. Ruini ha argomentato come segue: «L'articolo 44 considera *pro tempore* il risparmio ed il credito congiunti fra loro, e li mette in un piano, per così dire, tecnico, senza entrare in altre fasi anteriori o posteriori del processo economico, come sarebbero la formazione del risparmio e gli investimenti di capitale. Le norme dettate sui momenti considerati sono sintetiche ed incisive; di stile costituzionale.

Circa il risparmio basta il principio della tutela; se si entrasse in dettagli, su forme più raccomandabili di investimenti, non si potrebbe essere completi né efficaci. La Commissione non ha voluto fare un codice del risparmio o bancario o un prontuario d'affari. Pel credito si è limitata a tre funzioni essenziali dello Stato, che deve dettare le norme generali sugli istituti di banca, coordinarli e controllarne l'azione. C'è tutto, e non c'è di troppo. Vorrei mettere l'accento specialmente sul “coordina”. Io che sono sempre stato antifascista, ho detto però, e la frase ha avuto una certa fortuna, che non si possono buttar giù i ponti sul Tevere che ha fabbricati il fascismo. In tema di credito il fascismo ha fabbricato un buon ponte: il Comitato e l'Ispektorato del credito. Vennero aboliti ed ora, sembra, si vogliono rimettere. Non conosco la proposta, e non entro in dettagli. Ma questo è necessario: in Italia, dove (sono dati dell'onorevole Einaudi) più dell'85 per cento dei depositi a risparmio è presso istituti bancari in mano dello Stato, è mancata una politica creditizia, che appare ora indispensabile. L'articolo 44 vi accenna, con l'espressione “coordina”, nella forma sobria ed implicita che si addice alle norme costituzionali. S'intende che la politica creditizia non deve soffocare le iniziative e l'attività degli istituti; deve limitarsi all'indirizzo ed ai criteri direttivi».

<sup>15</sup> S. BARONCELLI, *Art. 47*, cit., p. 947.

quali particolarmente si pensa. (...) l'emendamento da noi proposto contiene una affermazione finalistica, che non esige necessariamente applicazione immediata e radicale ma lascia alle leggi future il compito di trovare forme adatte a favore del risparmio popolare. In secondo luogo, con riferimento alla situazione contingente (...) non possiamo esimerci dal sottolineare che proprio le masse operaie e impiegate contribuiscono largamente specie in via indiretta al finanziamento dello Stato, anche nell'attuale momento (...). Se mai il nostro emendamento contiene implicita l'esigenza di una migliore giustizia distributiva fra tutte le classi dei cittadini dell'onere di concorrere al finanziamento dello Stato sia attraverso le forme dirette che attraverso le forme indirette del risparmio obbligatorio e del portafoglio degli istituti previdenziali»<sup>16</sup>.

Questa breve ricostruzione della riflessione e del confronto che hanno condotto all'enunciazione dell'art. 47 Cost., che ha recepito l'art. 44, attesta la consapevolezza, nel dibattito in Assemblea costituente, della complessità e dell'intreccio degli interessi collegati alla materia del risparmio; e della sua connessione con il credito, condizionato tuttavia da un quadro giuridico che non poteva essere altro che mantenuto e confermato. E attesta la scelta in qualche misura riduttiva in merito alla formulazione del principio, che si è ritenuto di esprimere

---

<sup>16</sup> ASSEMBLEA COSTITUENTE, 19 maggio 1947, p. 4044.

Tale intervento rispondeva alla valutazione effettuata da Meuccio Ruini sulla proposta di Tommaso Zerbi, 19 maggio 1947, p. 4040, che qui parzialmente si riporta: «L'onorevole Zerbi, che mostra molta competenza in questa materia, ha proposto un emendamento interessante. Egli considera particolarmente il risparmio popolare, e vuole incanalare l'investimento (la sua proposta parla, non felicemente, di accesso) come investimento reale, e più singolarmente ancora in tre sole forme: abitazione, proprietà diretta coltivatrice, investimento nei grandi complessi azionari del Paese.

Sono ottimi scopi, ma dobbiamo limitare l'incoraggiamento dello Stato soltanto a queste forme di investimenti? Non lo credo. In questo momento, in cui noi avremo bisogno di chiedere anche ai piccoli risparmiatori il loro aiuto per potere — con prestiti ed operazioni di Tesoro — salvare, arginare la moneta, dobbiamo noi limitarci soltanto alle tre forme d'investimento indicate dall'onorevole Zerbi? (...). Non disconosciamo i criteri che ispirano il proponente e che si riallacciano ad un orientamento di studi e direttive per l'elevazione del popolo mediante il risparmio e la destinazione di questo ad investimenti in una casa, in un pezzo di terra, in un pezzo di fabbrica attraverso le azioni. È una bella concezione; ma non è tema costituzionale; guasta la linea semplice e completa dell'articolo 44; si limita a suggerire alcuni, non tutti gli investimenti desiderabili; e non è — l'invocazione ad acquistare beni reali — opportuna in questi momenti. Ecco perché non possiamo accogliere l'emendamento Zerbi».

Cfr. ancora S. BARONCELLI, *Art. 47*, cit., pp. 947 ss., in merito a tale dibattito.

in forma del tutto generale: scelta che da un lato ha permesso un modesto impegno attuativo da parte del legislatore, ma che in fondo ha il pregio di consentire alla norma un adattamento che, soprattutto con le evoluzioni più recenti riguardanti risparmio e credito, può risultare apprezzabile.

L'analisi va ora rivolta al contenuto ed alla portata della disposizione, sia nei primi commenti che di essa sono stati formulati, che in considerazione della lettura che attualmente è da essa ricavabile.

### **3. Il risparmio e il credito nell'art. 47 Cost.**

I beni espressamente tutelati dall'art. 47 Cost. sono il risparmio ed il credito, che evidentemente costituiscono categorie distinte e differenti, ma la cui comune menzione nella disposizione produce l'effetto di uno specifico collegamento, che del resto è obbligato sotto molteplici aspetti.

Conviene affrontare prima l'una e poi l'altra di queste due categorie e nozioni, e da tale esame risulterà chiaro il nesso reciproco.

#### *3.1. Il risparmio: una forma di proprietà di rilevanza pubblica*

La categoria del risparmio può essere definita tanto come un'attività quanto come il risultato della stessa: l'attività è quella di destinare una parte delle risorse disponibili in un dato momento ad un uso che se ne farà in futuro; il risultato sono le risorse stesse che, non consumate, vengono preservate per quando potranno essere maggiormente necessarie<sup>17</sup>. Questa definizione, calata nel contesto del sistema produttivo di carattere capitalistico, conduce a qualificare il risparmio come la fonte del capitale che alimenta il processo produttivo: viste in chiave economica, quelle risorse non consumate diventano un «ingranaggio fondamentale» su cui l'impresa fa affidamento «per potere avviare e realizzare il ciclo produttivo; e allo stesso modo per il risparmiatore si configura come modalità di accrescimento delle proprie risorse prodotte e non consumate»<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> S. DETTORI, A. ZITO, *Risparmio (tutela del)*, in G. GRECO, M. CHITI (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, p. 1731.

<sup>18</sup> *Ivi*, p. 1732.

È dunque chiaro come il risparmio sia stato a lungo e da ampia dottrina interpretato in chiave prettamente economica, come quell'insieme di risorse finanziarie che sono destinate a entrare nel circuito economico: il risparmio, in questa prospettiva, finisce per costituire quella liquidità monetaria, che implica principalmente la difesa del valore della moneta contro l'inflazione<sup>19</sup>. I commenti della norma da parte di Fabio Merusi, di Vincenzo Spagnuolo Vigorita<sup>20</sup> e di Sergio Ortino<sup>21</sup> hanno valorizzato il risparmio come garanzia degli investimenti e delle risorse finanziarie del sistema economico, evidenziando la sua funzione strumentale alla distribuzione della proprietà e della ricchezza – dunque anche le attività mobiliari ed assicurative<sup>22</sup> – e determinando in tal modo l'esclusione, dalla protezione fornita dalla Costituzione, di quei risparmi che non avessero una destinazione economica<sup>23</sup>. Tale interpretazione potrebbe da un lato apparire riduttiva e limitata<sup>24</sup>, se si volesse concepire più estesamente la nozione; dall'altro, soprattutto alla luce delle evoluzioni che hanno riguardato la materia, e il suo collegamento con il credito<sup>25</sup>, sempre più il risparmio rilevante sembra essere quello che viene investito. In questa sede pare di poter avallare una concezione in virtù della quale presentano particolare natura i beni che rientrano in tale concetto, il quale è indubbiamente una forma di proprietà – e dunque più ampiamente rico-

---

<sup>19</sup> F. MERUSI, *Art. 47*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, vol. III, Bologna, 1980, p. 156. Si veda anche M. GIAMPIERETTI, *Art. 47*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, pp. 474 ss.; e G. M. SALERNO, *Art. 47*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di) *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, pp. 318 ss.

<sup>20</sup> V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Principi costituzionali sulla disciplina del credito*, in *Rassegna di diritto pubblico*, n. 1/1962.

<sup>21</sup> S. ORTINO, *Banca d'Italia e Costituzione*, Pisa, 1979.

<sup>22</sup> In tal senso G. CERRINA FERONI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Tutela del risparmio e vigilanza sull'esercizio del credito. Un'analisi comparata*, Torino, 2011, p. 2.

<sup>23</sup> S. BARONCELLI, *Art. 47*, cit., p. 950. In tal senso anche G. CERRINA FERONI, *La tutela del risparmio. Un quadro comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2/2009, p. 1146.

M. MAZZIOTTI DI CELSO, G. M. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, Padova, 2007, p. 251, sostengono al contrario dall'art. 47 Cost. risultati tutelato qualsiasi accantonamento di beni, a prescindere dalla loro destinazione, che potrebbe essere anche diversa dal consumo, perché coincidente con un mero accumulato.

<sup>24</sup> Si vedano le considerazioni di M. D'AMICO, S. CATALANO, *Tutela del risparmio e principi costituzionali*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2008, pp. 35 ss.

<sup>25</sup> G. AMATO, *L'informazione finanziaria price-sensitive*, Firenze, 2013, p. 26.

nosciuto dall'art. 42 Cost. – ma che rileva come tale in quanto complesso di ricchezza destinato ad entrare nel ciclo economico<sup>26</sup>.

Da questa impostazione consegue che per risparmio vadano intese quelle risorse che – sulla base di un insieme di valori costituzionali, non del solo art. 47 Cost. – possono trovare un impiego idoneo a garantire l'equilibrio economico-finanziario del sistema. Per cui se è vero che la disposizione è volta a difendere il valore della moneta nel rapporto dinamico risparmio-credito – e di questo profilo si deve ancora parlare – è altrettanto condivisibile che il risparmio concorra ad assicurare la stabilità monetaria in quanto presupposto fondamentale per l'applicazione di altre norme costituzionali, principalmente gli artt. 36, 41, 53 e 81, ma ancor di più l'art. 1<sup>27</sup>. Infatti il principio della retribuzione sufficiente per una esistenza di cui all'art. 36 Cost. presuppone una capacità di acquisto della moneta, di cui si compone la retribuzione, che deve essere tendenzialmente costante; il collegamento del prelievo della ricchezza alla capacità contributiva ed al criterio della progressività presuppone che venga combattuto il fenomeno dell'inflazione, che rappresenterebbe una forma di prelievo non rispettosa delle due garanzie espresse dall'art. 53 Cost.; ancora, il principio di copertura finanziaria ex art. 81 Cost. implicitamente dispone che alle spese si provveda con entrate effettive e non con un mero allargamento della base monetaria<sup>28</sup>.

L'equilibrio economico-finanziario e la stabilizzazione monetaria sono inoltre strettamente legati ad alcune altre disposizioni della Carta costituzionale, che completano il fondamento alla c.d. Costituzione economica. Si tratta in primo luogo degli artt. 10 e 11: nel qualificare il nostro come un ordinamento aperto al contesto internazionale, essi impongono il perseguimento della stabilità monetaria rispetto alle altre

---

<sup>26</sup> F. GUIZZI, *La tutela del risparmio nella Costituzione*, in *Il Filangieri*, n. 2-3-4/2005, p. 172, ricostruisce che il valore tutelato dalla norma in esame non sarebbe il risparmio in sé, che godrebbe della tutela dell'art. 42 Cost. in quanto forma di proprietà privata; ma risulterebbe solo quello che rifluisce nel circuito della liquidità monetaria assicurata dall'attività bancaria.

<sup>27</sup> Il commento di F. MERUSI, *Art. 47*, cit., p. 156, rimane un riferimento insuperabile nell'inquadramento della materia finanziaria. Il ragionamento è ripreso e approfondito in ID., *La posizione costituzionale della Banca centrale in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 31/1981, pp. 1084 ss., e in *Art. 47*, in F. CAPRIGLIONE, V. MEZZACAPO (a cura di), *Codice commentato della banca*, Milano, 1990, pp. 22 ss.

<sup>28</sup> F. MERUSI, *Art. 47*, cit., p. 156.

valute<sup>29</sup>; da ciò deriva anche un ulteriore collegamento con la sfera della bilancia commerciale, e quindi queste due disposizioni rimandano alle dinamiche dell'economia reale attinenti agli scambi di merci.

Ma, soprattutto, si ritorna alla norma cardine del sistema costituzionale: il principio lavorista ex art. 1. La struttura finanziaria del contesto produttivo, rappresentata appunto dalla leva del risparmio e dalle attività creditizie, non può svilupparsi a prescindere dall'obiettivo primario del modello economico, che vuole che la Repubblica sia fondata sul lavoro. Il funzionamento della struttura economico-finanziaria deve essere polarizzato e orientato alla garanzia di livelli occupazionali tendenzialmente elevati.

In virtù di tale spessore della nozione del risparmio è stato sostenuto che esso ben può essere considerato un valore costituzionale che lo Stato deve non solo tutelare ma anche promuovere e incentivare attivamente<sup>30</sup>. E ciò per il fatto che il risparmio non ha solo una declinazione in chiave privatistica, ovvero legata ad interessi che si esauriscono nella sfera dei soggetti privati. La qualificazione del risparmio che si è appena rappresentata implica, con tutta evidenza, che vi sia una rilevanza pubblica di questa categoria, ma ancor più un interesse pubblico nei suoi confronti<sup>31</sup>: il sistema produttivo, e più in generale quello della convivenza sociale, hanno solo da trarre benefici da un alto livello di risparmio dei consociati, la cui propensione all'operazione di preservazione di risorse dal diretto consumo deve essere promossa attivamente. Questo è il motivo per cui nella disposizione in esame si prevede un «incoraggiamento», che comporta una specifica azione di promozione da parte dei pubblici poteri, chiamati ad adottare misure ed azioni idonee a diffondere e ad incrementare le pratiche di accumulo monetario suscettibili di sostenere le attività finanziarie e produttive del sistema economico. Si contempla altresì una «tutela», ovvero un'azione di protezione al fine che queste dotazioni di ricchezza privata, che possono proficuamente riversarsi nel sistema produttivo con ritorni non meramente legati all'interesse privato, non subiscano ingiustificate limitazioni e compressioni.

---

<sup>29</sup> Cfr. a tale proposito F. CAPRIGLIONE, V. MEZZACAPO (a cura di), *Il sistema valutario italiano*, Milano, 1981.

<sup>30</sup> G. CERRINA FERONI, *Introduzione*, cit., p. 2.

<sup>31</sup> S. DETTORI, A. ZITO, *Risparmio (tutela del)*, cit., p. 1733.

Per quanto concerne l'incoraggiamento, esso è esemplificato dal co. 2 della disposizione che, elencando alcune possibili destinazioni del risparmio, impone alla Repubblica di «favorirle»: si tratta della proprietà dell'abitazione, della proprietà diretta coltivatrice e del diretto e indiretto investimento nei grandi complessi produttivi del Paese, a cui il risparmio popolare deve potersi rivolgere. L'aggettivo utilizzato – popolare – lascia intendere una particolare attenzione per l'accumulo prodotto da forme di lavoro dipendente, il quale potrebbe incontrare difficoltà ad impegnarsi in investimenti finanziari e potrebbe essere esposto all'azione di erosione dell'inflazione. Pertanto la Costituzione individua alcuni tra i vari possibili beni ai quali tale risparmio potrebbe venire indirizzato, e tali beni presentano la caratteristica di essere ritenuti socialmente ed economicamente rilevanti<sup>32</sup>: ma valgono da esempio per altri beni, altrettanto caratteristici quanto a valenza sociale, che potrebbero attrarre quantitativi di risparmio di dimensioni contenute, quale si suppone essere il risparmio di origine popolare. A fronte di queste riflessioni si può sostenere che la previsione presenta un aspetto di sicura originalità, in conformità con lo spirito sociale del quadro costituzionale del 1948: nel delineare i tratti di un sistema produttivo che si apre alle regole del capitalismo e dell'economia di mercato, si contemplanano evidentemente anche quei capitali di modesta entità che possono originare da rapporti di lavoro tradizionale e non altamente retribuito; e si prospettano destinazioni di questi limitati capitali a forme di investimento che, più che produrre profitti finanziari, si prestano a soddisfare bisogni comuni – quale può essere l'abitazione – che, in questa prospettiva, ottengono soddisfacimento grazie a forme di *surplus* monetario di carattere volontario. La dottrina è giunta addirittura a configurare ciò come un diritto sociale di prestazione<sup>33</sup>, giustificandolo sulla base di questo vincolo dello Stato a garantire le suddette destinazioni di utilizzo del risparmio. Lasciando aperta la questione se proprio di diritto sociale si tratti, pare comunque significativo evidenziare che l'ispirazione della previsione è fortemente connotata nella direzione della promozione umana.

Circa la tutela, oggi tale obiettivo si presenta complesso e molto problematico: se ai tempi della formulazione dell'art. 47 Cost. essa

---

<sup>32</sup> M. GIAMPIERETTI, *Art. 47*, cit., p. 482.

<sup>33</sup> Cfr. A. CERRI, A. BALDASSARRE, *Interpretazione dell'ordinanza di remissione, tutela del risparmio, decreti legislativi vincolati*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, p. 824.

poteva declinarsi in termini di salvaguardia dei depositi di carattere monetario<sup>34</sup> – nei lavori in Assemblea costituente emerge come il timore fosse tanto per l’inflazione quanto per il dissesto delle banche – ora le sofisticate operazioni finanziarie richiedono ben altre modalità di vigilanza e di controllo su transazioni, che potrebbero implicare gravi rischi per la preservazione dei risparmi privati; imponendo meccanismi di informazione dei risparmiatori, per accrescere la loro capacità di valutazione dei rischi, che esigono interventi legislativi particolarmente appropriati. Tra questi si possono includere molteplici forme di protezione dell’investitore, regole di condotta degli intermediari, integrità dei mercati<sup>35</sup>, che in Italia proprio a partire dalla legge 28 dicembre 2005 n. 262, *Legge per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*<sup>36</sup>, sono stati oggetto di specifica attenzione da parte del legislatore<sup>37</sup>. La disciplina da allora è cresciuta considerevolmente, anche e soprattutto per effetto di un diritto europeo sempre più attento a queste tematiche, con risultati non sempre del tutto efficaci nei confronti dei soggetti interessati, i risparmiatori. In questa sede non è possibile procedere ad un approfondimento della politica di tutela del risparmio, soprattutto di quella assai ingente del risparmio monetario investito in transazioni finanziarie, ma pare importante evidenziare quanto l’impegno pubblico alla tutela diventi, nei moderni sistemi economici, sempre più cruciale; e come la tutela tenda a concentrarsi, appunto, prevalentemente a difesa del risparmiatore nei pan-

---

<sup>34</sup> M. SARCINELLI, *La legge per la tutela del risparmio. Un anno dopo*, in P. ABBADESSA, F. CESARINI (a cura di), *La legge per la tutela del risparmio. Un confronto tra giuristi ed economisti*, Bologna, 2007, pp. 16 ss.

Si veda su queste tematiche anche l’ampia raccolta di studi di F. S. MARTORANO, V. DE LUCA (a cura di), *Disciplina dei mercati finanziari e tutela del risparmio*, Milano, 2008.

<sup>35</sup> M. SARCINELLI, *La legge per la tutela del risparmio*, cit., p. 34.

<sup>36</sup> Tra le varie opere di commento della disciplina del 2005 se ne richiamano alcune delle principali: F. CAPRIGLIONE (a cura di), *La nuova legge sul risparmio. Profili societari, assetti istituzionali e tutela degli investitori*, Padova, 2006; ID., *Crisi di sistema ed innovazione normativa: prime riflessioni sulla nuova legge sul risparmio*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, n. 1/2006; G. ROSSI, *La legge sulla tutela del risparmio ed il degrado della tecnica legislativa*, in *Rivista delle società*, n. 6/2007; A. NIGRO, V. SANTORO (a cura di), *La tutela del risparmio*, Torino, 2007.

<sup>37</sup> G. CERRINA FERONI, *La tutela del risparmio*, cit., p. 1146, osserva come a fronte del rango costituzionale attribuito alla tutela del risparmio, la legislazione in materia sia stata a lungo decisamente deficitaria, anche a causa della natura programmatica della disposizione. Si vedano le annotazioni dell’A. in *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Tutela del risparmio*, cit., pp. 4 ss.

ni dell'investitore. E ciò in ragione del fatto che i mercati finanziari sono particolarmente "sensibili", ovvero bisognosi di un'apposita disciplina di tutela, in assenza della quale – a causa delle asimmetrie informative – l'autonomia negoziale delle parti sarebbe fonte di inefficiente funzionamento dei mercati stessi<sup>38</sup>.

La conferma della particolare rilevanza che hanno assunto i mercati finanziari arriva, peraltro, proprio dall'integrazione che è stata compiuta, in Costituzione, in relazione a tale ambito. Nel 2001 la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha rivisto la ripartizione delle competenze tra lo Stato e le Regioni, e al primo ha attribuito in esclusiva la disciplina della moneta, della tutela del risparmio e dei mercati finanziari: così facendo il collegamento tra risparmio e attività di natura finanziaria ha acquisito un riconoscimento che in precedenza non era esplicitato; e tale collegamento ha finito per dare preminenza proprio a quel risparmio che confluisce nelle operazioni che si realizzano nei mercati finanziari. L'equivalenza risparmiatore/investitore è diventata logica dominante, facendo apparire secondario e quasi irrilevante tutto quel risparmio che gode di altre destinazioni, quali per esempio proprio quelle esemplificate dal co. 2 dell'art. 47. Cosicché la tutela del risparmio è divenuta prevalentemente tutela del risparmiatore, ma ancor di più: tutela dell'investitore<sup>39</sup>. Sul tema si ha intenzione di tornare più avanti, perché esso trova riscontri anche nella logica ispiratri-

---

<sup>38</sup> S. DETTORI, A. ZITO, *Risparmio (tutela del)*, cit., pp. 1734 ss. Gli AA. aggiungono che anche una volta venuta meno la lettura dirigistica dell'art. 47 Cost. per effetto del processo di integrazione europea, mai si è messo in dubbio che il mercato finanziario possa essere oggetto di *deregulation* poiché «esso non è in grado di funzionare correttamente sulla sola base dell'autonomia privata e della libertà negoziale».

<sup>39</sup> Osserva F. ZATTI, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno?*, in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Napoli, 2010, p. 1479, che come i padri costituenti avevano preso atto dell'assetto istituzionale del sistema finanziario derivante dalla legge bancaria del 1936-38, così il legislatore costituzionale del 2001 ha preso atto della trasformazione avviata dal sistema finanziario italiano a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, a partire dalle direttive 93/6/CE e 93/22/CE: «Di conseguenza, la legislazione in materia di mercati finanziari che ne è derivata si è sviluppata su una concezione privatistica di tale tutela, cioè legata non tanto al risparmio ma ai risparmiatori. Risparmiatori che in un sistema economico-finanziario che si fonda sulla libera circolazione dei capitali, avendo accesso a tutte le varie tipologie di strumenti finanziari presenti sui mercati, si trasformano, di fatto, in "investitori". Tutelare il risparmio in un sistema economico così concepito significa, quindi, individuare le forme giuridiche idonee a proteggere gli investitori con la consapevolezza, però, che non tutti gli investitori sono risparmiatori e che non tutti i risparmiatori sono consumatori o, per meglio dire, clienti dell'industria dei servizi finanziari».

ce dell'ordinamento europeo, ma già ora si deve prendere atto di questa impostazione culturale ormai prevalente: secondo la quale il mercato ed i rapporti di scambio sono il terreno di elezione del risparmio; e secondo la quale tra i vari mercati, quello finanziario – articolato tra attività creditizia, attività assicurativa e attività di intermediazione mobiliare – è il luogo del sistema economico dove prevalentemente avviene la gestione del risparmio<sup>40</sup>, e dove il vantaggio sorge sia per le attività imprenditoriali che dai capitali vengono finanziate, sia per i risparmiatori/finanziatori, che dal loro investimento aspettano di essere remunerati. Nei confronti di questi soggetti deve essere prodotta dalle istituzioni pubbliche – europee e nazionali – una disciplina che presenta duplice natura, perché da un lato tutela e promuove interessi privati – e si tratterà allora di norme del diritto comune – e d'altro canto deve assicurare, sempre tramite la tutela e l'incoraggiamento, la rilevanza pubblica del risparmio e del risparmiatore: il primo in quanto “interesse pubblico tutelato”, il secondo in qualità di attore del mercato<sup>41</sup>.

### 3.2. *Il credito: un'attività imprenditoriale funzionale al sistema produttivo ed alla crescita*

Si può ora passare all'altro bene riconosciuto dall'art. 47 Cost.: il credito.

In relazione ad esso va ricordato che la dottrina ha costantemente ravvisato nella formula usata – «La Repubblica disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito» – un'adesione completa, se non addirittura un recepimento, della normativa riguardante tale settore: il riferimento è alla legge bancaria degli anni 1936/38, il cui richiamo quasi letterale dà la misura dell'allineamento del quadro costituzionale rispetto all'impostazione dirigitica e a forte controllo amministrativo avviata nel periodo del regime fascista. Si rimanda ai commenti già ampiamente richiamati<sup>42</sup> per la ricostruzione della letteratura di tale

<sup>40</sup> S. DETTORI, A. ZITO, *Risparmio (tutela del)*, cit., p. 1733.

V. inoltre S. AMOROSINO, *Oggetto, principi «costituzionali», poteri pubblici e fonti normative dei diritti dei mercati finanziari*, in S. AMOROSINO, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *Manuale di diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2004, p. 3.

<sup>41</sup> S. DETTORI, A. ZITO, *Risparmio (tutela del)*, cit., p. 1757.

<sup>42</sup> I contributi dei Commentari indicati in nota (19) forniscono i riferimenti ad un'ampia letteratura in materia.

tenore in relazione a questo profilo, che è stato indubbiamente centrale nel dibattito intorno all'art. 47, ma che qui non pare significativo ripercorrere e approfondire: è evidente che, superata quella disciplina relativa alle imprese del credito, alla norma in questione non è più necessario attribuire quel significato così strettamente collegato ad un'impostazione ormai arretrata di particolare interventismo pubblico, e pare superfluo darne conto.

L'obiettivo è piuttosto quello di contribuire ad assegnare una valenza alla disposizione costituzionale che mantenga tutta la sua validità anche a fronte dei consistenti cambiamenti che hanno interessato il settore del credito, affinché la normativa che lo riguarda possa fare riferimento a principi solidi capaci di ispirarne le finalità: operazione, questa, tanto più necessaria in considerazione della centralità della funzione creditizia nell'attuale contesto economico e sociale<sup>43</sup>.

Se dunque si supera l'idea che il concetto di "controllo pubblico del credito" giustifichi l'oligopolio amministrato degli istituti bancari<sup>44</sup>, si può affermare che la disposizione costituzionale consente diverse soluzioni organizzative – private, pubbliche e miste – circa la composizione del comparto del credito<sup>45</sup>, e che perciò l'attenzione vada piuttosto rivolta alla funzione di tale comparto, che giustifica un intervento pubblico qualificabile in termini di disciplina, coordinamento e controllo.

Se si tiene presente che per un certo tempo la dottrina ha qualificato l'attività bancaria come sorta di servizio pubblico, si comprende come complessa sia stata la speculazione intorno al ruolo dei pubblici poteri nei suoi confronti. Una sentenza della Corte di cassazione – la sent. Cass. pen. SU 10467/1981, che appunto ha parlato di funzione di interesse pubblico, ma non di pubblica funzione – ha in fondo legittimato

---

<sup>43</sup> A. GENTILI, *Il risparmio e il credito*, in *I rapporti economici nella Costituzione*, vol. III, in M. GENGHINI, A. GENTILI, M. TAMPONI (a cura di), *Impresa, proprietà e credito*, Milano, 1989, p. 602, osserva come proprio gli studi dedicati ai lavori preparatori della Costituzione hanno contribuito a svincolare l'art. 47 dal collegamento con la legislazione bancaria degli anni Trenta e ad indicare «una specifica direttiva di politica economica, ma ha anche fatto scaturire il convincimento di specifici doveri della Repubblica nella disciplina del settore bancario».

<sup>44</sup> M. GIAMPIERETTI, *Art. 47*, cit., p. 476.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

un orientamento che raccoglieva ampio ed autorevole consenso<sup>46</sup>, ma che poi è risultato superato da una pronuncia della Corte costituzionale, la sent. 205/1983, che ha ritenuto che l'ordinamento sezionale del credito attenga alla sfera privata e alla sua disciplina pubblica, e non ai pubblici servizi e ancor meno alle funzioni pubbliche.

Il riferimento normativo che attualmente qualifica il settore del credito sono le molteplici direttive europee richiamate dalla disciplina italiana – il Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (TUB) che a partire dal d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385 fino all'aggiornamento operato dal d. lgs. 21 aprile 2016, n. 72 – e appunto l'art. 10 di tale normativa si esprime come segue: «La raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria. Essa ha carattere d'impresa». Alla luce di questa impostazione legislativa va avvalorata la lettura dell'art. 47 Cost. come disposizione che riconosce rilevanza costituzionale ad un settore nel quale si esercitano attività di impresa finalizzate alla raccolta del risparmio e all'esercizio del credito; e che nei suoi confronti prevede interventi di natura pubblicistica, che vanno compresi in ragione della funzione propria di queste attività economiche. Vi è così un rilievo pubblico insito nell'esercizio privatistico del credito<sup>47</sup>, che fa sì che esso, benché attività economica, sia soggetto a disciplina parzialmente differente da quella adottabile per tutte le altre iniziative imprenditoriali: cosicché si può affermare – tenendo in considerazione un dibattito dottrinale<sup>48</sup> che se ne è ampiamente occupato e che qui non è possibile ripercorrere – che le disposizioni dell'art. 41 Cost. siano applicabili anche al comparto del credito sotto i profili dell'iniziativa legislativa e della concorrenza<sup>49</sup>; ma che tale comparto sia poi sottoponibile a specifiche di-

---

<sup>46</sup> Si vedano i lavori di M. S. GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1939, e *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, n. 5/1949.

<sup>47</sup> D. SICLARI, *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, Padova, 2007, p. 40.

<sup>48</sup> Si rinvia nuovamente ai contributi dei Commentari citati in nota (19) per il rinvio alla dottrina che della questione si è occupata, arrivando a stabilire che in materia di credito non valga la riserva di legge ex art. 41 Cost., ma siano ammissibili anche interventi di direzione e di coordinamento di natura provvedimenti mentale.

Cfr. in tal senso S. BARONCELLI, *Art. 47*, cit., p. 951, che richiama i contributi di M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1969, e di A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963.

<sup>49</sup> M. GIAMPIERETTI, *Art. 47*, cit., p. 476.

rettive legislative e regolamentari per effetto della speciale disciplina che lo riguarda in ragione dell'art. 47 Cost.

Tale specialità va ora illustrata, cercando di chiarire quali siano le caratteristiche dell'esercizio creditizio che lo rendono differente da altri ambiti imprenditoriali, la cui funzione nel sistema produttivo non è tanto cruciale da meritare il riconoscimento del rango costituzionale.

Una dottrina assai autorevole<sup>50</sup> ha evidenziato una sorta di compito "sociale" del sistema creditizio in economie di mercato come quelle degli Stati del contesto europeo e occidentale, interrogandosi se nella realtà dell'azienda di credito prevalga l'aspetto dell'autonomia privata e degli obiettivi di impresa o invece quello della funzionalizzazione per il raggiungimento di altri fini, estranei all'impresa stessa: nel primo caso si è parlato della banca come "impresa-diritto", mentre nella seconda prospettiva si usa la formula della banca come "impresa-funzione". L'impresa creditizia è al tempo stesso impresa e cellula del «capitalista monetario collettivo», espressione che sottintende come le banche siano «connesse al processo complessivo di produzione» e per tale motivo non possano essere considerate socialmente irrilevanti: «l'attività bancaria può essere considerata un fenomeno a rilevanza generale che non interessa un microcosmo o un settore dell'attività economica, ma l'intera organizzazione dell'economia, la sua capacità di funzionamento, di riproduzione e di sviluppo»<sup>51</sup>. Cosicché salvaguardare queste particolari istituzioni finisce per realizzare obiettivi di difesa della produzione, e dunque dell'occupazione, di imprese dei più svariati comparti. In ordini economici quali sono le economie di mercato si registra un tale livello di *financial interdependence* — per cui «the failure of a financial institution of some size poses a *systemic risk* on economies worldwide»<sup>52</sup> — che la particolare attenzione in termini di disciplina, coordinamento e controllo nei confronti di tale settore si giustifica per la sua azione a beneficio del livello produttivo e, più in generale, della crescita complessiva di una comunità nazionale. Secondo tale prospettiva il complesso degli operatori finanziari, diversamente dagli altri soggetti economici, rappresenta una delle condi-

---

<sup>50</sup> È il contributo di F. BELLÌ, *Legislazione bancaria italiana (1861-2003)*, Torino, 2004, poi aggiornata nell'edizione del 2010, Pisa, pp. 37 ss.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> Cfr. C. SAVVIDES, D. ANTONIOU, *Ailing Financial Institutions: EC State Aid Policy Revisited*, in *World Competition*, n. 3/2009, p. 360.

zioni di esistenza e di sopravvivenza del modello economico complessivo, a sua volta presupposto della tenuta del sistema sociale.

Esiste così una vera e propria valenza pubblica del credito, e fra l'altro proprio questa è stata invocata negli ultimi anni per legittimare, a livello nazionale ed europeo, operazioni di ricapitalizzazione delle aziende bancarie, il cui fallimento avrebbe avuto conseguenze disastrose per i settori dell'economia reale da esse alimentati<sup>53</sup>. Le istituzioni finanziarie sono state addirittura qualificate come *facilitators of the economy*, ovvero soggetti il cui salvataggio – ma più in generale: la cui vitalità – non produce solo il mantenimento delle loro attività economiche, bensì dell'intero contesto produttivo: definizione che per essere accettabile e plausibile deve riferirsi a «non-speculative *commercial banking activities* that, by providing credit to entrepreneurial firms and individuals to finance their investment decisions, promotes economic growth and has a positive impact on the real economy»<sup>54</sup>.

Il corretto funzionamento del settore del credito realizza quindi interessi privati e pubblici, che sono più specifici rispetto ai fini sociali a cui possono essere indirizzate le attività economiche pubbliche e private secondo l'art. 41 Cost. Gli interessi pubblici legati al comparto bancario presentano la specificità di una sorta di condizionalità rispetto al complessivo sistema produttivo, che nelle economie capitalistiche non può prescindere da operazioni di finanziamento che solo le aziende creditizie possono assicurare: e nel garantire tale alimentazione finanziaria alle imprese dei più diversi ambiti, l'area del credito determina poi benefici di altra natura, primo tra tutti quello della preservazione dei livelli occupazionali.

Come si comprende, la logica che scaturisce dall'art. 47 non può allora cogliersi pienamente – e produrre effetti – se non si pongono i beni in esso tutelati in stretto collegamento con aspirazioni di natura non solo economicamente, ma anche socialmente rilevante<sup>55</sup>, quali la tenuta dei rapporti internazionali, lo stato di salute delle finanze pubbliche e l'obiettivo della piena occupazione. Quest'ultima finalità ha, in particolare, ricadute sociali così facilmente intuibili che nel com-

---

<sup>53</sup> Sia consentito rinviare, per un approfondimento della tematica, a C. BUZZACCHI, *Aiuti di Stato tra misure anti-crisi ed esigenze di modernizzazione: la politica europea cambia passo?*, in *Concorrenza e mercato*, 2013.

<sup>54</sup> C. SAVVIDES, D. ANTONIOU, *Ailing Financial Institutions*, cit., p. 355.

<sup>55</sup> Cfr. in tal senso F. CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2010, p. 8.

plesso il quadro della portata e del ruolo del risparmio e del credito nell'ordinamento costituzionale appare decisivo e difficilmente negabile: al punto che Fabio Merusi ha qualificato questa correlazione tra risparmio e credito «principio cardine della costituzione economica»<sup>56</sup>, che mai come oggi pare trovare conferme nelle evoluzioni dei sistemi produttivi e in quelle delle normative europee ed italiane della materia finanziaria.

### *3.3. Il risparmio e i mercati finanziari*

Malgrado questa portata decisiva della norma, di cui la dottrina e anche la giurisprudenza costituzionale – come si illustra tra poco – sono consapevoli, la sua lettura in termini di norma precettiva ha stentato ad affermarsi. È infatti prevalsa per lungo tempo l'interpretazione a favore della sua natura eminentemente programmatica – si consideri che Massimo Severo Giannini l'ha definita «un'enunciativa generica dei principi della legge bancaria»<sup>57</sup>, di cui si è segnalato che l'art. 47 è stato durevolmente considerato la mera trasposizione in Costituzione – e si è dedotta l'impossibilità di estrarre dal disposto costituzionale limiti e fini dell'intervento pubblico, che sarebbe così lasciato alla discrezionalità totale delle istituzioni, sia quella parlamentare sia quelle che hanno ruotato intorno al governo del credito<sup>58</sup>.

Ma gradualmente tale orientamento è stato superato, affermandosi che l'assenza di limiti e di obiettivi assegnati all'intervento dei pubblici poteri non esclude il carattere finalistico «del dovere della Repubblica» di disciplinare il settore bancario in modo permanente e sistematico<sup>59</sup>: questa ultima connotazione dell'intervento della Repubblica come “dovere” appare, a chi scrive, ampiamente e particolarmente convincente, perché rafforza la prospettiva della funzione di interesse generale propria del credito e del risparmio, che non prevale sulla dimensione di interesse privato ad entrambi associato, ma impone che interessi pubblici e privati siano salvaguardati all'unisono in una pro-

---

<sup>56</sup> F. MERUSI, *Art. 47*, cit., p. 153.

<sup>57</sup> M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, p. 205.

<sup>58</sup> A. GENTILI, *Il risparmio e il credito*, cit., p. 600, ricostruisce così la lettura che è lungamente invalsa dell'art. 47 Cost.

<sup>59</sup> *Ivi*, p. 602. L'A. richiama la posizione di G. GANDOLFI, *Legge bancaria e Costituzione – Premesse ad un corso di diritto privato bancario*, in *Giurisprudenza italiana*, 1975, che ha contribuito a superare le prime interpretazioni riduttive della disposizione.

spettiva equilibrata di crescita complessiva, e dunque non solo economico-finanziaria, della comunità<sup>60</sup>. In tal senso può essere letta anche l'attribuzione allo Stato a titolo esclusivo della competenza legislativa relativa alla materia «risparmio e mercati finanziari» con la revisione costituzionale del 2001. Insieme alla «moneta», questi due ambiti materiali sono stati esplicitamente collocati nell'area di intervento uniforme dello Stato in quanto «si tratterebbe di materie di fondamentale interesse generale, la cui rilevanza per l'assetto complessivo dell'economia nazionale è sancita dagli articoli 41 e 47 della Carta costituzionale»<sup>61</sup>.

Pertanto l'attuale statuto costituzionale del risparmio ruota intorno a due norme, gli artt. 47 e 117. La prima è una statuizione di portata più generale, che declina il riconoscimento del risparmio in termini di tutela ed incoraggiamento; che non circoscrive il risparmio alla dimensione di natura finanziaria, ma espressamente contempla manifestazioni del risparmio che possono essere molteplici – delle quali alcune vengono esemplificate – e che nel dare contestuale riconoscimento anche all'attività del credito, proietta entrambi i beni della prospettiva di un sistema economico finanziario privo di inflazione e stabile.

La seconda disposizione si caratterizza invece per collegare strettamente il risparmio alla sede nella quale sempre più esso diventa rilevante: i mercati finanziari. E si connota altresì per l'importanza che attribuisce alla riserva di competenza a favore dello Stato: scelta che qualifica i due beni – risparmio e mercati finanziari – quali interessi da disciplinare in maniera unitaria, ormai non solo a livello nazionale ma addirittura sovranazionale, e che pretendono allora l'intervento normativo dello Stato, sempre più spesso in attuazione o in recepimento di legislazione europea.

#### 4. Il risparmio nella giurisprudenza costituzionale

---

<sup>60</sup> Sia consentito rinviare, in tema di stabilità e crescita complessiva di una comunità – che può essere quella nazionale ma anche quella europea – a C. BUZZACCHI, *Bilancio e stabilità. Oltre l'equilibrio finanziario*, Milano, 2015.

<sup>61</sup> V. GIAMMUSSO, dossier *Indagine conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del Titolo V della Parte II della Costituzione*, Ufficio ricerche sulle questioni istituzionali, sulla giustizia e sulla cultura del Senato della Repubblica, Roma, 2002, p. 7.

L'analisi si rivolge ora all'interpretazione che al bene del risparmio ha fornito il giudice delle leggi. Un limitato numero di pronunce della Corte costituzionale ha riguardato tale valore costituzionale<sup>62</sup> in forma diretta, perché molteplici decisioni sono state adottate in tema di aspetti ad esso riconducibili ma senza una specifica lettura del risparmio in sé. Si sceglie pertanto di esaminare questo circoscritto insieme di decisioni, la prima delle quali risale al 1975, mentre da ultimo il giudice delle leggi si è significativamente espresso sul tema nel 2010: in tale arco temporale la linea interpretativa ha dimostrato totale continuità.

Il nucleo centrale di tale costante indirizzo è rappresentato da due letture desumibili dall'art. 47 Cost. Anzitutto la qualificazione della disposizione in termini di "indirizzo politico", che non si presta a fungere da parametro in un giudizio di costituzionalità, ma rimane affidato alla discrezionalità del legislatore. In secondo luogo la Corte ha ripetutamente insistito sulla necessità del bilanciamento del valore del risparmio con altri interessi costituzionali: ha sempre ritenuto tale bene destinato a misurarsi e a rapportarsi con altri, e ha investito il legislatore del compito di operare questa ponderazione tra principi, che non può essere esercitata in sede di sindacato di costituzionalità.

Con la sent. 29/1975 la Corte costituzionale ha per la prima volta sancito il carattere di indirizzo politico della norma costituzionale. La successiva sent. 126/1979 ha applicato tale approccio con riferimento a scelte legislative che, tenendo conto di processi di svalutazione monetaria, intendevano introdurre misure di salvaguardia del risparmio. Ha così sostenuto che il Parlamento possa o, in casi di particolare gravità, debba tener conto degli effetti conseguenti ai processi di svalutazione monetaria, per correggere o eliminare conseguenze inique o eccessivamente onerose, sia nella disciplina dei rapporti tra soggetti privati, sia in quella relativa alle obbligazioni tributarie: «questi interventi sono stati sempre il frutto di scelte politiche, riservate alla discrezionalità del potere legislativo, al quale compete di provvedere in sì delicata materia, sulla base di valutazioni di ordine politico, sociale, economico, finanziario, che sfuggono di massima al sindacato di legittimità»<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Si veda l'analisi di S. BARONCELLI, *Art. 47*, cit., pp. 951 ss.

<sup>63</sup> Corte cost. n. 126/1979.

Nel 1980 la sent. 60 ha riaffermato che l'art. 47 Cost. segna un indirizzo generale e lo ha fatto in relazione ad interventi legislativi volti a contenere gli effetti diretti o indiretti della svalutazione monetaria: in assenza di questi, ed in presenza invece di un saggio legale degli interessi che potrebbe penalizzare i risparmi in misura pesante, il legislatore è legittimato a stabilire delle modifiche che, tuttavia, vanno contenute alla luce di valutazioni più ampie di ordine politico, sociale, economico e finanziario<sup>64</sup>, come già segnalato nel 1979.

È con la sent. 143/1982 che viene per la prima volta individuato il limite della «non contraddizione o compromissione» del principio politico contenuto nell'art. 47 Cost.: principio che non può impedire al legislatore di emanare in materia finanziaria le norme volte a disciplinare il gettito ed a evitare frodi fiscali. Il criterio così enunciato ricorre poi nella giurisprudenza successiva.

La sent. 19/1994 in tema di diritto sociale all'abitazione e diritto all'accesso del risparmio popolare alla proprietà della casa ha operato nuovamente un'operazione di bilanciamento: in relazione a tali beni la Corte ha richiamato il ruolo del «ragionevole bilanciamento operato dal legislatore ordinario fra gli interessi costituzionalmente rilevanti al fine di dare graduale applicazione, in relazione alle disponibilità finanziarie esistenti, alla direttiva costituzionale contenuta nell'art. 47, secondo comma, della Carta fondamentale»<sup>65</sup>.

Significativa la presa di posizione della Corte costituzionale nel 1995, quando ha avuto occasione di pronunciarsi con la sent. 143 sul d. l. 11 luglio 1992, n. 333 recante *Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica*, che ha istituito, per l'anno 1992, un'imposta straordinaria sui depositi bancari e postali, prevedendo una ritenuta sull'ammontare dei medesimi. Il giudice *a quo* aveva segnalato la possibile violazione dell'art. 47 Cost., in quanto la disciplina impugnata era in grado di generare sfiducia nei risparmiatori e di sottrarre ricchezza dal sistema economico. Il giudice costituzionale non ha ritenuto di accogliere la censura ribadendo che «è sufficiente rammentare che l'invocato precetto costituzionale contiene soltanto un principio programmatico al quale deve ispirarsi il legislatore ordinario, ma non può certo impedire al medesimo di emanare, in materia finanziaria, quelle norme giuridiche che siano volte a disciplinare il gettito delle

<sup>64</sup> Si vedano le considerazioni di A. GENTILI, *Il risparmio e il credito*, cit., pp. 644 ss.

<sup>65</sup> Corte cost. n. 19/1994.

entrate, con l'unico limite della vera e propria contraddizione o compromissione dell'anzidetto principio», contraddizione che nel caso in esame non è risultata riscontrabile<sup>66</sup>. La decisione 73 dell'anno successivo, richiama ancora il criterio della «non contraddizione o compromissione» del principio politico, che è stato poi ripreso dalla sent. 29/2002: se quello contenuto nell'art. 47 Cost. altro non è se non «un principio al quale il legislatore ordinario deve ispirarsi, bilanciandolo con gli altri interessi costituzionalmente rilevanti»<sup>67</sup>, il potere totalmente discrezionale che può esercitare il legislatore nei confronti del risparmio non potrà che incontrare il solo limite della contraddizione del principio stesso.

Si conclude con la sent. 52/2010, decisione che interviene in un quadro costituzionale mutato, ovvero dopo l'assegnazione allo Stato in via esclusiva della competenza relativa a moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari: vari passaggi del ragionamento svolto nella pronuncia appaiono molto interessanti. Essa riguarda l'art. 62 del d. l. 25 giugno 2008, n. 112 recante *Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, disciplina volta a contenere l'uso degli strumenti finanziari derivati da parte delle Regioni e degli enti locali: la Corte si è trovata ad esaminare censure relative alla disciplina statale dei contratti di finanziamento mediante strumenti finanziari derivati stipulati dalle autonomie territoriali.

Il giudice costituzionale ha esaminato la questione anzitutto con riferimento all'art. 47 Cost. La tutela del risparmio viene qualificata come rilevante interesse pubblico, e viene associata al vicino bene della stabilità dei mercati finanziari: per la salvaguardia di entrambi è legittimo un penetrante sistema di vigilanza attribuito sia a Banca d'Italia che a Consob anche nei confronti di quei soggetti che svolgono le transazioni mobiliari e che non seguono più il modello pubblicistico, ma si presentano in forma di società per azioni.

Il giudice ha sviluppato poi un'analisi più ampia utilizzando il parametro dell'art. 117, co. 2, lett. e. La disciplina del mercato mobiliare

---

<sup>66</sup> Corte cost. n. 143/1995. In merito a questa decisione si rinvia al commento di G. FALSITTA, *Lo "scippo" del governo Amato salvato dalla Consulta*, in *Rivista di diritto tributario*, n. 6/1995.

<sup>67</sup> Corte cost. n. 29/2002.

e dei contratti aventi ad oggetto gli strumenti finanziari derivati manifesta l'intenzione del legislatore in termini di tutela del mercato stesso, della sua stabilità, nonché dei risparmiatori che vi operano. Il giudice ha ricostruito come il mercato mobiliare si caratterizzi essenzialmente per lo svolgimento di «servizi e attività di investimento» di rilevanza privatistica, aventi ad oggetto, in generale, gli strumenti finanziari così come elencati dal Testo unico per la finanza (TUF) d.lgs. n. 58/1998, che non ne fornisce una definizione di portata generale, ma riporta solo le principali tipologie che appartengono alla categoria in esame; e ha osservato che la disciplina impugnata contempla regole imperative che attengono essenzialmente alle modalità di conclusione, alla forma ed ai contenuti dei singoli contratti e che sono finalizzate a proteggere la sfera giuridica dei soggetti che accedono a tale tipologia di finanziamento, i quali sono considerati alla stregua di contraenti deboli, che si trovano in una posizione di asimmetria informativa rispetto al professionista che opera nel mercato.

La Corte ha respinto le censure delle Regioni argomentando le ragioni della riserva allo Stato della competenza in materia di tutela del risparmio e mercati finanziari, che si riferisce, oltre che al mercato bancario e assicurativo, anche a quello mobiliare, e che identifica, in realtà, il mercato finanziario in senso stretto; e ha incluso, in tale ambito materiale, «tutte quelle misure legislative volte ad assicurare, sul piano macroeconomico e per fini di uniformità sull'intero territorio nazionale, la stabilità finanziaria dei mercati in cui si svolgono le contrattazioni, nonché la tutela del risparmio». Ha dichiarato compatibili con tali misure quelle disciplinate dalla norma contestata, con cui il Parlamento ha inteso perseguire la finalità di «garantire la tutela del mercato mobiliare in rapporto alle modalità di accesso delle Regioni e degli enti locali alle suddette tipologie di contrattazione, le quali sono, per loro stessa natura, idonee ad alterare i complessivi equilibri finanziari del mercato di riferimento. (...) Si tratta, pertanto, di una disci-

plina che, tutelando il mercato e il risparmio, assicura anche la tutela del patrimonio dei soggetti pubblici»<sup>68</sup>.

Ancora, il giudice delle leggi ha evidenziato come «il massiccio ingresso di soggetti, e cioè degli enti pubblici ai quali si riferisce la contestata normativa, nel mercato finanziario, con l'apporto di capitali di notevole entità (se rapportati, in genere, a quelli dei comuni investitori), è tale da comportare profonde modificazioni strutturali nel mercato stesso, con riferimento sia alla tipologia dei contratti che gli enti sarebbero autorizzati a stipulare, sia alle condizioni e ai limiti che la normativa regolamentare di attuazione potrebbe porre». Tale circostanza ha indotto il legislatore statale a prevedere, limitatamente alle contrattazioni in cui siano parte le Regioni e gli enti locali, una specifica normativa per il loro accesso al relativo mercato mobiliare affinché si individuino sia la tipologia dei contratti, sia le componenti derivate, implicite o esplicite, che gli enti in questione hanno la facoltà di prevedere nei contratti di finanziamento: «Ciò il legislatore ha fatto, tenuto conto della spiccata aleatorietà delle negoziazioni aventi ad oggetto gli strumenti finanziari in esame, all'evidente scopo di evitare che possa essere messa in pericolo la disponibilità delle risorse finanziarie pubbliche utilizzabili dagli enti stessi per il raggiungimento di finalità di carattere, appunto, pubblico e, dunque, di generale interesse per la collettività»<sup>69</sup>.

La Corte costituzionale si dimostra consapevole della complessità del contesto rispetto al quale si trova a giudicare, in cui avvengono transazioni finanziarie del tutto atipiche, con investimenti pubblici che

---

<sup>68</sup> Corte cost. n. 52/2010, punto 12.1 della motivazione. Si aggiunge che «è innegabile, infatti, che i derivati finanziari scontino un evidente rischio di mercato, non preventivamente calcolabile, ed espongano gli enti pubblici ad accollarsi oneri impropri e non prevedibili all'atto della stipulazione del contratto, utilizzando per l'operazione di investimento un contratto con caratteristiche fortemente aleatorie per le finanze dell'ente». A commento della decisione si rinvia a vari contributi della dottrina: A. LUBERTI, *Strumenti finanziari derivati: legittime le limitazioni all'autonomia negoziale degli enti locali*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 10/2012; D. CHINNI, *La Corte, i presupposti del decreto-legge e le tortuose vie per il sindacato. Riflessioni a margine della sentenza n. 52/2010*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 2/2011; E. GIRINO, *Natura e funzione della disciplina dei servizi di investimento e qualificazione degli strumenti derivati nella giurisprudenza costituzionale*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, n. 1/2011; A. SCOGNAMIGLIO, *Profili di costituzionalità dei limiti all'utilizzo degli strumenti finanziari derivati da parte degli enti territoriali*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, n. 1/2011; A. BENEDETTI, *La giurisprudenza sui contratti derivati degli enti locali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 11/2013.

<sup>69</sup> Corte cost. n. 52/2010, punto 12.1 della motivazione.

impongono particolari precauzioni sia per quanto concerne le ingenti risorse lì investite, sia con riguardo alle alterazioni dei mercati che da ciò possono conseguire, con ripercussioni sui comuni investitori. Il risparmio di soggetti privati e le finanze di soggetti pubblici si trovano intrecciati e bisognosi di una disciplina che salvaguardi entrambi, che solo lo Stato può adottare. Mercati finanziari, risparmio privato e finanze di enti pubblici si intersecano con alti rischi per molteplici operatori, più o meno dotati della corretta informazione, e rispetto a tale nodo di interessi l'intervento di regole di varia tipologia – vigilanza, tassonomia delle forme contrattuali, controlli e limiti – si dimostra irrinunciabile.

L'ultima decisione esaminata, con la quale la Corte prende una posizione più netta nei confronti dell'interesse costituzionale del "risparmio", attesta l'evoluzione che è avvenuta nel settore, cosicché nel nuovo millennio la materia del risparmio si ritrova a fare i conti con uno scenario assai sofisticato e diversificato di tipologie contrattuali: condizione che potrà, nel futuro, richiedere ulteriori interventi interpretativi a salvaguardia del bene "risparmio", rispetto ai quali ci si può comunque aspettare che si ripresenti una giurisprudenza che ancora e di nuovo rimetterà alla legge il compito di bilanciare tale bene con altri.

## **5. Le evoluzioni della moneta: da valore sottinteso a competenza esclusiva prima dello Stato, poi dell'Unione**

Il riconoscimento e la salvaguardia di risparmio e credito effettuati in maniera espressa dall'art. 47 Cost. sono funzionali a garantire un terzo bene<sup>70</sup> – la moneta – che in sede di elaborazione della Carta fondamentale si è ritenuto di non menzionare in via diretta<sup>71</sup>, ma che risulta implicitamente tutelato dal rapporto tra risparmio e credito.

---

<sup>70</sup> A. GENTILI, *Il risparmio e il credito*, cit., p. 601, osserva come risparmio e credito siano i termini necessari di una relazione che esprime il fenomeno della liquidità monetaria «anche se la tutela del risparmio in tutte le sue forme estende il contenuto precettivo della disposizione oltre il fatto, peraltro centrale, della disciplina della liquidità monetaria».

<sup>71</sup> La componente liberale aveva proposto formulazioni dell'art. 47 Cost. che potessero salvaguardare esplicitamente il valore della moneta. Nel dibattito del 19 maggio 1947 l'on. Quinto Quintieri sostenne l'emendamento che prevedeva che la Repubblica tutelasse il valore della moneta nazionale ed il risparmio «dato che sul valore della moneta vengono

I primi commenti della norma hanno infatti segnalato che la relazione tra i due beni è primariamente funzionale a garantire la liquidità monetaria, che implica la difesa del valore della moneta contro l'inflazione<sup>72</sup>: la moneta rappresenta invero uno dei principali fattori di equilibrio economico, e la manovra del credito consente allo Stato di influire sulla liquidità monetaria sia attraverso la moneta emessa, sia tramite la moneta bancaria rappresentata da assegni e cambiali<sup>73</sup>.

Va osservato che di fatto le implicazioni tra politica del credito e politica monetaria sono risultate evidenti via via che si è sviluppato l'intervento statale nell'economia: attraverso gli strumenti della legge bancaria lo Stato è riuscito ad operare sulla liquidità monetaria e sulla difesa dell'inflazione. Ma è soprattutto un elemento che va evidenziato. Il richiamo alla "Repubblica" nell'art. 47 Cost. è stato immediatamente interpretato come riconoscimento delle funzioni dell'organo che nel Novecento già riuniva in sé le funzioni di governo del credito e di governo della moneta: la Banca d'Italia, che della "Repubblica" rappresentava il principale soggetto a cui la Costituzione affidava il compito di dirigere il credito anche in funzione della stabilità monetaria<sup>74</sup>. E ciò in ragione dell'interpretazione, già richiamata, del co. 1

---

ad incidere tutti i nostri dissensi nel campo economico e tutte le nostre discussioni politiche». Ma soprattutto l'on. Luigi Einaudi insistette per garantire il risparmio mettendolo al riparo dagli andamenti della moneta e a tal fine solo l'esplicito recepimento della c.d. "clausola oro" venne da lui reputato idoneo a rassicurare i risparmiatori: «Oggi è pacifica giurisprudenza che lo Stato può allungare o scorciare quanto crede il metro monetario, e quanto più lo scorcia, tanto meno i debitori hanno diritto di pagare per rimborsare i loro creditori. Il riferimento ad una unità monetaria fissa che non sia nominale, ma riferentesi ad un dato peso d'oro, oggi non ha efficacia giuridica, non applicandosi il principio fondamentale dello Statuto contenuto nell'articolo 31, perché questo valore è stato distrutto dalla nullità di tutte le clausole oro che dai privati erano state scritte a tutela della buona fede, a tutela degli impegni assunti dai debitori. Di qui l'emendamento da me proposto, il quale tende a non lasciare la promessa di tutela del risparmio come qualcosa di astratto; ma vuole che a tal fine sia garantito il rispetto della clausola oro».

<sup>72</sup> Si veda F. MERUSI, *Art. 47*, cit., p. 156, e S. ORTINO, *Banca d'Italia e Costituzione*, cit., che ha argomentato, pp. 142 ss., che «la tutela del risparmio significa in primo luogo predisporre una disciplina che lo mantenga integro nel suo potere di acquisto di fronte a fenomeni di svalutazione».

Più recentemente v. A. GENTILI, *Il risparmio e il credito*, cit., p. 601, e M. GIAMPIERETTI, *Art. 47*, cit., p. 474.

<sup>73</sup> Cfr. S. BARONCELLI, *Art. 47*, cit., p. 950.

<sup>74</sup> F. MERUSI, *La posizione costituzionale della Banca centrale in Italia*, cit., pp. 1087 ss., e G. SANGIORGIO, F. CAPRIGLIONE, *La legge bancaria, evoluzione e normativa e orientamenti*

dell'art. 47 Cost. come disposizione di recepimento della legge bancaria del 1936/38: dal momento che questa disciplina individuava un preciso ordinamento del credito, basato su vari organi al vertice dei quali era posta la Banca centrale, la "Repubblica" con cui si apre la disposizione costituzionale non poteva che coincidere con tale apparato istituzionale. Da ciò è derivato un complesso dibattito, in occasione del quale ci si è domandati se l'affidamento di questi poteri ad un organo privo di legittimazione democratica fosse ammissibile rispetto al quadro costituzionale: se l'equilibrio economico-finanziario, a cui la politica della moneta contribuisce, è funzionale a promuovere i valori degli artt. 1, 3, 36, 53 e 81 Cost., sembrava allora necessario a parte della dottrina<sup>75</sup> che andasse trovata una soluzione rispetto a poteri così rilevanti di un organo totalmente sottratto al controllo democratico quale era l'istituto di emissione.

Ma al di là di questa controversia, che è ormai superata da quando la politica monetaria è divenuta competenza europea, l'elemento da segnalare è proprio la priorità che il governo della moneta ha assunto nell'intervento pubblico nell'economia: governo della moneta che è stato strettamente collegato con il più ampio obiettivo della stabilità e dell'equilibrio economico, e che è stato pertanto piegato ad esigenze di politica economica. Fabio Merusi ha parlato di una sorta di «triangolo magico», quello che vede posti sui suoi tre lati le grandezze economiche della quantità della base monetaria, della spesa pubblica e del rapporto di cambio con le altre monete<sup>76</sup>. Tale «triangolo» ha caratterizzato le politiche economiche di uno specifico periodo, creando forti tensioni tra la Banca centrale<sup>77</sup> ed il ministero del Tesoro: la prima co-

---

esegetici, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 7/1986, p. 19; v. anche A. GENTILI, *Il risparmio e il credito*, cit., p. 609.

<sup>75</sup> Cfr. soprattutto le riflessioni di Fabio Merusi in *La posizione costituzionale della Banca centrale in Italia*, cit., con la ricostruzione del dibattito e l'indicazione di una soluzione interpretativa che sostanzialmente fa salva la Banca d'Italia.

<sup>76</sup> Questa l'immagine di F. MERUSI, *La disciplina pubblica delle attività economiche nei 150 anni dell'unità di Italia*, in *Diritto e società*, n. 1/2012, p. 108, alle cui riflessioni si fa riferimento per questa parte della trattazione.

<sup>77</sup> C. A. CIAMPI, *Considerazioni Finali sul 1979*, Banca d'Italia, Roma, 1981, p. 393, espresse la convinzione che il ritorno a una moneta stabile richiedesse una «costituzione monetaria», fondata sui tre pilastri della indipendenza del potere di creare moneta da chi determina la spesa pubblica; di procedure di spesa rispettose del vincolo di bilancio; e di una dinamica salariale coerente con la stabilità dei prezzi.

stretta per una prassi introdotta nel 1976 a sottoscrivere i titoli del debito pubblico invenduti in occasione dell'emissione da parte dello Stato per finanziare la sua esposizione sul lato della spesa<sup>78</sup>. La vicenda dei particolari rapporti tra istituto di emissione ed esecutivo – in particolare il ministero del Tesoro – non può essere qui ricostruita ma è opportuno tenerla presente per comprendere come la materia della moneta, non espressamente contemplata in Costituzione, sia stata una leva di prima importanza nel governo pubblico dell'economia fino al c.d. «divorzio»<sup>79</sup>: con tale espressione si fa riferimento alla separazione che è poi intervenuta tra i due soggetti istituzionali così strettamente interrelati nelle determinazioni riguardanti la moneta stessa. E si comprende altresì come la rilevanza che l'art. 47 Cost. ha fornito agli organi di direzione della politica creditizia ha finito per riverberarsi sulla Banca d'Italia in virtù delle sue competenze nell'ambito della moneta, che non si limitavano al campo della valuta ma si estendevano alle esigenze della politica di bilancio. Venuto meno l'obbligo per la Banca centrale, a seguito del richiamato «divorzio», dell'acquisto del debito residuale, la politica monetaria ha riacquisito l'indipendenza necessaria anche per governare andamenti inflattivi che fino a quel momento avevano colpito l'economia italiana; e il ministero del Tesoro ha dovuto assumere maggiori responsabilità in merito alle decisioni di finanza pubblica<sup>80</sup>.

La politica monetaria è diventata invece oggetto di una specifica revisione costituzionale nel 2001, quando la moneta è stata inclusa tra

---

<sup>78</sup> C. A. CIAMPI, *Il nostro accordo contro l'inflazione*, in N. ANDREATTA, C. A. CIAMPI, M. DRAGHI, F. A. GRASSINI, E. LETTA, M. MONTI, G. MUSSARI, M. T. SALVEMINI, *L'autonomia della politica monetaria. Il divorzio Tesoro-Banca d'Italia trent'anni dopo*, Bologna, 2011, pp. 27 ss. Tale prassi è ricostruita anche da M. T. SALVEMINI, *Compiti e responsabilità della Banca centrale e del Tesoro*, in *Bancaria*, 1989, pp. 4 ss.

<sup>79</sup> La decisione di “cambiare regime” avvenne in maniera informale, assumendo la forma di un semplice scambio di lettere fra ministro e governatore. Con la sua lettera, il ministro del Tesoro Beniamino Andreatta chiese il “parere” del governatore Carlo Azeglio Ciampi sull'ipotesi di una modifica del regime esistente, con l'obiettivo esplicito di modificare la situazione di dipendenza della Banca nei confronti del ministero. La lettera del ministro Andreatta al governatore Ciampi del 12 febbraio 1981 è riprodotta in M. FRATIANNI, F. SPINELLI, *Storia monetaria d'Italia: lira e politica monetaria dall'Unità all'Unione Europea*, Milano, 2001.

<sup>80</sup> Su tali temi si vedano i lavori di M. T. SALVEMINI, *Il Tesoro e il mercato monetario. Le nuove responsabilità dopo il divorzio*, in *Economia italiana*, n. 1/1983, e *L'indipendenza della Banca centrale e il “divorzio”*, in A. GIGLIOBIANCO, S. ROSSI (a cura di), *Andreatta economista*, Bologna, 2009.

le materie di competenza esclusiva dello Stato. Ma nel frattempo un'evoluzione ben più complessa aveva avuto luogo: nel 1991 il Consiglio europeo di Maastricht aveva adottato la decisione di dar vita ad un'Unione economica e monetaria (Uem), che il Trattato dell'anno successivo ha istituzionalizzato. Quei Paesi che hanno inteso aderire a tale Unione hanno dovuto adeguare molteplici aspetti della loro organizzazione sociale, economica e politica ai criteri di convergenza definiti dall'Unione. Questo processo di allineamento è servito a garantire che gli Stati, intenzionati a condividere la moneta, sarebbero stati in grado di operare con successo nel quadro del mercato unico di beni, servizi, capitali e lavoro: tra il 1991 e il 1994 è stata soprattutto la circolazione dei capitali l'ambito su cui gli sforzi degli Stati si sono concentrati, considerato il ruolo primario di tale libertà nella prospettiva dell'unificazione monetaria.

Il processo di integrazione si è completato nel 2002, quando per la nuova moneta è iniziata materialmente la circolazione in sostituzione definitiva delle precedenti valute. Ma già nel 1998 era operante la Banca centrale europea (Bce) a cui era collegato il Sistema europeo delle banche centrali (Sebc)<sup>81</sup>: alle funzioni di tale sistema istituzionale si dedicano le analisi dei successivi paragrafi, e ora merita sottolineare solo l'aspetto dell'evoluzione conclusiva che ha interessato la moneta. Ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett c, TFUE l'Unione ha competenza esclusiva nei confronti della politica monetaria per gli Stati membri la cui moneta è l'euro: il Titolo VIII disciplina poi la politica economica (capo 1) e quella monetaria (capo 2), ma già l'art. 123 del capo 1 fissa un principio di rilevante portata. Esso vieta alla Bce la concessione a istituzioni, organi od organismi dell'Unione – in altre parole, soprattutto agli Stati – di scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia, così come l'acquisto diretto presso di essi di titoli di debito. Dal successivo art. 127 del capo 2 vengono declinate le regole strettamente attinenti alla materia monetaria, che costituiscono perciò l'impianto di un sistema di governo della moneta che non prevede più alcuno spazio per prerogative nazionali da esercitare al di fuori del Sebc.

---

<sup>81</sup> Si rinvia, per approfondimenti dell'evoluzione che si è ripercorsa, a S. BARONCELLI, *La Banca centrale europea: profili giuridici e istituzionali, un confronto con il modello americano della Federal Reserve*, Firenze, 2000.

A fronte di questo netto passaggio di competenza dall'ordinamento della Repubblica a quello dell'Unione, la riserva di attribuzione presente nell'art. 117, co. 2, lett *e*, Cost. ha il senso di assegnare allo Stato, ed in particolare all'organo che per esso contribuisce alle decisioni di politica monetaria all'interno del Sebce – la banca centrale nazionale – le determinazioni che coinvolgono il nostro sistema giuridico in tema di moneta unica. Tale vincolo discende per lo Stato anzitutto in virtù del co. 1 della medesima disposizione: il diritto dell'ordinamento comunitario è un limite per la legislazione dello Stato e delle Regioni, che già comporta il rispetto delle norme primarie e derivate in materia di unione monetaria. Ma la specificazione della moneta come ambito di competenza esclusiva dello Stato – senza rappresentare in alcun modo una contraddizione del conferimento in via esclusiva all'Unione europea – non può essere interpretata altro che come riconoscimento delle rilevanti responsabilità della banca centrale italiana nel sistema federale di governo della moneta che fa capo alla Bce.

Chiarito quindi il processo di apertura del nostro ordinamento a quello comunitario sul terreno della politica monetaria, è a questo secondo ordinamento che occorre rivolgere l'attenzione.

## **6. Il risparmio, il credito e la moneta nell'ordinamento europeo**

Rimane da esplorare quale statuto spetti ai tre beni fin qui esaminati – risparmio, credito e moneta – nell'ordinamento dell'Unione. Si tratta di un passaggio irrinunciabile se si considera che il processo di integrazione implica una stretta comunicazione tra i due sistemi costituzionali, quello nazionale e quello sovranazionale: comunicazione che si manifesta nella misura in cui vi sia armonia nella scelta e nell'interpretazione dei valori su cui entrambi si fondano. A fronte di quanto si è evidenziato per l'ordinamento interno, rispetto al quale questi beni svolgono una funzione di assoluta rilevanza per la conservazione della struttura economica e sociale della comunità, va indagata la loro dimensione e la loro portata nell'ordinamento europeo; e se nel quadro costituzionale italiano risparmio, credito e moneta risultano tra loro indissolubilmente collegati, è probabile che tale reciproca implicazione sussista anche nell'architettura costituzionale comunitaria, magari con una declinazione in parte differente, ma in fondo analoga nelle implicazioni più profonde.

### 6.1. *Il credito e il risparmio, ovvero: i servizi finanziari e il risparmiatore/investitore*

Pare opportuno affrontare l'analisi a partire dalla categoria del credito, che presenta un'evoluzione assai particolare negli ultimi anni, all'insegna di una disciplina che si sta dimostrando in grado di fornire una significativa copertura anche agli interessi che ruotano intorno al risparmio, o meglio ai risparmiatori.

Nella fase di costruzione del mercato comune l'attività bancaria non è stata considerata diversa da altre attività imprenditoriali, che ricadono sotto la disciplina della libera circolazione di capitali e di servizi (artt. 26, 56 e 63 TFUE) e del diritto di stabilimento (art. 49)<sup>82</sup>. In particolare in merito ai servizi delle banche e delle assicurazioni si prevede una liberalizzazione in armonia con quella da applicarsi nei confronti dei capitali (art. 58); si tratta inoltre di attività produttive di servizi – quelli finanziari – soggette alle generali regole della concorrenza che valgono per qualsiasi altro mercato (benché la “direttiva servizi” 2006/123/CE li abbia esclusi dal suo perimetro di applicazione proprio per la loro specificità).

Vi sono poi aspetti peculiari che riguardano il settore e che hanno richiesto normative apposite: queste ultime hanno riguardato una speciale vigilanza pubblica di carattere prudenziale, per cui si persegue la stabilità dei sistemi creditizi, l'affidabilità degli operatori, e la stessa garanzia dei risparmiatori; inoltre va segnalato che la strategia di integrazione comunitaria si è fondata sul principio del mutuo riconoscimento<sup>83</sup> e sul principio dell'*home country control*<sup>84</sup>. Le direttive che in origine hanno riguardato il settore – la 77/780/CE e la 89/646/CE – hanno permesso una significativa liberalizzazione e l'edificazione di un mercato unico del credito all'insegna del principio del mutuo riconoscimento, per cui gli istituti già riconosciuti a livello nazionale era-

---

<sup>82</sup> Si rinvia alla voce di M. CAPANTINI, T. PONTELLO, *Banche*, in G. GRECO, M. CHITI (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., per una trattazione completa di questi profili; ed a R. BARATTA, *Capitolo V. Circolazione dei capitali e pagamenti*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2005, p. 274.

<sup>83</sup> In relazione a tale principio cfr. M. ORTINO, *Il mutuo riconoscimento e l'integrazione comunitaria dei mercati dei servizi finanziari*, in *Banca Impresa Società*, n. 2/2006.

<sup>84</sup> Sul tema si rinvia a S. NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Padova, 2005.

no legittimati ad operare sul mercato europeo<sup>85</sup>; ad esse si sono aggiunte le direttive 2004/39/CE relativa ai mercati degli strumenti finanziari, e 2003/6/CE relativa all'abuso di informazioni privilegiate ed alla manipolazione del mercato, che hanno completato il quadro con disposizioni più attente alla tutela del consumatore di prodotti bancari, finanziari ed assicurativi. Ma proprio la creazione effettiva di questo mercato creditizio, unita all'insorgere della crisi economico-finanziaria, che sul versante dell'attività degli istituti bancari ha dimostrato le più forti problematicità, hanno richiesto un diverso sistema di regolazione e di vigilanza<sup>86</sup>. Si è pertanto gradualmente superata la supervisione rimessa ai soli organismi nazionali di controllo – per il nostro Paese la Banca d'Italia – per transitare ad una complessa struttura accentrata – il Sistema europeo di vigilanza finanziaria (Sevif) – che ha vanificato il principio della sussidiarietà e ha manifestato l'esigenza di affidare ad apposite autorità di carattere amministrativo la vigilanza ed anche la regolazione dei vari mercati finanziari<sup>87</sup>. Tra questi anche quello strettamente bancario, che è stato affidato all'Autorità bancaria europea (Abe), istituita dal regolamento 1093/2010. Il processo è stato portato avanti fino a sfociare in uno sviluppo del tutto originale, quello dell'avvio di un'unione bancaria<sup>88</sup>.

La materia meriterebbe apposita trattazione, che però amplierebbe eccessivamente questo studio: per cui ci si deve limitare a tratteggiare le linee portanti di questa recente evoluzione. I regolamenti 1022/2013, 1024/2013 e 806/2014 segnano una svolta epocale nel cammino di integrazione europea, producendo un accentramento di insolita portata nel panorama comunitario, giustificato sulla base di una persistente situazione di inaffidabilità degli istituti bancari, che ha

---

<sup>85</sup> Cfr. L. DELLA LUNA MAGGIO, *Il risparmio tra tutele costituzionali e interventi legislativi*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, pp. 14 ss.

<sup>86</sup> Si veda G. DI PLINIO, *Il risparmio nella Costituzione economica europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2009, pp. 1236 ss.

In merito alla prima architettura costituzionale in materia di vigilanza si rinvia a F. CIRAOLO, *La vigilanza sui mercati di strumenti finanziari, tra vecchi principi e nuove esigenze di riforma*, in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2005.

<sup>87</sup> Sul tema si rinvia a C. BRESCIA MORRA, *L'evoluzione dei controlli sulla finanza in Europa*, in AA.VV., *Scritti per Franco Belli, Sistema creditizio e finanziario: problemi e prospettive*, Tomo II, Studi, Firenze, 2015.

<sup>88</sup> Si rinvia a G. CERRINA FERONI, *Verso il meccanismo unico di vigilanza sulle banche. Ruolo e prospettive dell'European Banking Authority (EBA)*, in *Federalismi*, 17 settembre 2014, per uno dei primi commenti sul passaggio delle funzioni di vigilanza.

spinto verso uno spostamento preponderante, anche se non totale, delle funzioni di vigilanza dall'Abe alla Bce<sup>89</sup>. In particolare il regolamento 1024/2013 assegna a quest'ultima il governo del *Meccanismo di vigilanza unica* su un certo numero ed una certa tipologia di aziende di credito; mentre il regolamento 806/2014 istituisce il *Meccanismo di risoluzione unico*, entrato in vigore dall'inizio del 2016 e destinato a determinare una modalità uniforme di salvataggio di quelle imprese bancarie che si dimostrano insolventi. A fianco di queste due procedure – il *Single Supervisory Mechanism* e il *Single Resolution Mechanism* – del tutto inedite nel quadro del mercato interno, va ricordato anche il sistema di garanzia dei depositi di nuova istituzione attraverso la direttiva 2014/49/UE. Emerge, complessivamente, un quadro di norme che ha gradualmente associato la disciplina del credito e quella del risparmio; che è passata da processi di mera armonizzazione legislativa a meccanismi di vigilanza e regolazione accentrati a livello europeo; che pone in secondo piano, evidentemente, la legislazione, la regolazione ed anche la vigilanza nazionale, ora rimesse prevalentemente alle istituzioni europee, con una centralità di ruolo indiscutibilmente ascrivibile alla Bce.

Per riassumere, la cornice normativa europea delle origini indicava che il settore creditizio non differisse da altri comparti nei quali si esercita l'iniziativa e lo svolgimento dell'imprenditoria; che fosse volto a produrre beni ma soprattutto servizi a cui le regole costituzionali europee non assegnavano una funzione a se stante; che tali servizi si collocassero in un contesto di rapporti economici per i quali la norma fondamentale era che si applicasse una logica di competizione, che è la sola che può portare benefici tanto agli operatori economici quanto ai consumatori. A tale cornice normativa – che rimane del tutto valida – se n'è aggiunta un'ulteriore, che invece ha previsto regole apposite per tale settore, avocando all'Unione regolazione, vigilanza e anche poteri di risoluzione delle situazioni bancarie di crisi, in ragione delle peculiarità di un ambito – quello creditizio – che garantisce il funzionamento degli altri settori economici e che la situazione di crisi ha

---

<sup>89</sup> Benché nel regolamento 1022/2013, *considerando* 4, si affermi che l'Abe dovrebbe mantenere il suo ruolo e conservare tutti gli attuali compiti e prerogative: continuare a sviluppare e contribuire all'applicazione coerente di un corpus unico di norme valido per tutti gli Stati membri e rafforzare la convergenza delle prassi di vigilanza in tutta l'Unione.

suggerito di porre sotto la direzione di un sistema di *governance* sovranazionale.

Diverso è stato il cammino che ha riguardato il valore del risparmio. Esso non è esplicitamente riconosciuto come bene a se stante dal diritto dei Trattati<sup>90</sup>. Anche per esso vale il richiamo al più generale principio del mercato comune<sup>91</sup>, che nella versione consolidata del Trattato di Lisbona suona come «mercato interno»: l'art. 3 TUE dichiara infatti che «l'Unione si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente». Ma sono le disposizioni che riguardano banche, assicurazioni ed organismi di investimento che, nella misura in cui in maniera «statica» producono effetti sui risparmi, costituiscono una forma di tutela<sup>92</sup>; ad esse si aggiunge una tutela di carattere invece dinamico, rappresentata principalmente da un impegno a tenere sotto controllo l'inflazione. Si può ritenere che tale tutela dinamica sia stata definitivamente introdotta proprio con il governo della moneta a tutela della stabilità dei prezzi, come si argomenta tra poco<sup>93</sup>.

Il richiamo al «mercato interno» implica, di conseguenza, che anche al risparmio si applichino le libertà richiamate in materia di servizi del credito: diritto di stabilimento e libertà di circolazione dei capitali e dei servizi. Queste norme, insieme all'art. 95 TCE – ora art. 114 TFUE – che prevede a favore della competenza comunitaria le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari

---

<sup>90</sup> La principale dottrina che si è occupata della questione è del tutto concorde sul punto. Si vedano S. DETTORI, A. ZITO, *Risparmio (tutela del)*, cit., pp. 1736 ss.; J. ZILLER, *La tutela del risparmio tra obiettivi e competenze dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'economia*, n. 1/2008; G. DI PLINIO, *Il risparmio nella costituzione economica europea*, cit., p. 1220, e ID., *Il risparmio nella Costituzione economica europea*, in G. CERRINA FERONI (a cura di), *Tutela del risparmio e vigilanza*, cit., p. 272.

<sup>91</sup> S. DETTORI, A. ZITO, *Risparmio (tutela del)*, cit., p. 1736.

<sup>92</sup> G. DI PLINIO, *Il risparmio nella costituzione economica europea*, cit., p. 1232, evidenzia come il risparmio possa essere «letteralmente disintegrato dal malfunzionamento, intenzionale o meno, dei collettori pubblici e privati di risparmio», e come quindi una buona regolazione dei mercati dei servizi bancari e finanziari e un controllo pubblicistico efficiente costituisca la miglior tutela. L'A. rinvia a D. MASCIANDARO, E. TAKATS, B. UNGER (eds.), *Black Finance: The Economics of Money Laundering*, Cheltenham, 2007.

<sup>93</sup> J. ZILLER, *La tutela del risparmio tra obiettivi e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 16.

ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno, rappresentano le basi giuridiche a cui il legislatore europeo ha fatto riferimento per un largo insieme di direttive che costituiscono gli strumenti di tutela del risparmio<sup>94</sup>. Tale bene non può quindi in alcun modo dirsi privo di coperture da parte delle regole europee: al contrario, specialmente negli anni più recenti, esse sono andate a crescere anche a fronte di alcuni evidenti fenomeni di malfunzionamento dei relativi mercati, che sempre più si dimostrano bisognosi di apposita regolazione<sup>95</sup>.

Per il risparmio deve però aggiungersi un'ulteriore peculiarità del quadro giuridico europeo. La mancanza di un'espressa disciplina dello stesso può trovare spiegazione nella logica del diritto comunitario per cui è all'attore che opera sul mercato che va accordata rilevanza: dunque al risparmiatore, ma non considerato direttamente in tale veste, bensì come una delle varianti del soggetto "consumatore". Se si ha presente quanto significativa sia la normativa che riguarda quest'ultimo nell'Unione, e che passa prevalentemente attraverso un'attività di regolazione volta a garantire il buon funzionamento dei mercati – e tra essi non possono che esservi anche quelli finanziari – si comprende quanto invece sia elevata l'attenzione, a livello sovranazionale, per la protezione di quei soggetti che agiscono sui mercati e sono mossi primariamente dall'obiettivo della massimizzazione dei loro interessi<sup>96</sup>: cosicché la rilevanza "costituzionale" europea della tutela del consumatore può essere intesa come rilevanza "costituzionale" della tutela del risparmiatore<sup>97</sup>. La prima e principale tutela deriva

---

<sup>94</sup> Cfr. ancora J. ZILLER, *La tutela del risparmio*, cit., pp. 21 ss. I fondamenti giuridici nell'analisi dell'A. sono dunque gli artt. 44, 47 co. 2, 55 e 95 TCE, e sulla base di quelli vengono ricostruite le direttive che compongono il quadro normativo che si riflette sul risparmio. L'A. procede poi a verificare come queste basi giuridiche siano transitate nel Trattato di Lisbona.

<sup>95</sup> Per questi aspetti sia consentito rinviare a C. BUZZACCHI, *Tassazione e concorrenza: la via dei correttivi fiscali alle disfunzioni dei mercati finanziari*, in *Concorrenza e Mercato*, 2014, ed a *Taxing financial transactions as an alternative to the regulation of financial markets*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 2/2014.

<sup>96</sup> Tale è la definizione data da L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003, p. 181. Il risparmiatore altro non sarebbe se non un consumatore di servizi finanziari: si rinvia a S. DETTORI, A. ZITO, *Risparmio (tutela del)*, cit., pp. 1745 ss., per un'analisi della politica comunitaria in ambito di servizi di investimento e mercati mobiliari a partire dal Piano di azione del 2000 intitolato *Messa in atto del quadro di azione per i servizi finanziari: piano d'azione*.

<sup>97</sup> Cfr. ancora S. DETTORI, A. ZITO, *Risparmio (tutela del)*, cit., p. 1738.

quindi dall'identificazione tra consumatore e risparmiatore, ed in particolare questo secondo è oggetto di consistente protezione in quanto "investitore"; mentre la seconda modalità di tutela è indubbiamente quella che discende dal fine istituzionale della Bce: il mantenimento della stabilità dei prezzi.

Si tocca così il terzo dei beni qui indagati: quello della moneta, e dalla sua disciplina emerge l'ulteriore specificità dell'ordinamento comunitario.

## *6.2. La moneta e la stabilità dei prezzi*

Con il Trattato di Maastricht si è instaurata un'unione economica e monetaria – Uem – la cui architettura istituzionale è rappresentata dal Sistema europeo delle banche centrali (Sebc) e dalla Banca centrale europea (Bce).

Ciò che qui rileva è la sua finalità. Essa è rintracciabile nell'art. 105 TCE – ora art. 127 TFUE – che ha stabilito che la finalità principale del Sebc sia il mantenimento della stabilità dei prezzi; e che fatto salvo tale obiettivo, il Sebc sostenga le politiche economiche generali nella Comunità al fine di contribuire alla realizzazione degli intenti definiti nell'art. 2. Di conseguenza gli scopi di quest'ultimo – «sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, la parità tra uomini e donne, una crescita sostenibile e non inflazionistica, un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità di quest'ultimo, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri» – devono essere perseguiti tramite una politica monetaria che in prima battuta garantisca il mantenimento della stabilità dei prezzi; e che permetta il sostegno delle azioni/politiche dell'Unione e degli Stati nel rispetto dei tre principi direttivi di prezzi stabili, di finanze pubbliche e condizioni monetarie sane, nonché di bilancia dei pagamenti sostenibile (art. 4 TCE, ora art. 119 TFUE).

Il fine centrale della politica monetaria europea è dunque il controllo sull'inflazione, che si realizza attraverso gli strumenti classici della determinazione del tasso ufficiale di sconto, della manovra quantitativa della moneta, della fissazione del saggio delle riserve obbligatorie: da tale quadro normativo si può ritenere che discenda un implicito

“divieto di inflazione” che determina la protezione del risparmio monetario dall’attacco dei fenomeni inflazionistici<sup>98</sup>. Questa, che è stata qualificata l’impostazione monetarista frutto dei condizionamenti del modello tedesco, è evidentemente una scelta di politica monetaria assai specifica e complessa, sulla quale le riflessioni economiche e giuridiche da sviluppare sarebbero imponenti<sup>99</sup>. Ma in questa sede preme evidenziare quale risulti essere il ruolo della moneta rispetto a credito e risparmio.

La stabilità dei prezzi, esclusivo fine assegnato al sistema istituzionale del governo della moneta in Europa, diventa in questa prospettiva la condizione di base – ma anche unica – per lo sviluppo delle politiche economiche dei Paesi dell’Unione che alla moneta europea partecipano. Con l’Uem si è affermata una concezione ed una visione globale delle politiche che realizzano l’intervento dei pubblici poteri nell’economia – politiche monetaria, economica e finanziaria – che fa sì che da un lato la stabilità dei prezzi non sia un obiettivo che deve confrontarsi con altre finalità pubbliche, che in qualche misura potrebbero richiederne un aggiustamento o una correzione; e dall’altro conduce a considerare la medesima stabilità dei prezzi il presupposto dal quale sane politiche economiche e di stabilizzazione finanziaria non possono prescindere e dal quale sono condizionate, subordinando il loro campo di azione ai vincoli che il sovrastante imperativo di stabilizzazione monetaria pone<sup>100</sup>. La moneta non è più concepita come strumento di governo dell’economia, ma piuttosto la salvaguardia della sua stabilità diventa premessa affinché le politiche economiche e quelle fiscali siano attuate correttamente. Come è stato osservato «dopo Maastricht la politica monetaria volta alla stabilità dei prezzi ha spostato in avanti la propria linea difensiva, non dovendo limitarsi ad azionare i propri strumenti per contrastare politiche economiche opposte, bensì potendo evidenziare in anticipo le azioni che devono essere messe in essere dagli altri organi responsabili per evitare che siano violati i vincoli posti dal Trattato»<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> G. DI PLINIO, *Il risparmio nella costituzione economica europea*, cit., p. 1225.

<sup>99</sup> Non potendo procedere in tale direzione, si rinvia a S. BARONCELLI, *The Independence of the ECB after the Economic Crisis*, in M. ADAMS, F. FABBRINI, P. LAROCHE (eds.), *About The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford 2014, saggio nel quale il tema è ampiamente inquadrato e dove è rintracciabile la relativa letteratura.

<sup>100</sup> Cfr. ancora S. ORTINO, *La Banca centrale nella Costituzione europea*, cit., pp. 114 ss.

<sup>101</sup> *Ivi*, p. 116.

Pare allora corretta la lettura che è stata data dalla dottrina della Costituzione economica europea, che sarebbe la risultante di tre contesti a se stanti ma reciprocamente collegati: la Costituzione del mercato unico, la Costituzione monetaria e infine quella finanziaria<sup>102</sup>. La prima e la terza risultano ancora in larga misura rimesse alla sovranità nazionale, mentre la seconda è totalmente avocata a livello europeo benché funzionante secondo una logica federativa che prevede rilevanti competenze nazionali di esecuzione di decisioni adottate a livello federale, ma con significativo concorso degli Stati<sup>103</sup>. Tale lettura collega insieme moneta, mercato e bilancio; ed è da tale lettura che risulta che un governo della moneta ispirato alla stabilità dei prezzi venga reputato condizione fondamentale perché il mercato interno funzioni adeguatamente e con beneficio per la crescita economica, e perché i flussi finanziari pubblici e privati sostengano tale contesto di economia di mercato<sup>104</sup>. Credito e risparmio risultano associati alla politica della moneta nel momento in cui quest'ultima realizza un contesto nel quale gli attori economici – i risparmiatori/investitori e gli operatori del settore dei capitali, che siano banche o altri organismi legati agli investimenti finanziari – possono interagire sui mercati perseguendo la massimizzazione della propria utilità, in conformità a sistemi di regolazione preposti a contemperare tutti gli interessi dei soggetti coinvolti.

Assai significativa a tale riguardo è la sentenza della Corte di giustizia 16 giugno 2015<sup>105</sup> che ha risolto la questione sollevata in via pregiudiziale in merito alla decisione del Consiglio direttivo della Bce del 6 settembre 2012 in materia di *Caratteristiche tecniche delle Ope-*

---

<sup>102</sup> Cfr. ancora G. DI PLINIO, *Il risparmio nella costituzione economica europea*, cit., pp. 1221 ss.

<sup>103</sup> Da parte di tanta dottrina si è evidenziata la caratteristica di questo meccanismo di ispirazione federale. Si richiamano due contributi di particolare autorevolezza, benché non siano gli unici sull'argomento: S. ORTINO, *La Banca centrale nella Costituzione europea*, in AA. VV., *Le prospettive dell'Unione europea e la Costituzione*, Padova, 1995; e O. ROSELLI, *Profili costituzionali dell'integrazione monetaria europea*, in ID. (a cura di), *Europa e Banche centrali*, Napoli, 2004.

<sup>104</sup> G. DI PLINIO, *Il risparmio nella costituzione economica europea*, cit., p. 1224: si afferma infatti che «il controllo europeo della liquidità e dell'inflazione, a cascata, spinge verso stabilità e equilibrio di bilancio e contestualmente crea l'ambiente economico più adeguato alla sicurezza del risparmio delle famiglie», e si conclude che «la protezione del risparmio mediante il controllo dell'inflazione è la risultante dell'intero meccanismo di funzionamento della Costituzione economica europea».

<sup>105</sup> Sentenza CGEU 16 giugno 2015, causa C-62/14.

*razioni definitive monetarie* (Omt): la domanda di rinvio ha riguardato la compatibilità di tale decisione con gli artt. 119 TFUE e 127, paragrafi 1 e 2, TFUE, nonché con gli artt. da 17 a 24 del *Protocollo sul Sebc e sulla Bce*, per il fatto che essa potesse travalicare il mandato conferito alla Bce ai fini della politica monetaria e invadere la sfera di competenza degli Stati membri.

L'interesse della pronuncia risiede, nell'economia di questo contributo, nella definizione in essa data della politica monetaria della Bce: solo ai passaggi a ciò riferiti si dedica dunque attenzione.

Il giudice europeo ha rilevato, richiamandosi alla sentenza *Pringle*<sup>106</sup>, che il Trattato TFUE non contiene alcuna definizione precisa della politica monetaria, ma indica al tempo stesso gli obiettivi di tale politica ed i mezzi di cui dispone il Sebc per attuarla (punto 42); e che in virtù degli artt. 127, paragrafo 1, TFUE e 282, paragrafo 2, TFUE, l'obiettivo principale della politica monetaria dell'Unione è il mantenimento della stabilità dei prezzi (punto 43).

Dovendo pronunciarsi sulla delimitazione della politica monetaria, e per stabilire se un provvedimento rientri in tale politica, la Corte ha fatto riferimento principalmente agli obiettivi di questo provvedimento, nonché ai mezzi che esso mette in campo per raggiungere detti obiettivi (punto 46).

Esaminando la misura contestata, l'Omt, gli obiettivi di tale programma sono di preservare al tempo stesso un'adeguata trasmissione della politica monetaria e l'unicità di tale politica: questo secondo è un obiettivo posto espressamente dall'art. 119, paragrafo 2, TFUE, che richiede che la politica sia «unica» (punti 47 e 48). Circa la prima finalità, l'idoneità del Sebc ad influire sull'evoluzione dei prezzi mediante le sue decisioni di politica monetaria dipende, in larga misura, dalla trasmissione degli impulsi ai vari settori dell'economia: un funzionamento deteriorato del suddetto meccanismo renderà inoperanti le decisioni del Sebc in una parte della zona euro e metterà così in discussione l'unicità della politica monetaria. Per tale ragione «le misure intese a preservare tale meccanismo di trasmissione possono essere ricondotte all'obiettivo principale definito all'articolo 127, paragrafo 1, TFUE» (punto 50).

Delimitata la politica monetaria, la Corte di Lussemburgo è stata chiamata a giudicare un effetto della misura in questione, che potrebbe

<sup>106</sup> Sentenza CGUE 27 novembre 2012, C-370/12, punto 53.

riflettersi sul piano economico: è stato infatti contestato che un programma come l'Omt possa eventualmente contribuire anche alla stabilità della zona euro, scopo che rientra nella politica economica, non monetaria. L'autorità giudiziaria argomenta che una misura di politica monetaria non può essere equiparata ad una misura di politica economica per il solo fatto che essa è suscettibile di avere effetti indiretti sulla stabilità della zona euro: per quanto riguarda i mezzi previsti per raggiungere i fini contemplati dall'Omt, «è pacifico che l'attuazione di un programma siffatto implica delle operazioni monetarie su titoli sui mercati secondari del debito sovrano» (punto 53). Effettivamente, ai sensi dell'art. 18, paragrafo 1, del *Protocollo sul Sebc e sulla Bce*, quest'ultima e le banche centrali nazionali possono operare sui mercati finanziari comprando e vendendo a titolo definitivo strumenti negoziabili espressi in euro: ne consegue che le operazioni dell'Omt «utilizzano uno degli strumenti della politica monetaria previsti dal diritto primario» (punto 54) e che quindi la misura contestata «rientra nell'ambito della politica monetaria» (punto 56). E se anche l'Omt può favorire, in una certa misura, la realizzazione degli obiettivi di politica economica che tale programma persegue, esso non può essere equiparato ad una misura di politica economica, dal momento che, fatto salvo l'obiettivo della stabilità dei prezzi, il Sebc sostiene le politiche economiche generali nell'Unione (punto 59).

Si è specificato poi che il Sebc si assicura che la propria politica monetaria non offra agli Stati membri, da cui esso acquista titoli del debito pubblico, delle possibilità di finanziamento che consentirebbero loro di discostarsi dai programmi di aggiustamento ai quali hanno aderito: in questa prospettiva il Sebc evita che le misure di politica monetaria da esso adottate contrastino l'efficacia della politica economica condotta dagli Stati membri (punto 60). L'acquisto di titoli di Stato sui mercati secondari è da considerare “politica economica” quando viene effettuato dal *Meccanismo europeo di stabilità* (Mes), subordinatamente al rispetto, da parte dello Stato il cui debito viene acquistato, di un programma di aggiustamento macroeconomico; mentre non può essere considerato “politica economica” allorché tale acquisto viene effettuato dal Sebc: la differenza si rinviene proprio a partire dagli obiettivi perseguiti dal Mes e dal Sebc. Se gli obiettivi sono quelli del mantenimento della stabilità dei prezzi, e non quelli di preservare la stabilità della zona euro, la misura utilizzata rientra nella “politica monetaria” (punto 64).

Con riferimento alla compatibilità dell'Omt con l'art. 123, paragrafo 1, TFUE, già ricordato, la Corte di giustizia ha evidenziato che tale divieto trova la propria origine nell'art. 104 TCE. Dai lavori preparatori emerge che l'articolo 123 TFUE mira ad incitare gli Stati membri a rispettare una sana politica di bilancio, evitando che un finanziamento monetario dei disavanzi pubblici o un accesso privilegiato delle autorità pubbliche ai mercati finanziari conduca ad un indebitamento eccessivo o a disavanzi eccessivi degli Stati membri. Ciò implica che la Bce proceda all'acquisto di titoli di Stato sui mercati secondari circondando il proprio intervento di garanzie sufficienti per conciliarlo con il divieto di finanziamento monetario. Dunque anzitutto il Sebc è autorizzato ad acquistare titoli di Stato non direttamente, presso le autorità e gli organismi pubblici degli Stati membri, ma soltanto indirettamente, sui mercati secondari: in tal modo il suo intervento non può essere equiparato a misure di assistenza finanziaria ad uno Stato membro (punto 103). D'altra parte è risultato dai chiarimenti forniti dalla Bce che l'attuazione dell'Omt deve essere subordinata a condizioni destinate ad evitare che gli interventi del Sebc sui mercati secondari abbiano un effetto equivalente a quello dell'acquisto diretto di titoli di Stato sui mercati primari (punto 105). Il giudice ha pertanto potuto escludere che l'Omt abbia un effetto equivalente a quello dell'acquisto diretto di titoli di Stato, pur mantenendo un certo influsso sul funzionamento del mercato primario e di quelli secondari del debito sovrano (punto 108), che tuttavia non sottrae sicuramente gli Stati membri all'incitamento a condurre una sana politica di bilancio (punto 111).

La Corte ha così ritenuto che le disposizioni del Trattato possano essere interpretate nel senso che autorizzano il Sebc ad adottare un programma di acquisto di titoli di Stato sui mercati secondari (punto 127) senza che ciò faccia venire meno la natura unitaria della politica monetaria volta ad assicurare la stabilità dei prezzi.

La decisione<sup>107</sup> qui riportata dimostra quanto stretto sia il legame tra politica monetaria e altre politiche genericamente "economiche":

---

<sup>107</sup> Si rinvia ai commenti che hanno riguardato la "sentenza Gauweiler": P. FARAGUNA, *La Corte di Giustizia strizza l'occhio alla Corte di Karlsruhe nel caso "Gauweiler" (OMT)*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2015; P. MENGOZZI, *La crisi dell'area euro e il perseguimento di un equilibrio tra stabilità, democrazia e diritti fondamentali*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 3/2015; F. MUNARI, *Da "Pringle" a "Gauweiler": i tormentati anni dell'unione monetaria e i loro effetti sull'ordinamento giuridico europeo*, in *Il Di-*

lo è sempre stato finché l'intervento pubblico nell'economia è stato effettuato a livello nazionale, ma lo è anche da quando la politica monetaria è diventata prerogativa comunitaria. La differenza tra i due contesti è rappresentata dalla circostanza per cui il suddetto legame è sempre stato operativo quando gli Stati disponevano della politica monetaria, mentre non può più esserlo ora che tale politica è affidata alla Bce e al Sebc, nel senso che essa possa realizzare finalità proprie di politiche diverse. Il legame persiste solo nella misura in cui il mantenimento della stabilità dei prezzi, conseguita attraverso strumenti messi in campo dagli organismi di *governance* monetaria, sia condizione di raggiungimento di obiettivi di politiche economiche, che utilizzano strumenti e misure di diversa natura. Risultando così confermato un ruolo "solitario" della politica monetaria, inibita nel dialogare con altre politiche; ma al tempo stesso capace di rendere possibili i fini che tali altre politiche perseguono, e che una condizione non inflazionistica permette di raggiungere effettivamente.

Le ultime considerazioni si rivolgono alla particolare situazione sorta negli ultimi tre anni, quella dell'assunzione, da parte della Bce, di poteri relativi al credito – e di conseguenza capaci di ripercuotersi sul risparmio – per riflettere su come tale innovazione si riverberi sui rapporti tra risparmio e credito. Proprio tale recente sviluppo può aiutare a ragionare, in conclusione, in quale misura i due ordinamenti si dimostrano in armonia con riguardo alla promozione di entrambi i beni.

## **7. Risparmio e credito alla luce delle regole del *bail-in***

La novità registratasi a partire dal 2013, e di cui si è già riferito nel paragrafo che precede, è quella dell'acquisizione da parte della Bce di competenze in materia di vigilanza sul settore del credito: cosicché, per effetto dei regolamenti già richiamati, alla prerogativa in materia di moneta si è successivamente aggiunta quella relativa al credito, che si riflette anche sulla protezione del risparmio.

---

*ritto dell'Unione Europea*, n. 4/2015; P. MENGOZZI, *La Corte di giustizia dell'Unione e il diritto nazionale degli Stati membri*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 1/2016.

Senza poterci qui addentrare nella complessa disamina del funzionamento dell'unione bancaria in tal modo avviata e posta in parallelo all'unione monetaria, le considerazioni che qui si intendono svolgere possono essere dedicate proprio alla peculiare evoluzione di questi processi di trasferimento di funzioni pubbliche fondamentali – e dunque di sovranità – che sta presentando un andamento che appare quasi opposto a quello che ha contraddistinto le banche centrali nazionali, ed in particolare quella italiana. Quest'ultima si è imposta come istituto di emissione che ha storicamente associato in sé anche rilevanti attribuzioni relative al credito, e di conseguenza al risparmio; e che ha addirittura svolto per anni funzioni di sostegno alle politiche di bilancio nazionale, accettando l'acquisto dei titoli del debito pubblico non venduti sui mercati finanziari; per poi rimanere titolare delle sole competenze proprie della vigilanza nei confronti degli istituti di credito, condividendo invece i poteri in materia di moneta con le altre banche centrali nazionali e gli organi di vertice della Bce. Al contrario, l'istituto di vertice dell'Uem è stato creato con l'unica ed isolata potestà relativa alla moneta<sup>108</sup>: tale scelta, come si è visto, è stata frutto di un preciso indirizzo in merito alla concezione di politica monetaria che è stata accolta – la concezione di impronta monetarista – che ritiene realizzate le condizioni perché le politiche economiche si possano articolare allorché la banca centrale garantisca la stabilità dei prezzi. Ma a tale potestà si è andata ora ad aggiungere la vigilanza nei confronti di un insieme di aziende di credito dell'eurozona: per effetto del regolamento 1024/2013 è alla Bce che spetta il *supervisory mechanism* su 129 banche “significative” – al punto che rappresentano l'82 per cento degli attivi bancari – e tale nuova cornice normativa le permette di condurre valutazioni prudenziali, ispezioni in loco ed indagini; concedere o revocare licenze bancarie; valutare l'acquisto e la cessione di partecipazioni qualificate in enti creditizi; assicurare la conformità alla normativa prudenziale dell'UE; fissare requisiti patrimoniali più elevati (“riserve”) per scongiurare ogni rischio finanziario. È evidente il passaggio epocale che tale innovazione rappresenta, spostando in capo alla Bce poteri che alla nascita dell'Unione monetaria sarebbe stato impensabile assegnarle: e che invece in ragione della crisi economico-finanziaria, soprattutto per i suoi pesanti riflessi sul set-

---

<sup>108</sup> Si rinvia all'opera di S. ANTONIAZZI, *La Banca Centrale Europea, tra Politica Monetaria e Vigilanza Bancaria*, Torino, 2013, per l'inquadramento generale dell'istituzione.

tore creditizio, si è gradualmente imposta come soluzione migliore rispetto alle modalità di sorveglianza che si erano adottate negli ultimi anni, già in presenza di un avvertito bisogno di regolazione più uniforme<sup>109</sup>.

La materia della vigilanza su una parte preponderante dell'industria del credito si è quindi andata ad aggiungere alla competenza principale della Bce, risultando così "credito" e "moneta" oggetti di disciplina nuovamente riuniti in seno ad un'unica istituzione secondo un progetto che la dottrina ha giudicato coerente con il carattere unitario del fenomeno "moneta-credito", da ricondurre sempre alla dimensione della liquidità monetaria<sup>110</sup>; a fronte della frammentazione delle forme di vigilanza esistente in ambito europeo, la configurazione di un meccanismo unico affidato alla Bce, e preordinato alla realizzazione di un'unione bancaria, è apparso il passaggio necessario per «rompere il loop fra banche e paesi sovrani e l'azzardo morale connesso al salvataggio, da parte dei *tax payers*, delle grandi banche»<sup>111</sup>. La base giuri-

---

<sup>109</sup> La letteratura a tale proposito è molto estesa, e qui si richiamano solo i principali contributi al dibattito: F. CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria europea. Una sfida per un'Europa più unita*, Milano 2013; M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca Centrale Europea*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2013; C. BRESCIA MORRA, *From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union. The Role of the ECB and the EBA*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 3/2014; G. CERRINA FERONI, *Verso il Meccanismo Unico di Vigilanza sulle Banche. Ruolo e prospettive dell'European Banking Authority (EBA)*, cit.; L. DONATO, R. GRASSO, *Gli strumenti della nuova vigilanza bancaria europea. Oltre il testo unico bancario, verso il "single supervisory mechanism"*, in *Banca impresa società*, n. 1/2014; G. FORESTIERI, *L'Unione Bancaria Europea e l'impatto sulle banche*, in *Banca impresa società*, n. 3/2014; A. DE ALDISIO, *La gestione della crisi nell'Unione Bancaria*, in *Banca impresa società*, n. 3/2015; E. GUALANDRI, *"Single supervisory mechanism" e politiche macroprudenziali nell'Unione Europea*, in *Banca impresa società*, n. 1/2015; A. MAGLIARI, *Il "Single Supervisory Mechanism" e l'applicazione dei diritti nazionali da parte della Banca Centrale Europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5/2015; C. BRESCIA MORRA, *La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa*, in *Banca impresa società*, n. 1/2015; N. RUCCIA, *Il Meccanismo di sorveglianza unico nella prospettiva dell'Unione bancaria: problemi aperti*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2/2015; S. ROSSI, *L'Unione Bancaria nel processo di integrazione europea*, in [www.bancaditalia.it/publicazioni/interventi-direttorio/int-dir-2016/rossi-070416.pdf](http://www.bancaditalia.it/publicazioni/interventi-direttorio/int-dir-2016/rossi-070416.pdf)

<sup>110</sup> F. CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria europea*, cit., p. 1. L'A. osserva, pp. 2 ss., che a base di tale programma vi è la finalità di procedere ad una costruzione che possa migliorare il sistema concorrenziale, con ricadute di produttività e sviluppo che, in ultima analisi, possano anche risollevarne il clima di fiducia nel sistema finanziario.

<sup>111</sup> In tal senso R. MASERA, *Moneta europea e credito nazionale*, in *La Repubblica*, 17 giugno 2013.

dica di tale svolta è stata rinvenuta dalle istituzioni europee<sup>112</sup> nell'art. 127, paragrafo 6 TFUE, che prevede che il Consiglio possa affidare alla Bce compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie che non siano imprese di assicurazioni. Significativi risultano i *considerando* di apertura del regolamento del 2013, che bene illustrano le motivazioni che hanno sorretto la decisione: si afferma infatti che «l'attuale crisi finanziaria ed economica ha mostrato che l'integrità della moneta unica e del mercato interno potrebbe essere minacciata dalla frammentazione del settore finanziario» ed «è quindi essenziale intensificare l'integrazione della vigilanza bancaria al fine di rafforzare l'Unione, ripristinare la stabilità finanziaria e gettare le basi per la ripresa economica». Benché si indichi che nell'Unione la competenza a vigilare sui singoli enti creditizi resti principalmente a livello nazionale, si ribadisce che il coordinamento tra autorità di vigilanza è essenziale, ma altresì che «la crisi ha dimostrato che il solo coordinamento non è sufficiente, in particolare nel contesto della moneta unica». Da ciò la scelta, «per preservare la stabilità finanziaria nell'Unione e aumentare gli effetti positivi sulla crescita e il benessere dell'integrazione dei mercati», di accrescere l'integrazione delle competenze in materia di vigilanza<sup>113</sup>.

Già da tale sistema di regole il risparmio è risultato in buona misura toccato, se – come è ovvio – la sorveglianza sul settore bancario non può non produrre effetti anche sulle risorse non consumate e destinate agli investimenti finanziari<sup>114</sup>. La tutela che può essere fornita al risparmiatore è di duplice natura: anzitutto, in termini di stabilità essa si traduce nella garanzia che l'intermediario a cui il risparmiatore affida le sue risorse agisca in maniera sana e prudente; secondariamente, in termini di correttezza/trasparenza essa si manifesta, per quel risparmiatore che investe direttamente in un'impresa senza intermediazioni,

---

<sup>112</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione *Una tabella di marcia verso l'Unione bancaria*, COM (2012) 510 def., 12 settembre 2012.

<sup>113</sup> Regolamento 1024/2013, *considerando* 3 e 5.

<sup>114</sup> Come riconosciuto da S. ROSSI, *La tutela del risparmio nell'Unione bancaria*, Relazione al Corso di alta formazione per amministratori e sindaci di banca, 5 maggio 2016, p. 3: «la tutela del risparmiatore passa attraverso la regolazione e la supervisione sia dell'attività degli intermediari finanziari, sia di quella degli emittenti di strumenti finanziari (obbligazioni e azioni), sia del funzionamento delle piattaforme di mercato».

per il fatto di ricevere l'informazione rilevante rispetto allo strumento finanziario acquistato.

Ma è con il regolamento 806/2014 che espressamente la Bce assume un ruolo anche nei confronti dei risparmiatori. Il regolamento nasce dall'esigenza, una volta che si è avviata l'unione bancaria per effetto del regolamento del 2013, di raggiungere una maggiore efficienza anche dei meccanismi di risoluzione, «essenziale per evitare i danni provocati in passato dai dissesti delle banche»<sup>115</sup>. Si prende atto, invece, del fatto che «la sfiducia negli altri sistemi bancari nazionali e l'instabilità dei mercati sono alimentate anche dalle *divergenze tra le norme di risoluzione nei vari Stati membri* e le relative prassi amministrative»; e dell'evidenza che manca «nell'unione bancaria un processo decisionale unificato sulla risoluzione»: questi sono «elementi che non garantiscono la prevedibilità riguardo al possibile esito di un dissesto di una banca»<sup>116</sup>.

In particolare «la varietà degli incentivi e delle prassi degli Stati membri nel trattamento dei creditori delle banche soggette a risoluzione e nel *salvataggio delle banche in dissesto con il denaro dei contribuenti* influiscono sulla percezione del rischio di credito, sulla solidità finanziaria e sulla solvibilità delle banche di ciascuno Stato membro, creando condizioni di disparità. Ne risulta, da un lato, minata la fiducia dei cittadini nel settore bancario e, dall'altro, ostacolato l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi nel mercato interno perché, se le prassi degli Stati membri non divergessero, i costi di finanziamento sarebbero inferiori»<sup>117</sup>. Tale frammentazione del mercato interno è destinata a perdurare «fintantoché le norme in materia di risoluzione, le prassi e gli approcci seguiti per la *ripartizione degli oneri* manterranno una dimensione nazionale e fintantoché *i fondi necessari per finanziare la risoluzione saranno reperiti e spesi a livello nazionale*»<sup>118</sup>.

Poiché il completamento del mercato interno dei servizi finanziari presuppone l'efficacia, nell'ambito dell'Unione, delle decisioni di risoluzione adottate per le banche in dissesto, anche relativamente

---

<sup>115</sup> Regolamento 806/2014, *considerando* 8. Nel *considerando* 11 si specifica che vigilanza e risoluzione sono due aspetti complementari dell'instaurazione del mercato interno per i servizi finanziari, la cui applicazione allo stesso livello è considerata interdipendente.

<sup>116</sup> *Ivi*, *considerando* 2.

<sup>117</sup> *Ivi*, *considerando* 3.

<sup>118</sup> *Ivi*, *considerando* 9.

all'impiego dei finanziamenti reperiti a livello di Unione – dal momento che il dissesto di banche in uno Stato membro può compromettere la stabilità dei mercati finanziari nell'Unione nel suo complesso – è «interesse superiore» non soltanto dello Stato membro in cui le banche operano, ma anche di tutti gli Stati membri «assicurare l'efficacia e l'uniformità delle norme in materia di risoluzione e la parità di condizioni nel finanziamento della risoluzione nei diversi Stati membri»<sup>119</sup>.

Sancita l'esigenza di una soluzione unica ed uniforme per affrontare le crisi bancarie, il regolamento indica il principio che dovrebbe ispirare tale meccanismo: *“un regime di risoluzione efficace dovrebbe ridurre al minimo i costi della risoluzione di un'entità in dissesto sostenuti dai contribuenti e assicurare che anche la risoluzione di entità di rilevanza sistemica sia possibile senza mettere a repentaglio la stabilità finanziaria. Con lo strumento del bail-in si consegue tale obiettivo garantendo che gli azionisti e creditori dell'entità in dissesto sostengano una congrua quota di perdite e si facciano carico di una quota adeguata dei costi derivanti dal dissesto dell'entità. Lo strumento del bail-in darà pertanto agli azionisti e ai creditori delle entità un maggiore incentivo a vigilare sul buon funzionamento dell'entità in circostanze normali”*<sup>120</sup>.

Si è volutamente utilizzato il corsivo per dare evidenza a quei passaggi che sono cruciali per comprendere come viene inquadrato il bene del risparmio. In questa ottica di intervento unico ed accentrato nei casi di dissesto delle aziende bancarie l'obiettivo che viene perseguito appare principalmente quello di impedire azioni, a livello nazionale, che alterino un contesto che non è più solo legato al singolo Stato, ma appartiene ad uno scenario che è ormai unificato: e lo è in via di fatto per le inestricabili interazioni ormai tipiche dei mercati finanziari, che operano secondo modalità che non possono esaurirsi all'interno del perimetro nazionale; e lo è sempre di più sotto il profilo giuridico, proprio per effetto di questo progetto di unificazione bancaria, che è destinato a condurre ad omogeneità sul piano della regolazione. La risoluzione dei dissesti finanziari è a pieno titolo ricompresa in questa spinta all'uniformità ed all'unicità delle soluzioni applicate: ed opera all'insegna di un principio piuttosto innovativo, quello secondo il qua-

---

<sup>119</sup> *Ivi*, considerando 12.

<sup>120</sup> *Ivi*, considerando 73.

le non è più ammissibile che gli Stati mettano in atto operazioni di risoluzione attingendo alle risorse pubbliche – quelle generate dalla tassazione generale – ma che tali operazioni vedano un coinvolgimento di azionisti e creditori. In tal senso dispone espressamente l'art. 15, paragrafo 1, lett. *a* e *b* del regolamento<sup>121</sup>, e dall'insieme di questi elementi emerge una scelta netta e dichiarata del diritto dell'Unione. Identificando due figure molto precise, quella del contribuente e quella del risparmiatore/investitore, la cornice normativa che ha dato vita all'unione bancaria indica il primo come quel soggetto a cui non si vuole più ricorrere per misure di salvataggio degli istituti bancari in dissesto, e sceglie invece il secondo come attore a cui è imposto un coinvolgimento in tale direzione. Come si vede, e come si è evidenziato in precedenza parlando dei risparmiatori come consumatori, nel diritto europeo non si rinvia a beni giuridici – le entrate tributarie e il risparmio – ma agli attori a cui quei beni sono riconducibili, ovvero il contribuente e il risparmiatore: entrambe le figure sono rilevanti in quanto agenti del mercato. Dopo alcuni anni di indiscussa penalizzazione dei contribuenti – quelli dei salvataggi successivi alla manifestazione della situazione di crisi, in deroga alla disciplina degli aiuti di Stato e in assenza delle nuove regole del *bail-in* – addossando su di loro le scelte di sostegno pubblico alle banche in sofferenza, fino ad arrivare ad episodi quasi di nazionalizzazione di tali istituti, cambia la rotta: e il risultato dalla nuova disciplina europea appare di segno totalmente diverso. Eliminando il passaggio della ricapitalizzazione ad opera dei governi nazionali, è il risparmiatore colui che è chiamato in prima istanza<sup>122</sup> a concorrere alla ripartizione dei danni e delle perdite, e l'unica – e discutibile – garanzia formulata a sua difesa è che la normativa del 2013/14 rappresenti per costui «*un maggiore incentivo*

---

<sup>121</sup> La disposizione è intitolata *Principi generali che disciplinano la risoluzione*, e prevede che quando il Comitato, il Consiglio, la Commissione e, se del caso, le autorità nazionali di risoluzione agiscono nell'ambito della procedura di risoluzione, essi prendono tutte le misure atte a garantire che l'azione di risoluzione sia avviata in conformità dei principi seguenti:

- a) gli azionisti dell'ente soggetto a risoluzione sostengono per primi le perdite;
- b) i creditori dell'ente soggetto a risoluzione sostengono le perdite dopo gli azionisti, secondo l'ordine di priorità dei loro crediti a norma dell'articolo 17, salvo espresse disposizioni contrarie del presente regolamento.

<sup>122</sup> Infatti il regolamento sul *Single Resolution Mechanism* prevede che solo a seguito del *bail-in* sia poi possibile per gli Stati attivare il ricorso alle risorse comuni, nello specifico al Meccanismo europeo di stabilità (MES).

*a vigilare sul buon funzionamento dell'entità in circostanze normali»<sup>123</sup>.*

Questo spostamento della tutela dal risparmiatore al contribuente da parte del quadro giuridico europeo è una novità di considerevole portata, e indubbiamente anche una scelta di dubbia compatibilità rispetto al quadro costituzionale italiano. Se, come la dottrina ha già evidenziato, imputare gli effetti negativi di un'eventuale gestione negligente a soggetti che non partecipano alle scelte d'investimento dell'impresa bancaria non sembra rispondere ad un principio di razionale raccordo tra responsabilità e forme di esercizio dell'attività creditizia<sup>124</sup>, a tale considerazione si aggiunge l'ipotesi che il principio costituzionale interno della tutela del risparmio venga così palesemente violato. Perché anche qualora il diritto europeo andasse nella direzione – come peraltro è avvenuto negli ultimi anni – di rafforzare la tutela del risparmiatore in guisa di correttezza/trasparenza<sup>125</sup>, la maggior consapevolezza da questi acquisita in merito ai prodotti finanziari acquistati potrebbe comunque non essere sufficiente a sottrarlo da operazioni di salvataggio dell'ente creditizio a cui avesse affidato il proprio risparmio.

Tale considerazione introduce le riflessioni di chiusura sui rapporti tra i due ordinamenti in materia di risparmio, credito e moneta.

## 8. La possibile (dis)armonia tra i due piani costituzionali

I quadri normativi italiano ed europeo che si sono ora ricostruiti si dimostrano parzialmente allineati, ma in certa misura anche divaricati. E a parere di chi scrive non è sufficiente una recente sentenza della Corte di giustizia, che è intervenuta sulla materia con posizioni par-

---

<sup>123</sup> Regolamento 806/2014, *considerando* 73: il corsivo è ancora di chi scrive. F. CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria europea*, cit., p. 109, ha definito tale situazione una sorta di esternalizzazione degli oneri di vigilanza, che finiranno per essere parzialmente riversati sulla clientela.

<sup>124</sup> *Ivi*, p. 112. L'A. ricostruisce la genesi di questa scelta, che è da ricondurre alla crisi cipriota del 2013, in occasione della quale la soluzione del concorso dei creditori è stata per la prima volta applicata: da tale scelta ha poi preso le distanze il presidente della Bce Mario Draghi – «in nessun modo Cipro può essere considerato un modello» – e l'A. la qualifica «un malinteso senso di ancoraggio alla logica del mercato».

<sup>125</sup> S. ROSSI, *La tutela del risparmio nell'Unione bancaria*, cit., p. 5.

zialmente differenti da quelle fin qui illustrate, a ridurre questa possibile divaricazione.

La decisione 19 luglio 2016, causa C-526/14 ha risolto la domanda di pronuncia pregiudiziale avanzata dalla Corte costituzionale slovena in merito alla comunicazione sul settore bancario<sup>126</sup> del 2013, nonché all'interpretazione di varie disposizioni della direttiva 2012/30/UE e della direttiva 2001/24/CE in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi: essa è pervenuta a dichiarare che tale comunicazione, relativa all'applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria, non ha effetti vincolanti nei confronti degli Stati membri. Ciò è stato giustificato nei termini che seguono: «adottando la comunicazione sul settore bancario, la Commissione non ha sconfinato nelle competenze affidate al Consiglio dell'Unione europea dagli articoli 108 e 109 TFUE. Infatti, dal momento che tale comunicazione stabilisce unicamente norme di comportamento che limitano la Commissione nell'esercizio del potere discrezionale conferitole dall'articolo 107, paragrafo 3, lettera *b*, TFUE, essa non incide sul potere riconosciuto al Consiglio, all'articolo 108, paragrafo 2, terzo comma, TFUE, di dichiarare un aiuto di Stato compatibile con il mercato interno, su richiesta di uno Stato membro, in presenza di circostanze eccezionali, e non costituisce un regolamento ai sensi dell'articolo 109 TFUE, il quale, ai sensi dell'articolo 288, secondo comma, TFUE, esplica effetti vincolanti erga omnes»<sup>127</sup>.

Se è vero che la pronuncia sembra riaprire il varco per l'utilizzo di aiuti di Stato per il salvataggio di imprese creditizie in dissesto, e dichiara il carattere non vincolante dei criteri del *bail-in*, va però considerato che la comunicazione è un atto di *soft law*, dunque non dotato di carattere giuridico obbligatorio; che essa è intervenuta precedentemente alla normativa sull'unione bancaria che si è richiamata; e che per tale ragione non tocca la validità e il carattere vincolante dei regolamenti relativi al *Single Supervisory Mechanism* ed al *Single Resolution Mechanism*.

---

<sup>126</sup> Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria («La comunicazione sul settore bancario»), 2013/C 216/01.

<sup>127</sup> Sentenza CGEU 19 luglio 2016, causa C-526/14, punto 59.

Le possibili contraddizioni tra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale pertanto permangono, benché l'art. 117, co. 1 Cost. imponga l'applicazione dei regolamenti richiamati: la presenza dell'art. 47 Cost., ed in esso la speciale protezione accordata alla categoria del risparmio, giustifica, a parere di chi scrive, qualche obiezione rispetto al trattamento che a tale bene prossimamente verrà riservato. Obiezione che potrebbe condurre ad ipotizzare la non applicazione della disciplina europea, qualora si volesse configurare il valore della tutela del risparmio quale contro-limite<sup>128</sup> da opporre ad un diritto europeo che di quel valore avalla un trattamento incompatibile con un quadro costituzionale interno che su questo terreno non accetta ridimensionamenti: e non solo con riferimento alla normativa sul *bail-in* bancario, ma più in generale con riguardo per la qualificazione di risparmio e credito come categorie di carattere costituzionale, improntate ad ispirazioni valoriali differenti nell'uno e nell'altro ordinamento.

A tal fine pare opportuno accogliere pienamente l'approccio secondo il quale la Costituzione economica europea è confluita nelle Costituzioni degli Stati membri collegando i due livelli costituzionali e creando continuità tra essi: con il risultato che all'integrazione relativa al mercato unico si è aggiunta anche quella relativa all'unione monetaria, e infine quella "fiscale" relativa ai bilanci nazionali. Le tre aree sono ormai contesti giuridici che permeano integralmente gli ordinamenti giuridici nazionali, e ai quali il nostro sistema costituzionale è chiamato ad aderire e a conformarsi<sup>129</sup>. Accettata tale premessa, il possibile disallineamento tra i due ordinamenti in merito ai beni intorno ai quali si è qui impostata la riflessione – risparmio, credito e moneta – deve evidentemente trovare delle soluzioni idonee a conciliare i valori dell'uno e dell'altro. È immaginabile, però, che l'impossibilità di comporre e superare tale disallineamento potrebbe condurre anche a passi meno concilianti da parte dell'ordinamento interno, che reputas-

---

<sup>128</sup> Il tema è ben noto e la letteratura a riguardo è di tale consistenza che non può essere qui richiamata per intero. Si ricordano alcuni recentissimi contributi, che validamente aiutano a inquadrare la questione sollevata: P. FARAGUNA, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in *Forumcostituzionale.it*, 2 novembre 2014; ID., *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015; R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, in *Federalismi*, 29 febbraio 2016.

<sup>129</sup> Cfr. su questa linea G. DI PLINIO, *Il risparmio nella costituzione economica europea*, cit., p. 1222, che richiama a sua volta S. ORTINO, *La Banca centrale nella Costituzione europea*, cit.

se eccessiva la compressione di un bene così rilevante quale quello del risparmio.

Non è qui possibile offrire risposte e soluzioni, e quindi è piuttosto con una serie di interrogativi che pare opportuno giungere alla conclusione. Interrogativi che hanno il senso di segnalare le questioni sulle quali tanto la dottrina quanto i decisori politici – nazionali e sovranazionali – sono chiamati prossimamente a riflettere ed a fornire riscontri.

Un primo interrogativo investe, come si è già evidenziato, la categoria del risparmio. Le perplessità più forti derivano dalla recente disciplina sull'unione bancaria, ma anche la più ampia nozione di risparmio che si desume dal quadro del diritto europeo costituzionale e primario segnala una difformità di fondo tra la concezione nazionale di “tutela” ed “incoraggiamento”, e la protezione che il sistema giuridico europeo accorda a quel particolare consumatore di servizi finanziari che è il risparmiatore/investitore. Nella logica del legislatore comunitario il risparmio ed il credito sono beni che risultano tutelati e promossi per effetto del buon funzionamento del mercato interno: è vero che negli ultimi anni vari atti normativi europei hanno dettato specifiche norme per la trasparenza, la correttezza e la stabilità del settore; e che una precisa regolazione governa ormai le attività dell'ambito bancario: tuttavia il presupposto di fondo e delle origini rimane valido, e secondo esso il funzionamento vigilato del mercato è la condizione fondamentale affinché i soggetti che in esso si muovono – in questo caso sia gli istituti creditizi che i risparmiatori – possano massimizzare la propria utilità temperandola con quella altrui<sup>130</sup>. Mentre la Costituzione italiana chiede alle istituzioni un apposito impegno di tutela e di incoraggiamento, che pertanto deve aggiungersi al meccanismo concorrenziale dei mercati<sup>131</sup>. Nel caso particolare delle decisioni che verranno assunte dalla Bce per effetto dell'unione bancaria in termini di risoluzione dei dissesti bancari ci si può domandare se l'applicazione di quelle norme vedrà spazi di intervento per gli Stati specialmente in quei casi, come l'Italia, nei quali la ricapitalizzazione degli istituti in crisi porterà a penalizzare le posizioni degli azionisti e

---

<sup>130</sup> Si veda la trattazione più dettagliata effettuata da S. DETTORI, A. ZITO, *Risparmio (tutela del)*, cit., pp. 1745 ss.

<sup>131</sup> Per una riflessione sugli scenari che si aprono nei confronti del risparmio in presenza di un approccio di accentuato liberismo e affidamento ai mercati cfr. G. DE MINICO, *Esiste ancora l'interesse alla difesa del risparmio?*, in *Politica del diritto*, n. 1/2002.

dei creditori subordinati, con possibile compressione del principio affermato dall'art. 47 Cost.

Ma i maggiori interrogativi sorgono in merito alla riunificazione della tutela e del governo di moneta e credito – con riflessi sul risparmio – in capo alla Bce. Come si è evidenziato, questa istituzione sta subendo un'evoluzione per effetto della quale la sua fisionomia torna in parte a ricalcare quella delle banche centrali nazionali prima dell'Uem<sup>132</sup>: accanto al governo della moneta appare ora anche quello del settore del credito, con chiare ripercussioni nei confronti del risparmio. Il passaggio di tali attribuzioni all'istituto che fino ad ora ha adottato decisioni solo in merito alla moneta è destinato evidentemente ad alterare la sua originaria natura, e soprattutto quel suo carattere di indipendenza e di neutralità, che è condizione imprescindibile per una banca centrale preposta alla sola stabilità dei prezzi<sup>133</sup>. L'acquisto di potestà di governo in relazione ad un nutrito gruppo di istituti bancari, nonché la titolarità di decisioni in merito alla risoluzione di quegli istituti afflitti da gravi situazioni di insufficiente capitalizzazione o di crediti inesigibili, lasciano immaginare che alla Bce venga affidato una sorta di potere di indirizzo politico del mercato<sup>134</sup>, che era quello che in fondo poteva riconoscersi in capo alla Banca d'Italia finché questa deteneva complete prerogative nei confronti del settore bancario. Sorgono, a tale proposito, interrogativi ulteriori relativi all'esigenza di fondare questa autorità su una forma di legittimazione legata al consenso ed alla manifestazione democratica della volontà generale<sup>135</sup>, che al momento è volutamente assente proprio per sottrar-

---

<sup>132</sup> Sul tema, con riferimento alla banca centrale nazionale, cfr. F. ZATTI, *Il ruolo della Banca d'Italia tra Sebc, Bce ed istituzioni politiche nazionali*, in O. ROSELLI (a cura di), *Europa e Banche centrali*, cit.

<sup>133</sup> Sul tema dell'indipendenza si rinvia ancora all'ampia analisi di S. BARONCELLI, *The Independence of the ECB after the Economic Crisis*, cit.

Si rinvia inoltre a E. PAPARELLA, *Il banchiere centrale in Italia e in Europa: le origini dell'autonomia e i recenti sviluppi in tempi di crisi*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli, 2013.

<sup>134</sup> Si vedano le riflessioni di D. SICLARI, *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, cit., p. 45.

<sup>135</sup> O. ROSELLI, *Profili costituzionali dell'integrazione monetaria europea*, cit., sviluppa una complessa argomentazione intorno al fatto che la peculiarità dell'esperienza europea sia stata che la politica monetaria è stata affidata in via esclusiva alla Bce prima che si completasse l'integrazione politica: solo a questa condizione l'A. ritiene accettabile, p. 40, che non vi sia un coinvolgimento di questa istituzione nel circuito della legittimazione democratica. Diversamente, la sua indipendenza risulterebbe inammissibile.

re la Bce da qualsiasi condizionamento politico e garantirle piena indipendenza dalle istituzioni europee e dagli Stati membri: ma se le decisioni a cui è chiamata tale istituzione presenteranno anche un certo grado di politicità – laddove alcuni interessi verranno perseguiti e promossi a scapito di altri – il passaggio ad una cornice istituzionale nella quale controllo e responsabilità sono tasselli irrinunciabili sarà, prima o poi, auspicabile.

In definitiva pare che il destino della disciplina e del governo di credito e risparmio negli ordinamenti nazionali sia strettamente connesso alle evoluzioni che attendono la Bce, e che in una certa misura sono già intervenute, se si riflette sui provvedimenti che tale istituzione ha adottato negli anni più recenti, nonostante un quadro giuridico che sembrava proibirle tali iniziative. Come si è già segnalato, alla Bce è preclusa dal Trattato – art. 123 TFUE – la possibilità di finanziarie i deficit dei Paesi membri dell'Unione monetaria attraverso l'acquisto di titoli del debito pubblico sul mercato primario; a tale limite di intervento si aggiunge il divieto statutario – art. 34 – di adottare azioni che possano perseguire la piena occupazione, dal momento che il suo unico compito istituzionale è quello di tenere sotto controllo l'inflazione. I suoi interventi straordinari non dovrebbero, allora, poter prendere altra forma se non quella di prestiti alle banche contro garanzie, e non mai di acquisti di titoli sul mercato; essi non dovrebbero potersi indirizzare a sostenere l'attività economica, ma dovrebbero essere mirati solo a rendere più efficace la politica monetaria, prospettandosi come una misura complementare, e non sostitutiva, rispetto alla manovra del tasso di sconto.

Ciononostante a partire dal 2010, e sulla base della decisione del 14 maggio 2010<sup>136</sup>, che è stata fondata sull'assunto che «solo mercati correttamente funzionanti ed efficienti possono assicurare il funzionamento del meccanismo di trasmissione della politica monetaria dell'eurosistema», la Bce ha elaborato anche strumenti di intervento diretto sul mercato, volti a contrastare le disfunzioni di singoli segmenti di mercato che possono pregiudicare la trasmissione delle decisioni di politica monetaria<sup>137</sup>: di ciò si è in parte già dato conto nel

---

<sup>136</sup> Bce/2010/5.

<sup>137</sup> L. FANTACCI, A. PAPETTI, *Il debito dell'Europa con se stessa. Analisi e riforma della governance europea di fronte alla crisi*, in questa *Rivista*, n. 3/2013, pp. 16 ss.

presentare la sentenza Gauweiler<sup>138</sup>. Il precipitare degli eventi ha così visto la Bce coinvolta in modo crescente nelle iniziative assunte nell'Unione per fronteggiare le difficoltà e le sfide poste dalla crisi. Tale istituzione è stata chiamata ad assumere scelte coraggiose, mancando nell'ordinamento europeo strumenti di gestione dell'emergenza derivante dalla crisi del debito sovrano: la risolutezza dei passi adottati ha tratto fondamento dalla sua indipendenza e dalla sua capacità finanziaria, e ciò si è tradotto in azioni incisive a tutela della stabilità del sistema finanziario<sup>139</sup>, ricorrendo a quella che si può qualificare la politica della liquidità<sup>140</sup>. Le misure che ne sono seguite non si possono ripercorrere ma sono state ricostruite in altra sede, a cui si rinvia<sup>141</sup>: esse attestano un cammino di rilevante portata, al punto che è stato valutato<sup>142</sup> che tale processo possa qualificarsi come un'evoluzione di natura propriamente costituzionale, benché esso abbia avuto luogo senza modifiche formali del Trattato di Lisbona. Si vuole così evidenziare quanto radicalmente incida una tale torsione di ruolo da parte di un organo, che non pare avere smarrito con ciò la propria indipendenza<sup>143</sup> ma che al tempo stesso ha interpretato in maniera innovativa le proprie funzioni in vista di un disegno di riequilibrio dei mercati finanziari europei. Le “forzature” del quadro giuridico<sup>144</sup> osate dalla Bce hanno prodotto benefici risultati sui mercati finanziari nell'immediato, ma soprattutto hanno indotto studiosi ed istituzioni ad interrogarsi sulle necessarie evoluzioni che attendono il sistema di go-

---

<sup>138</sup> Vedi nota (107).

<sup>139</sup> Per la parte che segue si rinvia alla trattazione di G. NAPOLITANO, M. PERASSI, *La Banca centrale europea e gli interventi per la stabilizzazione finanziaria: una nuova frontiera della politica monetaria?*, in G. AMATO, R. GUALTIERI (a cura di), *Prove di Europa unita. Le istituzioni europee di fronte alla crisi*, Firenze, 2013, p. 41.

<sup>140</sup> A. VERDE, *Unione monetaria e nuova governance europea*, Roma, 2012, p. 292. L'A. ricostruisce le critiche e le resistenze provenienti soprattutto dalla Bundesbank tedesca.

<sup>141</sup> Sia consentito richiamare ancora C. BUZZACCHI, *Bilancio e stabilità*, cit., pp. 224 ss.: in quella sede vengono riportate le c.d. misure non convenzionali che la Bce ha adottato dal 2010 fino al *quantitative easing* del 2015. Si rinvia ancora a S. BARONCELLI, *The Independence of the ECB after the Economic Crisis*, cit., pp. 130 ss.

<sup>142</sup> G. NAPOLITANO, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5/2012, p. 468.

<sup>143</sup> Come argomentano G. NAPOLITANO, M. PERASSI, *La Banca centrale europea e gli interventi*, cit., pp. 52 ss.

<sup>144</sup> Sul tema cfr. G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea*, in ID. (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012.

verno dell'economia comunitario. L'organo europeo reputato più tecnico e dal quale più ci si aspetta(va) un totale grado di indipendenza è riuscito, nella rigorosa salvaguardia di quest'ultima, ad usare i suoi poteri tecnici per far emergere le incoerenze del modello di intervento nell'economia dell'Unione<sup>145</sup>, al fine di sollecitarne un cambio di passo ed una discontinuità: di cui forse il recente varo dell'unione bancaria – rispetto alla quale la Bce gioca un ruolo primario – può costituire uno dei primi passaggi. Come è mutato nel recente passato, così il ruolo di questa istituzione potrà mutare anche di più nel prossimo futuro.

Invero si tratta di mutamenti che potrebbero incidere sulla natura dell'organo, destinato ad esercitare funzioni che in larga misura incorporano scelte di natura politica<sup>146</sup> – si pensi appunto al nuovo orientamento di preferire il contribuente al risparmiatore/investitore: è chiaro il grado di politicità di un'opzione di tale tenore, e delle decisioni della Bce nel darvi applicazione ed in quale misura – e che allora chiamano in causa sistemi di responsabilità e di responsività che non solo al momento non esistono, ma che in più si sono volutamente evitati in relazione ad un organo caratterizzato primariamente da indipendenza e neutralità<sup>147</sup>. A partire da questo insieme di considerazioni si

---

<sup>145</sup> Si vedano a tale proposito le riflessioni di G. BUCCI, *Le fratture inferte dal potere monetario e di bilancio europeo agli ordinamenti democratico-sociali*, in questa *Rivista*, n. 3/2012.

<sup>146</sup> Osserva E. PAPARELLA, *Il banchiere centrale in Italia e in Europa*, cit., p. 2233, che autonomia e indipendenza della Bce non devono essere confuse con un'a concezione fuorviante di «neutralità», come se la Banca dovesse operare in una «condizione di vuoto politico». Poiché invece ogni sistema di governo democratico-costituzionale deve prevedere l'istituzione di poteri indipendenti, questi non devono connotarsi come «isole», ma necessitano sicuramente un potere politico a cui rapportarsi e con cui interagire.

Si veda anche F. ZATTI, *Il ruolo della Banca d'Italia tra Sebc*, cit., p. 189, laddove ricostruisce come governi e parlamenti dirigevano gli istituti di emissione fintantoché le banche centrali nazionali assommavano in sé, oltre alla politica della moneta, anche il concorso alla politica economica.

<sup>147</sup> È stato correttamente osservato, S. BARONCELLI, *The Independence of the ECB after the Economic Crisis*, cit., p. 144, quanto segue: «If the lack of accountability on the part of the ECB before the European Parliament when charged with monetary policy only is already questionable, it would appear to be completely unacceptable for an institution that has the political power to supervise banking institutions to evade democratic control. In fact, the closure of banks entails the ability to reassign property rights and impinges on the rights of creditors and small savers. That is why a careful communication channel with the European Parliament should be kept open. Some tools for communicating with the national parliaments and with the European Council should also be put in place». L'A. evidenzia altresì, p. 145, «The predominance of the role played by executives and technocratic bodies such as the European Commission and the ECB».

intende lasciare aperta la riflessione sugli sviluppi che attendono gli interessi legati a risparmio e credito: limitandoci a segnalare il passaggio critico e delicato che si sta attraversando nel transito delle competenze al livello accentrato rappresentato dalla Bce; ed invitando a rivolgere l'attenzione proprio a questa istituzione, dalle cui decisioni dipenderanno in maniera tanto significativa le aspettative di risparmiatori ed operatori del mercato del credito.

---

Sul tema cfr. anche U. ALLEGRETTI, *Democrazia e rappresentanza nell'era della globalizzazione*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, Élite al potere*, Torino, 2006; G. CERRINA FERONI, *Organismi sovranazionali e legittimazione democratica. Spunti per una riflessione*, in *Federalismi*, 19 ottobre 2016.

## MODIFICA ILLEGITTIMA O EVERSIONE COSTITUZIONALE?<sup>(\*)</sup>

di *Alessandro Pace*

1. Perché questo titolo dubitativo? Dipende da ciò, che quando l'ho comunicato agli organizzatori di questo convegno, non avevo ancora letto i resoconti delle sedute iniziali del Senato relativi alla riforma costituzionale Boschi. Non avevo quindi l'assoluta certezza che il Governo e la maggioranza parlamentare, all'atto della presentazione del d.d.l. Boschi, avessero la piena consapevolezza della violazione che sarebbe stata perpetrata a danni della sentenza n. 1 del 2014 della Consulta, che aveva dichiarato l'incostituzionalità del c.d. *Porcellum*, in forza del quale la XVII legislatura era stata eletta e costituita.

Alla luce della successiva lettura dei resoconti parlamentari sono stato in grado di affermare con assoluta certezza – nonostante il silenzio sul punto del Presidente del Consiglio Renzi, del Ministro Boschi e dell'ex Presidente Napolitano (significativa è l'intervista a *Repubblica* del 10 settembre 2016)<sup>1</sup> – che, quanto meno alla luce del dibattito parlamentare del 14 luglio 2014, al Senato, il Governo e il Presidente della Repubblica erano coscienti che con il d.d.l. Boschi si stava ponendo in essere una violazione costituzionale di una inaudita gravità.

Il che è comprovato dai numerosi interventi critici sia di quel giorno, sia successivi al Senato<sup>2</sup> e alla Camera dei deputati<sup>3</sup>, nonché, in

---

\* Intervento al convegno organizzato dalla Fondazione Basso sul tema «*La riforma costituzionale. Analisi critiche e argomenti per il No*», Roma, 15 ottobre 2016.

<sup>1</sup> Nel corso della quale l'ex Presidente ha invece ricordato la «schacciante maggioranza» parlamentare in favore della riforma costituzionale il 29 maggio 2013 (al tempo del governo Letta!).

<sup>2</sup> Morra (M5S), in *Res. sten.*, sed. n. 277, 14 luglio 2014, p. 37; Bottici (M5S), *ivi*, 14 luglio 2014, p. 98; Buccarella (M5S), *ivi*, 14 luglio 2014, p. 105 ss.; Taverna (M5S), *ivi*, 14 luglio 2014, p. 119; Buemi [*Aut* (SVP, PATT, UPT)-PSI-MAIE], *ivi*, 14 luglio 2014, p. 130; Corsini (PD), *ivi*, 14 luglio 2014, p. 134; Moronese (M5S), *ivi*, 14 luglio 2014, p. 163; Mussini (Misto-MovX), *ivi*, n. 278, 15 luglio 2014, p. 47 ss.; Nugnes (M5S), in I Comm. (Affari costituzionali), 27 luglio 2015 (Ant.); Donno (M5S), in *Res. sten.*, sed. n. 510, 23 settembre 2015; Giroto (M5S), *ivi*, 23 settembre 2015; De Petris (Misto-Sel), I Comm. perm., Affari costituzionali (I), in *Res. somm.*, sed. n. 356 ant., 18 gennaio 2016; Nugnes (M5S), in I Comm. (Affari costituzionali), 18 gennaio 2016 (ant.); Gaetti (M5S), I Comm. perm., Af-

particolare, dalla questione pregiudiziale, presentata quel giorno dai senatori Crimi, Endrizzi, Mangili, Morra e altri, questione pregiudiziale ovviamente respinta dal Senato. La quale, per la sua completezza e puntualità, merita di essere qui di seguito riportata, quanto meno nella sua prima parte relativa alla violazione del giudicato costituzionale.

*«Il Senato,*

*in sede di esame del disegno di legge costituzionale n. 1429, 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”;*

*premessi che:*

*la riforma della Costituzione repubblicana – al netto dei contenuti – comporta un esercizio di sovranità che necessita di un Parlamento autorevole, pienamente legittimato dal voto popolare, in grado di veicolare e rappresentare democraticamente la popolazione nazionale;*

*le Costituzioni sono opere dotate di senso unitario. Sono tali per il concetto stesso di costituzione, tanto che non si può trasformare una delle due parti, lasciando intatta l'altra. La prima parte della Costituzione, che contiene principi fondamentali di sostanza, non è indipendente dalla seconda, la quale contiene le norme organizzative che servono a farli valere o che, comunque, ne condizionano l'attuazione;*

*considerato che:*

*l'attuale “potere costituente”, ovvero il Parlamento repubblicano, risulta essere stato eletto con legge costituzionalmente viziata. Tale circostanza, indebolendo significativamente la legittimità morale e politica del riformatore costituzionale, avrebbe potuto abilitare le Camere ad intervenire limitatamente su alcune significative questioni unanimemente sentite dal popolo italiano - quali la drastica riduzione*

---

fari costituzionali (I), in *Res. somm.*, sed. n. 359, 19 gennaio 2016; Nugnes (M5S), *ivi*, n. 359, 19 gennaio 2016; Cappelletti (M5S), in *Res. sten.*, sed. n. 562, 19 gennaio 2016.

<sup>3</sup> Quaranta (rel. minoranza), in *Relazione I Comm. perm.* (Aff. cost., della Presidenza del Cons. e Interni), 8 agosto 2014, p. 19; Colletti (M5S), in *Res. sten. Ass. Camera*, sed. n. 352, 18 dicembre 2014; Toninelli (M5S), in *Boll. Giunte e comm. parlam.*, Affari cost., della Pres. del Consiglio e Interni (I), sed. n. 323, 28 ottobre 2014; Fiano (PD), *ivi*, n. 323, 28 ottobre 2014; Toninelli (M5S), in *Res. sten. Ass. Camera*, sed. 352, 18 dicembre 2014; Giorgetti, *ivi*, n. 360, 12 gennaio 2015; Fassina (Sin. It.), *ivi*, sed. n. 526, 20 novembre 2015; Dadone (M5S), *ivi*, n. 528, 24 novembre 2015; La Russa (Frat. It.-All. Naz.), *ivi*, n. 528, 24 novembre 2015; Quaranta (SI-Sel), *ivi*, n. 544, 11 gennaio 2016; Brunetta (FI-PdL), *ivi*, n. 605, 11 aprile 2016; Zaratti (SI-Sel), *ivi*, n. 605, 11 aprile 2016; Cecconi (M5S), *ivi*, n. 605, 11 aprile 2016.

*del numero dei deputati e dei senatori e la effettiva soppressione delle province - senza però scardinare il sistema della forma di Stato e la forma di governo vigenti;*

*l'illegittimità di carattere costituzionale della attuale composizione del Parlamento repubblicano è stata, del resto, solennemente sancita dalla Corte costituzionale, con la nota sentenza n. 1 del 2014, riferita alla legge elettorale n. 270 del 2005. In particolare, la Corte nella predetta sentenza ha affermato che: "le norme producono una eccessiva divaricazione tra la composizione dell'organo della rappresentanza politica, che è al centro del sistema di democrazia rappresentativa e della forma di governo parlamentare prefigurati dalla Costituzione, e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto, che costituisce il principale strumento di manifestazione della sovranità popolare, secondo l'articolo 1, secondo comma, della Costituzione"; "risulta, pertanto, palese che in tal modo (le norme elettorali) consentono una illimitata compressione della rappresentatività dell'assemblea parlamentare, incompatibile con i principi costituzionali in base ai quali le assemblee parlamentari sono sedi esclusive della 'rappresentanza politica nazionale' (articolo 67 della Costituzione), si fondano sull'espressione del voto e quindi della sovranità popolare, ed in virtù di ciò ad esse sono affidate funzioni fondamentali, dotate di "una caratterizzazione tipica ed infungibile" (sentenza n. 106 del 2002), fra le quali vi sono, accanto a quelle di indirizzo e controllo del governo, anche le delicate funzioni connesse alla stessa garanzia della Costituzione (articolo 138 della Costituzione): ciò che peraltro distingue il Parlamento da altre assemblee rappresentative di enti territoriali";*

*la Consulta ha altresì stabilito che il meccanismo di attribuzione del premio di maggioranza è "pertanto tale da determinare un'alterazione del circuito democratico definito dalla Costituzione, basato sul principio fondamentale di eguaglianza del voto (articolo 48, secondo comma, della Costituzione)", ribadendo che "le norme censurate [...] dettano una disciplina che non rispetta il vincolo del minor sacrificio possibile degli altri interessi e valori costituzionalmente protetti, ponendosi in contrasto con gli articoli 1, secondo comma, 3, 48, secondo comma, e 67 della Costituzione. In definitiva, detta disciplina non è proporzionata rispetto all'obiettivo perseguito, posto che determina una compressione della funzione rappresentativa dell'assemblea, nonché dell'eguale diritto di voto, eccessiva e tale da produrre un'alterazione profonda della composizione della rappresentanza democratica, sulla quale si fonda l'intera architettura dell'ordinamento costituzionale vigente";*

*le disposizioni censurate - secondo la Corte - “escludono ogni facoltà dell’elettore di incidere sull’elezione dei propri rappresentanti”, e sono “tali da alterare per l’intero complesso dei parlamentari il rapporto di rappresentanza fra elettori ed eletti. Anzi, impedendo che esso si costituisca correttamente e direttamente, coartano la libertà di scelta degli elettori nell’elezione dei propri rappresentanti in Parlamento, che costituisce una delle principali espressioni della sovranità popolare, e pertanto contraddicono il principio democratico, incidendo sulla stessa libertà del voto di cui all’articolo 48 della Costituzione”;*

*considerato, dunque, che:*

*il Parlamento repubblicano non può, in alcun modo, considerarsi legittimato ed abilitato alla mutazione radicale della nostra Carta fondamentale, stante i gravissimi vizi di ordine democratico e costituzionale insiti nella legislazione elettorale che ha determinato la sua composizione, così come affermato da ultimo dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 1 del 2014. Le “delicate funzioni connesse alla stessa garanzia della Costituzione” non possono essere svolte da Camere elette con disposizioni solennemente giudicate al di fuori dei principi democratici e costituzionali.*

*Valutato, in particolare, che:*

*il disegno di legge costituzionale in esame, di iniziativa governativa - fatto, questo, assai grave stante, da parte del Governo, la volontà di arrogarsi il diritto di promuovere ed imporre, anche nella tempistica, radicali riforme della Carta fondamentale - muta sostanzialmente la forma di stato e di governo repubblicana, incidendo fortemente sull’equilibrio tra i poteri, attraverso la riscrittura di ben un terzo dei suoi articoli. In particolare, si propone di modificare le disposizioni costituzionali dei titoli I, II, III, IV, V e VI della Parte Seconda della Costituzione, mediante un intervento del tutto disomogeneo, concernente la riforma del bicameralismo, del procedimento legislativo, del rapporto Stato-regioni, oltre alla soppressione - peraltro condivisibile - del Consiglio Nazionale dell’Economia e del Lavoro (CNEL). È evidente, dunque, che, ove dovesse celebrarsi referendum confermativo, verrebbe distorto il supremo principio della sovranità popolare e della libertà di voto, in quanto si imporrebbe agli elettori un voto unico, sull’intero ed ingentissimo testo modificativo, comprendente sia la forma di governo (titoli I, II, III e IV), chela forma di stato (titolo V)».*

Seguono le motivazioni delle asserite violazioni della Costituzione.

2. La c.d. riforma Boschi è stata perciò iniziata e portata a conclusione nonostante le Camere della XVII legislatura fossero state costituite in forza di una legge elettorale viziata sotto il profilo dell'illimitata compressione della rappresentatività dell'assemblea parlamentare, della violazione della sovranità popolare e dell'eguaglianza del voto. Infatti, grazie alla legge elettorale dichiarata incostituzionale, il PD aveva ottenuto 292 seggi anziché 165, la SEL 37 seggi anziché 21, il Centro Democratico 6 seggi anziché 3 e la SVP 5 seggi anziché 3 (così la coalizione Bersani). Grazie sempre al *Porcellum*, il PdL aveva per contro ottenuto solo 97 seggi anziché 148, la Lega Nord solo 18 seggi anziché 28, i Fratelli d'Italia solo 9 seggi anziché 14 (così la coalizione Berlusconi). Nella coalizione Monti la lista civica Monti aveva ottenuto solo 37 seggi anziché 57 e l'UDC solo 8 seggi anziché 12. Infine sempre grazie al *Porcellum* il M5S aveva ottenuto solo 108 seggi anziché 166.

Alla luce di questi dati inconfutabili circa la palese incostituzionalità del *Porcellum*, e alla luce delle precise contestazioni rivolte dalle opposizioni parlamentari sin dal 14 luglio 2014, è quindi insostenibile che l'allora Presidente della Repubblica, il Presidente del Consiglio, i componenti del governo e i parlamentari della maggioranza non fossero consapevoli dell'azzardo istituzionale che si stava perpetrando col d.d.l. cost. n. 1429 S., da sottoporre all'approvazione di un Parlamento delegittimato e quindi privo di poteri legittimi per procedere ad una revisione costituzionale.

La Corte costituzionale, nelle ultimissime battute della sentenza n. 1 del 2014, nel citare gli artt. 61 e 77 comma 2 Cost., aveva infatti avvertito che il "principio fondamentale della continuità degli organi costituzionali" – grazie al quale le Camere avrebbero potuto continuare ad operare ancorché prive di legittimazione elettorale – poteva tutt'al più valere solo per qualche mese, allo scopo dichiarato di approvare le nuove leggi elettorali. Il "principio fondamentale della continuità degli organi costituzionali" è infatti, come tale, *essenzialmente* limitato nel tempo in quanto "derogatorio" del principio democratico rappresentativo (artt. 1 e 67 Cost.), nel quale *«la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto (...) costituisce il principale strumento di manifestazione della sovranità popolare»*.

Per cui, è logicamente insostenibile che una intera legislatura di un sistema rappresentativo, o anche una buona parte di essa<sup>4</sup>, potesse reggersi sulla base di un principio derogatorio della rappresentatività popolare. Il che sarebbe ancor più insostenibile qualora quel principio lo si ritenesse “complementare”, e quindi “funzionale” al principio democratico rappresentativo.

Ciò nondimeno negli attuali dibattiti si continua tranquillamente ad affermare dai sostenitori della legittimità della riforma Boschi che la statuizione della Corte secondo la quale la sentenza «*non tocca in alcun modo gli atti posti in essere in conseguenza di quanto stabilito durante il vigore delle norme annullate, compresi gli esiti delle elezioni svoltesi e gli atti adottati dal Parlamento stesso*» si estenderebbe alla stessa riforma Boschi, rendendola quindi legittima.

Il che è assolutamente errato. A parte il fatto che il citato richiamo alla disciplina degli artt. 61 e 77 comma 2 esclude che, in quei pochi mesi previsti da quelle disposizioni, sarebbe stato possibile effettuare una revisione costituzionale (ancorché puntuale ed omogenea!)..., a parte ciò, con quella frase la Corte intendeva escludere dagli effetti caducatori tutti (ma soltanto) gli atti parlamentari ordinari che fossero stati eventualmente adottati prima dello scioglimento delle Camere, tra cui le nuove leggi elettorali della Camera e del Senato.

Affermare, invece, che, grazie a quella frase, verrebbe addirittura legittimata una riforma costituzionale di oltre 40 articoli da parte di un Parlamento manifestamente delegittimato dalla sentenza n. 1 del 2014, significa non soltanto ampliare oltre misura l'efficacia caducatoria *pro futuro* della sentenza, ma addirittura porre nel nulla lo stesso *decisum*.

È ben vero che in quei primi mesi del 2014 lo scioglimento anticipato delle Camere avrebbe portato alle stelle lo *spread* nei confronti del *Bund* tedesco. Ma se, per questa ragione, era ragionevole continuare ad esercitare le ordinarie funzioni parlamentari per un periodo limitato di tempo, è stato invece un vero e proprio azzardo dare inizio ad una riforma costituzionale di così vasta portata con un Parlamento delegittimato.

Una riforma, oltre tutto, presentata dal Governo, e non dal Parlamento, che avrebbe corso il rischio – in effetti puntualmente verificatosi – di appiattire la procedura di revisione costituzionale a livello di una legge d'indirizzo politico di maggioranza, con irrituali sostituzioni

---

<sup>4</sup> La XVII legislatura ha avuto inizio il 15 marzo del 2013.

di componenti delle commissioni affari costituzionali, con la privazione dell'opposizione del diritto di avere un relatore di minoranza, con l'applicazione del metodo del "super canguro" per porre fuori gioco gli emendamenti delle opposizioni, e così via.

3. Nella relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti del 1996<sup>5</sup>, ricollegandomi all'affascinante saggio del ventiseienne Santi Romano, prospettavo che l'instaurazione di un nuovo ordine costituzionale può avvenire non solo, come sostenuto dal Romano, grazie a «*forze superiori e contrarie al diritto fino allora vigente*» o a procedimenti né giuridici né antiggiuridici (ipotesi, quest'ultima, di una nuova costituzione a seguito di *debellatio*, quale appunto si è avuta in Germania e in Giappone alla fine della seconda guerra mondiale), ma anche quando il potere costituente si manifesti mediante forzature interpretative o applicative delle disposizioni dell'ordinamento vigente, al fine comunque di pervenire all'instaurazione di un nuovo ordine costituzionale (mi riferivo allora ai tentativi di riforma costituzionale del 1993). Il che era ben noto già all'abate Sieyès, nel saggio sul terzo stato, secondo il quale il potere costituente – che al giorno d'oggi non è altro che una cifra che serve ad indicare i fatti costitutivi, ancorché pacifici, di un "nuovo" ordine costituzionale – non possiede forme predeterminate per manifestarsi<sup>6</sup>.

Per cui il potere costituente, come può rilevare sotto le mentite forme di un procedimento di revisione costituzionale formalmente rispettoso delle vigenti regole procedurali ma eversivo nei contenuti, a maggior ragione si manifesta, con la riforma Boschi, per il tramite di un procedimento di revisione costituzionale che mentre da un lato viola manifestamente un giudicato costituzionale concernente la legittimità degli stessi organi legislativi, dall'altro, nel suo contenuto, viola le forme d'esercizio della sovranità popolare e il principio di razionalità nella composizione e nelle funzioni del Senato, elimina i contro-poteri nella forma di governo con conseguenze potenzialmente esiziali sui diritti sociali e incide sulla stessa rilevanza costituzionale delle autonomie locali.

---

<sup>5</sup> *L'instaurazione di una nuova Costituzione*, ora in A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Cedam, Padova, 2002, 111 ss.

<sup>6</sup> E.J. SIEYÉS, *Che cos'è il terzo stato?* (1789), in Id., *Opere e testimonianze politiche a cura di G. Troisi Spagnoli*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1993, cap.V, spec. 256 ss.

Il che, come dicevo, ha un contenuto “eversivo”, che però se il popolo italiano lo confermasse nel referendum del 4 dicembre, avrebbe la forza del potere costituente e il significato dell’instaurazione di un nuovo ordine costituzionale.

4. Concludo con la citazione di due brevi passi di due colleghi che stimo non solo per la loro dottrina ma anche per la loro onestà intellettuale e del titolo di un famoso disegno di Francisco Goya.

Il primo passo è di Ugo Rescigno, nel commento alla citata sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale:

*«Mi stupisco che milioni di cittadini non siano scesi in strada per esigere l'immediato scioglimento di un parlamento illegittimo; mi indigno nello scoprire che la maggioranza, complici le minoranze tranne una, non solo non hanno sentito l'elementare dovere di chiedere al Capo dello Stato lo scioglimento del Parlamento costituzionalmente illegittimo, ma addirittura si propongono di restare in carica per l'intero quinquennio e sono talmente spudorati da voler approvare riforme della Costituzione!»<sup>7</sup>.*

Il secondo è di Gustavo Zagrebelsky, in un suo recentissimo volume:

*«...è chiaro a tutti coloro che hanno ancora un'idea seppur minima di democrazia che da quella sentenza si sarebbe dovuto procedere tempestivamente, per mezzo di una nuova legge elettorale conforme alla Costituzione, a nuove elezioni, per ristabilire il rapporto di rappresentanza. Come minimo, ci si sarebbe aspettati un poco d'umiltà politica da parte di chi sa di essere seduto abusivamente in un posto che non gli spetta, in attesa dell'arrivo di chi ne avrebbe il diritto. Invece, addirittura della riforma costituzionale si sono sentiti investiti: nuovi costituenti!»<sup>8</sup>.*

*«Il sonno della ragione genera mostri»*

---

<sup>7</sup> G. U. RESCIGNO, *Il diritto costituzionale di voto secondo la Corte di cassazione e la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 2014, 34.

<sup>8</sup> G. ZAGREBELSKY, *Loro diranno, noi diciamo*, Roma-Bari, Laterza, 2016, 6.

QUESTIONI DI STILE  
SGRAMMATICATURE NEL TESTO DELLA RIFORMA  
E PUBBLICITÀ INGANNEVOLE PER  
SOLLECITARNE IL CONSENSO<sup>(\*)</sup>

di Tecla Mazzarese

SOMMARIO: 1. Basta un Sì?; 2. Una riforma (inconsapevolmente?) scritta male; 3. Un quesito referendario (involontariamente?) tendenzioso; 4. Un consenso sollecitato (solo?) da slogan?

*«Il testo [della riforma costituzionale] prima ancora di qualsiasi riflessione più complessa sull'idea di rappresentanza e finanche di democrazia che esso lascia trapelare, o sull'impatto che è suscettibile di produrre sugli equilibri della forma di governo, preoccupa fortemente per le numerose criticità derivanti dalla progettazione e redazione del suo articolato».*

Roberta CALVANO<sup>1</sup>

*«Ogni tanto, di fronte alle più rocambolesche spettacolarizzazioni della contesa politica, alle trovate ad effetto, alle battute fini a se stesse, viene da pensare che l'improvvisazione sia alla base di questo ritorno alla politica».*

Gaetano AZZARITI<sup>2</sup>

---

\* Se non fosse stato per un contrattempo che mi ha impedito di prendervi parte, avrei dovuto presentare questo intervento a Firenze il 4 novembre 2016, in occasione dell'incontro *Donne per il No*, organizzato dall'Associazione *Libere tutte*. Un "desencuentro" del quale mi rammarico molto. Sono molto contenta, invece, delle conversazioni con Lorenzo Spadacini che hanno accompagnato la stesura di queste pagine, conversazioni delle quali queste pagine portano più di una traccia. Non da ultimo un ringraziamento a Gaetano Azzariti per i suoi rilievi a una precedente stesura di questo contributo.

<sup>1</sup> *Brevi note circa i contenuti principali ed alcune incongruenze nel ddl di revisione costituzionale*, in *Democrazia e diritto*, n. 2/2016, p. 51.

<sup>2</sup> *Vento di cambiamento. Verso dove?*, su *Costituzionalismo.it*, n.3/2015, parte I, p. 3.

## 1. Basta un Sì?<sup>(3)</sup>

Sono imbarazzantemente numerose le criticità della riforma costituzionale, dei suoi contenuti, delle sue potenziali derive antidemocratiche e, non ultimo, dell'iter che ne ha accompagnato l'approvazione da parte di un Parlamento del quale – è bene ricordarlo – in molti contestano la piena legittimità<sup>4</sup>, perché eletto con la legge Calderoli del 2005 (il famigerato “Porcellum”) di cui (negli articoli relativi all'attribuzione del premio di maggioranza) la sentenza n. 1 del 2014 della Corte Costituzionale ha sancito l'incostituzionalità; da parte di un Parlamento, cioè, che, indifferente alla propria legittimità dimidiata, si è impegnato in una riforma che, in maniera diretta, investe più di un terzo degli articoli della Costituzione (ben 47 su 139) ma indirettamente, di fatto, altera il suo impianto complessivo e compromette l'assetto democratico di cui è fondamento<sup>5</sup>.

Tutt'altro che marginale o secondaria, questa non è però l'unica né forse la sgrammaticatura più grave di una riforma che di criticità ne

---

<sup>3</sup> È questo lo slogan distintivo della campagna referendaria in favore della riforma costituzionale del 16 aprile 2016.

<sup>4</sup> Un'ampia ricognizione di posizioni critiche dei costituzionalisti che, immediatamente dopo la pronuncia della sentenza della Corte Costituzionale del 2014, hanno denunciato, secondo scelte terminologiche differenti, l'“illegittimità”, l'“illegalità” o la “rottura del rapporto di rappresentanza” del Parlamento eletto con una legge dichiarata incostituzionale è offerta, ad esempio, da G. ZAGREBELSKY, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, pp. 2983-2988, che, a propria volta, di questo stesso Parlamento stigmatizza il carattere “abusivo”. E ancora, con specifico riferimento alla riforma costituzionale, la non idoneità dell'attuale Parlamento ad occuparsene, è sottolineata, ad esempio, da: L. FERRAJOLI, *Dal bicameralismo perfetto al monocameralismo imperfetto*, in *Democrazia e diritto*, n. 2/2016, p. 18; M. VILLONE, *La riforma Renzi-Boschi: governo forte, Costituzione debole*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016, parte III, nonché su *Democrazia e diritto*, n. 2/2016 (da cui si cita), pp. 29-30.

<sup>5</sup> Anche se formalmente “limitata” solo alla seconda parte, la riforma, infatti, non può non condizionare e alterare anche la prima parte della costituzione perché, come sottolinea L. FERRAJOLI, *Verso una Costituzione di minoranza per una democrazia dell'onnipotenza*, su *Questione giustizia*, 2016, «le due parti sono fortemente connesse» e «perché la parte “organizzativa” mette insieme strumenti, istituzioni e tecniche di garanzia idonei ad assicurare l'attuazione dei principi della prima parte, in particolare, l'uguaglianza, i diritti fondamentali, i diritti sociali». E ancora, sul punto cfr.: E. BETTINELLI, *No a una riforma prepotente. L'alternativa delle revisioni meditate*, Pavia, 2016, liberamente fruibile su *Criticalliberale.it*, pp. 15-16; Ugo DE SIERVO, *Appunti a proposito della brutta riforma costituzionale approvata dal parlamento*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016; L. FERRAJOLI, *Dal bicameralismo perfetto al monocameralismo imperfetto*, cit., pp. 22-24; M. SICLARI - F. SORRENTINO, *Il referendum costituzionale. Vademecum per un voto consapevole*, Roma, 2016, pp. 27-29.

presenta davvero molte: sia sotto il profilo giuridico-istituzionale della sua redazione sia (e, non meno significativamente, in un'era in cui i media giocano un ruolo perversamente cruciale nel condizionare scelte e decisioni persino delle persone più attente e avvertite<sup>6</sup>) sotto il profilo retorico-persuasivo di una spregiudicata campagna referendaria per sollecitarne il consenso.

Criticità varie ed eterogenee, nella loro pluralità, delle quali non è facile tratteggiare un quadro che sia sinteticamente esaustivo e, al tempo stesso, che renda ragione delle loro rispettive specificità e valenze particolari<sup>7</sup>.

Da qui (anche se non voluto, abilmente sfruttato) il vantaggio, da parte di chi sollecita il consenso sulla riforma, di contrapporre, alla complessità e/o al tecnicismo degli argomenti che ne denunciano gli aspetti controversi, slogan irrisoriamente semplicistici (esemplare tanto il “Basta un Sì” della campagna referendaria quanto la sfrontata apoditticità con cui Maria Elena Boschi afferma che quella approvata “è una riforma che rende l'Italia più *stabile*, più *semplice* e più *efficiente*”<sup>8</sup>) o battute sprezzanti e di malcelata arroganza (come quella, fra le innumerevoli di Matteo Renzi<sup>9</sup>, secondo la quale «quelli di prima vedono il referendum come l'occasione per tornare in partita ed evitare di finire ai giardinetti»<sup>10</sup>).

Per questa ragione, non tanto con la pretesa di azzerare o ridimensionare questo vantaggio, quanto piuttosto nel tentativo di contribuire

<sup>6</sup> In particolare, sull'impatto della (dis)informazione veicolata dai (nuovi) media e sul condizionamento che essa gioca nel condizionare la pubblica opinione su questioni politiche e giuridiche, cfr. E. BETTINELLI, *op. cit.*, pp. 43-44.

<sup>7</sup> Fra le analisi che offrono una panoramica complessiva dell'intera riforma si pensi, ad esempio, alle centinaia di pagine di cui si compongono, rispettivamente, E. ROSSI, *Una Costituzione migliore? Contenuti e limiti della riforma costituzionale*. Pisa, 2016 e A. APOSTOLI – M. GORLANI – S. TROILO (a cura di), *La costituzione in movimento. La riforma costituzionale tra speranze e timori*. Torino, 2016 e ancora, fra le analisi che si concentrano sul complesso intreccio fra Costituzione e antipolitica che fa da sfondo alla riforma, si pensi alle più di duecento pagine di M. DOGLIANI, *Costituzione e antipolitica. Il Parlamento alla prova delle riforme*. Roma, 2016.

<sup>8</sup> M. E. BOSCHI, *Prefazione*, in AA.VV., *Perché Sì. Le ragioni della riforma costituzionale*, Roma-Bari, 2016, p. VIII.

<sup>9</sup> Per la ricognizione di qualche altro esempio significativo, cfr. M. PROSPERO, *Una democrazia minore*, in *Democrazia e diritto*, n. 2/2016, pp. 148-151.

<sup>10</sup> Virgolettato riportato da S. MATTERA, *Renzi attacca sindacati-Professoroni; da Tar 2 di picche*, lancio agenzia ANSA del 21 ottobre 2016 (ore 23:00), ripreso da *La Voce d'Italia* ([Voce.com.ve](http://Voce.com.ve)) con il diverso titolo *Renzi attacca sindacati e professoroni, con la vittoria del Sì la vecchia guardia ai giardinetti*.

a non minimizzarne i possibili effetti, la scelta di dedicare le poche pagine di questo intervento al linguaggio, e alle insidie dei suoi diversi usi, non solo con riferimento agli espedienti retorico-persuasivi di chi sollecita il consenso sulla riforma (§ 4) ma anche, preliminarmente, con riferimento alle sgrammaticature del testo della riforma approvata il 16 aprile del 2016 (§ 2) e alla formulazione del quesito referendario (§ 3).

## 2. Una riforma (inconsapevolmente?) scritta male

Le sgrammaticature del testo della riforma alle quali si fa riferimento in queste pagine non sono quelle di carattere giusfilosofico e/o quelle di carattere politico-istituzionale che lamenta chi nella riforma vede elusi, se non addirittura snaturati, i tratti distintivi e i principi fondativi che, a conclusione del secondo conflitto mondiale, il costituzionalismo (inter)nazionale ha assunto come nucleo ultimo e irrinunciabile di qualsiasi costituzione democratica<sup>11</sup>.

Né, quelle prese in esame in queste pagine, sono le sgrammaticature di carattere tecnico-giuridico delle soluzioni delle quali, nello specifico, si contesta l'insufficienza o l'inadeguatezza alle questioni affrontate nella riforma<sup>12</sup>: insufficienza o inadeguatezza, per un verso, stigmatizzate da chi è critico nei confronti della riforma e, per altro verso, non ignorate neppure da chi invece si dice fermamente convinto della necessità della sua approvazione. Paradigmatiche, in proposito, le affermazioni dell'autorevole costituzionalista Roberto Bin, quando, ri-

---

<sup>11</sup> Sulla “logica del costituzionalismo” tradita nel “metodo” e soprattutto nei “contenuti” della riforma cfr., ad esempio, L. FERRAJOLI, *Dal bicameralismo perfetto al monocalismo imperfetto*, cit.; ID., *Verso una Costituzione di minoranza*, cit.; G. ZAGREBELSKY – F. PALLANTE, *Loro diranno, noi diciamo. Vademecum sulle riforme istituzionali*, Roma-Bari, 2016, pp. 9-10. E ancora, delle «scelte viziate da veri e propri errori di sintassi costituzionale» nel disegno di legge presentato al Senato, metteva in guardia già E. CHELI, *Ma questo è vero bicameralismo? (Dubbi e suggerimenti in ordine al progetto di riforma costituzionale presentato dal Governo)*, in *Osservatorio delle fonti*, n. 3/2015, mentre G. AZZARITI, *Op. cit.*, pp. 1-3 e 6-8, metteva in guardia, invece, con molta efficacia tanto dai rischi di un “primato della miopia politica” quanto da quelli di un “occasionalismo costituzionale”.

<sup>12</sup> Così, ad esempio, U. DE SIERVO, *op. cit.*, là dove afferma: «purtroppo occorre riconoscere che alcune parti importanti della riforma costituzionale [...] appaiono tali da non risolvere i problemi esistenti, e che addirittura possono produrre conflitti gravi fra le istituzioni ed i vari protagonisti politici»; affermazione, questa, alla quale De Siervo fa seguire una ricca esemplificazione relativa, in particolare, alle modifiche del titolo V.

guardo ai termini della ridefinizione della composizione del Senato e delle sue funzioni, scrive «non posso non associarmi ai commenti negativi circa la composizione che viene data al “nuovo” Senato: *io stesso l’ho definita “la peggiore delle soluzioni possibili”*»; e ancora, radicalizzando ulteriormente il proprio giudizio già pesantemente negativo, aggiunge «che sia stato “configurato un Senato estremamente indebolito, privo delle funzioni essenziali per realizzare un vero regionalismo cooperativo” potrà essere *il deprimente punto di arrivo di un processo lungo e complesso di riforma, ma non necessariamente il suo punto di partenza*»<sup>13</sup>. Che dire? Una presa di posizione davvero singolare che sembra addirittura sollecitare i futuri interventi del legislatore a ignorare e disattendere quanto stabilito da quella stessa riforma della quale, con fermezza, reclama la necessità e l’urgenza! Una posizione tanto singolare da avere indotto lo stesso Bin a correggere il tiro là dove, dopo aver riproposto un esame delle differenti competenze di Senato e Camera dei deputati in un contributo al volume collettaneo *Perché Sì* con prefazione di Maria Elena Boschi<sup>14</sup>, rassicura senza più alcuna esitazione o riserva di merito, che «non c’è alcuna confusione, nessuna caotica moltiplicazione dei procedimenti, nessun rischio di conflitto tra le Camere»<sup>15</sup>.

Ora, a malincuore dato il loro indubbio rilievo, prescindendo sia da quelle di carattere giusfilosofico e politico-istituzionale sia da quelle di carattere tecnico-giuridico, le sgrammaticature sulle quali queste pagine intendono richiamare l’attenzione sono quelle relative alla redazione del testo della riforma<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> R. BIN, *Sulla riforma costituzionale. Lettera aperta ai professori di diritto costituzionale che hanno promosso l’appello diffuso il 22 aprile 2016*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016 (corsivi miei); non meno negativa di quella di Bin ma molto più colorita la valutazione da parte del filosofo (della politica) Massimo Cacciari. Due esempi, l’uno e l’altro autorevoli, tutt’altro che isolati fra i fautori dell’approvazione della riforma.

<sup>14</sup> AA.VV., *Perché Sì*, cit.

<sup>15</sup> R. BIN, *Perché ... semplifica il procedimento legislativo*, in AA.VV., *Perché Sì*, cit., p. 26 (corsivi miei).

<sup>16</sup> Nelle pagine conclusive di E. ROSSI, *op. cit.*, una pubblicazione che dichiara di non essere «[né] pro né contro la riforma» e che si propone di spiegare quanto è scritto nel testo costituzionale «facendo tesoro dei numerosi interventi con cui molti [...] costituzionalisti hanno espresso le loro valutazioni» (p. 11), si legge: «sembra [...] evidente che il testo unico uscito dal Parlamento è, da un punto di vista *tecnico* e quindi di funzionalità del sistema, assai deficitario», e aggiunge: «Come [si è] cercato di indicare nel corso dell’esposizione [...] vi sono alcuni evidenti errori oggettivi nel testo» (p. 222, corsivo nel testo). Lapidario, invece, M. DOGLIANI, *Le ragioni del No: possiamo permetterci di vivere “senza costituzione”?*,

Una “questione di stile”, questa, che potrà forse sembrare marginale a chi, estraneo alle complesse difficoltà e alle innumerevoli insidie dell’interpretazione giuridica, ignora o non tiene sufficientemente conto del fatto che un testo normativo “scritto male” prelude non tanto alla discrezionalità quanto piuttosto o a uno sterile immobilismo o, secondo i casi, a un assoluto arbitrio dell’interprete: sia esso il legislatore che con i propri interventi deve garantire l’attuazione di norme costituzionali, sia esso il giudice che delle leggi deve garantire l’applicazione.

Bene, con buona pace degli effetti nefasti dell’“oscurità delle leggi” stigmatizzati già a fine settecento da Cesare Beccaria<sup>17</sup>, con buona pace dei numerosi e meritati apprezzamenti per la «straordinaria chiarezza del testo della Costituzione» nella sua stesura del 1947<sup>18</sup> e, non ultimo, con buona pace dei più elementari criteri di *legal drafting* (delle tecniche, cioè, di redazione di un testo normativo, di qualsiasi testo normativo), quello della riforma costituzionale approvata dal Parlamento il 16 aprile 2016 è un testo scritto male. Tanto male da offrire un vero e proprio *vademecum* che esemplifica molti degli errori da evitare nella redazione di un testo normativo.

In particolare, il testo della riforma è scritto male, innanzitutto, per il continuo ricorso a rinvii da un comma all’altro (di uno stesso articolo) o da un articolo all’altro del testo costituzionale: esemplare il caso della pluralità di rinvii nella formulazione dell’articolo 70 sulla fun-

---

in *Democrazia e diritto*, n. 2/2016, p. 189, che scrive: «Il testo della revisione approvato dal parlamento è mal scritto, contraddittorio e lacunoso»; più analitica, invece, l’analisi, delle «numerose criticità derivanti dalla progettazione e redazione [dell’]articolato» del testo della riforma, proposta da R. CALVANO, *op. cit.*. Si veda inoltre la ricca ricognizione di aspetti problematici del testo approvato dalla Camera nell’agosto del 2014, offerta in D. CASANOVA – M. PODETTA, *Il problematico iter di approvazione del disegno di legge costituzionale “Renzi-Boschi”*, in A. APOSTOLI – M. GORLANI – S. TROILO, *op. cit.*, pp. 31-40. Non meno significativi, poi, i numerosi contributi di chi, come ad esempio L. SPADACINI, *La fisionomia costituzionale del senato alla luce della ridotta discrezionalità del legislatore elettorale nella proposta di riforma*, in corso di pubblicazione su *Osservatorio sulle fonti*, in relazione all’art. 57 o U. DE SIERVO, *op. cit.*, in relazione al titolo V, si soffermano sulla specifica problematicità di singoli aspetti particolari della riforma.

<sup>17</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* [1764], a cura di A. BURGIO, con Prefazione di S. RODOTÀ, Milano, 1991, pp. 43-44, § V – *Oscurità delle leggi*.

<sup>18</sup> Sotto un profilo *stricto sensu* linguistico, valga per tutti, non nonostante ma proprio per i tecnicismi della sua analisi, T. DE MAURO, *Introduzione. Il linguaggio della Costituzione*, in *Costituzione della Repubblica italiana (1947)*. Torino, 2006, pp. VII-XXXII. Sotto un profilo giuridico-politico, sulla chiarezza del testo costituzionale come valore, si veda E. BETTINELLI, *op. cit.*, pp. 9-10.

zione legislativa, inevitabile bersaglio di critiche indignate non meno che di caustici strali satirici per la sua illeggibilità. Significativo, inoltre, nella seconda parte del comma 5 dell'art. 57 sui componenti del Senato e le modalità della loro elezione, il caso del rinvio (peraltro criticato come errore di redazione) al comma 6 dello stesso articolo<sup>19</sup>. E ancora, solo per indicare alcuni degli ulteriori possibili esempi, si considerino il caso dei diversi commi dell'articolo 72 sui disegni di legge, quello del sesto comma dell'articolo 77 sull'emanazione di decreti legge e quello del terzo comma dell'articolo 116 sulle regioni a statuto speciale<sup>20</sup>.

Non solo. Reiterati rinvii incrociati a parte, il testo della riforma è scritto male perché non sempre è comprensibile l'uso (il senso) dei termini utilizzati. Così, citando un esempio ancora una volta relativo all'articolo 57, non è chiaro quale sia il “metodo proporzionale” del quale si fa menzione al comma 2, là dove si afferma che:

«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» (corsivo mio).

In particolare, posto che *ex negativo*, il “metodo proporzionale” non sia da confondere con «La ripartizione dei seggi tra le Regioni [che] si effettua [...] in proporzione alla loro popolazione» (come sancisce il comma 4 dello stesso articolo), *in positivo* sembra alludere a un qualche misterioso criterio relativo non a *quanti* ma a *quali* consiglieri (fra quelli già eletti secondo sistemi elettorali differenti) e a *quale* sindaco fra quelli dei “rispettivi territori” debbano essere nominati senatori dai Consigli regionali e dai Consigli delle Province autonome di Trento e di Bolzano; un criterio, cioè, che non è chiaro se faccia ri-

---

<sup>19</sup> E. ROSSI, *op. cit.*, p. 42, osserva infatti che la seconda parte del comma 5 dell'articolo 57 – (nella citazione di seguito indicata in corsivo), «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 in occasione del rinnovo dei medesimi organi, secondo le modalità stabilite dalla legge di cui al sesto comma*» – è «inserita all'interno del comma sbagliato» perché «le modalità di elezione dei senatori sono previste nel secondo comma [...]; mentre il quinto si riferisce – almeno originariamente – alla decadenza».

<sup>20</sup> Stigmatizzano G. ZAGREBELSKY – F. PALLANTE, *Loro diranno, noi diciamo*, cit., p. 14: «Se questo pasticcio è il prodotto dei “tecnici”, noi diciamo che hanno trattato la Costituzione come una legge finanziaria o come un Decreto mille proroghe qualunque».

ferimento a chi abbia avuto più voti nell'elezione a consigliere o rispettivamente a sindaco, piuttosto che ai voti da parte dei consiglieri regionali che sono chiamati a scegliere i senatori fra chi è stato eletto consigliere o sindaco, o, ancora a qualche altro criterio da stabilire.

E ancora, il testo della riforma è scritto male perché presenta incoerenze infratestuali. Esempio il caso del tormentato articolo 57 che, come ben sintetizza Lorenzo Spadacini, ai commi 2, 5 e 6 indica:

«tre [...] diversi criteri [...]: l'elezione consiliare nel secondo comma; l'indicazione da parte degli elettori nel quinto comma; l'adozione di un meccanismo elettorale che, nella distribuzione dei seggi senatoriali tra le forze politiche, tenga conto non solo della composizione del collegio che elegge ma anche della distribuzione dei voti espressi dagli elettori per la stessa composizione del Consiglio regionale o provinciale»<sup>21</sup>

Infine, ma non da ultimo, il testo della riforma è scritto male perché presenta anche alcuni di quelli che spesso sono considerati dei veri e propri "errori materiali". Un esempio di particolare rilievo<sup>22</sup> è offerto dalla formulazione di per sé tutt'altro che limpida del comma 6 dell'articolo 77 in tema di decreti legge, là dove stabilisce che

«L'esame, a norma dell'articolo 70, terzo e quarto comma, dei disegni di legge di conversione dei decreti è disposto dal Senato della Repubblica entro trenta giorni dalla loro presentazione alla Camera dei Deputati. Le proposte di modificazione possono essere deliberate entro dieci giorni dalla data di trasmissione del disegno di legge di conversione, che deve avvenire non oltre quaranta giorni della presentazione».

Ora, cercando di venire a capo di una formulazione a dir poco faticosa (che non risparmia neppure l'ennesimo rinvio a commi di un altro articolo), nella sarabanda di termini che l'una e l'altra camera hanno a disposizione per la presentazione, la trasmissione e la conversione in legge di un decreto, i conti sembrano non tornare perché i quaranta giorni di tempo a disposizione della Camera dei deputati per la

<sup>21</sup> L. SPADACINI, *La fisionomia costituzionale*, cit., fine § 1; sempre sulle incongruenze dell'art. 57 della riforma, cfr. inoltre L. SPADACINI, *La legge elettorale per il Senato della Repubblica*, in A. APOSTOLI – M. GORLANI – S. TROILO, *op. cit.*, pp. 86-115.

<sup>22</sup> L'esempio mi è stato suggerito da Lorenzo Spadacini che ringrazio.

conversione in legge del decreto non escludono la possibilità di modifiche al testo di legge una volta scaduti i trenta giorni di cui il Senato dispone per chiederne l'esame; non esclude, cioè, la possibilità che la Camera dei deputati apporti modifiche a un testo che il Senato non può più chiedere di esaminare perché ormai trascorsi i trenta giorni entro cui poteva farne richiesta.

### 3. *Un quesito referendario (involontariamente?) tendenzioso*

Se il testo della riforma approvata il 16 aprile del 2016 sconcerta per le sue numerose sgrammaticature, quello del quesito referendario del prossimo 4 dicembre sorprende invece per l'(involontaria?) imperpertinenza di una formulazione palesemente tendenziosa. Com'è noto, il quesito recita infatti

«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?».

Una formulazione, questa, manifestamente tendenziosa indipendentemente da qualsiasi dissenso sulla sua (non) conformità all'art. 16 della legge n. 352 del 25 maggio 1970 istitutiva dei referendum, e, quindi, sulla sua (mancata) correttezza sotto un profilo “formale”<sup>23</sup>.

Della formulazione del quesito referendario non manca infatti chi (anche sotto un profilo formale) contesta la correttezza perché si attiene a quanto l'articolo 16 stabilisce in caso di referendum relativo a una “legge costituzionale” (a una legge cioè che, quale che sia la materia di rilievo costituzionale disciplinata, non interviene sul testo costituzionale, modificandolo) e non, come avrebbe dovuto, data la modifica del testo costituzionale di cui sono stati riscritti ben 47 articoli, a quanto l'art. 16 stabilisce invece in caso di referendum relativo alla

---

<sup>23</sup> Fra le analisi più puntuali e attente dei diversi profili di questo aspetto problematico cfr., ad esempio, P. CARNEVALE, *Il referendum costituzionale del prossimo (sic!) dicembre fra snodi procedurali, questioni (parzialmente) inedite e deviazioni della prassi*, su *Costituzionalismo.it*, n. 2/2016, parte I, pp. 35-70.

“revisione” di uno o più articoli della costituzione<sup>24</sup>. Stando infatti all’art. 16

«Il quesito da sottoporre a referendum consiste nella formula seguente: «Approvate il testo della *legge di revisione dell’articolo...* (o degli articoli ...) della Costituzione, concernente ... (o concernenti ...), approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale numero ... del ... ?»; ovvero: «Approvate il testo della *legge costituzionale ...* concernente ... approvato dal Parlamento e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale numero ... del ... ?» (corsivi miei).

Nondimeno, indipendentemente dai dubbi relativi alla sua correttezza formale, quella del quesito referendario è comunque una formulazione palesemente tendenziosa perché, come puntualizzerebbe un linguista, ha la forma non tanto di un’autentica “domanda bipolare” – di una domanda, cioè, che sollecita un sì o un no come risposta – quanto piuttosto la forma di una “domanda retorica” – di una domanda, cioè, che condiziona o sollecita una sola risposta già predeterminata nella sua stessa enunciazione.

O, se si preferiscono termini accademicamente meno ricercati, quella del quesito referendario è una formulazione palesemente tendenziosa che, alla memoria dei meno giovani, evoca gli stilemi degli

---

<sup>24</sup> Da qui, il primo dei due ricorsi, presentato da Valerio Onida al Tar del Lazio «per aver formulato il quesito referendario con riferimento al titolo della legge costituzionale anziché agli articoli della costituzione che vengono modificati». Il secondo dei due ricorsi di Valerio Onida, presentato al Tribunale di Milano (e da questo respinto con decisione del 10 novembre), chiedeva invece di rimettere alla Corte Costituzionale la legge ordinaria sul referendum per il “nodo” dell’omogeneità del quesito e per la sospensione degli atti del procedimento referendario. Sui termini in cui sono argomentati i due ricorsi, si veda B. RANDAZZO – V. ONIDA, *Note minime sulla legittimità del quesito referendario*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016. E ancora, riguardo alla necessità di una pronuncia della Corte costituzionale sulla legge del 1970 istitutiva del referendum e, in particolare sul suo articolo 16, richiama l’attenzione anche L. FERRAJOLI, *Il quesito del referendum, una truffa ai danni dei cittadini*, su *Il fatto quotidiano*, 27 settembre 2016, che scrive: «proprio la formulazione ingannevole del titolo della legge Renzi-Boschi rivela il vizio di incostituzionalità dell’art. 16 della legge del 1970 che disciplina i referendum. Giacché ciò su cui i cittadini sono abilitati dall’art. 138 della Costituzione a votare nel referendum da esso previsto non è il titolo della legge di revisione, ma le norme in essa contenute: “la legge sottoposta a referendum”, dice l’art. 138, “non è promulgata se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi”; dove è chiaro che l’approvazione deve avere ad oggetto le norme contenute nella legge e non certo il suo titolo, che può essere – come nel nostro caso – totalmente ingannevole». Non da ultimo, sulla distinzione tra revisione e riforma della costituzione cfr. E. BETTINELLI, *op. cit.*, pp. 13-14 e 23-32.

“aforismi filosofici” di Massimo Catalano, mitico personaggio di *Quelli della notte*, programma televisivo del 1985 di Renzo Arbore; di aforismi, cioè, per citare solo il più famoso, quali «È molto meglio essere giovani, belli, ricchi e in buona salute, piuttosto che essere vecchi, brutti, poveri e malati».

Ora, come in una domanda retorica che sollecita, data la sua stessa enunciazione, una risposta affermativa o, se si preferisce, come negli “aforismi” di Massimo Catalano che enunciano solennemente ovvie banalità con le quali non si può non essere d’accordo, la formulazione del quesito referendario è palesemente tendenziosa perché non chiede di pronunciarsi sul *merito* e sulla *valenza* di una riforma che, come si è già sottolineato (§ 1), al di là dei 47 articoli riscritti, altera di fatto l’intero impianto della costituzione e compromette l’assetto democratico di cui è fondamento; è cioè una formulazione palesemente tendenziosa perché non chiede di pronunciarsi sui cambiamenti che la riforma ha effettivamente apportato, quanto piuttosto sulla *dichiarazione di intenti* formulati nell’*intestazione* della legge di riforma costituzionale da cui ha preso le mosse: intenti, questi, largamente condivisibili e diffusamente condivisi anche e forse soprattutto da coloro che oggi dissentono dai termini in cui la riforma li ha disattesi<sup>25</sup>.

#### 4. Un consenso sollecitato (solo?) da slogan?

La stessa cifra retorico-persuaviva individuata nella formulazione del quesito referendario contraddistingue molti interventi che sollecitano il consenso sulla riforma.

È questo un dato che, accanto e oltre al già segnalato ricorso a slogan irrisoriamente semplicistici o a battute sprezzanti e di malcelata arroganza (§ 1), spesso caratterizza i contributi di chi interviene nel merito di singoli aspetti controversi della riforma.

Una ricca esemplificazione di questo dato, la offrono gli interventi, di autorevoli costituzionalisti, raccolti nel già citato volume collettaneo “*Perché Sì*”, con prefazione di Maria Elena Boschi. Volume in cui, indipendentemente dalla specificità dei singoli profili della rifor-

---

<sup>25</sup> Da qui il ricorso contro il “quesito truffa” presentato al Tar del Lazio da Movimento 5 stelle e Sinistra italiana. Ricorso respinto (con la sentenza n. 104445 del 20 ottobre) per difetto assoluto di giurisdizione.

ma affrontati nei diversi contributi e indipendentemente dall'occasionale ricorso a slogan per eludere più che entrare nel merito (del)la complessità dei problemi che giustificano dubbi o critiche, il comune tratto distintivo è la tendenza ad indicare e giustificare (a volte anche con argomenti condivisibili) le ragioni che avrebbero richiesto un intervento riformatore, sorvolando, invece, sui termini in cui l'intervento effettivamente compiuto (non) risponde alle ragioni che lo hanno sollecitato; la tendenza, cioè, è a dilungarsi sul perché fosse importante intervenire ("perché" spesso condiviso anche dai critici della riforma) senza però chiarire nel merito se e come la modifica apportata possa considerarsi adeguata, pertinente e funzionale a una soddisfacente soluzione della questione di volta in volta affrontata.

Un solo esempio, per ovvie ragioni di spazio, oltre a quelli della *Prefazione* al volume di Maria Elena Boschi e del contributo di Roberto Bin ai quali si è già fatto riferimento (§ 1 e § 2); l'esempio, cioè, del contributo di Lorenza Violini sulla funzione di raccordo, del nuovo Senato, fra istituzioni statali, regionali ed europee.

In particolare, Lorenza Violini inizia il proprio intervento rilevando, inoppugnabilmente, che negli ultimi settant'anni la Repubblica Italiana «si è trasformata dal tipico stato nazionale [...] in una realtà ormai pienamente inserita nella compagine internazionale ed europea»<sup>26</sup>, prosegue poi menzionando alcuni dei fattori (relativi, però, *solo al contesto europeo*) che confermano quest'affermazione e, senza soluzione di continuità, conclude con un plauso alla riforma costituzionale che «prende atto di questa evoluzione e affida espressamente al Senato compiti specifici che ne fanno uno snodo per le relazioni tra i diversi livelli di governo in cui si articolano, ormai, le svariate istituzioni statali, regionali ed europee»<sup>27</sup>. Ora, nonostante il plauso, non è chiaro, però, in che termini il nuovo Senato, ridefinito nelle sue funzioni e nei suoi componenti, garantirà questo essenziale processo di ammodernamento. E la stessa Lorenza Violini tradisce qualche perplessità là dove conclude il proprio contributo con un suggerimento:

«Poiché [il nuovo Senato] sarà chiamato ad impegnarsi per conoscere lo stato dei territori, dei loro bisogni e di come gli interventi re-

<sup>26</sup> L. VIOLINI, *Perché ... Razionalizza il ritardo delle competenze fra Stato e Regioni*, in AA.VV., *Perché Sì*, cit., p. 83.

<sup>27</sup> Ivi, p. 86.

golatori possano farvi fronte in modo adeguato, è necessario fin d'ora che si pongano in essere *momenti di preparazione/formazione per coloro che tali funzioni andranno a svolgere*» (corsivi miei)<sup>28</sup>.

Corsi di preparazione/formazione? Ma rivolti a chi? *Ex post* a coloro che, eletti consiglieri regionali o sindaci, saranno nominati senatori? O, invece, *ex ante*, a chiunque intenda presentarsi alle elezioni di sindaco del proprio comune o a consigliere nella propria regione, nell'eventualità che possa essere nominato senatore? E ancora. Corsi di preparazione/formazione per i futuri senatori a parte, quello che stupisce, in un contributo che inizia ricordando la nuova «compagine internazionale ed europea» in cui (anche) l'Italia è ormai inserita, è che la modifica del primo comma dell'articolo 117 della Costituzione – «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» – si limiti a sostituire la locuzione “diritto comunitario” con quella “diritto dell'Unione Europea”. Modifica, questa, insufficiente (come peraltro era stata quella del testo di partenza, risultato della riforma del 2001) a rendere adeguatamente conto della necessità e dell'urgenza di una regimentazione del crescente “pluralismo diffuso e confuso”<sup>29</sup> delle fonti del diritto (inter)nazionale: quelle della Comunità europea non sono infatti le uniche nuove fonti giuridiche ad interferire con quelle nazionali!

Da ultimo, ma non per questo meno importante, ancora una notazione relativa al volume nel suo complesso. Un rilievo, in particolare, relativo non a quello che c'è ma a quello che, sorprendentemente, manca. Diversamente da molte pubblicazioni sulla riforma costituzionale (sia di quelle critiche sia di quelle che rivendicano un taglio non valutativo ma descrittivo-esplicativo<sup>30</sup>) nel volume in questione manca un'appendice con la sinossi fra il testo degli articoli della Costituzione vigente e quello degli articoli riscritti.

Una dimenticanza (?) a dir poco singolare perché, nonostante lo stile volutamente non troppo tecnico per renderne più agevole la lettura, i diversi contributi rinviano continuamente (e non potrebbero non far-

<sup>28</sup> Ivi, p. 88 (corsivo mio).

<sup>29</sup> L'espressione è di P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*. Napoli, 2008, p. 45.

<sup>30</sup> Così, ad esempio il già citato E. ROSSI, *op. cit.*, 2016.

lo) agli articoli di volta in volta commentati. Rinvii e parafrasi che, in assenza del testo di riferimento, inevitabilmente, risultano vacui e ingenerano il sospetto di “parzialità” della lettura proposta.

Una dimenticanza, questa, (o forse un atto mancato) che sembra confermare, come vuole il pungente sarcasmo dei critici più severi, che “basta leggere il testo della riforma” per sapere come votare al prossimo referendum del 4 dicembre.

# UNIONE EUROPEA E CONFLITTI TRA SOLIDARIETÀ

di *Andrea Guazzarotti*

**SOMMARIO:** 1. *Lezioni dalla 'Brexit'*; 2. *Competizione salariale e giustizia globale*; 3. *L'effimera dimensione sociale della cittadinanza europea*; 4. *Riforme strutturali e solidarietà federativa: ancora l'illusione di regole 'inducenti'*; 5. *Quando la solidarietà tra stati implica la de-solidarizzazione interna e viceversa*; 6. *Conclusioni*.

## 1. Lezioni dalla 'Brexit'

A quanto pare, una delle spinte più determinanti per l'esito del referendum britannico sulla permanenza del Regno Unito nell'UE è stata la questione migratoria<sup>1</sup>: non è bastato a rassicurare l'elettorato inglese l'aver strappato, da parte dell'ex Premier Cameron nell'Accordo raggiunto con gli altri Capi di Stato e di Governo, una (futuribile) deroga, *in peius*, sull'accesso al welfare dei lavoratori dell'Unione<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr., con diversi accenti, le analisi di S. WREN-LEWIS, *Brexit, Immigration And £100* (18 maggio 2016); K. O'ROURKE, *The Lesson From Brexit Is That Too Much Market And Too Little State Invites A Backlash* (24 agosto 2016), entrambi disponibili sul sito *Social Europe*; S. DEAKIN, *Brexit, Labour Rights And Migration: Why Wisbech Matters to Brussels*, in *German Law Journal*, Vol. 17— *Brexit Supplement* (1° luglio 2016), pp. 13-20.

<sup>2</sup> J. SHAW, *Citizenship, Migration and Free Movement in Brexit Britain*, in *German Law Journal*, Vol. 17— *Brexit Supplement* (1° luglio 2016), p. 102. Cfr. la *Decisione dei Capi di stato o di governo, riuniti in sede di Consiglio europeo, concernente una nuova intesa per il Regno Unito nell'Unione europea*, allegata alle Conclusioni del Consiglio europeo del 18 e 19 febbraio 2016, in <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-22-2016-INIT/it/pdf>>: in essa, tra l'altro, si prevedevano una serie di modifiche relative alla sicurezza sociale dei lavoratori migranti, all'abuso del diritto di libera circolazione, all'introduzione di un meccanismo di allerta e salvaguardia in caso di afflusso eccezionale e prolungato di lavoratori migranti, rispetto al quale il Consiglio avrebbe potuto autorizzare lo Stato membro ad applicare restrizioni, per massimo quattro anni, all'accesso a prestazioni sociali non contributive; all'introduzione di limiti all'esportabilità degli assegni familiari verso uno Stato membro diverso da quello ove il lavoratore beneficiario soggiorna, in modo da indicizzare tali assegni al (più basso) costo della vita ove i figli risiedono. Cfr. D. RINALDI, *Germany Follows Cameron's Lead In Treating EU Workers As Foreigners* (5 maggio 2016), in *Social Europe*, che sottolinea la facilità con cui le richieste del Regno Unito sono state accettate dal Consiglio europeo e la legittimazione che l'accordo così raggiunto è capace di dare alla

L'analisi del voto referendario dal punto di vista geografico sembra confermare tale lettura: tra le circoscrizioni più inclini al 'Leave', troviamo quelle ove la de-industrializzazione ha colpito più duro e quelle con più alta densità di cittadini privi di titoli di studio superiori<sup>3</sup>. Si tratta, a una prima immagine, dei c.d. 'perdenti della globalizzazione', i più esposti alle durezze della 'selezione naturale' imposta dall'apertura dei mercati, compresi quelli del lavoro<sup>4</sup>. Che l'incidenza sul welfare nazionale dei migranti comunitari residenti nel Regno Unito sia pressoché irrilevante, ovvero che il contributo economico di tali lavoratori non nazionali possa essere, nel complesso, favorevole all'economia britannica, non ha rilievo<sup>5</sup>. Del resto, le aree più inclini alla Brexit e più impaurite dall'immigrazione sono proprio quelle con meno immigrati<sup>6</sup>. Ma più dei dati concreti sembra contare la percezio-

---

concezione perversa della migrazione lavorativa intraeuropea, a sua volta capace di porre a rischio il progetto europeo complessivo. Cfr., in termini analogamente critici, G. G. BALANDI, S. BORELLI, *Un corsa oltre il fondo. Appunti sull'Accordo per il Regno Unito nell'Unione europea* (1° marzo 2016), in [Europeanrights.eu](#).

<sup>3</sup> C. CURTI GALDINO, *Oltre la Brexit: brevi note sulle implicazioni giuridiche e politiche per il futuro prossimo dell'Unione europea* (29 giugno 2016), in *Federalismi.it.*; S. DEAKIN, *Brexit, Labour Rights And Migration*, cit., p. 14.

<sup>4</sup> Il che riproduce ciò che avvenne nel referendum irlandese che bocciò, la prima volta, il Trattato di Lisbona nel 2008: K. O'ROURKE, *The Lesson From Brexit*, cit. Dall'Irlanda di oggi, ci giunge una lezione non dissimile: nonostante i dati positivi sulla (rapida) ripresa irlandese dalla crisi, le elezioni politiche del febbraio 2016 hanno registrato un sensibile calo del maggior partito di centrodestra al governo nella precedente legislatura (assieme con i laburisti); le classi meno abbienti avrebbero, con il voto di protesta, stigmatizzato l'iniqua redistribuzione della ripresa economica irlandese: *Ireland Voters Oust Ruling Coalition In Rejection Of Austerity*, [Huffingtonpost.com](#). Sottolinea la responsabilità dell'UE verso i perdenti della globalizzazione, P. DE GRAUWE, *The EU Should Take The Side Of The Losers Of Globalization* (4 luglio 2016), in *Social Europe*.

<sup>5</sup> S. WREN-LEWIS, *Brexit, Immigration And £100*, cit.; DUSTMANN, FRATTINI, *The Fiscal Effects of Immigration to the UK*, (novembre 2013), Cream Discussion Paper Series, [http://www.cream-migration.org/publ\\_uploads/CDP\\_22\\_13.pdf](http://www.cream-migration.org/publ_uploads/CDP_22_13.pdf). I dati disponibili attestano che le motivazioni che spingono alla migrazione intraeuropea sono legate a esigenze lavorative e/o familiari, non al c.d. 'turismo del welfare' (H. VERSCHUEREN, *Preventing Benefit Tourism in the EU: A Narrow or a Broad Interpretation of the Possibilities Offered by the ECJ in Dano?*, in *CMLR* (52) 2015, p. 364); sebbene, dunque, le statistiche non giustifichino le paure, la questione migratoria riveste un elevato valore simbolico, quale proiezione del disagio economico, sociale e politico rispetto alla globalizzazione (D. THYM, *The Elusive Limits of Solidarity: Residence Rights of and Social Benefits for Economically Inactive Union Citizens*, in *CMLR* (52) 2015, p. 20s.).

<sup>6</sup> Anche se sussistono aree agricole ove l'immigrazione ha inciso negativamente su salari e condizioni di lavoro: S. DEAKIN, *Brexit, Labour Rights And Migration*, cit., p. 14; J. SHAW, *Citizenship, Migration and Free Movement in Brexit Britain*, cit., p. 101.

ne, diffusa tra la popolazione, secondo cui i migranti economici – anche intraeuropei – sarebbero responsabili di dumping delle condizioni di lavoro e abuso del welfare<sup>7</sup>. Alla vigilia del referendum sulla Brexit e nella foga di assecondare le richieste del Governo britannico, la stessa Commissione europea ha preferito conformarsi a tale percezione popolare, oscurando i dati da essa stessa precedentemente elaborati sull’impatto della migrazione nel Regno Unito<sup>8</sup>. La Corte di Giustizia,

---

<sup>7</sup> Sebbene i dati mostrino l’inesistenza di un reale pericolo del ‘turismo del welfare’ e che i migranti siano contributori netti dei sistemi nazionali di welfare (essendo in media più giovani e più sani della popolazione nazionale), le loro caratteristiche distintive (i c.d. cleavages) nei mercati del lavoro nazionali tendono a porli in una stabile condizione di inferiorità (con lavori di qualità inferiore a parità di qualifiche professionali) tale da diffondere paure di dumping sociale, innescando un circolo vizioso di percezioni popolari errate e conseguenti politiche migratorie e d’integrazione controproducenti: M. GUZI, M. KAHANEC, *Socioeconomic cleavages between workers from new member states and host-country labour forces in the EU during the Great Recession*, in M. BERNACIAK (cur.), *Market Expansion and Social Dumping in Europe*, Abingdon-New York, 2015, p. 120. Gli stessi Autori rilevano come la crisi abbia fatto aumentare la percentuale di disoccupati involontari tra gli immigrati, stante la loro più debole posizione di partenza nel mercato del lavoro nazionale (*ibidem*, p. 109): il che, forse, contribuisce a spiegare l’avversione crescente nelle fasce più deboli della popolazione nazionale, costrette a concorrere con cittadini europei non nazionali in prestazioni di natura non contributiva. Per ovviare a tale ‘competizione’ tra cittadini europei (nazionali e non), è stata fatta la proposta di un sussidio europeo di assistenza alla mobilità (gravante sul bilancio dell’UE) a copertura transitoria (sei mesi) dei migranti UE disoccupati o in cerca di occupazione (T. BOERI, H. BRÜCKER, *A European mobility assistance scheme* (22 April 2014), in <http://voxeu.org/article/european-mobility-assistance-scheme>, per i quali tale sussidio graverebbe sul bilancio dell’UE per non più di due miliardi di euro, recando il vantaggio di incentivare una circolazione dei lavoratori guidata unicamente dalla ricerca del lavoro e di sgravare i bilanci degli Stati di destinazione). Sulla maggiore vulnerabilità dei lavoratori migranti durante la crisi, rispetto a disoccupazione e peggioramento delle condizioni di lavoro, cfr. i dati Eurostat: Europe 2020 indicators – employment, in [Ec.europa.eu](http://ec.europa.eu). Sul mutato orientamento della Corte di Giustizia in materia di sussidi nazionali a favore dei disoccupati, cfr. *infra*.

<sup>8</sup> Se nel 2013 uno studio della Commissione evidenziava l’assenza di presupposti fattuali alla tesi politica dei Governi degli stati affluenti di immigrazione circa il turismo del welfare, riferendosi anche a dati dell’OCSE relativi al vantaggio recato dagli immigrati nel Regno Unito (*A fact finding analysis on the impact on the Member States’ social security systems of the entitlements of non-active intra-EU migrants to special non-contributory cash benefits and healthcare granted on the basis of residence*. Final Report, ottobre 2015, in [ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=10972](http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=10972)), nel 2015 la Commissione si affrettava (senza citare alcun dato in proposito) a sposare la richiesta del Governo conservatore britannico circa la necessità e l’urgenza di introdurre nel Regno Unito un meccanismo di salvaguardia (c.d. ‘freno d’emergenza’) consistente nel congelamento dell’accesso ai benefici non contributivi da parte dei migranti comunitari per i primi quattro anni di residenza (*Dichiarazione della Commissione Europea sul meccanismo di salvaguardia di cui alla sezione D, paragrafo 2, lettera b), della decisione dei capi di Stato o di governo, riuniti in sede di Con-*

dal canto suo, è stata tutt'altro che impermeabile alla sensibilità politica degli stati membri, adottando orientamenti restrittivi in materia di accesso al welfare da parte dei migranti comunitari che palesemente smentiscono le aperture mostrate prima della crisi<sup>9</sup>.

In una simile temperie politica e all'esito del referendum, esponenti del partito laburista (teoricamente favorevole al 'Remain') hanno pensato di trarsi d'impaccio denunciando la competizione salariale e rimproverando all'UE di non aver fatto abbastanza per impedire tale competizione, per concludere con l'invocazione di un salario minimo uniforme europeo<sup>10</sup>. La questione riecheggia anche nel Discorso sullo Stato dell'Unione del 2016 tenuto dal Presidente della Commissione, Junker<sup>11</sup>.

Tutto ciò merita, senz'altro, un approfondimento. Ma può notarsi fin d'ora come, non solo l'UE è rimasta inerte in tal senso, ma essa ha fornito la piattaforma agli Stati membri 'creditori' per imporre agli

---

*siglio europeo, concernente una nuova intesa per il Regno Unito nell'Unione europea, Allegato VI alle Conclusioni del Consiglio europeo del 18 e 19 febbraio 2016, cit.): cfr. C. O'BRIEN, Civis Capitalist Sum: Class as the New Guiding Principle of EU Free Movement Rights, in CMLR (53), 2016, p. 967s.*

<sup>9</sup> Con riferimento alle misure nazionali di sostegno ai disoccupati da parte di cittadini europei non nazionali, cfr. il caso *Alimanovic* (causa C-67/14, sentenza del 15 settembre 2015), ove la Corte ha qualificato un sussidio nazionale a favore dei disoccupati come misura di *assistenza sociale* anziché *prestazione diretta a facilitare l'accesso all'impiego*, paralizzando così l'applicabilità del divieto di discriminazioni tra lavoratori di cui all'art. 45 TFUE e facendo, invece, scattare la restrizione di cui all'art. 24, par. 2, della Direttiva 2004/38; opposto esito era stato raggiunto dalla Corte nel caso *Vatsouras e Koupatantze* (cause riunite C-22/08 e C-23/08, sentenza del 4 giugno 2009); cfr. l'analisi critica di E. BARTOLONI, *Lo status del cittadino dell'Unione in cerca di occupazione: un limbo normativo?*, in *European Papers*, Vol. 1, 2016, No 1, pp. 153-162, [www.europeanpapers.eu](http://www.europeanpapers.eu). La sentenza *Alimanovic* è stata confermata nel caso *Garcia Nieto*, causa C-299/14, sentenza del 25 febbraio 2016, su cui cfr., criticamente, G. G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in F. BIONDI, M. D'AMICO (cur.), *I diritti sociali e la crisi economica*, in corso di pubblicazione, p. 12s. del *paper*; C. O'BRIEN, *Civis Capitalist Sum, cit.*, p. 950. Con riguardo ai mutamenti giurisprudenziali relativi all'accesso al welfare di migranti comunitari non economici, o inattivi, cfr. *infra*, nt. 19.

<sup>10</sup> M. YUILLE, *Dealing With Immigration: From Poison To Progress* (5 agosto 2016), in *Social Europe*.

<sup>11</sup> «Being European also means a fair playing field. This means that workers should get the same pay for the same work in the same place. This is a question of social justice. And this is why the Commission stands behind our proposal on the Posting of Workers Directive. The internal market is not a place where Eastern European workers can be exploited or subjected to lower social standards. Europe is not the Wild West, but a social market economy»: *State of the Union Address 2016: Towards a better Europe – a Europe that protects, empowers and defends*, [http://ec.europa.eu/priorities/state-union-2016\\_en](http://ec.europa.eu/priorities/state-union-2016_en), p. 10s.

Stati membri ‘debitori’ o comunque a rischio di default (comprese Italia e Spagna degli spread impazziti del 2011) politiche di deflazione salariale e di austerità (foriera di ulteriori riduzioni di domanda di lavoro nel pubblico impiego). Per cui, anziché compensare i ‘perdenti della globalizzazione’ con politiche redistributive e investimenti, le istituzioni europee hanno patrocinato politiche di austerità che hanno ulteriormente vessato i perdenti<sup>12</sup>. Non solo: le rigidità dell’eurozona hanno privato gli stati membri (specie i più deboli e/o indebitati) delle difese un tempo tradizionalmente erigibili contro gli squilibri nella bilancia dei pagamenti e/o contro gli shock asimmetrici, senza prevedere alcun meccanismo protettivo di tipo para-federale (trasferimenti o investimenti), ma anzi limitando drasticamente il ricorso agli investimenti pubblici per potenziare la produttività, così da lasciare quali unici strumenti di (difficile) riequilibrio la già citata deflazione interna e la mobilità del lavoro<sup>13</sup>. Non c’è, pertanto, da stupirsi che la crisi economica apertasi negli USA nel 2007 e non ancora veramente superata in Europa abbia fatto registrare un aumento della mobilità del lavoro intraeuropea, né che le traiettorie di tale mobilità segnino come mete di destinazione preferite il Regno Unito e la Germania, ossia gli Stati membri che prima e meglio hanno reagito alla crisi<sup>14</sup>. Quello di

---

<sup>12</sup> P. DE GRAUWE, *The EU Should Take The Side...*, cit.

<sup>13</sup> Cfr. P. PINI, *Lavoro, contrattazione, Europa. Per un cambio di rotta*, Roma 2013, 170ss.; P. DE GRAUWE, *Economia dell’integrazione monetaria*, Bologna 1996, p. 110; L. TZOUKALIS, *La nuova economia europea*, Bologna 1994, pp. 215, 315.

<sup>14</sup> La mobilità del lavoro nell’UE sarebbe salita da c.ca l’1,6% al 3% durante la crisi: sebbene ciò abbia senz’altro riguardato i Paesi mediterranei, specie Grecia e Portogallo, il grosso del flusso in aumento dell’immigrazione in Germania ha provenienze consuete, quali Bulgaria e Romania, il che, però, è comunque legato alla crisi del Sud-Europa, posto che circa il 70% dell’aumento di tale immigrazione in Germania sarebbe dovuto al deterioramento delle condizioni economiche in altri Paesi dell’UEM (Irlanda, Italia e Spagna), i quali rappresentavano tradizionali mete di migrazione economica da quei Paesi dell’Est Europa: T. BOERI, H. BRÜCKER, *A European mobility assistance scheme*, cit. Con riguardo al caso del Portogallo, esso ha visto, da un lato, migliorare la sua economia con un quasi raddoppio delle esportazioni dal 2009 al 2015, ma da un altro lato ha registrato, in quello stesso periodo, un’emigrazione da lavoro di più di 200 mila abitanti su appena 10 milioni complessivi: L. VERONESE, *Portogallo, il voto non teme l’effetto-austerità*, *Il Sole 24 ore*, 9 agosto 2015, p. 5 (in cui si nota come lo stesso FMI sia incerto su quanto la crescita del Portogallo riposi su basi durevoli); cfr. anche, con specifico riferimento al Portogallo, gli spunti critici di P. KRUGMAN, *The Downside of Labor Mobility*, [Krugman.blogs.nytimes.com](http://krugman.blogs.nytimes.com), per il quale, in assenza di un’effettiva integrazione fiscale, la mobilità del lavoro potrebbe peggiorare anziché migliorare un’unione monetaria. I più recenti dati sull’emigrazione italiana segnalano un aumento di c.ca il 3,7% nel 2015, con quasi 108.000 emigrati ‘definitivi’ (su quasi 190.000 espatri complessivi), le cui destinazioni pre-

cui c'è da stupirsi, invece, è che la Germania abbia spalleggiato il Regno Unito (e altri Paesi del Nord Europa) nel sollecitare una riforma del diritto derivato europeo in senso restrittivo dell'accesso al welfare nazionale da parte dei migranti comunitari<sup>15</sup>: non solo la più grande economia dell'eurozona, dopo aver tratto vantaggi dalla crisi<sup>16</sup>, si rifiuta di invertire la rotta delle politiche europee di austerità e di rilanciare la domanda interna (nazionale ed europea), continuando a registrare pericolosi surplus nella bilancia dei pagamenti, ma essa sembra sempre meno propensa a farsi carico delle conseguenze 'esistenziali' che tali scelte macroeconomiche poco solidali producono sui lavoratori europei<sup>17</sup>. Se la solidarietà economica tra Stati membri

---

ferite sono state Germania, Regno Unito e Svizzera; dal 2006 al 2016 la mobilità italiana nel mondo è aumentata del 54,9% passando da poco più di 3 milioni di iscritti all'AIRE a oltre 4,8 milioni; le destinazioni preferite si stanno via via concentrando negli Stati dell'Unione, con un calo nell'America del Sud (cfr. i dati AIRE elaborati dall'ultimo *Rapporto Italiani nel Mondo 2016* della Fondazione Migrantes, in [ChiesaCattolica.it](http://ChiesaCattolica.it)).

<sup>15</sup> Cfr. la lettera inviata alla presidenza dell'Unione nell'aprile 2013 dai ministri competenti dei governi di Austria, Germania, Paesi Bassi e Regno Unito, in cui si chiedeva di rivedere le regole europee sulla mobilità dei cittadini in senso restrittivo, onde evitare l'abuso del welfare nazionale da parte dei migranti europei; tale lettera avrebbe chiaramente ispirato la proposta del giugno 2015 della Commissione di un Labour Mobility Package, dai contenuti ancora non dettagliati ma mirante, tra l'altro, a introdurre criteri più stringenti per l'accesso al welfare di uno Stato ospitante da parte dei cittadini europei che ivi vogliono soggiornare: cfr. C. CALDARINI, *The "Labour Mobility Package": A European Fraud against Mobile Workers and their Countries of Origin?*, in *E-Journal of International and Comparative LABOUR STUDIES*, 2016, Vol. 5, n. 2, p. 3; S. GIUBBONI, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e solidarietà transnazionale: un riesame critico*, in *Politiche sociali / Social policies*, n. 1/2016, p. 182.

<sup>16</sup> Quali, in particolare, l'abbattimento degli interessi sui titoli del debito pubblico, divenuto un 'bene rifugio' negli anni di crisi: C. OFFE, *L'Europa in trappola. Riuscirà l'Europa a superare la crisi?* (2012), Bologna 2014, p. 72s.; J. HABERMAS, *Democracy, Solidarity and the European Crisis*, (26 aprile 2013), [Pro-europa.eu](http://Pro-europa.eu).

<sup>17</sup> D. RINALDI, *Germany Follows Cameron's Lead ...*, cit., il quale sottolinea il paradosso che la proposta di politiche restrittive del welfare per i lavoratori migranti provenga proprio da uno Stato membro come la Germania che, più di tutti, ha beneficiato del mercato unico; ancora più sorprendente che la proposta di negare molti dei benefici assistenziali in caso di disoccupazione ai lavoratori comunitari non nazionali nei primi cinque anni di residenza in Germania provenga dalla Ministra del lavoro e degli affari sociali (Andrea Nahles) che, nel governo di coalizione tedesco, rappresenta l'ala più a sinistra. La Ministra avrebbe dichiarato il suo sostegno per la libera circolazione delle persone, sottolineando però come l'accesso al welfare sia qualcosa di diverso (con ciò allineandosi alle posizioni del Vicepresidente della Commissione, Timmermans: C. CALDARINI, *The "Labour Mobility Package"*, cit., p. 5). Il commentatore si dice stupefatto di come, neppure tra la stampa progressista tedesca, ciò non abbia suscitato un adeguato dibattito critico, sottolineando come simile approccio sia contrario all'esigenza di incoraggiare la mobilità del lavoro in-

dell'eurozona è bandita dai noti divieti di Maastricht su finanziamento e/o garanzie dei debiti pubblici altrui (artt. 123-125 TFUE)<sup>18</sup>, questo dato mostra come anche la solidarietà 'transnazionale' tra cittadini europei sia a corto d'ossigeno. Il che viene puntualmente registrato dagli orientamenti via via più restrittivi della Corte di giustizia<sup>19</sup>.

---

traeuropea, che costituisce un elemento chiave per stabilizzare la stessa eurozona, oltre a cozzare con il concetto stesso di cittadinanza europea e di eguaglianza che esso reca con sé.

<sup>18</sup> Cfr. V. J.-V. LOUIS, *Solidarité budgétaire et financière dans l'Union européenne*, in C. BOUTAYEB (cur.), *La solidarité dans l'Union européenne*, Paris 2011, p. 107 ss., richiamato da S. GIUBBONI, *Solidarietà*, in *Pol. dir.*, vol. 43, n. 4/2012, p. 546s., in cui si ricorda come, secondo la visione tedesca rispecchiata nei Trattati istitutivi, gli stati dell'UE «formano una 'comunità di solidarietà' solo nel senso specifico che la stabilità della moneta comune viene credibilmente e permanentemente assicurata grazie ad una stretta disciplina dei vincoli di bilancio di tutti i paesi che vi prendono parte».

<sup>19</sup> Oltre ai casi relativi alle provvidenze in caso di disoccupazione visti sopra (nt. 9), cfr. quelli relativi alla circolazione dei cittadini europei 'economicamente inattivi': *Brey* (causa C-140/12, sentenza del 19 settembre 2013), *Dano* (causa C-333/13, sentenza del 11 novembre 2014), su cui, criticamente, S. GIUBBONI, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e solidarietà transnazionale*, cit., p. 176s.; G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, cit., p. 10s. del *paper*, in cui si critica anche la sterilizzazione compiuta dalla Corte della Carta di Nizza e del suo art. 34, par. 2; analogamente critico, D. THYM, *The Elusive Limits of Solidarity*, cit., p. 48). L'approccio della Corte, in *Dano* (per cui cittadini inattivi non nazionali possono vedersi rifiutare l'accesso al welfare dello stato membro ospitante qualora non soddisfino le condizioni per godere del diritto di soggiorno ai sensi della direttiva 2004/38, art. 7, par. 1, lett. b.) è stato recentemente confermato in *Commissione c. Regno Unito*, causa C-308/14, sentenza del 14 giugno 2016, che ha legittimato i test di residenza legale in capo ai cittadini dell'UE da parte dello stato membro ospitante. Posto che quelle condizioni di residenza legale consistono nella disponibilità (per sé e i familiari a carico) di mezzi economici sufficienti per non costituire un onere eccessivo per il welfare dello stato ospitante, l'esito paradossale è che possono accedere alle prestazioni sociali non contributive soltanto i migranti europei che, *per tabulas*, non ne hanno bisogno (H. VERSCHUEREN, *Preventing Benefit Tourism in the EU*, cit., p. 381). Oltre a ciò, stante i vincoli posti dalla stessa direttiva alla possibilità di espulsione del cittadino dell'UE, il rischio che si profila è quello di mantenere in un limbo giuridico cittadini europei indigenti senza alcun diritto all'assistenza sociale ma la cui residenza precaria nello stato ospite è 'tollerata': D. THYM, *The Elusive Limits of Solidarity*, cit., p. 41. In termini ancora più critici e per uno sguardo d'insieme, cfr. C. O'BRIEN, *Civis Capitalist Sum*, cit., p. 942ss., in cui, fra l'altro, si evidenzia come gli stati membri tendano a regolare la materia in modo da catalogare come 'inattivi' molti migranti comunitari con lavori precari e mal pagati (c.d. 'working poors').

## 2. Competizione salariale e giustizia globale

Ma torniamo alla ‘Brexit’ e alla lettura politica che vede alla base delle scelte dell’elettorato britannico l’ostilità per una migrazione di lavoratori europei dettata da una (ingiusta) competizione salariale. Il già citato esponente del partito laburista ritiene, a tal proposito, che gli Stati membri con minimi salariali (legislativamente stabiliti) più bassi spingano i propri cittadini a lavorare negli Stati con i minimi salariali più alti, così da poter meglio mantenere le proprie famiglie<sup>20</sup>. Per rimediare a tale ingiustizia, lo stesso politico laburista propone un ‘salario di sussistenza’ europeo che renda la circolazione dei lavoratori una scelta veramente libera e non una cinica copertura di cattive prassi ad opera di cattivi imprenditori, così da porre fine ai tagli salariali in alcuni Stati membri e interrompere l’ostilità verso ‘le vittime’ provata dai cittadini dei Paesi ‘affluenti’, in cui ancora sussistono minimi salariali elevati.

Questa lettura è per più di un punto discutibile, innanzitutto per la sua monocausalità<sup>21</sup>. Essa vede nella deflazione salariale una sorta di

---

<sup>20</sup> M. YUILLE, *Dealing With Immigration*, cit.

<sup>21</sup> Più articolata e convincente la lettura di chi vede nella deindustrializzazione che ha colpito le aree del Regno Unito più favorevoli al ‘Leave’ il frutto non tanto dell’apertura dei mercati del lavoro e delle merci (di cui l’UE sarebbe, agli occhi delle popolazioni locali, responsabile), bensì della deliberata assenza di politiche industriali da parte dei governi britannici degli ultimi 20 anni, i quali, preferendo puntare sul settore finanziario, non hanno mancato, però, di farsi scudo dei vincoli loro imposti dai Trattati europei in materia di interventi pubblici nell’economia reale (Trattati che, però, non vietano il sostegno pubblico alle imprese in tempi di crisi né la proprietà pubblica di imprese): S. DEAKIN, *Brexit, Labour Rights And Migration*, cit., p. 15s., il quale evidenzia come, sul versante del libero stabilimento delle imprese, l’UE abbia agevolato, anziché ostacolato, la ricerca da parte del capitale di regimi regolatori e fiscali sempre più permissivi: la deindustrializzazione, dunque, è qualcosa di cui il Regno Unito porta la responsabilità ma che l’UE non ha in alcun modo aiutato a prevenire, anzi, ha probabilmente esacerbato. Lo stesso A. critica l’instaurazione di un nesso causale tra libera circolazione dei lavoratori garantita dall’UE e migrazione intraeuropea e conseguente deterioramento di salari e condizioni di lavoro in alcuni settori (agricoltura e servizi): il movimento di lavoratori nel Regno Unito è tutt’altro che spontaneo, bensì organizzato da multinazionali con sede britannica o da agenzie interinali europee che sfruttano le regole sulla libera prestazione dei servizi, realizzando una moderna forma di sfruttamento fin qui ritenuto tipico dei soli Paesi in via di sviluppo. Conclusione: assai più che la libera circolazione dei lavoratori (o addirittura la deliberata politica dei Paesi europei ‘poveri’), alla base di precarizzazione del lavoro e caduta dei salari stanno le politiche (anti)sociali degli ultimi governi britannici assieme con le regole europee sulla libertà di stabilimento delle imprese alla ricerca di regimi il più deregolati possibile.

strategia politica nazionale dei Paesi di emigrazione<sup>22</sup>. Così facendo, fra l'altro, si ignora l'altra possibile causa legata alle già accennate rigidità dell'architettura ordoliberalista dell'UEM e alle risposte sbagliate date, specie nei primi anni, alla crisi globale dai Paesi dell'Eurogruppo e dalle stesse istituzioni europee, oltre che dal FMI. Senza considerare il dato della politica di repressione salariale scientemente praticata in un Paese come la Germania per aumentare la propria competitività e accumulare, anno dopo anno, un surplus nella bilancia dei pagamenti, maturando crediti crescenti con altri Paesi dell'UEM<sup>23</sup>, in modo giudicato da alcuni 'poco solidale'<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Il c.d. 'social dumping' non proviene solo da attori degli Stati membri più poveri e di recente ammissione nell'UE e la pressione al ribasso salariale causata dall'emigrazione da tali stati costituisce solo un elemento di un più vasto fenomeno, in cui tanto imprese di Stati ricchi che i governi di questi ultimi hanno giocato e giocano un ruolo decisivo nello spingere i propri ordinamenti verso deregolamentazione e riduzione delle garanzie dei lavoratori e del welfare: M. BERNACIAK, *Introduction: social dumping and the EU integration process*, in ID. (cur.), *Market Expansion and Social Dumping in Europe*, cit., spec. p. 3-5; p. 228s.

<sup>23</sup> Il che ha innescato la fase preliminare della nuova procedura contro gli squilibri macroeconomici eccessivi: cfr. gli artt. 3, 4 e 5 del Regolamento 1176/2011, sulla base dei quali la Commissione ha, già per la terza volta, ritenuto di porre sotto «esame approfondito» la Germania, per gli squilibri che possono derivare anche ad altri Stati (specie dell'eurozona) per il prolungato surplus della bilancia dei pagamenti con l'estero, sottolineando la carenza di investimenti e l'eccesso di risparmi privati: cfr. le relazioni sul meccanismo di allerta per il 2014, il 2015 e il 2016 (COM(2013) 790 final, COM(2014) 904 final, COM(2015) 691 final).

<sup>24</sup> Tra il 2000-2010 il rapporto tra salari reali e la produttività è diminuita nell'UEM di poco più di mezzo punto, mentre in Germania crollava di quasi tre punti, irrilevante essendo, a tal proposito, che la Germania abbia salari più alti, posto che a contare sono le variazioni relative rispetto alla produttività e agli altri Paesi dell'UEM. Il che sarebbe «il sintomo più evidente del fatto che l'Unione è stata edificata su basi competitive insostenibili», ossia sulla «deflazione competitiva dei salari»: E. BRANCACCIO, M. PASSARELLA, *L'austerità è di destra. E sta distruggendo l'Europa*, Milano, 2012, p. 71ss. Cfr. anche A. SOMMA, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma 2014, p. 246-250, in cui si svolge un'analisi critica delle riforme del mercato del lavoro in Germania iniziate sotto il governo socialdemocratico nel 2002 (c.d. riforme 'Hartz') e il conseguente fenomeno dei *working poors*, ossia dell'aumento a dismisura di chi, pur immesso nel mondo del lavoro, è condannato a una condizione di povertà strutturale da cui è impossibile uscire a causa dell'esiguità del sussidio di disoccupazione accordato e da regole capestro sulla doverosità di accettare offerte di lavoro anche dequalificato. Per F. SCHARPF, *Monetary Union, Fiscal crisis and the Preemption of Democracy*, MPIfG Discussion Paper 11/11 2011, p. 13ss., la Germania (con la sua crisi all'inizio degli anni 2000) è stata la prima vittima di una politica monetaria unica per 17 economie diverse, ossia di stimoli monetari indiscriminati (con tassi troppo alti per paesi a bassa inflazione e in crescita, troppo bassi per quelli

Tuttavia, pur nella sua parzialità, si tratta di una lettura con una sua plausibilità in termini di discorso politico facente appello, innanzitutto, alle ‘percezioni’ popolari. Essa ci porta a vedere nella ‘Brexit’ una paradigmatica conferma delle critiche più pessimistiche alla traiettoria assunta dalla Corte di giustizia nei famigerati casi *Viking* e *Laval*<sup>25</sup>. In essi, come noto, la Corte ha legittimato la competizione salariale insita nella libertà di circolazione dei servizi, con una lettura quanto meno discutibile della direttiva sul distacco dei lavoratori<sup>26</sup>. Il diritto fondamentale di azione collettiva azionato contro la possibilità di ottenere appalti in Paesi ‘affluenti’ (con più alti livelli di sindacalizzazione e di protezione dei lavoratori) giovandosi di lavoratori a basso costo (provenienti da Paesi assai meno affluenti e con basse tutele del lavoro) è stato ridotto al lumicino dalla Corte. Ne risulta che, nell’Europa dell’allargamento a Est, i lavoratori degli Stati ricchi non possono impedire ai lavoratori degli Stati poveri di sfruttare l’unico vantaggio competitivo di cui dispongono: il basso costo della manodopera, appunto.

Qualcuno ha polemicamente ipotizzato quale sia il fondamento morale su cui riposa il ragionamento della Corte, ricostruendolo come segue: i lavoratori dei Paesi ‘a basso reddito’ sottraggono, sì, impieghi ai

---

nella condizione inversa); tuttavia le ricette deflattive che hanno salvato la Germania hanno aumentato la vulnerabilità e gli squilibri negli altri stati dell’UEM.

<sup>25</sup> Cfr. le sentenze della Corte di giustizia nei casi C-438/05 del 11 dicembre 2007 (*Viking*); C-341/05 del 18 dicembre 2007 (*Laval*).

<sup>26</sup> La dottrina sul punto è alluvionale: cfr., tra i tanti, U. CARABELLI, *Tutele del lavoro, diritto di sciopero e libertà di contrattazione collettiva tra identità nazionale e integrazione europea*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu); B. CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT- 61/2008; C. JOERGES-F. RÖDL, *Informal Politics, Formalised Law and the “Social Deficit” of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval*, in *Eur. Law Journ.*, n. 1/2009, p. 1ss.; S. DEAKIN, *La concorrenza fra ordinamenti in Europa dopo Laval*, in *Lavoro e diritto*, n. 3/2011, p. 467ss. All’orientamento della Corte di giustizia ha fatto da (debole) contraltare la decisione del Comitato Europeo per i Diritti Sociali (organo di supervisione della Carta Sociale Europea), il quale, pronunciandosi su reclamo, ha ritenuto contraria alla Carta Sociale Europea la legislazione svedese che ha ‘ottemperato’ alla Corte di giustizia nel caso *Laval*: per il Comitato, il diritto di sciopero e azione collettiva dei lavoratori subordinati negli stati con maggior tutele sindacali persegue cruciali finalità *anti-dumping* che, in ultima analisi, valgono a garantire l’intera categoria dei lavoratori subordinati, compresi quelli degli stati con minor costo del lavoro e minori tutele: decisione del 3 luglio 2013, *LO e TCO c. Svezia*, reclamo n. 85/2012, su cui cfr. M. ROCCA, *A clash of kings. The European Committee of Social Rights on the ‘Lex Laval’ ... and on the EU framework for the posting of workers*, in *European Journal of Social Law*, n. 3/2013, p. 217ss.

lavoratori dei Paesi ‘affluenti’, ma sottraggono prima di tutto se stessi da una disoccupazione che, nei loro Paesi, rappresenta una condizione assai peggiore della disoccupazione eventualmente subita dai lavoratori dei Paesi ‘affluenti’ (con sussidi dignitosi, corsi di riqualificazione, ecc.). Posta la domanda nei termini di chi soffrirebbe di più per la disoccupazione, è ovvia la risposta su chi debba ottenere l’impiego: i lavoratori degli Stati ‘poveri’<sup>27</sup>. Dunque, anche da un ipotetico punto di vista socialdemocratico, la soluzione finale dovrebbe essere considerata equa. Tuttavia, non è ben chiaro sulla base di cosa i lavoratori (specie i meno qualificati, più esposti a tale tipo di competizione) degli stati ricchi debbano essere disposti a sacrifici in favore dei loro colleghi più poveri e meno protetti, che hanno avuto la sorte di appartenere a stati meno affluenti. La solidarietà transnazionale così imposta a una sola classe sociale si basa, in fondo, sulla ricchezza complessiva di uno stato in rapporto ad altri sensibilmente più poveri, scaricando sui lavoratori dello stato affluente la responsabilità per tale divario economico<sup>28</sup>. E qui veniamo all’eterno dilemma europeo del *demos*: può il sacrificio chiesto ai lavoratori degli stati ‘benestanti’ essere compensato dal senso di appartenenza all’Unione europea, cioè a un’entità transnazionale in cui l’autodeterminazione politica è surrogata dal (prevalente) modello decisionale intergovernativo<sup>29</sup>?

La risposta al paradosso appena illustrato dell’apparente moralità della competizione salariale intraeuropea risiede forse nel punto di vista monofocale adottato per analizzare la questione. Anche adottando un modello di efficienza non particolarmente ‘generoso’ quale quello di Kaldor-Hicks<sup>30</sup>, i vincitori (i lavoratori a basso costo che ottengono il lavoro) dovrebbero essere in grado di compensare i perdenti (i lavoratori ad alto costo che il lavoro lo perdono): i lavoratori a basso costo,

---

<sup>27</sup> A. SOMEK, *From Workers to Migrants, from Distributive Justice to Inclusion: Exploring the Changing Social Democratic Imagination*, in *Eur. Law Journ.*, n. 5/2012, p. 714.

<sup>28</sup> *Ibidem*, 715.

<sup>29</sup> A. SOMEK, *The Social Question in a Transnational Context* (2011), LEQS Paper No. 39, U Iowa Legal Studies Research Paper No. 12-14, p. 39.

<sup>30</sup> Modello coniato da Nicholas Kaldor e John Richard Hicks nel 1939 per ovviare ai limiti del modello di Pareto (per cui un’allocazione ottimale si ha quando è impossibile ottenere migliori livelli di benessere di qualcun altro, ossia quando tutti i soggetti coinvolti non hanno da rimetterci): secondo Kaldor-Hicks, una modificazione efficiente nell’allocazione delle risorse si ha anche quando il benessere ottenuto da alcuni soggetti supera le perdite di benessere subite da altri, il che implica, però, la necessità che questi ultimi siano compensati dai primi.

tuttavia, non saranno mai in grado di lucrare dalla loro ‘vittoria’ così tanto da poter compensare i lavoratori ad alto costo<sup>31</sup>; non è dato sapere, inoltre, come ciò possa accadere in un regime transnazionale quale l’UE, privo di meccanismi di redistribuzione della ricchezza<sup>32</sup>. Un simile evento potrebbe, forse, essere il risultato della (più volte avanzata proposta di una) assicurazione europea contro la disoccupazione<sup>33</sup>. Ma anche quest’ultima ipotesi riformatrice sembra scontare la stessa miopia monofocale, per superare la quale occorre guardare oltre i soli lavoratori. Chi si appropria dei vantaggi della competizione salariale nell’Europa allargata, infatti, sono i manager, gli azionisti e i consumatori. Per chiamare queste categorie a compensare le perdite subite dai lavoratori, però, l’UE non ha soltanto bisogno di una solidarietà obbligatoria tra lavoratori e datori di lavoro europei, che, ad es., punti a connettere in un’unica rete gli istituti di previdenza sociale nazionali e redistribuisca i contributi a favore di un’assicurazione europea contro la disoccupazione. Una simile forma di solidarietà orizzontale su scala europea è già stata intrapresa con la c.d. Unione bancaria, con esiti tuttavia ancora assai deboli, oltre che discutibili<sup>34</sup>. Simili reti di

---

<sup>31</sup> A. SOMEK, *From Workers to Migrants*, cit., p. 714s.

<sup>32</sup> Sull’esigenza che l’UE si faccia autrice di politiche atte a compensare i ‘perdenti della globalizzazione’, cfr. ancora P. DE GRAUWE, *The EU Should Take The Side...*, cit. L’UE dispone, invero, di un altisonante *Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione*, la cui capienza è, tuttavia, assolutamente inadeguata (con una dotazione annua massima per il periodo 2014-2020 di soli 150 milioni di euro, non utilizzabile per sussidi di disoccupazione o simili, bensì per corsi di riqualificazione, orientamento professionale, imprenditorialità e creazione di nuove aziende).

<sup>33</sup> Cfr. la proposta italiana di un Fondo europeo di assicurazione contro la disoccupazione contenuta nel documento *Un’Unione economica e monetaria da completare e rafforzare. Contributo italiano*, Roma, Ministero dell’Economia e delle Finanze, maggio 2015, nonché altre proposte di centri di ricerca tedeschi: M. FERRERA, *Rotta di collisione. Euro contro welfare?*, Roma-Bari 2016, p. 137s.

<sup>34</sup> L’Unione bancaria è stata varata, tra l’altro, istituendo una sorveglianza bancaria accentrata e, in particolare, un fondo comune europeo chiamato a contribuire ai salvataggi bancari (Fondo di risoluzione unico), il quale dovrà raggiungere (entro il 2022) la cifra di 55 miliardi di euro, corrispondente all’1% dei depositi coperti nel sistema bancario degli Stati membri partecipanti e giudicato, per tale sua scarsa capacità, inadeguato a rispondere a crisi sistemiche (D. SCHOENMAKER, G. B. WOLFF, *What options for European deposit insurance?* (8 ottobre 2015), in <http://bruegel.org/2015/10/what-options-for-european-deposit-insurance/>). Ad alimentare il Fondo sono chiamate direttamente le banche private nazionali, i cui contributi sono raccolti dalle Banche centrali nazionali, che li fanno confluire in dei ‘comparti nazionali’ destinati via via a fondersi in un unico comparto. Si tratta di una forma di mutualità obbligata e regolata da norme europee e statali, dirette a obbligare tutte le banche private dell’eurozona a convogliare in tale fondo una parte delle loro riserve.

solidarietà funzionali rispondono a un modello neo-medievale che dà ormai per scontata la fine dello Stato nazionale, almeno nella sua forma di Stato sociale<sup>35</sup>.

Per chi ritiene, invece, che resti ancora imprescindibile la funzione redistributiva fin qui svolta dallo Stato sociale e, al contempo, nega che i singoli stati europei possano, da soli, continuare a svolgerla in un'epoca di avanzata globalizzazione ne deriva che l'UE ha, prima di tutto, bisogno di un proprio sistema di tassazione e di trasferimenti basato su un autonomo concetto di giustizia distributiva finora sempre

---

In assenza di uno stato federale capace di raccogliere tasse e redistribuirle, si torna allo schema ottocentesco della mutualità privata, ossia della solidarietà corporativa tra soggetti svolgenti lo stesso mestiere. Il finanziamento mutualistico delle banche in crisi, tuttavia, è subordinato al meccanismo del bail-in, per cui la solidarietà tra banche (e, alla fin fine, tra risparmiatori europei) scatta solo dopo la previa 'escussione' di azionisti, obbligazionisti e correntisti maggiori (con depositi fino a 100.000 euro). Si cerca, in altre parole, di assorbire in alto determinate funzioni pubbliche (come la sorveglianza e i salvataggi bancari), senza poter mantenere lo stesso grado di garanzia *nazionale* dei diritti individuali coinvolti: dietro l'apparente buon senso dell'idea di non addossare indiscriminatamente a tutti i contribuenti il costo dei salvataggi bancari sta l'impossibilità di avere ciò che un'autentica unione bancaria richiede, ossia 'un *fiscal backstop*' che solo una tesoreria dell'eurozona con risorse tributare e potere di indebitarsi può offrire (M. SARCINELLI, *L'unione bancaria europea e la stabilizzazione dell'Eurozona*, in *Moneta e Credito*, 2013, p. 37); per cui, non è che addossare ai privati l'onere di salvare le banche sia davvero cosa buona e giusta, bensì è semplicemente precluso addossarlo alla 'federazione' (l'UE o l'UEM), per mancanza di un vero bilancio pubblico europeo. Ossia: per mancanza di una vera solidarietà tra contribuenti europei.

<sup>35</sup> J. ZIELONKA, *Disintegrazione. Come salvare l'Europa dall'Unione europea*, Roma-Bari 2015, p. 90-96, ove il fallimento dell'Unione europea viene visto come fattore capace di infrangere il monopolio degli Stati, quali custodi esclusivi dell'integrazione, così da «consentire a città, regioni, associazioni professionali e ONG di aderire a vecchie reti integrative transnazionali, o di formarne di nuove»; anziché in termini territoriali, l'integrazione dovrebbe aversi in termini funzionali, in settori quali il commercio, l'energia, i diritti umani, l'immigrazione o la sicurezza. In un simile sistema di reti si fatica a intravedere chi e come possa, in particolare, operare un efficace ruolo redistributivo, così come garantire in ognuna delle reti l'effettiva tutela dei diritti fondamentali, specie di quelli sociali. Per una lettura critica della cittadinanza europea in termini 'neo-medievali' (stratificazione di diversi *status* che impediscono di parlare di cittadinanza europea in termini unificanti), cfr. D. KOCHENOV, *Neo-mediaeval Permutations of Personhood*, in in L. AZOULAI, S. BARBOU DES PLACES, E. PATAUT, *Constructing the Person in EU Law*, Oxford-Portland, 2016, p. 133ss.; per una critica di stampo marxista a tali stratificazioni, che privilegiano i lavoratori qualificati, con potere di contrattazione e risorse economiche, mentre marginalizzano i lavoratori deboli, pur estraendo da loro il massimo profitto possibile, cfr. C. O'BRIEN, *Civis Capitalist Sum*, *cit.*, p. 961-966.

eluso<sup>36</sup>. La recente vicenda della violazione delle norme europee ad opera dell'accordo fiscale tra Irlanda e Apple<sup>37</sup> evidenzia come, senza un'adeguata disciplina europea (e internazionale) della tassazione dei capitali, l'illusione ottica delle opportunità di occupazione offerte da potenti multinazionali a singoli Stati membri rischi di falsare sempre il discorso sulla redistribuzione e la giustizia sociale<sup>38</sup>. Occorre, pertanto, evitare di concentrarsi solo sulla mobilità del lavoro e puntare l'attenzione sulla circolazione dei capitali: per salvare la sua anima 'sociale', l'UE è chiamata a regolare il capitale, non solo il lavoro<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Cfr. M. P. MADURO, *Europe's Social Self: 'The Sickness Unto Death'*, in *Webpapers on Constitutionalism & Governance beyond the State*, n. 2/2000, [Ssrn.com](http://www.ssrn.com), il quale, invero, non riteneva allora immediatamente necessaria l'introduzione di una tassazione e una sicurezza sociale europee, bensì urgente un dibattito politico sull'identità sociale dell'UE, nel presupposto che per supportare l'architettura istituzionale dell'UE e gli effetti inevitabilmente redistributivi dell'integrazione economica fossero necessarie forme di solidarietà tra individui e non più solo tra stati membri.

<sup>37</sup> Cfr. il Comunicato stampa della Commissione del 30 agosto 2016, ove si legge che l'Irlanda ha concesso ad Apple vantaggi fiscali indebiti per un totale di 13 miliardi di euro, integrando un trattamento illegale ai sensi delle norme UE sugli aiuti di Stato, poiché ha permesso ad Apple di versare molte meno imposte di altre imprese (anziché applicare l'imposta del 12,5% valevole per tutte le imprese, è stata applicata un'aliquota decrescente dall'1% allo 0,005%); da ciò deriva l'obbligo per l'Irlanda di recuperare l'aiuto illegale ([Europa.eu](http://europa.eu)). A tale iniziativa ha prontamente reagito il Ministero del Tesoro statunitense, fortemente critico sulla correttezza giuridica di tale approccio (che vanificherebbe la tutela dell'affidamento legittimo ingenerato in Apple dalle autorità irlandesi), ma in realtà preoccupato dagli effetti che l'esecuzione di tale decisione potrà avere sulle minori entrate fiscali generate da Apple negli Stati Uniti: *The European Commission's recent state aid investigations of transfer pricing rulings, U.S. Department of the Treasury white paper*, in <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/White-Paper-State-Aid.pdf>. Cfr. S. DULLIEN, *Why The Apple Tax Bill Is Not Protectionism* (6 settembre 2016), in *Social Europe*.

<sup>38</sup> Sul ruolo della liberalizzazione dei capitali e della conseguente competizione fiscale tra stati membri nel delineare l'attuale assetto 'antisociale' dell'integrazione europea, cfr. A. J. MENÉNDEZ, *Neumark vindicated: the three patterns of Europeanisation of national tax systems and the future of the social and democratic Rechtsstaat*, in D. CHALMERS, M. JACHTENFUCHS, C. JOERGES (cur.), *The End of the Eurocrats' Dream. Adjusting to European Diversity*, Cambridge 2016, pp. 78-126. Accanto alla competizione al ribasso relativa alla tassazione nazionale di capitali e imprese, v'è anche quella relativa alle persone fisiche: per attrarre professionisti altamente qualificati, gli Stati sono indotti ad abbassare le aliquote fiscali per i redditi superiori, così limitando il potere di redistribuzione dei governi e dimostrando i rischi di competizione al ribasso nei mercati del lavoro integrati a livello internazionale: H. KLEVEN, C. LANDAIS, E. SAEZ, E. SCHULTZ, *Migration and wage effects of taxing top earners: Evidence from the foreigners' tax scheme in Denmark* (17 settembre 2013), in <http://voxeu.org/article/migration-and-wage-effects-taxing-top-earners>.

<sup>39</sup> S. DEAKIN, *Brexit, Labour Rights And Migration*, cit., p. 19s.

L'assenza nell'UE (così come in qualsiasi altro regime transnazionale) di una giustizia distributiva e dei relativi istituti 'para-federali' ha il seguente esito redistributivo: il miglioramento della condizione del soggetto 'globalmente' svantaggiato (lavoratori a basso costo) è permesso anche se coloro che prima erano moderatamente avvantaggiati (lavoratori ad alto costo) finiranno svantaggiati, mentre coloro che prima erano già molto avvantaggiati (manager e azionisti) finiranno ancora più avvantaggiati di prima<sup>40</sup>. Ne deriva che l'inclusione del 'povero globale' nelle società avanzate (europee e non solo) ha come principio di giustizia 'cosmopolita' la formula per cui la massa di svantaggiati globali devono ricevere priorità anche se il loro avanzamento (relativo) produrrà un aumento della disuguaglianza complessiva oltre il livello che sarebbe tollerabile in base a principi di giustizia sociale 'nazionali'<sup>41</sup>. Un simile aumento di disuguaglianza globale è il frutto dell'assenza di meccanismi politici transnazionali capaci di introdurre correttivi, come tassazione e trasferimenti. Per cui, *mentre il 'povero globale' beneficia della presenza dei mercati, il ricco beneficia dell'assenza dello Stato*<sup>42</sup>. Resta da capire quale sia la sostenibilità sociale e politica di un simile esito redistributivo<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Si è parlato, a tal proposito, dell'effetto 'San Matteo' (Vangelo di Matteo, 25, 29: «A chi ha sarà dato, e vivrà nell'abbondanza, ma a chi non ha sarà tolto, anche quel poco che possedeva»): A. SUPLOT, *Lo spirito di Filadelfia. Giustizia sociale e mercato totale* (2010), Milano 2011, p. 37.

<sup>41</sup> A. SOMEK, *From Workers to Migrants*, cit., p. 715s., ove il metro di paragone è dato dalla nozione di giustizia distributiva coniata da Rawls, per cui le disuguaglianze di ricchezza e di status sono accettabili se beneficiano tutti i membri della società, specie i meno avvantaggiati dalle disuguaglianze: J. RAWLS, *A Theory of Justice* (Harvard University Press, 1971), p. 78.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> I dati Eurostat per il 2014 confermano l'ipotesi dell'aumento delle disuguaglianze nell'UE: dinanzi a una diminuzione delle disuguaglianze (in termini di reddito medio pro-capite) tra Stati membri, aumenta sia l'indice di disuguaglianza interna ai singoli Stati membri (spiccano Germania e Regno Unito) che quello relativo alla media europea, segno che la crescita relativa negli Stati più poveri dell'UE non è distribuita equamente e/o che quella crescita è controbilanciata dall'aumento delle disuguaglianze negli Stati 'affluenti' (la crescita del reddito nel quintile più alto della popolazione europea è pari al 3,5% rispetto al solo 0,2% del quintile più basso): cfr. M. DAUDERSTÄDT, C. KELTEK, *No Progress on Social Cohesion in Europe*, Friedrich-Ebert-Stiftung (2016), <http://library.fes.de/pdf-files/id/ipa/12668.pdf>.

### 3. L'effimera dimensione sociale della cittadinanza europea

Con riguardo alle tensioni che si vanno ingenerando nell'UE attorno alla questione migratoria, comprese le migrazioni economiche intraeuropee, qualcuno ha parlato della riscossa di Polany, lo storico dell'economia che tra le due guerre aveva studiato l'evoluzione e il fallimento delle logiche liberiste nell'Occidente capitalista<sup>44</sup>. L'errore di base, per Polany, era quello di voler trattare alla stregua di merci entità che merci non sono, quali moneta, lavoratori e terra<sup>45</sup>. Dopo la crisi della moneta unica, l'UE sta sperimentando quella dei migranti economici comunitari (anche se le vicende più eclatanti dei profughi extracomunitari stanno offuscando il dato), ossia la crisi di rigetto delle società nazionali degli Stati membri 'affluenti' nei confronti delle migrazioni intraeuropee, avvertite come opportunistiche e quasi predatorie del welfare nazionale. Le motivazioni alla base del voto pro-Brexit, come accennato all'inizio, sono un chiaro sintomo di tale fenomeno. Il che segna, come minimo, un fallimento della strategia della Corte di giustizia dell'UE di costruire una solidarietà transnazionale tra cittadini europei sulle fragilissime basi offerte dalle laconiche formulazioni sulla cittadinanza europea varate a Maastricht – non a caso – assieme alla moneta unica<sup>46</sup>. Vale però la pena di osservare come si

---

<sup>44</sup> Cfr. K. POLANYI, *The Great Transformation*, 1944 (trad. it. *La grande trasformazione*, Torino, Einaudi, 2010) richiamato da C. JOERGES, *Law and Politics in Europe's Crisis: On the History of the Impact of an Unfortunate Configuration* (2013), in *EUI Working Papers LAW No. 2013/09*, p. 3, onde denunciare l'attitudine delle istituzioni europee (Commissione in testa) di puntare sulla libertà di circolazione e abbandonare al proprio destino di decadenza le tutele sindacali, ossia ciò che un tempo rappresentava il principale strumento contro la 'mercificazione' del lavoro.

<sup>45</sup> Per Polanyi, «(l)a presunta merce 'forza-lavoro' non può (...) essere fatta circolare, usata indiscriminatamente e neanche lasciata priva di impiego, senza influire anche sull'individuo umano che risulta essere il portatore di questa merce particolare»; «(i)ndubbiamente i mercati del lavoro, della terra e della moneta *sono* essenziali per un'economia di mercato, ma nessuna società potrebbe sopportare gli effetti di un simile sistema di rozze finzioni neanche per il più breve periodo di tempo a meno che la sua sostanza umana e naturale, oltre che la sua organizzazione commerciale, fossero protette dalle distruzioni arrecate da questo diabolico meccanismo» (*La grande trasformazione*, cit., 94s.).

<sup>46</sup> S. GIUBBONI, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e solidarietà transnazionale*, cit., p. 174, ove si parla dei «limiti intrinseci di un modello compassionevole di solidarietà poggiato su un grande fraintendimento (...), la cui ipocrisia è stata infatti impietosamente svelata dalla drammaticità della crisi europea, che ha immancabilmente dissolto, sotto la morsa dei vari populismi e degli egoismi economici e sociali nazionali, qualunque disponi-

trattasse (e forse ancora si tratti) di una strategia in parte obbligata: stante le rigidità della moneta unica e dell'impossibile solidarietà di stampo 'para-federale', le soluzioni agli squilibri tra economie nazionali e agli shock asimmetrici in grado aggravare quegli squilibri si riducono alla deflazione salariale e alla mobilità dei lavoratori<sup>47</sup>. Per alcuni, la mobilità dei lavoratori sarebbe addirittura una manna per l'Unione monetaria, posto che per la sua flessibilità la mobilità del lavoro rappresenta un dispositivo di riequilibrio più efficace di una politica monetaria unica per diverse economie nazionali soggette a cicli economici divaricati<sup>48</sup>.

Erano gli Stati membri (specie quelli 'core' dell'euro forte) consapevoli di tali sbocchi? Cosa hanno fatto fin qui i politici nazionali per preparare i propri cittadini a tale solidarietà transnazionale obbligata tra cittadini europei? O la crisi di solidarietà transnazionale tra cittadini europei non è che la riprova di un compromesso politico imperfetto alla base dell'euro<sup>49</sup>, in cui la rigidità dei parametri di convergenza si spiega non con criteri economici bensì con la riluttanza dei Paesi 'core', Germania in testa, ad ammettere nell'UEM i Paesi mediterranei<sup>50</sup>?

Dinanzi alle rigidità dell'UEM deflagrate con la crisi, appare ragionevole lo sforzo della Corte di giustizia di rendere, negli anni 'buoni', la mobilità del lavoro e dei cittadini, in genere, un obbligo sempre più 'imperativo' per gli Stati membri<sup>51</sup>. Ma a tale sforzo giurisprudenziale

---

bilità degli Stati membri nordeuropei ad accogliere lo straniero nei loro (ancora relativamente) generosi sistemi di welfare». Cfr. anche L. AZOULAI, *The European Individual and Collective Entities*, in L. AZOULAI, S. BARBOU DES PLACES, E. PATAUT, *Constructing the Person in EU Law*, cit., p. 221ss.

<sup>47</sup> Cfr. *supra*, nota 13.

<sup>48</sup> T. BOERI, H. BRÜCKER, *A European mobility assistance scheme*, cit. Cfr. anche D. RINALDI, *Germany Follows Cameron's Lead In Treating EU Workers As Foreigners*, cit.

<sup>49</sup> Cfr. G. MAJONE, *Monetary Union and the politicization of Europe*, 2011, p. 8s., <http://euroacademia.eu/>: se per la Francia e altri paesi si trattava di superare l'insostenibile tirannia del marco, per la Commissione Delors si trattava di rendere irreversibile il processo d'integrazione, mentre per i paesi più deboli si trattava di giovare del minor costo per interessi sul debito pubblico: una simile eterogeneità di obiettivi comporta inevitabilmente che l'attenzione delle parti contraenti si concentri sui risultati immediati piuttosto che sulle implicazioni di lungo termine.

<sup>50</sup> P. DE GRAUWE, *Economia dell'integrazione monetaria*, op. cit., pp. 179s., 182s.

<sup>51</sup> Per questa fase della giurisprudenza della Corte di giustizia, cfr. S. GIUBBONI, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e solidarietà transnazionale*, cit., pp. 172-176; S. O'LEARY, *Solidarity and Citizenship Rights in the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in G. DE BURCA (ed.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford 2005, pp. 63ss. Cfr., in termini radicalmente critici, M. EVERSON, *A Very Cosmopol-*

la politica ha fatto mancare il suo ineludibile supporto: è mancata, cioè, la costruzione politica di un'identità condivisa, salvo la retorica dei valori comuni che si rispecchierebbero nella dichiarazione dei diritti della Carta di Nizza. Anche qui, come per l'euro, si sono riposte troppe speranze nel meccanismo auto-inducente della cittadinanza europea: proclamata senza le premesse di autentica solidarietà sociale tra i cittadini di un'unica entità politica, la cittadinanza europea avrebbe dovuto, una volta azionata in giudizio e rivendicata come matrice di diritti alla parità di trattamento entro i sistemi lavorativi e di welfare nazionali, produrre legami di solidarietà: la libertà di circolazione e soggiorno ammette «una certa solidarietà finanziaria dei cittadini dello Stato membro ospitante verso quelli degli altri Stati membri»<sup>52</sup>. Forse sarebbe stato meglio chiarire da subito, da parte della Corte, che l'interdipendenza insita in un'unione monetaria, in assenza di trasferimenti para-federali, non solo ammette ma *implica*, in caso di shock asimmetrici, tale solidarietà finanziaria tra cittadini europei. A tale ammissione, dovrebbe poi seguire la domanda cruciale: l'integrazione economica e, specialmente, quella monetaria europea, oltre a chiaramente implicare un certo grado di solidarietà finanziaria, è anche in grado di indurla? Se solo si guarda alle tendenze politiche emergenti negli Stati usciti fin qui vittoriosi dalla crisi, sembra proprio di no<sup>53</sup>.

#### 4. Riforme strutturali e solidarietà federativa: ancora l'illusione di regole 'inducenti'

Dinanzi alla presa d'atto – condivisa da innumerevoli economisti – che l'UEM, senza l'unione fiscale, non possa sopravvivere, lo scoglio risulta, naturalmente, quello per cui l'unione fiscale presuppone una

---

*itan Citizenship: But Who Pays the Price?*, in M. DOUGAN, N. N. SHUIBHNE, E. SPAVENTA (cur.), *Empowerment and Disempowerment of the European Citizen*, Oxford 2012, pp. 145ss.

<sup>52</sup> Sentenza del 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, §44; sentenza 15 marzo 2005, causa C-209/03, *Bidar*, §56; sentenza 18 novembre 2008, causa C-158/07, *Förster*, §48; sentenza del 19 settembre 2013, causa C-140/12, *Brey*, §72. Cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino 2013, pp. 239ss.

<sup>53</sup> D. RINALDI, *Germany Follows Cameron's Lead In Treating EU Workers As Foreigners*, cit.; F. AMTENBRINK, *Europe in Times of Economic Crisis: Bringing Europe's Citizens Closer to One Another?*, in M. DOUGAN, N. N. SHUIBHNE, E. SPAVENTA (cur.), *Empowerment and Disempowerment of the European Citizen*, Oxford 2012, pp. 171-187.

certa forma di unione politica, per la quale tutte le forze politiche degli Stati membri sembrano oggi come minimo impreparate. Per risolvere tale scoglio, c'è chi ha provato a mettere in discussione tale fase di stallo politico, criticando le tesi sull'impossibilità di un *demos* europeo, quale preconditione necessaria per l'instaurazione di un'autentica solidarietà europea: dal funzionamento di istituzioni e regole comuni opportunamente congegnate, secondo tale tesi, potrebbero sorgere sia responsabilità che solidarietà<sup>54</sup>. Partendo dal condivisibile presupposto che identità e solidarietà sono due variabili co-determinatisi, l'equilibrio realizzabile tra queste due variabili dipenderà dalla capacità delle istituzioni e delle regole di spingere gli attori verso un 'buon' equilibrio: un insieme di regole appropriate sulla solidarietà, da una parte, e la responsabilità fiscale, dall'altra, potranno creare la giusta dinamica per superare l'ostacolo dell'assenza di *demos* europeo grazie alla fiducia reciproca implicata da uno sforzo congiunto di responsabilità e solidarietà. Se come europei non possiamo ottenere ora una *solidarietà federale*, potremmo però istituire una *solidarietà federativa*, capace di creare progressivamente legami di appartenenza. In termini pratici, la proposta propone l'introduzione di trasferimenti non incondizionati (come invece sarebbero all'interno di uno stato, federale o regionale) a favore degli stati membri in crisi, ma neppure trasferimenti di stampo 'internazionale'<sup>55</sup> (basati, cioè, sull'unanimità, ossia discrezionali, come avviene oggi con l'assistenza finanziaria del MES, a parte i casi d'urgenza ove è richiesta la maggioranza dell'85% delle quote detenute dagli stati aderenti al MES<sup>56</sup>). Tali trasferimenti dovranno essere, invece, automatici ma non incondizionati, ossia dovranno essere subordinati alla realizzazione delle famigerate riforme

---

<sup>54</sup> F. NICOLI, *Eurocrisis and the myths of European redistribution: illegitimate, unsustainable, inefficient?*, in *Perspective on Federalism*, Vol. 7, 2015/3.

<sup>55</sup> *Ibidem*, pp. 35s.

<sup>56</sup> Art. 4.4 del Trattato sul MES. Visto che il voto è, però, ponderato e non eguale (proporzionale alla quota conferita da ogni stato al MES, come avviene nel FMI), la minoranza di blocco (superiore al 15%) è detenuta da soli tre Paesi, singolarmente: Germania (27,14%), Francia (20,38%) e Italia (17,91%), ma di questi tre, presumibilmente, solo la Germania sarà politicamente in grado di esercitare il potere di veto (posto che Italia e Francia sono Stati teoricamente a rischio di chiedere, nel futuro, assistenza finanziaria): A. J. MENÉNDEZ, *The European Crises and the Undoing of the Social and Democratic Rechtsstaat*, in J. E. FOSSUM, A. J. MENÉNDEZ (cur.), *The European Union in Crises or the European Union as Crises?*, *Arena Report*, n. 2/14, Oslo 2014, pp. 469s.; P. BILANCIA, *La nuova governance dell'Eurozona: alla ricerca del demos*, in M. Benvenuti (cur.), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Napoli 2012, p. 25.

strutturali, in grado di aumentare la produttività del ‘sistema paese’<sup>57</sup>. Le riforme in questione sarebbero quelle ‘suggerite’ dalla Commissione agli stati durante il semestre europeo. In questo modo, la solidarietà riguarderebbe non più soltanto gli stati, bensì direttamente gli individui, chiamati a sostenere certi doveri in cambio di determinati benefici, così superandosi anche lo scoglio del famigerato ‘*moral hazard*’ e le distorsioni nei mercati degli investimenti privati causate da trasferimenti pubblici automatici e incondizionati. Basata sulla tradizionale logica europea dell’*output legitimacy*, tale ricetta avrebbe l’obiettivo ambizioso di rafforzare il senso di comune appartenenza nei cittadini europei<sup>58</sup>. Resta da sciogliere l’aporia di come salvare, in tale modello tecnocratico, una parvenza di autodeterminazione democratica in capo ai cittadini dello stato chiamato alle riforme strutturali, le quali verrebbero decise e soprattutto valutate da una Commissione e un Consiglio europeo monopolizzati dalla visione dei Paesi economicamente più forti, con procedure della cui trasparenza e democraticità è lecito dubitare<sup>59</sup>. Come legittimare, ad es., la discrezionalità ‘tecnica’ con vengono valutate riforme discutibili come quella del ‘*Jobs’ act*’ nostrano?

È dall’eccesso di fiducia in regole e istituzioni ben congegnate che sono derivate le aporie, via via sempre più drammatiche, dell’Unione monetaria non preceduta da quella fiscale e politica. Proporre oggi *regole e istituzioni* ben congegnate cela l’illuministica fiducia nell’esistenza di regole che hanno solo bisogno di essere ‘scoperte’ (probabilmente da tecnici)<sup>60</sup>. Non viene neppure presa in considerazione l’ipotesi per cui tali regole e istituzioni comuni, per poter indurre autentica solidarietà, dovrebbero avere una genesi democratica (la

---

<sup>57</sup> F. NICOLI, *Eurocrisis and the myths of European redistribution*, cit., p. 41.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>59</sup> La proposta ricalca quella fatta nel gennaio 2013 a Davos dalla Cancelliera Merkel dei ‘contratti di competitività’ e ripresa dalla Commissione nel c.d. Blueprint (COM(2012) 777), che li inseriva nella procedura contro gli squilibri macroeconomici eccessivi: cfr., in termini assai critici, L. OBERNDORFER, *A New Economic Governance through Secondary Legislation? Analysis and Constitutional Assessment: From New Constitutionalism, via Authoritarian Constitutionalism to Progressive Constitutionalism*, in N. BRUUN, K. LÖRCHER, I. SCHÖMANN (cur.), *The Economic and Financial Crisis and Collective Labour Law in Europe*, Hart Publishing 2014, p. 47s.

<sup>60</sup> M. LOUGHLIN, *What is Constitutionalisation?*, in P. DOBNER, M. LOUGHLIN (cur.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford 2010, pp. 61ss.; M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.* 2006, pp. 1643ss.

quale presuppone partiti europei in grado di organizzare una decisione politica collettiva unica, non un mero negoziato intergovernativo né l'ennesima conferenza intergovernativa, sul modello di quella che varò la Carta di Nizza). La Costituzione italiana (così come altre costituzioni dalla vita non effimera) è stata (faticosamente) accettata e rispettata dal popolo non per la sua 'qualità intrinseca', bensì per la qualità del rapporto che univa i cittadini-elettori alle forze politiche che pretendevano rappresentarli nel redigere la Costituzione stessa, la quale non è stata presentata come una ricetta capace di risultati misurabili nel breve-medio periodo, bensì come un compromesso storico tra forze che, dopo essersi avversate, avevano raggiunto la consapevolezza della necessità di cooperare, prima in senso oppositivo (anti-fascismo), poi propositivo (la realizzazione di uno stato sociale democratico-pluralista)<sup>61</sup>.

Come si vede, siamo ancora in presenza di una delle tante varianti della logica 'inducente' (l'euro avrebbe dovuto indurre *ex post* quelle premesse di omogeneità economica per un'unione monetaria che mancavano *ex ante*; la Carta dei diritti fondamentali dell'UE avrebbe dovuto indurre una costituzionalizzazione dell'ordinamento europeo, surrogando un autentico processo costituente; la cittadinanza europea, grazie alla parità di trattamento tra cittadini nazionali e migranti da altri stati dell'UE, avrebbe dovuto indurre quella solidarietà transnazionale alternativa alla creazione di un impraticabile sistema di welfare europeo; ecc.). Si continua a parlare genericamente di regole e, soprattutto, istituzioni *ben congegnate*, senza interrogarsi sull'importanza di *come* e da *chi* tali regole vengano prodotte, che è poi la questione cruciale di un'autentica riforma dei partiti politici nazionali in senso federativo europeo, così che federazioni di partiti di sinistra, centro, destra e ali estreme possano porre al centro del dibattito politico nazionale temi di respiro autenticamente europeo, e non solo questioni relative a come meglio difendere gli interessi nazionali nel campo di gioco europeo<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Sulla dicotomia tra visioni funzionali e visioni costituzionali delle procedure decisionali pubbliche, cfr. G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari 2010, pp. 184ss.

<sup>62</sup> Cfr. A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano 2016.

## 5. Quando la solidarietà tra stati implica la de-solidarizzazione interna e viceversa

La solidarietà nell'UE è un concetto quanto meno elusivo: essa è stata tradizionalmente trattata da due distinti punti di vista: il primo riguarda la c.d. 'Europa sociale' (o almeno una delle sue accezioni prevalenti), ossia la spinta europea all'evoluzione del welfare (sicurezza ed assistenza sociale) nel senso di aprire i sistemi nazionali di welfare ai cittadini comunitari, abbattendo restrizioni basate sulla nazionalità e, in qualche caso, persino permettendo anche la c.d. 'esportabilità' non solo delle prestazioni previdenziali contributive bensì anche di quelle non contributive garantite dal singolo Stato membro, nonché estendendo ai cittadini economicamente non attivi il principio di accesso non discriminatorio al welfare dello Stato membro ospitante<sup>63</sup>. Si tratta di quell'ambito del diritto europeo e/o degli studi europei che vanno sotto l'etichetta della *solidarietà transnazionale tra cittadini europei*, in cui lo stesso concetto di cittadinanza europea gioca un ruolo peculiare, ma a tratti anche ambiguo. In relazione a tale concetto di solidarietà (transnazionale e interpersonale) e sulla spinta, in particolare, della giurisprudenza della Corte di giustizia, la cittadinanza europea viene invocata non per chiamare l'entità attributiva di tale status (l'UE) a garantire un comune plafond di diritti sociali (per cui mancherebbero le competenze), bensì per chiamare i singoli Stati membri a farsi carico dei diritti sociali anche dei non-nazionali<sup>64</sup>, in assenza di

---

<sup>63</sup> M. FERRERA, *Towards an 'Open' Social Citizenship? The New Boundaries of Welfare in the European Union*, in G. DE BURCA (ed.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford 2005, pp. 24ss.

<sup>64</sup> Fermo restando che l'esiguità del budget dell'UE non consentirebbe la gestione e il finanziamento diretti di prestazioni sociali, l'UE potrebbe, invero, fissare standard di tutela uniformi e vincolanti per tutti gli stati in materia di sicurezza e protezione sociale, al fine di agevolare la libertà di circolazione e soggiorno: cfr. l'art. 21, par. 3, del TFUE; stante, tuttavia, l'impossibile soglia procedurale dell'unanimità del Consiglio ivi prevista, si tratta di una previsione più simbolica che altro. Cfr. F. DE WITTE, *Transnational Solidarity and the Mediation of Conflict of Justice in Europe*, in *Eur. Law Journ.*, Vol. 18, 2012/5, pp. 701-704, ove si paventa il rischio che il modello sociale europeo possa indurre il taglio del welfare per gli strati più bisognosi della popolazione, in presenza di un afflusso elevato di soggetti bisognosi provenienti da altri stati dell'UE, ragion per cui l'UE, più che sostituirsi al welfare statale, è chiamata a garantirne la sostenibilità *nonostante* la libertà di circolazione delle persone (il che dovrebbe avvenire non mediante finanziamenti europei bensì un opportuno apparato normativo, capace di modulare la parità di trattamento dei non

meccanismi compensativi sovranazionali. I paradossi cui dà vita un simile sistema (basato esclusivamente sull'apertura dei sistemi nazionali di welfare senza alcun finanziamento e/o trasferimento di livello sovranazionale) sono molteplici, ma il più paradigmatico di questi è il seguente. La direttiva del 2004 sul diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini europei e dei loro familiari<sup>65</sup> prescrive, in termini di principio, che l'accesso non discriminatorio al welfare dei migranti europei non economici non deve comportare un onere eccessivo tale da pregiudicare i sistemi nazionali di assistenza sociale<sup>66</sup>. Tale affermazione di principio deve essere, nei casi più controversi e borderline, tradotta in un criterio operativo di giudizio. Il che, però, può condurre a esiti pressoché inconciliabili e, comunque, paradossali: se si ritiene che tale condizione vada individualizzata rispetto al singolo caso di accesso al welfare, quest'ultimo, per definizione, non potrà mai condurre all'implosione di un intero sistema o sotto-sistema di assistenza sociale; se, al contrario, si ritiene che essa vada intesa in maniera 'sistemica' anziché individuale, il criterio di giudizio che ne deriverà sarà tale da ritenere sempre e comunque ogni accesso foriero di potenziale implosione del sistema (potendosi il caso singolo ripetersi per un numero teoricamente aperto di casi futuri, destinati a incrementare proprio per l'effetto 'calamita' che un sistema troppo generoso di welfare potrebbe avere per i migranti - economici e non - dell'Unione)<sup>67</sup>. L'aporia appena vista è senz'altro figlia di un compromesso imperfetto tra gli Stati membri in Consiglio e i rappresentanti del Parlamento europeo<sup>68</sup>, ma si tratta di un compromesso che non sembra correggibile in via giurisprudenziale alla stregua di superiori parametri iscritti nei Trattati e nella Carta di Nizza (che pure garantisce astrattamente il diritto all'assistenza sociale al suo art. 34), proprio perché l'aporia risiede non tanto nella Direttiva, bensì nello stesso assetto 'costituzionale' dell'UE e nella sua pretesa di aprire i mercati nazionali del welfare

---

nazionali in relazione alle diverse tipologie di benefici e al grado di integrazione del non nazionale alla società ospitante).

<sup>65</sup> Direttiva 2004/38/CE del 29 aprile 2004.

<sup>66</sup> Cfr. il 10° e il 16° Considerando della Direttiva 2004/38/CE; l'art. 7.1, lett. *b*) e *c*), secondo cpv.; art. 12.2, 2° cpv.; art. 13.2, penultimo cpv.; art. 14.1.

<sup>67</sup> Cfr. D. THYM, *The Elusive Limits of Solidarity*, cit., p. 27ss.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 25s.

senza alcun meccanismo di compensazione e/o redistribuzione sovranazionale<sup>69</sup>.

Accanto a questo concetto di solidarietà (e a questo ambito del diritto) dell'UE, troviamo quello, di più recente indagine, della solidarietà tra Stati membri. Gli accenni a tale tipo di solidarietà nei trattati sono molteplici<sup>70</sup>: nell'ambito della c.d. 'solidarietà economico-finanziaria' essi riguardano istituti di stampo internazionalistico, incentrati su *discrezionalità* e *condizionalità*<sup>71</sup>. La crisi economica inne-

---

<sup>69</sup> Chiaro che, in un simile contesto, non sarà mai possibile per la Corte di giustizia quanto poté la Corte Suprema USA, nel caso *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969), ove annullò una legge statale (del Connecticut) che mirava a disincentivare il c.d. "turismo del welfare": per la Corte, lo scopo legislativo di impedire la migrazione di persone bisognose è costituzionalmente inammissibile: cfr. C. SUNSTEIN, *The Second Bill of Rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*, New York 2004, p. 157s.

<sup>70</sup> Cfr. l'art. 3, par. 3, del TUE (promozione della solidarietà tra Stati membri, accanto a coesione economica, sociale e territoriale); art. 24, par. 2, del TUE (politica estera e di sicurezza comune «fondata sullo sviluppo della reciproca solidarietà politica degli Stati membri»; cfr. anche il par. 3); art. 80 del TFUE (politiche su controlli alle frontiere, asilo e immigrazione «governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità degli Stati membri, anche sul piano finanziario»); art. 222 TFUE (rubricata *Clausola di solidarietà*: azione congiunta di Unione e Stati membri «in uno spirito di solidarietà» in caso di attacco terroristico, calamità naturale o provocata dall'uomo); cfr., sinteticamente, F. AMTENBRINK, *Europe in Times of Economic Crisis* cit., p. 175; A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016, pp. 7 e 32 (in cui si fa riferimento anche alla previsione di un'assistenza a favore degli stati membri colpiti da un'emergenza migratoria da paesi terzi, ex art. 78, par. 3, TFUE).

<sup>71</sup> Cfr. art. 122, par. 1, TFUE (misure adottate «in uno spirito di solidarietà tra Stati membri» per far fronte a gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, specie nel settore dell'energia); art. 122, par. 2, TFUE (assistenza finanziaria condizionata allo Stato membro che si trovasse in difficoltà o seriamente minacciato da difficoltà a causa di calamità naturali o circostanze eccezionali fuori dal suo controllo); art. 143 TFUE (concorso reciproco degli Stati membri, inclusa la possibilità di fornire crediti limitati, agli Stati esterni all'UEM che si trovano ad affrontare squilibri nella bilancia dei pagamenti capaci di compromettere il mercato interno o la politica commerciale comune); art. 136, par. 3, TFUE (possibilità di istituire un meccanismo di stabilità nell'UEM per salvaguardare la stabilità dell'eurozona nel suo insieme, con concessione di assistenza finanziaria soggetta a rigorosa condizionalità: paragrafo aggiunto con la procedura semplificata di cui all'art. 48, par. 6, TFUE, nella decisione del Consiglio europeo del 25 marzo 2011 (2011/199/UE)).

Sul modello internazionalistico praticato dal FMI dell'assistenza finanziaria condizionata alla realizzazione di riforme nazionali strutturali che rilancino la competitività del Paese assistito, ma che, in pratica, punta a reprimere i salari e tagliare la spesa pubblica così da riequilibrare la bilancia dei pagamenti degli stati assistiti e limitare le perdite degli investitori stranieri, cfr. J. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino 2002, p.

scatasi in Europa nel 2008 e le risposte fin qui adottate a livello europeo ha fatto proliferare gli studi sul concetto di *solidarietà economica* tra Stati membri, ossia di una dimensione non a caso rimasta in ombra nell'elaborazione della c.d. Costituzione europea (poi riadattata e, in gran parte, trasfusa nel Trattato di Lisbona)<sup>72</sup>. Con particolare riguardo ai vincoli dettati dai famigerati articoli del TFUE sul divieto di assistenza finanziaria agli Stati a rischio di default (sia da parte dell'UE, che degli Stati membri), si è parlato di una 'solidarietà negativa' che imponeva e impone ai singoli Stati un'auto-disciplina fiscale a tutela (non solo e non tanto dei propri interessi nazionali, bensì) del 'bene comune' della stabilità monetaria<sup>73</sup>. La crisi avrebbe segnato, grazie all'introduzione dei meccanismi volti a salvare la stabilità finanziaria dell'eurozona complessivamente intesa, un passaggio dalla solidarietà *negativa* a quella *positiva*: i vari fondi salvastati e, in particolare, il Meccanismo europeo di stabilità, rappresenterebbero un obbligo degli Stati membri di agire direttamente (non solo indirettamente, attraverso l'autodisciplina fiscale) a favore di altri Stati membri in difficoltà. Ulteriore passaggio segnato dalle riforme anti-crisi sarebbe dato dal passaggio dalla solidarietà *fattuale* (l'interdipendenza delle economie nazionali, specie per quelle dell'UEM) a una solidarietà *normativa*, in cui l'agire a favore di altri (Stati) non è solo un'opzione auto-interessata e discrezionale dei singoli Stati, bensì un vero e proprio dovere giuridico<sup>74</sup>.

Questi due ambiti della solidarietà difficilmente vengono studiati assieme: al più si tende a dire che sono ambiti separati e che la solidarietà tra individui non può che essere diversa da quella tra gli stati, anche di quelli che appartengono all'UE e/o all'UEM, ossia che non si può chiedere agli stati appartenenti a un regime transnazionale non (ancora) federale lo stesso grado e tipo di solidarietà che può predicarsi per i cittadini appartenenti a una stessa entità politica statale, nep-

---

95; G. DI GASPARÉ, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova 2012, p. 423.

<sup>72</sup> Cfr. I. HARTWIG, P. NICOLAIDES, *Elusive Solidarity in an Enlarged European Union*, in *Eipascopes* 2003/3 [Eipa.nl](#).

<sup>73</sup> V. BORGER, *How the Debt Crisis Exposes the Development of Solidarity in the Euro Area*, in *European Constitutional Law Review*, 9: 7-36, 2013, pp. 9 ss.

<sup>74</sup> V. BORGER, *How the Debt Crisis Exposes the Development of Solidarity in the Euro Area*, cit., pp. 10s. In termini critici, cfr., tra gli altri, S. GIUBBONI, *Solidarietà*, cit., pp. 547-549.

pure nella sua versione federale<sup>75</sup>. Provare a connettere tali due (teoricamente distinte) solidarietà dà esiti, a prima vista, interessanti nonché paradossali, o forse interessanti proprio perché paradossali.

Innanzitutto, alla base della solidarietà (negativa e positiva) tra Stati membri dell'eurozona sta il progetto di dar vita a una moneta comune prima e a prescindere dalla realizzazione di una unità economico-politica, progetto che a sua volta rappresentò e rappresenta una soluzione alle turbolenze create dalla libera circolazione dei capitali alternativa a quella del controllo e della restrizione di tale libertà di circolazione<sup>76</sup>. Per chi condivide la visione per cui l'abbattimento di ogni barriera ai movimenti di capitale equivale a consentire ai detentori del capitale di 'de-solidarizzarsi' dalle proprie comunità d'appartenenza (e, più in generale, da qualsiasi comunità)<sup>77</sup>, non può che apparire paradossale la costruzione attorno all'inedita architettura dell'eurozona di un apparato concettuale nobilitante, quale quello della solidarietà. In estrema sintesi, l'eurozona in quanto dispositivo capace di garantire la 'de-solidarizzazione' del capitale lasciando in ombra l'esigenza di costruire una nuova entità politica solidale (dotata di poteri redistributivi attraverso tasse e trasferimenti) finisce per essere nobilitata quale inedito cantiere di sperimentazione di nuove forme di solidarietà tra stati più impegnative della tradizionale solidarietà internazionale.

Apparentemente estraneo, ma invece intimamente collegato, al paradosso appena accennato sta quello per cui la solidarietà tra stati membri dimostrata nella serie di salvataggi operati dagli stati 'creditori' nei confronti di quelli 'debitori' segna anche un moto di 'de-solidarizzazione' interna: la famigerata 'condizionalità' cui sono astretti gli interventi di salvataggio degli stati in crisi si è invariabil-

---

<sup>75</sup> A. SANGIOVANNI, *Solidarity in the European Union*, in *Oxford Journal of Legal Studies* 2013/2, pp. 213ss.

<sup>76</sup> J. SAPIR, *Bisogna uscire dall'euro?*, Verona 2012, pp. 26s., 47 e 61. Per Federico Caffè, la crisi del modello keynesiano risiede nell'aver abbandonato l'insegnamento di Keynes della necessità di limitati ma efficaci controlli, sia interni che internazionali, se non si vuole rinunciare alla preservazione della piena occupazione; sebbene i controlli durevoli sui movimenti di capitali fossero originariamente previsti negli accordi di Bretton Woods, tale principio fu completamente disatteso nella prassi del FMI; per Keynes, non si sarebbe mai dovuto rinunciare all'ingigantirsi sfrenato del mercato delle valute europee: F. CAFFÈ, *L'economia della piena occupazione* [1979], in Id., *L'economia contemporanea. I protagonisti e altri saggi*, Roma 2013, pp. 183s.

<sup>77</sup> R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.* n. 1/2007, pp. 11ss.; A. SUPLOT, *Introduction*, in Id. (cur.), *La Solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Paris 2015, p. 21.

mente tradotta in politiche di deflazione salariale, precarizzazione del lavoro dipendente e di taglio alla spesa pubblica e al welfare nei paesi dell'eurozona beneficiati dalla (nuova) solidarietà degli altri stati membri. Questo tipo di solidarietà tra stati membri ha drammaticamente a che fare con la solidarietà tra individui, nel senso di condurre alla de-solidarizzazione interna, di recidere, cioè, molti di quei legami intracomunitari costituiti dalle varie forme di previdenza e assistenza sociale istituite dallo stato negli anni. Il caso della Brexit (e delle tendenze politiche affioranti nella stessa Germania, di cui si è fatto cenno), stanno a dirci anche che la solidarietà fra stati membri, nelle forme dei programmi di assistenza finanziaria subordinati alla condizionalità delle riforme ispirate all'austerità, non ha come conseguenza solo l'inevitabile de-solidarizzazione interna, ma anche quella 'esterna', intesa come crisi di rigetto da parte delle opinioni pubbliche nazionali (magari malamente guidate o manipolate da politici e media nazionali) verso quei flussi di cittadini europei migranti, i quali cercano altrove quello che non possono più trovare a casa propria (occupazione dignitosa e welfare). L'ostacolo alla circolazione dei lavoratori considerato tipico in un'entità come l'UE (la differenza linguistica) non sembra più tanto il maggiore<sup>78</sup>: a rivelarsi cruciale, oggi, è piuttosto l'ostacolo 'politico' della scarsa compassione mostrata dai cittadini degli Stati 'creditori' o comunque 'affluenti' verso chi pensa di poter meglio superare la crisi abbandonando la propria patria, pur restando entro la 'casa comune' europea. Se il concetto di *sostenibilità economica* della libertà di circolazione e soggiorno è iscritto nel diritto derivato dell'UE<sup>79</sup> ed è oggi valorizzato oltre misura dalla giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>80</sup>, è piuttosto al concetto di *sostenibilità politica* che bisognerebbe guardare.

Assistiamo dunque al circolo vizioso per cui la c.d. 'solidarietà positiva' tra stati membri dell'UEM (consistente nelle politiche di austerità imposte agli stati 'debitori' in cambio dell'assistenza finanziaria

---

<sup>78</sup> Come paventato, tra gli altri, da C. OFFE, *L'Europa in trappola*, cit., pp. 69s., che riteneva, per questo motivo, illusorio attendersi soluzioni alle rigidità dell'UEM dalla deflazione salariale e dalla mobilità del lavoro.

<sup>79</sup> Cfr. la Direttiva 2004/38, artt. 7, par. 1, lett. b.); 12, co. 2, 13, co. 2 e 14, co. 1, che subordinano la libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini comunitari inattivi al non costituire un «onere eccessivo» per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante.

<sup>80</sup> Cfr. *supra*, ntt. 9 e 19.

condizionata) determina un pericoloso moto di de-solidarizzazione interna agli stati a rischio di default, cui va ad aggiungersi l'ulteriore conseguenza di una de-solidarizzazione esterna, per cui i cittadini degli stati membri affluenti reagiscono egoisticamente e 'difensivamente' all'aumento dei flussi di migrazione intraeuropea<sup>81</sup>. La soluzione da più parti e da tempo avanzata contro gli squilibri interni all'UEM (e all'UE, in generale) sarebbe quella di compensare tali squilibri (specialmente quelli della bilancia dei pagamenti) attraverso politiche espansive nei paesi in surplus (Germania in testa). Il perseverare in politiche di stampo mercantilistico in tali paesi (con un eccesso di export) viene tuttavia da questi giustificato con l'esigenza di accumulare risparmi sufficienti per far fronte ai costi crescenti del welfare legati all'andamento demografico nazionale (invecchiamento della popolazione)<sup>82</sup>. Ne deriva, ancora una volta, un conflitto tra solidarietà interna ed esterna: l'esigenza di 'solidarietà interna' in un paese economicamente egemone come la Germania (accumulare riserve per la futura spesa pensionistica) ispira politiche di stampo mercantilistico, evidentemente incompatibili con la solidarietà tra stati membri che un'unione monetaria presuppone.

## 6. Conclusioni

Col varo dell'UEM, l'integrazione europea ha preteso fondarsi sulla 'competitività' tra le singole aree geo-politiche interne all'Unione europea, tendenzialmente coincidenti con gli stati membri, realizzando quel cruciale passaggio dalla 'solidarietà redistributiva' a quella 'competitiva'<sup>83</sup>. Ciò, nell'illusione che l'efficienza dei mercati avrebbe non solo scongiurato l'acuirsi degli squilibri tra tali aree, bensì avrebbe addirittura risolto tali squilibri<sup>84</sup>. Si è puntato, cioè, sull'aumento di

---

<sup>81</sup> La crisi in tali Paesi ha dirottato il flusso di migranti dai Paesi dell'Est (Bulgaria e Romania, in particolare: cfr. *supra*, nt. 14).

<sup>82</sup> M. PLATERO, *FMI poco incisivo sulle ricette per la crescita*, in *Sole 24 Ore* 17 aprile 2016, p. 4.

<sup>83</sup> Cfr. W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e mercato*, 2000/1, pp. 3ss., richiamato da S. GIUBBONI, *Solidarietà*, cit., pp. 551ss., che parla di «torsione competitivo-produttiva» del concetto di solidarietà.

<sup>84</sup> In presenza di condizioni fortemente eterogenee, «la conseguenza della pressione competitiva non è la convergenza verso un'area economica omogenea, ma è il formarsi di una struttura gerarchica di aree forti e di aree deboli»: C. GNESUTTA, *Teoria economica e*

competitività dei singoli paesi anziché dar vita alla tanto vituperata (dagli stati dell'euro 'forte') Transfert-Union, evitando non solo di procedere all'integrazione attraverso una solidarietà di stampo para-federale, con trasferimenti compensativi a favore delle aree meno sviluppate, ma anche di introdurre efficaci strumenti di coordinamento delle bilance dei pagamenti tra gli stati membri dell'eurozona, secondo il modello keynesiano della Clearing Union<sup>85</sup>.

I costi di una simile 'competitività tra stati' si sarebbero inevitabilmente scaricati, almeno nel breve periodo, sulla mobilità del lavoro, con le aree strutturalmente inefficienti (o meno competitive) destinate a esportare manodopera a basso costo nelle aree più competitive. Il che avrebbe reso cruciale la c.d. 'solidarietà transnazionale' tra cittadini europei, ossia la disponibilità (rispecchiata in determinati principi

---

*mutamento costituzionale*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, Special Issue (2015), p. 103; cfr. anche F. BILANCIA, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014. Sulla tesi della 'mezzogiornificazione' d'Europa, quale portato delle politiche d'austerità patrocinate per 'salvare l'euro', cfr. E. BRANCACCIO, M. PASSARELLA, *L'austerità è di destra*, cit., pp. 86, 91.

<sup>85</sup> L. FANTACCI, A. PAPETTI, *Il debito dell'Europa con se stessa. Analisi e riforma della governance europea di fronte alla crisi* (18 luglio 2013), in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2013, p. 28ss., i quali evidenziano la sorprendente impreparazione giuridico-istituzionale dell'UEM dinanzi allo squilibrio delle bilance dei pagamenti (pericolo, invero, evidenziato in un ignoto rapporto della Commissione del 2006) e il fatto che tale squilibrio tra stati dell'UEM in surplus (Germania, Olanda e Finlandia) e in deficit (Grecia, Spagna, Irlanda e Portogallo) sia stato corretto iniquamente soltanto deprimendo le importazioni di questi ultimi attraverso le politiche di austerità; il sistema di compensazione Target 2 ha permesso e permette che il denaro prestato dalla BCE alla periferia (banche private di Grecia, Spagna, ecc.) rifluisca verso il centro (per ripagare i debiti pregressi e comprare attività finanziarie del centro) e qui venga ridepositato presso la BCE, anziché essere speso nuovamente all'estero o all'interno; diversamente, il sistema di compensazione concepito da Keynes (Clearing Union) onerava (anche) i depositi degli stati in surplus in modo da finanziare trasferimenti redistributivi a favore degli stati in deficit. In termini ancora più espliciti: «la tendenza della Germania ad accumulare surplus commerciali verso l'estero genera il paradosso di un paese egemone che, anziché svolgere il ruolo tradizionale di creatore e diffusore della moneta all'interno del sistema che esso domina, tende piuttosto a risucchiarla presso di sé sottraendola agli altri paesi membri»: E. BRANCACCIO, *Marcello De Cecco: la lucida eresia di un "protezionismo moderato"*, (marzo 2016), in *Economia e Politica. Rivista online*, <http://www.economiaepolitica.it>. Cfr. altresì S. CESARATTO, *L'organetto di Draghi. Terza lezione: LTRO, Target 2, OMT (2011-2012)*, in *Economia e Politica. Rivista online*, <http://www.economiaepolitica.it>. Per i più critici dell'UEM, l'assenza di un tale sistema di compensazioni è tutt'altro che casuale, posto che «nell'elaborazione delle regole di Maastricht ha predominato politicamente il blocco dei paesi dell'area marco, guidati dalla Germania. E chi si aspetta di essere in surplus ovviamente non ha interesse a contenere i deficit altrui»: A. BAGNAI, *Crisi finanziaria e governo dell'economia*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2011, p. 23.

e norme del diritto UE) a includere nel mercato del lavoro nazionale cittadini dell'Unione non nazionali. Tale disponibilità implica, necessariamente, il diritto dei cittadini non nazionali di accedere al welfare dello stato di immigrazione in condizioni di parità con i cittadini nazionali. Le pulsioni dell'opinione pubblica di molti stati europei, specie quelli teoricamente chiamati a tale 'solidarietà transnazionale', spingono però verso la direzione opposta. Il che sembra mettere in crisi l'architettura delle c.d. 'unioni monetarie ottimali', ove uno degli elementi compensativi fondamentali per assorbire i c.d. 'shock asimmetrici' all'interno dell'unione stessa è dato proprio dall'elevato grado di mobilità del lavoro<sup>86</sup>. Le teorie relative alle 'unioni monetarie ottimali', tuttavia, sembrano modellizzare una situazione in cui la mobilità del lavoro ha carattere geopoliticamente 'neutro': la mobilità non serve a compensare uno squilibrio strutturale tra gli stati membri di tale unione, bensì uno squilibrio temporaneo dettato da crisi intervenute in determinati settori merceologici (cala la domanda globale di auto, mandando in crisi Detroit e dintorni, mentre aumenta quella di nuove tecnologie informatiche, aumentando l'offerta di lavoro nella Silicon Valley). Se le popolazioni degli stati appartenenti a questa ipotetica unione monetaria percepiscono la mobilità del lavoro come 'neutra', ossia come uno strumento che oggi aiuta i propri vicini e domani se stessi, è meno probabile che tale mobilità susciti moti di ripulsa capaci di condurre alla disintegrazione dell'unione stessa; mentre se accade il contrario, come sembra oggi il caso dell'UE, appare giustificabile la percezione che le popolazioni degli stati 'affluenti' (di immigrazione) hanno dei migranti economici 'interni' all'Unione stessa, ossia la percezione di una 'invasione' alla lunga incompatibile con il mantenimento delle attuali condizioni di reddito da lavoro (dumping salariale) e di welfare. Il problema non è risolvibile perpetuando l'architettura dell'UEM, fondata sull'auto-responsabilità degli Stati membri e sul divieto di mettere in comune i debiti pubblici: la moneta unica ha contribuito e contribuisce, con lo smantellamento delle difese nazionali contro gli squilibri nella bilancia dei pagamenti, all'aggravamento degli squilibri strutturali tra Stati membri forti e deboli. L'andamento del (pur debolissimo) piano d'investimenti della Commissione Juncker testimonia questa asimmetria crescente: al primo posto nella classifica

---

<sup>86</sup> Cfr. A. VERDE, *Unione monetaria e nuova governance europea. Teorie, istituzioni, politica economica*, Roma 2012, pp. 230 e 234ss.

dei ‘beneficiari’ del piano, risulta il Regno Unito, mentre la Grecia risulta all’ultimo posto, preceduta dal Portogallo. Un paradosso che richiama quello del famigerato *Quantitative easing* della BCE, ove vengono acquistati (e, alla scadenza, di fatto azzerati) i titoli del debito pubblico prevalentemente di paesi che non avrebbero bisogno di un simile alleggerimento, Germania in testa, mentre vengono esclusi i titoli del debito greco<sup>87</sup>.

Senza una vera capacità *europea* di investire nelle aree meno efficienti dell’Unione e di rilanciare, così, tanto la produttività che la domanda interna in quelle aree, sarà difficile invertire le tendenze disgregative in atto. Per poter far questo, però, è necessario un sistema politico autenticamente europeo, capace di controbilanciare efficacemente le spinte centrifughe che, a intervalli di tempo ravvicinati, provengono dagli elettorati nazionali, paralizzando o, peggio, indirizzando malamente il processo decisionale europeo oggi prevalentemente intergovernativo<sup>88</sup>. Da questo punto di vista, l’attuale fallimento della visione di ‘cittadinanza sociale’ patrocinata dalle istituzioni europee, Corte di giustizia e Commissione in testa, può leggersi come l’altra faccia della medaglia del fallimento dell’ideale post-moderno europeo di un livello di governo sovranazionale ‘manageriale’ ove gli spazi del dissenso politico sono sterilizzati<sup>89</sup>. La cittadinanza sociale europea non ha prodotto l’agognata solidarietà transnazionale nella misura in cui le differenti forme di solidarietà orizzontale da sempre presenti nelle società europee possono creare autentica cittadinanza (e dunque autentica solidarietà) solo se messe in grado di influenzare le decisioni politiche<sup>90</sup>. Più che attribuire il deficit democratico all’assenza di un

---

<sup>87</sup> P. DE GRAUWE, *The ECB Grants Debt Relief To All Eurozone Nation Except Greece* (19 maggio 2016), in *Social Europe*.

<sup>88</sup> Cfr. J. HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica. Un’arringa per la solidarietà europea*, Roma-Bari 2013, pp. 69s., in cui si esortano tutti i partiti filoeuropei a “raccolgersi insieme” e tematizzare in termini europei e non nazionalistici i conflitti sociali interni. Sulla necessità di creare sia una vera e propria politica europea sia un’europeizzazione della politica nazionale, cfr. R. BIN, P. CARETTI, G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell’Unione europea: processo costituente e governance economica*, Bologna 2015, pp. 334s.

<sup>89</sup> M. DANI, *The Subjectification of the Citizen in European public law*, in L. AZOULAI, S. BARBOU DES PLACES, E. PATAUT, *Constructing the Person in EU Law*, cit., pp. 72-88; F. DE WITTE, *Emancipation Through Law?*, ibidem, pp. 31s.

<sup>90</sup> C. COLLIOT-THÉLÈNE, *What Europe does to citizenship*, in D. CHALMERS, M. JACHTENFUCHS, C. JOERGES (cur.), *The End of the Eurocrats’ Dream*, cit., p. 141. In maniera quasi speculare, si è sostenuto che l’autodeterminazione individuale viene appiattita, a livello nazionale, su una dimensione politica assorbente, mentre l’UE si incaricherebbe

autentico *demos* europeo, tale deficit andrebbe imputato all'approccio inerziale delle élite politiche nazionali (e dell'UE) di rendere impossibile la formazione di un spazio politico europeo<sup>91</sup>. La vicenda recente degli *Spitzenkandidaten*, ossia della candidatura a Presidente della Commissione avanzata dai leader dei maggiori raggruppamenti politici europei alle ultime elezioni del Parlamento europeo del 2014, appare come il tentativo del Barone di Münchhausen di uscire dalle sabbie mobili tirandosi per i capelli<sup>92</sup>. Le attuali linee di frattura geopolitiche nell'UE (tra paesi del Nord e del Sud, dell'Est e dell'Ovest) potrebbero essere controbilanciate solo da linee di contrapposizione politica capaci di integrare i cittadini europei attorno a visioni alternative, e dunque conflittuali, del bene comune. La sostanziale neutralizzazione di alternative al modello economico prevalente iscritto nei trattati eu-

---

proprio di ampliare tale autodeterminazione (cercare il proprio modello di 'vita buona') oltre i confini nazionali: F. DE WITTE, *Transnational Solidarity and the Mediation of Conflict of Justice in Europe*, cit., p. 699; lo stesso Autore, dopo le lezioni della crisi e dell'austerità, ha ribadito un simile ruolo emancipatore dell'UE, riconoscendo però il rischio che l'UE stessa costituisca una struttura di dominio rispetto alla quale latitano gli spazi 'politici' di resistenza e contestazione: F. DE WITTE, *Emancipation Through Law?*, cit., p. 32s.

<sup>91</sup> C. COLLIOT-THÉLÈNE, *What Europe does to citizenship*, cit., p. 144.

<sup>92</sup> Come noto, tale innovazione nella prassi pre-elettorale dei partiti europei ha preteso attuare il nuovo art. 17, par. 7 TUE, ove si legge che «(t)enuto conto delle elezioni del Parlamento europeo e dopo aver effettuato le consultazioni appropriate, il Consiglio europeo, deliberando a maggioranza qualificata, propone al Parlamento europeo un candidato alla carica di presidente della Commissione. Tale candidato è eletto dal Parlamento europeo a maggioranza dei membri che lo compongono. [...]». La politicizzazione che, così si mirava a introdurre, della competizione europea non ha invertito la tendenza all'astensionismo dei cittadini europei (42,54% di partecipazione al voto, di poco inferiore al 43% registratosi nelle elezioni precedenti del giugno 2009), anche per l'incapacità degli stessi partiti europei di proporre candidati di 'rottura' con le precedenti politiche europee: J. ZIELONKA, *Disintegrazione*, cit., pp. 110ss. In ogni caso, una rottura tale prassi l'avrebbe determinata, segnando per la prima volta un conflitto formale all'interno del Consiglio europeo, ove Regno Unito e Ungheria hanno votato contro la proposta di nomina di Junker, quale candidato reclamato dalle forze politiche nel neo-eletto Parlamento europeo (cfr. C. CURTI GALDINO, *L'elezione del nuovo presidente della Commissione europea: profili giuridico-istituzionali*, in *Dir. UE* 2015/1, pp. 162ss.). Del resto, neppure la coalizione tra i due maggiori partiti al Parlamento europeo (PPE e S&D) ha garantito l'elezione parlamentare di Junker, il quale ha allargato la maggioranza ai liberali dell'ALDE (67 parlamentari) al fine di assorbire le defezioni nei due partiti coalizzati, defezioni ispirate più dall'appartenenza nazionale che da quella politica: S. FABBRINI, *The European Union and the Puzzle of Parliamentary Government*, in *Journal of European Integration* 2015/5, p. 577 (ove si critica la compatibilità istituzionale della parlamentarizzazione della forma di governo dell'UE).

ropei (e radicalizzato ‘dall’esterno’ con il Fiscal Compact) ha impedito fin qui la nascita di soggetti politici europei con effettive capacità aggreganti<sup>93</sup>. La neutralizzazione politica, così pervicacemente perseguita negli anni del trionfo neoliberista, sembra oggi lo strumento con cui l’Unione europea si autoinfligge la propria disintegrazione.

---

<sup>93</sup> Prima di tornare ad armeggiare con l’ingegneria costituzionale dell’Unione, è necessario – almeno da un punto di vista socialdemocratico – maturare idee politiche su quale società costruire in Europa e dar vita a un sistema politico europeo, intensificando l’integrazione solo con quei paesi europei disponibili alla costruzione di un autentico stato europeo e lasciando fuori gli altri: A. SOMEK, *Four Impious Points on Brexit*, in *German Law Journal*, Vol. 17— *Brexit Supplement* (1° luglio 2016), p. 108.



PARTE IV  
*RUBRICHE*



## INTRODUZIONE

di *Gaetano Azzariti*

L'intervento di Alessandro Pizzorusso che pubblichiamo è rimasto sino ad ora inedito.

Fu pronunciato in occasione di un convegno svolto a Roma il 5 di ottobre 2009 per discutere la proposta di modifica della costituzione elaborata dalla Commissione affari costituzionali della Camera dei Deputati (c.d. "Bozza Violante"). Ad un anno dalla scomparsa del suo autore la Direzione della rivista – assieme agli allievi di Pizzorusso – intende così rendere omaggio ad un maestro che ha insegnato il rigore scientifico e l'impegno morale nello studio del diritto costituzionale e nella difesa dei principi di fondo del costituzionalismo democratico.

Il testo appare di estrema attualità. Vengono toccati alcuni punti che oggi più di ieri dovrebbero far meditare. Tanto la critica alla rivendicazione «quasi ossessivamente avanzata da buona parte delle forze politiche» dei governi di legislatura (e dunque, potremmo aggiungere, della stabilità a tutti i costi), quanto la sottolineatura della disattenzione nei confronti del tema decisivo della «demolizione» del modello di partito che si era formato in Italia sembrano costituire vizi che si sono progressivamente estesi.

Da un lato, infatti, una ricerca «ossessiva» della stabilità ha portato a sostenere le tesi più ardite, in base alle quali le votazioni per eleggere i nostri rappresentanti in realtà servirebbero a stabilire (secondo lo slogan in voga: «la sera stessa delle elezioni») chi ci deve governare per l'intera legislatura, mostrando un assoluto disinteresse per le ragioni della rappresentatività del parlamento. Dall'altro, il definitivo tramonto del modello costituzionale di partito rende ormai difficile pensare che ci si trovi di fronte a formazioni sociali in grado di permettere ai cittadini di concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale.

La parte che mi sembra più attuale dell'intervento di Pizzorusso è però un'altra. Il suo richiamo alla necessità di «ripartire» sulla spinta di una forte morale: «difendere la costituzione, rivitalizzando la cultura e la moralità pubblica». È certamente ipotizzabile – scrive il maestro pisano – un'opera di manutenzione costituzionale, ma ad alcune

condizioni. Non possono essere espressione di avventurismo populistico e demagogico. Non possono neppure proporsi nel solco della Grande riforma («un grave errore»). In questi casi v'è da ritenere che ciò che ci si propone è «di fare un passo all'indietro».

Faccio mie queste valutazioni per l'oggi: gli ultimi accadimenti culminati con la riscrittura di troppi articoli della seconda parte della Costituzione sono il frutto dei vizi denunciati ed hanno rappresentato il tentativo di far fare un altro passo indietro alla storia e alla cultura costituzionale italiana. Ci può rassicurare il fatto che tale prospettiva è stata rifiutata, con grande forza e coraggio, dalla maggioranza degli elettori. Cionondimeno ritengo che l'intera vicenda si possa commentare con le stesse parole che concludono lo scritto che qui si presenta:

«Certamente è stata la più grossa autorete della recente storia parlamentare. Ma forse parlare di autorete è troppo benevolo perché, le autoreti, di regola, sono involontarie».

## SULLE RIFORME COSTITUZIONALI

di *Alessandro Pizzorusso*

C'è un problema di carattere generale che è stato toccato in parecchi interventi e che riguarda i limiti che la revisione costituzionale incontra per quanto riguarda la forma di governo, con riferimento alla quale è stato detto da alcuni che dovrebbero essere considerate come possibili due alternative (come già avvenne nel corso dei lavori della Bicamerale che lavorò, senza pervenire ad alcun esito positivo, nel 1997): quella rappresentata da una forma di governo parlamentare e quella rappresentata da una forma di governo presidenziale. Come tutti ricordano, nel corso dei lavori dell'Assemblea costituente che lavorò nel 1946-47, l'ordine del giorno Perassi prese in considerazione il governo direttoriale, il governo presidenziale e il governo parlamentare per escludere i primi due, in quanto estranei alle tradizioni europee (con l'eccezione del tutto particolare della Svizzera, per quanto riguarda la forma direttoriale) e quindi per optare per la terza alternativa con una famosa riserva, secondo la quale la forma parlamentare doveva essere corretta al fine di assicurare la stabilità governativa e di evitare le "degenerazioni del parlamentarismo".

Così fu fatto, limitandocisi peraltro, sotto quest'ultimo punto di vista, quasi esclusivamente a disciplinare il rapporto di fiducia fra Parlamento e Governo (introdotto con le modificazioni tacite dello Statuto albertino e quindi abolito con l'avvento del regime fascista, formalmente con l'art. 2 della legge 24 dicembre 1925 n. 2263), ma la stabilità governativa fu assicurata più dalla situazione politica internazionale che impose la *conventio ad excludendum* nei confronti del partito comunista che non dalle specifiche previsioni inserite nella Costituzione (quale avrebbe potuto essere, ad esempio, la "sfiducia costruttiva"), mentre nulla fu fatto per evitare le degenerazioni del parlamentarismo che favorirono la progressiva dequalificazione del ceto politico e dell'ambiente in cui esso si trovò a lavorare, dandosi piena fiducia al personale politico allora presente. La Democrazia cristiana poté così governare per circa quarant'anni, ma i governi da essa espressi furono sempre deboli e di breve durata, anche se il clima di sufficiente

---

\* Titolo redazionale.

rispetto reciproco fra le forze politiche e di sviluppo per le libertà civili, politiche e sociali consentì di realizzare la sostanziale osservanza della fondamentale regola del costituzionalismo che prescrive la garanzia delle libertà fondamentali e della separazione dei poteri (art. 16 della dich. dei diritti del 1789).

La stagione delle riforme istituzionali, cominciata negli anni '70 del XX secolo sotto la spinta del PSI di Bettino Craxi e proseguita fino al referendum del 25-26 giugno 2006 che rigettò la proposta Berlusconi-Bossi-Fini-Casini per la revisione dell'intera seconda parte della Costituzione, fu accompagnata da un imponente compendio di riforme delle leggi ordinarie tendenti ad impedire il normale corso della giustizia penale per i reati comuni commessi dal *leader* di questo schieramento per favorire i propri personali interessi e per consolidare il potere conquistato grazie al quasi monopolio dei più potenti mezzi d'informazione.

Le ragioni della mancata attuazione, ad opera dell'Assemblea costituente e poi in seguito, dell'auspicio (che era quasi una condizione), contenuta nell'ordine del giorno Perassi, a favore di una maggiore garanzia della stabilità dell'esecutivo, sono state illustrate da Leopoldo Elia nell'intervento da lui svolto il 9 gennaio 2008 nel corso del convegno sulla Costituzione organizzato dall'Accademia dei Lincei (che può leggersi ora nei relativi atti, pag. 99 e seguenti), ove si ricorda come fu lasciata cadere la proposta Tosato di introduzione di una sorta di sfiducia costruttiva, anticipatrice della ben nota soluzione poi accolta dalla Costituzione tedesca del 1949 (a sua volta in parte anticipata dall'art. 3, 4° comma, ultima proposizione, del decreto legislativo luogotenenziale 16 marzo 1946 n. 98, per il periodo in cui l'Assemblea costituente svolse anche talune delle funzioni proprie del Parlamento).

La mancata presenza fra le clausole della "bozza Violante" di una previsione di questo genere è probabilmente dovuta alla rivendicazione quasi ossessivamente avanzata da buona parte delle forze politiche, durante la fase storica iniziata con i referendum del 1991 e del 1993, di una obbligatoria durata per l'intera legislatura del governo formato all'inizio di essa (che la Costituzione giustamente non prevede, come è stato dimostrato dalla crisi di governo del dicembre 1994 e da altre successive), in nome dell'esigenza di realizzare una forma di obbligatorio bipolarismo, o addirittura bipartitismo, anche ove esso non corrisponda alla volontà degli elettori. Istanza questa, che è stata in larga misura realizzata, in violazione della Costituzione, con le modifica-

zioni della legislazione elettorale realizzate soprattutto con la legge elettorale del 2005 (oltre che con alcune “modificazioni tacite” della Costituzione, ormai operative nonostante che si tratti di una costituzione “rigida”), le quali hanno introdotto il sistema delle liste bloccate e il premio di maggioranza (per non dire di altre misure minori), ed è un peccato che la Corte costituzionale, pur avendo avuto l’occasione di applicare tale legge, nelle sentenze nn. 15-17 del 2008, dovendo verificare l’ammissibilità dei referendum proposti nei confronti di essa, non abbia ritenuto doverne preliminarmente valutare la costituzionalità (sulla quale ha invero mostrato di nutrire qualche dubbio). Anche senza la sfiducia costruttiva, tuttavia, la stabilità dell’esecutivo appare attualmente garantita dal sistema di elezione (ovvero, come ormai tutti dicono, di “nomina”) dei membri del Parlamento, come risulta dal fatto che, praticamente, nessuno chiede le dimissioni del Governo neppure dopo le sconcertanti vicende che si sono verificate negli ultimi mesi (e anni). E se così è, qualche ragione ci dovrà pur essere.

La legge elettorale del 1993, tendente a porre rimedio mediante il ricorso al collegio uninominale al crollo dei partiti che avevano governato nei precedenti cinquant’anni sotto il peso della corruzione (che si era diffusa in essi in modo intollerabile) e che avrebbe dovuto ripristinare quel rapporto fra corpo elettorale e dirigenza politica che si era venuto perdendo, non conseguì tale risultato a causa della demolizione del modello di partito che si era affermato in Italia (grosso modo dal tempo della fondazione dei partiti socialisti e laburisti europei in poi) e che fu anch’esso travolto dal fenomeno della corruzione (riproposti con modalità ben più gravi di quanto fosse avvenuto al tempo del trasformismo ottocentesco), oltre che dai fattori di crisi specificamente propri dei partiti della Sinistra, che l’evoluzione in senso “eurocomunista” del maggiore di essi non riuscì a salvaguardare del tutto dalle conseguenze del più che giustificato crollo del partito sovietico che allora governava in Russia e altrove.

L’avvento del nuovo modello di partito “personale” (o comunque di partito ormai scarsamente in grado di rappresentare i cittadini) fece venir meno il modello di democrazia che in Italia si era realizzata per la prima volta in base alla Costituzione del 1947, riportando la situazione alla fase che aveva preceduto l’avvento della forma partito affermatasi in Europa nel XX secolo e favorendo ancora di più la corruzione e gli altri vizi tradizionalmente propri della società italiana (quelli che avevano indotto Massimo D’Azeglio alla famosa procla-

mazione secondo la quale “fatta l’Italia, bisogna fare gli italiani”, che certamente non riguardava soltanto l’unità economica o giuridica).

È da qui che bisognerebbe ripartire, anche per quanto riguarda le riforme costituzionali, approfittando della circostanza che una serie di circostanze fortunate ci hanno dotato di una Costituzione frutto della maturazione di una ristretta *élite* che aveva potuto redigerla in un momento in cui le forze ostili alla democrazia e al progresso non avevano ancora potuto riorganizzarsi (ricordiamo, tuttavia, che la Costituzione fu approvata con 453 voti a favore e solo 62 contrari) e che un movimento politico di portata mondiale, grazie al sacrificio di milioni di persone, ci aveva imposto, col trattato di pace (articoli 15 e 17), di impedire ogni ritorno dei fattori che avevano prodotto e consentito il fascismo. Oggi che questa situazione è per tanti aspetti mutata, si pone perciò, in primo luogo (come del resto, alquanto tardivamente, ogni giorno ci sentiamo ripetere) la necessità di difendere quella Costituzione, rivitalizzando la cultura e la moralità pubblica (seppure probabilmente minoritarie) che l’avevano prodotta, cercando di realizzare quella elevazione morale e culturale delle masse che certamente, né il liberalismo ottocentesco, né il fascismo, né i ministri democristiani della pubblica istruzione, né una parte almeno degli appartenenti alle altre forze politiche, avevano contribuito a produrre.

Per quanto riguarda la Costituzione, un’opera di manutenzione di un testo vecchio oramai di oltre sessanta anni è certamente ipotizzabile, a condizione che non sia presentata come una necessaria svolta verso il progresso, ma tutt’al contrario, come una difesa, contro l’avventurismo populistico e demagogico, di un patrimonio giuridico e culturale da salvaguardare come un bene prezioso. Certamente però, l’attuale composizione del Parlamento non promette, in proposito, niente di buono, per cui anche la più sacrosanta delle proposte rischia di essere stravolta, come è già accaduto in molti casi.

Per quanto riguarda la forma di governo, il completamento dell’attuazione di quanto previsto dall’ordine del giorno Perassi comporterebbe certamente alcune misure da adottare, tenendo presente però che, in via di modificazioni tacite, si è andati già molto oltre quanto sarebbe stato opportuno fare al tempo della Costituente e che molte cose sono già state fatte dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e dalla prassi seguita dalla maggior parte dei Presidenti della Repubblica. Per cui è stato certamente un grave errore avallare l’idea della “Grande Riforma”, non trattandosi certamente di questo, salvo che

per chi si proponga di fare una riforma all'indietro. Personalmente riterei che la sfiducia costruttiva potrebbe essere opportunamente aggiunta alle previsioni contenute nella bozza di cui si parla qui, ma dubito che incontrerebbe i consensi necessari fino a quando l'attuale indirizzo resterà prevalente, per cui sembra molto difficile andare oltre la difesa dell'esistente.

Ritocchi parrebbero necessari anche alla riforma del titolo V, che è stata in parte assestata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, ma che presenta ancora taluni problemi da sciogliere, specialmente per quanto riguarda il sistema delle fonti che si presenta oramai privo di un qualsiasi ordine, tanto che una parte consistente della dottrina costituzionalistica sostiene che in Italia esistono delle fonti del diritto, ma non può più parlarsi di una "sistema" di esse. Senza arrivare ad una conclusione così estrema, mi sembra che ritocchi accettabili siano proponibili, certamente però non urgenti, anche perché vi sono forti indizi i quali inducono a pensare che essi potrebbero risolversi in peggioramenti ulteriori.

Per quanto riguarda il titolo IV, che in astratto avrebbe bisogno di misure di assestamento, sicuramente non conseguibili a questi chiari di luna, il pericolo maggiore non è forse tanto quello delle riforme costituzionali, annunciate del resto ogni giorno a piena voce, ma difficilmente realizzabili, quanto quello delle riforme *in peius* effettuate con legge ordinaria (o in via di modificazioni tacite), per le quali è possibile che venga trovata una docile maggioranza. Il danno enorme qui è stato realizzato quando è stato sostanzialmente ammesso, dalla stampa e un po' da tutti, che in Italia, secondo la morale corrente, accettare una dichiarazione di prescrizione di un reato infamante (o la condanna di una "pecora", come dicevano i soliti ignoti nel film di Monicelli), non sia molto diverso dal subire una condanna (ovvero accettare l'esistenza di due morali, una per sé e l'altra per tutti gli altri). Se, come affermano i giornali in questi giorni, la difesa del Presidente del Consiglio chiederà di provare che il pagamento all'avv. Mills è avvenuto in una data anteriore a quella contestata e che quindi il reato è già prescritto, sostanzialmente questo non costituirà una sorta di confessione di avere commesso il fatto (la quale, tra l'altro, renderà impossibile dimostrare che il fatto non ha carattere criminale)? Ma, a quanto sembra, atteggiamenti di questo genere sorprendono soltanto i giornali stranieri, non la grande maggioranza di quelli italiani.

Come già ha dimostrato la riforma dell'ordinamento giudiziario del 2005, il pericolo è molto forte, anche perché nessuno può pretendere che tutti coloro che si trovano più esposti (come i giornalisti, i magistrati, ecc.) siano disposti a “resistere” (secondo il giusto appello di Borrelli) se i rischi che ciò comporta non si limiteranno agli insulti dei soliti portavoce del Capo, ma si faranno più concreti, come le riforme annunciate implicitamente promettono.

La più importante delle riforme di cui la Costituzione ha urgente bisogno è comunque sempre di più quella che fu proposta da Elia e Bassanini poco dopo il passaggio al sistema elettorale maggioritario, che alzava le maggioranze necessarie per l'approvazione delle riforme costituzionali e di altre delibere e nomine che richiedono un consenso superiore alla metà più uno dei membri delle Camere. Per i membri nominati, per i quali non si guarda più alle qualificazioni professionali o morali o simili, una tale maggioranza non va più bene (come risulta ovvio dagli esempi che sono sotto gli occhi di tutti) e quindi si dovrebbero adottare maggioranze più alte. Non so perché i partiti della sinistra hanno rinunciato a sostenere questa proposta quando sarebbe stato possibile approvarla. Certamente, è stata la più grossa autorete della recente storia parlamentare. Ma forse parlare di autorete è troppo benevolo perché le autoreti, di regola, sono involontarie.

ASCESA E DECLINO  
DELL'IDEA DI GIUSTIZIA NEL FUMETTO ITALIANO  
DELLA SECONDA METÀ DEL NOVECENTO<sup>(\*)</sup>

di Aldo Sandulli

**SOMMARIO:** 1. *Law in Comics*; 2. *Caratteri e percorso*; 3. *Gli anni Cinquanta: Tex di Gian Luigi Bonelli*; 4. *Gli anni Settanta: i noir con la K*; 5. *Gli anni Settanta: Sturmtruppen di Bonvi e Alan Ford e Maxmagnus di Magnus e Bunker*; 6. *Tra fine anni Settanta e primi anni Ottanta: I briganti di Magnus*; 7. *Gli anni Ottanta: Zanardi di Andrea Pazienza*; 8. *Dal disincanto al re-incantamento*.

## 1. *Law in Comics*

Gli studi di *Law and Literature*, nati negli Stati Uniti quasi mezzo secolo fa, si sono affermati in Italia nel corso degli ultimi due decenni: vi sono riviste, insegnamenti universitari, associazioni di studiosi, iniziative cicliche e occasionali relative a tale area di studi. Si può approcciare ad essi con duplice intento: per inquadrare il fenomeno giuridico nel contesto più ampio delle scienze sociali, al fine di pervenire al suo reale valore e significato (*Law in Literature*); per studiare la variabilità e mutabilità del linguaggio e dei testi, a seconda del tipo di approccio, letterario o giuridico (*Law as Literature*).

In questo contributo si intende utilizzare il metodo *Law in Literature*, applicandolo però al fumetto: un mezzo diverso dalla letteratura tradizionale, a lungo considerato in Italia come “popolare” o di “serie B”, ma che in altri paesi, Francia e Belgio su tutti, è annoverato tra le maggiori espressioni dell’arte e della cultura del Novecento ed è considerato una efficace vetrina per studiare l’evoluzione sociale e politica di una nazione. Nella penisola, soltanto nell’ultimo quarto di secolo il fumetto è stato definitivamente e senza riserve accolto tra gli oggetti degni di analisi (nonostante che già negli anni Sessanta Umberto Eco,

---

<sup>(\*)</sup> Versione rivista e ampliata della lezione tenuta, il 21 maggio 2015, presso la Sala Pagliara, nell’ambito del ciclo *Ignobile Novecento*, organizzato dalla Facoltà di Lettere dell’Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.

Elio Vittorini, Oreste del Buono e altri intellettuali avessero avviato lo sdoganamento<sup>1</sup>) e adesso è oggetto di studio a livello universitario, di mostre e di analisi tecnica e artistica.

Il presente studio intende costituire un esempio di *Law in Comics*, anche se necessariamente molto al confine (e forse anche al di là di quello) con i territori sociologici e politologici. L'oggetto della disamina saranno quarant'anni di fumetto italiano della seconda metà del Novecento, dal 1948 al 1988. Il 1948 è l'anno di entrata in vigore della Costituzione repubblicana, nonché di decisive elezioni politiche e dell'attentato a Togliatti; ma è anche l'anno in cui Gian Luigi Bonelli ha creato Tex. Il 1989 è l'anno della caduta del muro di Berlino, che ha costituito un *turning point* fondamentale nella storia del Novecento, non soltanto continentale; ma è anche l'anno uno del fumetto italiano senza Andrea Pazienza, scomparso per overdose l'anno precedente: la sua morte chiude l'epoca d'oro del fumetto italiano. Nel mezzo di questi quattro decenni vi è lo sviluppo economico e sociale di un Paese, con un picco di speranza, di illusione e di disillusione costituito dal '68; movimento giovanile alimentato anche attraverso la crescita intellettuale e l'uso, per taluni versi eversivo, di uno strumento di cultura popolare quale il fumetto.

L'angolazione giuridica dalla quale si effettuerà l'analisi è quella, assai estesa, della nozione di giustizia, intesa nei suoi diversi significati e forme di espressione. Quello di "giustizia", d'altra parte, è termine giuridico antico e prismatico, che investe il pensiero giuridico e politico dalla sofistica greca a Rawls e Sen, suscettibile di rivestire una gamma assai estesa di significati, a seconda dei modelli sociali, dei contesti etici, degli assetti politici, dei periodi storici. Soltanto per citare alcune delle teorie più diffuse nel corso della storia umana, con "giustizia" si è inteso l'utile del più forte, l'equilibrio tra le parti nell'adempimento dei propri compiti, l'esigenza di dare a ciascuno il suo, l'espressione di valori universali, la legge del sovrano, l'ordine e la pace sociale, l'utilità sociale o felicità del maggior numero, l'eguaglianza, l'ideale cui la norma deve ispirarsi, la proporzione o distribuzione di costi e benefici tra i partecipanti all'impresa sociale, la

---

<sup>1</sup> Il principale rinvio è, ovviamente, a U. Eco, *Apocalittici e integrati: comunicazioni di massa e teorie della cultura di massa*, Milano, Bompiani, 1964, in cui la lettura di Charlie Brown, Superman e Steve Canyon è valutata, oltre che quale esempio di cultura di massa, quale strumento di persuasione occulta.

ragionevolezza e bilanciamento di interessi contrapposti, lo sviluppo sostenibile dei mercati a livello globale e l'elaborazione di garanzie procedurali al fine di assicurare il dibattito pubblico, il diritto di ciascuno alla dignità della persona.

Tutto ciò per dire che, nel presente contributo, l'ideale di giustizia sarà contemplato nel senso più lato ed esteso, al fine di ricavarne uno spaccato della storia e della società italiana della seconda metà del Novecento.

## **2. Caratteri e percorso**

I contributi principali del fumetto italiano della seconda metà del Novecento possiedono quattro caratteristiche principali:

- A. Raccontano storie di inefficienza delle istituzioni, di sfiducia nelle stesse, nonché di corruzione, fenomeno profondamente radicato nel tessuto sociale italiano;
- B. Si declinano, nel corso dei decenni, storie che depongono per la graduale ma costante perdita di punti di riferimento etici e il correlato scolorire della speranza nella costruzione di una società equa e giusta;
- C. I protagonisti del fumetto italiano del periodo sono fuorilegge o, comunque, soggetti che vivono ai margini della legge o che hanno avuto un passato oscuro o che infrangono la legge senza particolari remore di carattere etico ovvero con un'etica robusta, ma propria;
- D. Si trasmettono, attraverso il fumetto di quei decenni, messaggi dal sapore anarchico e di rottura rispetto al *côté* etico-sociale e ai messaggi tranquillizzanti diffusi dalla dottrina ufficiale e dal potere politico. I fumetti, in quanto prodotto di consumo popolare, sono stati costantemente avversati e ritenuti diseducativi per la gioventù<sup>2</sup>: essi hanno consentito la trasmissione di principi e valori, ma anche di ideologie, a una fascia molto più ampia della

---

<sup>2</sup> Si pensi alla campagna condotta dalla stampa cattolica negli anni Cinquanta dello scorso secolo, volta a mettere in guardia le famiglie in ordine alla «dimostrata travianza» del fumetto, su cui, per tutti, si v. G. DE FALCO, *Tex. Fumi di china italiana in deserti americani*, Roma, NPE, 2013, 31.

popolazione, che per lungo tempo non ha avuto accesso ai prodotti letterari<sup>3</sup>.

Nell'analisi diacronica che si intende tracciare, si prendono in considerazione alcuni fumetti simbolo per ciascun decennio: *Tex* di Gian Luigi Bonelli per gli anni Cinquanta; *Diabolik* delle sorelle Giussani e *Kriminal* e *Satanik* di Magnus e Max Bunker per gli anni Sessanta; *Alan Ford* e *Maxmagnus* di Magnus e Bunker e *Sturmtruppen* di Bonvi per gli anni Settanta; *Lo Sconosciuto* di Magnus a cavallo tra gli anni Settanta e Ottanta; *Zanardi* di Andrea Pazienza per gli anni Ottanta.

È un percorso che si muove lungo la via Emilia, sull'asse Milano-Bologna: milanesi sono Bonelli, Bunker e le sorelle Giussani; emiliani Magnus, Bonvi e Pazienza.

In questo tragitto mancano grandi autori di fumetti di quei decenni: tra gli altri, Hugo Pratt, Guido Crepax, Tanino Liberatore, Milo Manara, Vittorio Giardino. Ma bisognava scegliere una direzione e il filo rosso individuato ha comportato la rinuncia a taluni contributi, pur prestigiosi e di rilievo.

### **3. Gli anni Cinquanta: Tex di Gian Luigi Bonelli**

In *Tex*, figlio della Costituzione repubblicana, vi è una divaricazione netta tra *ius* e *lex*, tra diritto e legge.

Tex Willer (in un primo tempo, Killer) è un giustiziere e un anarchico: pur essendo inizialmente un fuorilegge, un bandito, un perseguitato, crede fermamente nell'ideale di giustizia, mentre non crede affatto nella legge e nell'ordine legale, nel sistema istituzionale creato per garantire il rispetto della legge.

Tex non si rivolge mai all'autorità costituita per risolvere un problema: lo affronta e lo risolve da sé, spesso operando *contra legem* nel perseguimento del giusto. Tex dà vita al seguente paradosso: è un ri-

---

<sup>3</sup> Sotto questo profilo, ad esempio, molto studiato è stato il ruolo ideologico e politico di diffusione di valori tra gli strati meno abbienti e acculturati della popolazione svolto in Argentina da *L'Eternauta*, chiaroveggente metafora a fumetti (*historietas*, nella lingua originaria) del 1957, sceneggiata (con disegni di Francisco Solano Lopez) da Héctor Oesterheld, il quale pagò con la vita tale capacità di trasmissione di valori, risultando nel 1977 tra i *desaparecidos* della repressione militare, assieme a tre delle quattro figlie.

guido applicatore della prima parte della Costituzione, pur violando la maggior parte delle leggi vigenti.

Ma viola la legge nel rispetto di un suo codice di comportamento, rigoroso e costante nel tempo: *autodikein* esercitata in osservanza di valori universali, paladino di una sorta di giustizia naturale. *Antigone* in chiave *western*.

Tex non è soltanto un'opera di Gian Luigi Bonelli, Tex è Gian Luigi Bonelli, "avventuriero" milanese, molto attivo negli anni Trenta, sceneggiatore di fumetti anche per l'*Audace*.

«Il motivo del mio successo? La mia identificazione nel personaggio: le avventure di Tex le vivo io. (...) So cosa vogliono i miei lettori: il trionfo del bene. La carogna presa a cazzotti. La gente odia il militare arrogante, il pezzo grosso, il banchiere. Odia il potere. E anch'io odio il potere o, come si dice oggi, il "palazzo". Siamo tutti anarcoidi, ribelli, infastiditi da mille problemi. Ecco perché la gente cerca di evadere: un *ranch* nel deserto, una *apacheria*, una giungla»<sup>4</sup>. E, ancora: «Tex è certamente un ribelle nei confronti del potere politico, militare, economico e anche nei confronti della avanzante civiltà tecnologica. È anche un progressista, ma essendo un uomo pratico, cerca sempre di ottenere il miglior risultato possibile, accettando talvolta dei compromessi e quei cambiamenti progressivi che i politici definirebbero "tempi lunghi". Diciamo che, più che "restauratore", è un "mediatore" tra due mondi che si scontrano ...»<sup>5</sup>.

Sergio Bonelli, notissimo autore (con lo pseudonimo di Guido Nolitta) ed editore, ha detto del padre:

«[Tex è] una proiezione dell'atteggiamento di Gian Luigi Bonelli nei confronti della società, dato che, caratterialmente, è un bastian contrario, un tipo che non ama assoggettarsi a regole prefissate. Gli piace definirsi un anarchico. Vuole vivere scrivendo racconti, senza dover sottostare alla burocrazia, ai doveri, alla routine di un impiego fisso, verso cui ha un atteggiamento perfino un po' snob»<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> *L'Audace Bonelli. L'avventura del fumetto italiano*, Roma, La Repubblica-L'Espresso, 2010, 191.

<sup>5</sup> *L'Audace Bonelli. L'avventura del fumetto italiano*, cit., 59-60.

<sup>6</sup> S. BONELLI CON F. BUSATTA, *Come Tex non c'è nessuno. Vita pubblica, segreti e retroscena di un mito*, Milano, Mondadori, 2008, 13.

«Tex e i suoi *pards* parlavano il linguaggio dell'empirismo lombardo negli anni appena precedenti il *boom* economico: l'orgoglio del fare, il culto dell'intraprendenza, l'insofferenza per le burocrazie e per i compromessi della politica, il rispetto dell'Altro, l'illuministica tolleranza nei confronti di chi è espressione di una diversa cultura. (...) Tex era ed è eversivo e i custodi del buoncostume e dell'ideologia lo avvertirono da subito (...). Quel tanto di anarchico che ancora oggi, orgogliosamente, mi porto dentro, quella diffidenza istintiva che da sempre nutro nei confronti del potere (di ogni potere), quella simpatia immediata per i deboli e i perdenti, sono tutti tratti della mia vita e della mia persona che credo di aver assorbito da bambino anche leggendo Tex»<sup>7</sup>.

Leggere Tex, negli anni Cinquanta, è un segno di trasgressione, rispetto ai più tranquillizzanti *Topolino*, al settimanale cattolico *Il Giornalino*, al primo Jacovitti, anch'egli di formazione cattolica. La giustizia di Tex è inesorabile: il pentimento e il perdono non sono contemplati. Tex è un violento e «un autentico artista dell'omicidio»<sup>8</sup>, anche se per sete di giustizia.

Western e avventure fiabesche vanno per la maggiore durante il corso della guerra e soprattutto dopo: gli italiani sono reduci da esperienze drammatiche, con ancora negli occhi un conflitto spietato (in chiave satirica, l'assurdità della guerra sarà magistralmente raffigurata, negli anni Settanta, dalle *Sturmtruppen* di Bonvi: v. *infra*): vi è l'esigenza di evadere, di sognare imprese sì violente, ma risolte da eroi nobili e fieri.

---

<sup>7</sup> G. CANOVA, *Memorie di un texiano non pentito*, in *L'Audace Bonelli. L'avventura del fumetto italiano*, cit., 172-173.

<sup>8</sup> C. PAGLIERI, *Non son degno di Tex. Vita, morti e miracoli del mitico ranger* (2 ed., Marsilio, Venezia, 2008, 12-13), ha calcolato che «a tutt'oggi, tra alti e bassi, Tex ha spedito “a spalar carbone nelle caldaie di Satanasso” qualcosa come 2783 avversari. Dividendole per razza, le vittime del ranger sono 1199 bianchi, 904 indiani, 528 messicani, 63 negri, 36 cinesi, 17 arabi, 10 malesi, 8 cavernicoli, 6 *thugs*, 5 *diablers*, 4 canachi, 1 mummia, 1 zombie e 1 scondo. Di questi, 1424 li ha uccisi con le fidate Colt, 1160 col fucile, 199 in altri modi. Per Tex il fine (cioè l'uccisione del nemico) giustifica qualunque mezzo e per questo, quando non ha a disposizione le pistole o il fucile, ricorre alla sua seconda natura indiana e squarta i nemici a colpi di *tomahawk*, lancia, coltello, oppure si avvale della propria forza erculee e li polpettizza con massi e perfino a mani nude, o li disintegra con dinamite e polvere da sparo o addirittura facendo deragliare un treno; oppure il maestro improvvisa, da autentico artista dell'omicidio, utilizzando cavicchi di nave, scuri da boscaiolo o trappole stile Rambo».

Tex si trasforma presto da fuorilegge a Ranger del Texas (con licenza di uccidere e farsi giustizia da sé, per così dire: è molto più tranquillizzante, più istituzionale l'idea di un uomo delle forze dell'ordine rispetto a quella dell'*outlaw*) e a capo della tribù indiana dei Navajos (a protezione dei più deboli e dei diseredati ed emarginati nelle riserve).

In più occasioni Tex si schiera contro i bianchi a difesa dei pellerossa: Bonelli, che ha trascorso lunghi periodi nel continente americano, denuncia sin dagli anni Cinquanta l'atroce genocidio di cui i bianchi si sono macchiati nei confronti degli indiani d'America.

In tal senso, egli è un anticipatore, come la celebre *historieta* argentina *Sgt. Kirk* di Oesterheld e Hugo Pratt degli anni Cinquanta. Hollywood arriverà alle stesse denunce soltanto alla fine degli anni Sessanta, con *Soldato blu* e *Piccolo grande uomo*.

Tex è l'esaltazione di valori indiscutibili e universali. In un contesto in cui bene e male sono nettamente riconoscibili, Aquila della Notte (nome indiano di Tex) non sbaglia mai: sta sempre dalla parte del bene; sicuro, baldanzoso, autoritario, presuntuoso, spesso fino all'arroganza. Abilissimo sia nel confronto fisico che in quello con le armi, non scende mai a compromessi, è un eroe senza macchia e senza paura. Un eroe perfettamente riconoscibile dal pubblico, che sa bene cosa attendersi da lui: e, infatti, una volta che Tex uccide un uomo disarmato o sparando alle spalle o picchia un uomo legato si assiste a una rivolta dei fan, perché il personaggio è stato violato nella sua imperturbabile coerenza, nella sua rettitudine non incrinabile.

Tex è un eroe votato all'azione, ma il suo patrimonio psicologico resta nell'ombra: non si sa quale sia la sua ideologia politica (destra e sinistra se lo contenderanno a lungo), quali siano i suoi orientamenti sessuali (la moglie indiana, Lilith, dura soltanto lo spazio di qualche pagina e non si risposerà: il suo rapporto con le donne è al limite della misoginia), quali siano le sue idee, i sentimenti, la psicologia. Tex non ha tentennamenti, non è protagonista di drammi interiori: con lui tutto è chiaro, fuori e dentro di sé, fin dall'inizio.

Soprattutto il suo codice morale è inossidabile: leale e disinteressato; riottoso a leggi e regolamenti e alle gerarchie militari; strenuo avversario dei potenti, dei politici, della burocrazia, spesso corrotta; nemico giurato di sette segrete e cospirazioni; giudice e carnefice; applicatore infessato dell'"occhio per occhio, dente per dente". Tex, come

ogni giustiziere, è un monarca assoluto della società in cui vive, nel senso che riassume in sé i tre poteri.

«La sua è una giustizia sostanziale, non istituzionale, senza cavilli e distinguo. E, nella maggior parte dei casi, mette da parte “l’arme della critica” per “la critica delle armi”»<sup>9</sup>.

«Penso che Tex Willer sia laico e “positivo”. È laico perché non è uomo da riti e procedure burocratiche e applica la legge con un senso della praticità che nella nostra realtà manderebbe in bestia non pochi rappresentanti della magistratura e non pochi santoni del nostro sistema politico-amministrativo. Perché non tiene conto alcuno di certe gerarchie sociali prefissate e anzi le infrange alla sua maniera schiacciando senza pietà quei “grand’uomini” che usano il potere come una religione e lo alimentano col sopruso ed il clientelismo. È un uomo positivo perché è suo l’atteggiamento ottimistico di chi crede profondamente nella forza del progresso e di chi combatte il male affrontandolo senza fatalismo. Tex non è un mistico, né l’ho mai visto protagonista di drammi interiori come certi eroi e “antieroi” degli ultimi tempi, anzi ostenta sempre una gran saldezza morale e spirituale. È sempre sicuro di sé, affronta ogni situazione, anche la più delicata e pericolosa, con decisione e disinvoltura, arciconvinto di sbaragliare qualunque avversario che sia una banda di fuorilegge o di rinnegati, una tribù di indiani ribelli, o una setta di fanatici. È un rullo compressore implacabile e calcolatore e mi fa quasi rabbia»<sup>10</sup>.

Tex è al contempo legge, amministrazione e giudice. Lo si può riscontrare, ad esempio, nella scena finale del n. 109, *Massacro*, nella quale egli elargisce giustizia, processa, condanna e legge la sentenza al colpevole. Quando il malvivente, arricchitosi attraverso lo sterminio degli abitanti di una cittadina, chiede, ferito e sconfitto, il colpo di grazia, Tex nega la fine rapida e “condanna” il malcapitato a scegliere tra la morte lenta e togliersi la vita con la pistola che gli viene lasciata:

---

<sup>9</sup> A. FATTORI, *Aquila della Notte forever. La tenacia dell’immaginario western classico nella gestione del cambiamento, in Il secolo del fumetto. Lo spettacolo a strisce nella società italiana 1908-2008*, a cura di S. Brancato, Latina, Tunuè, 2008, 150.

<sup>10</sup> G. DE NARDO, *I principi di Tex*, in *Fumo di China. Speciale Tex Willer, Tex catalogo*, s.d. (ma 1984), 27.

«C'è un solo colpo, Fraser, ma basterà per cancellare subito dalla tua mente gli spettri di coloro che hai fatto massacrare e per annegare nell'eterno silenzio l'eco delle loro grida disperate e il vicino ululare dei lupi». E senza dire una parola, Tex si volta e si allontana, scomparendo in breve nel folto della foresta. Alle sue spalle, nella radura immersa in un sinistro silenzio, restano un uomo col suo tremendo bagaglio di ricordi, rimorsi e angosce e una pistola con un colpo solo!»<sup>11</sup>.

I giudici, la pubblica amministrazione, le istituzioni in generale spesso non fanno una buona figura: corruzione e superficialità connotano gli organismi deputati ad assicurare giustizia e ad amministrare l'interesse pubblico (giudici, sceriffi, governatori, sindaci, amministratori, ecc.). Si veda, ad esempio, la figura corrotta e facilonza del giudice Roy Bean nel n. 110, *Chinatown*, che distribuisce una giustizia da *saloon*. Nella scena a sfondo razzistico, Kit Carson, tradizionale spalla di Tex, viene erroneamente scambiato per un ladro di cavalli e processato assieme a un altro malfattore, un bianco di origine irlandese, accusato dell'omicidio di un cinese, in un saloon trasformato per l'occasione in aula di tribunale. Prima che inizi l'udienza, il giudice è minacciato di morte dai complici dell'imputato: il processo si conclude con l'assoluzione del delinquente, sul presupposto che non sia previsto espressamente dalla legge il divieto di uccidere un cinese<sup>12</sup>.

Contro queste figure istituzionali corrotte, che lasciano una intera parte della nazione in preda alla criminalità, si erge il bene, attraverso i valori inossidabili della giustizia naturale e universale, impersonata da Tex e dai suoi *pards*.

La casa editrice Bonelli ha quasi monopolizzato, assieme a Topolino e ai supereroi, il fumetto popolare, quello dei bambini e delle famiglie, dando luogo, nel corso dei decenni a nuove serie, che si sono adattate ai costumi cangianti della società italiana.

Negli anni Sessanta, Sergio Bonelli ha dato vita, con lo pseudonimo di Guido Nolitta, a *Zagor*, lo spirito con la scure: in *Zagor* bene e male sono molto meno divisi da nette cesure; un po' Tarzan un po' Robin Hood, giustiziere a favore dei deboli e degli oppressi, protegge gli indiani della foresta di Darkwood e si fa paladino di una società

---

<sup>11</sup> P. 89. Sul punto si v. anche L. BRUNORI, *Il "Massacro" di Tex*, in *Gian Luigi Bonelli dal romanzo a Tex*, a cura di E. Linari, Firenze, Glamour International, 1991, 42-43.

<sup>12</sup> Pp. 98-103.

multiethnica ed egualitaria; come Tex, Zagor diviene un giustiziere per vendicare i brutali omicidi di familiari da parte di criminali.

Negli anni Settanta, sempre Guido Nolitta/Sergio Bonelli crea *Mister No*. Antieroe, eterno fallito, inguaribile donnaiolo, pilota di *piper* nel cuore dell'Amazzonia, Jerry Drake, alias Mister No, combatte le ingiustizie da uomo normale. Non è un giustiziere, non ha missioni da compiere, anzi è per fuggire dalla realtà e isolarsi che si è rifugiato nella foresta amazzonica. È l'avventura che lo va a scovare e risveglia il suo desiderio di giustizia: egli «finisce per incassare con una certa serenità i fallimenti della vita, perché, per lui, la vera vittoria consiste nel tenere fede ai propri principi»<sup>13</sup>.

A cavallo tra gli anni Settanta e Ottanta vede la luce *Ken Parker*, di Giancarlo Berardi e Ivo Milazzo, ispirato al Robert Redford di *Corvo Rosso non avrai il mio scalpo*: fumetto atipico per la casa editrice Bonelli, fumetto d'autore, poetico, ambientalista, realista, attento al dato storico. Di molti episodi Ken Parker, uomo normalissimo, antieroe, non è neppure il protagonista principale, ma compare lateralmente: come tutti gli uomini normali non sempre riesce a superare le difficoltà sulla sua strada, spesso sbaglia, invecchia, finisce in galera. E muore, nell'ultimo episodio, per redimere, con un estremo atto di coraggio e di giustizia, errori dell'età matura. Eroe della sconfitta, è stato definito. La sua dote principale è l'onestà, la lealtà, la coerenza, il romanticismo, la cultura. Gli episodi di Ken Parker sembrano sceneggiature di film.

Poi sarà la volta di *Dylan Dog* di Tiziano Sclavi e di altri, ma siamo ormai alla fine degli anni Ottanta e quindi ai confini dal periodo qui preso in considerazione.

#### 4. Gli anni Sessanta: i *noir* con la “K”

Molto meno rassicuranti furono i fumetti con la “K”, i fumetti *noir* degli anni Sessanta. Indicavano una voglia di trasgressione, negli anni del *boom* economico, “drogato”, in piena guerra fredda, dai finanziamenti statunitensi ufficiali del piano Marshall e da quelli sommersi dei fondi sovietici. In anni di pace, ma a serio rischio di conflitto nucleare,

---

<sup>13</sup> S. BONELLI CON F. BUSATTA, *Come Tex non c'è nessuno*, cit., 137.

un'intera nazione voltava pagina rispetto agli orrori della guerra e diveniva, al contempo, più cinica e meno ingenua e disinteressata.

La fase della ricostruzione seguita alle devastazioni della guerra si era ormai conclusa. L'innovazione tecnologica (automobile, televisione, elettrodomestici) migliorava la qualità della vita di una consistente fetta della popolazione e al contempo mutava i costumi. La forte industrializzazione del Settentrione determinava ondate di emigrazione dal Mezzogiorno, alla ricerca del riscatto economico e sociale: si divaricava la distanza tra Nord e Mezzogiorno.

Nel 1962 gli editori di fumetti adottavano il marchio di Garanzia Morale, con il quale si impegnavano a bandire sesso e violenza dalle loro pubblicazioni.

Ma proprio nel 1962 faceva la sua comparsa *Diabolik*, delle sorelle Angela e Luciana Giussani, primo fumetto italiano non destinato ai ragazzi, in formato tascabile (per poterlo occultare con facilità). Il fumetto perdeva la sua ingenuità fanciullesca e si rivolgeva a un pubblico adulto: l'eroe senza macchia e senza paura veniva messo da un canto.

*Diabolik* è un delinquente, un ladro spietato e quasi sempre vincente, fidanzato con Eva Kant, la sua complice. Non hanno remore morali o freni inibitori: la loro *mission* è di rubare denaro e gioielli ai ricchi, per vivere una vita dissoluta e parassitaria. Si ripropone la consueta lotta tra il Male e il Bene, quest'ultimo impersonato dall'ispettore Ginko, capo della Squadra Omicidi di Clerville, città immaginaria di un fantomatico paese d'oltralpe, ma con accento tipicamente milanese.

Come è stato rilevato da Gino Frezza:

«*Diabolik*, re del crimine, forniva legittimità all'altro lato della civilizzazione, al suo retro di violenza, senza più celarlo o senza ammantarlo dentro convenzioni che ne ammorbidissero gli effetti, ossia con un segno di autorevolezza tale da registrare senza remore il tasso davvero infimo di moralità e di eticità praticato nelle stanze di ricchi e potenti. Tutto ciò dava fastidio, per la rappresentazione non più mascherata del potere, e strideva con una opinione pubblica allineata allo *status quo*, non perché fosse falso, ma in quanto inesorabilmente vero, in grado di dire qualcosa di una verità non più contenibile, pur nelle molte cifre simboliche di una scrittura narrativa-figurativa ripetitiva e seriale. (...) Un solo individuo, seppure dalla sponda delle gesta criminali, palesemente contro le Leggi, mette in evidenza le crepe di un sistema di poteri e di economie, con l'amaro rovescio di una assenza

di moralità e di eticità di comportamenti. (...) Dentro una società in cui l'individualità pare perdere ogni residuo di libertà, l'eccedenza del singolo si mostra in una forma che non era né prescritta né prevedibile, rovesciando ogni pronostico, nei termini di una radicale esposizione critica dell'Ordine e della Legge»<sup>14</sup>.

Nel motivare l'eterna giovinezza di Diabolik, Oreste del Buono tratteggia un affresco dell'Italia di ieri, di oggi e (speriamo non) di domani:

«Diabolik continua a rubare. Ma ruba con sempre maggiore cognizione di chi siano le sue vittime programmate, si potrebbe dire, con equità. A Clerville, regno di Diabolik, va come in Italia. Il fallimento di "Mani pulite", nonostante i suoi iniziali trionfi, ci ha dimostrato che nutrire illusioni di giustizia assoluta è deplorabilmente sbagliato. Il sistema che regge da sempre l'Italia è quello della corruzione diffusa. Si può solo, e quindi si deve, tentare di aggiustare questo sistema, smussando i torti peggiori e specializzandoci nel patteggiamento, cercando di ristabilire un minimo di equilibrio e un minimo di fiducia»<sup>15</sup>.

Diabolik, in questo senso, è perfino umano, dotato di senso morale e troppo poco crudele, rispetto ai due "K" di Magnus (Roberto Raviola) e Max Bunker (Luciano Secchi), *Kriminal* e *Satanik*, entrambi creati nel 1964.

Sono anch'essi delinquenti e assassini senza scrupoli, ma la vera protagonista delle storie è la grottesca e meschina società nobile e alto borghese dell'epoca: un sottobosco corrotto, privo di vincoli etici, perverso, rispetto ai quali, peraltro, i fuorilegge e assassini *Kriminal* e *Satanik* non risultano tra i peggiori.

In particolare, *Satanik* è un personaggio maledetto e crudele. Scienziata il cui volto è deturpato da un esteso angioma ed è oggetto di bullismo da parte delle due sorelle, dopo aver scoperto un elisir che la trasforma in una donna bellissima e spietata, diviene, per sete di vendetta, un'assassina (a iniziare proprio dalle due sorelle), una *dark lady* seducente, dissoluta, lussuriosa e cattiva, affamata di gloria, denaro e ricchezze. Per raggiungere questi propositi realizza piani criminali con feroce intelligenza e fermezza agghiacciante, utilizzando il

---

<sup>14</sup> G. FREZZA, *Diabolik e la cultura moderna*, in *La Diabolika Astorina. 50 anni con il re del terrore*, Napoli, Comicon, 2012, 80-83.

<sup>15</sup> O. DEL BUONO, *Le Giussanik*, in Id., *Sul fumetto*, Bologna, Comma 22, 2014, 171.

suo fascino letale e l'abilità di seduttrice come arma; le storie in cui Satanik è usualmente coinvolta sono di tono spesso atroce e raccapricciante. *Horror e splatter* che, nel fumetto anticipano di circa un lustro la trilogia degli animali di Dario Argento (1970-71).

Come avvenne per Diabolik, a causa delle critiche accese della stampa e degli interventi della magistratura e della censura, il personaggio di Satanik rientrò gradualmente tra i ranghi, fino a divenire una giustiziera al servizio della legge, un agente segreto.

La caratteristica di questi antieroi è l'impronta utilitaristica e cinica, che rispecchia, sotto un velo di conformismo, quella della società borghese dell'epoca. Qualsiasi mezzo è ammissibile pur di raggiungere lo scopo: benvenuta è la ricchezza ottenuta per il tramite della corruzione, della trasgressione e della contrarietà all'ordine costituito. La giustizia non esiste, in nessuna forma: esiste soltanto l'utilità economica, il risultato finalizzato al benessere individuale.

## **5. Gli anni Settanta: *Sturmtruppen* di Bonvi e Alan Ford e *Max-magnus* di Magnus e Bunker**

Con il 1968 e la crisi petrolifera dei primi anni Settanta, il panorama cambia completamente. Il miracolo italiano si schianta contro il muro della recessione. I giovani chiedono spazio, un *révirement* nei costumi e una società meno chiusa e puritana. Da un lato, i giovani sognano un mondo nuovo e più giusto, la rivoluzione; dall'altro, si vive una fase di accesi scontri sociali e politici, in cui si rinfocola la lotta tra classi, questa volta urbanizzata.

Il fumetto, che si avvia verso percorsi maturi, di riflessione e non soltanto di intrattenimento, inizia a essere considerato un linguaggio complesso, a essere studiato da intellettuali del calibro di Umberto Eco, Elio Vittorini, Oreste del Buono, Vittorio Spinazzola, Carlo Della Corte, Giovanni Gandini, i fratelli Cavallone e altri.

Sorgono nuove riviste periodiche, capaci di leggere negli interstizi delle profonde trasformazioni sociali e delle divaricazioni generazionali dell'epoca: *Linus* è la prima e avvicenda fumetti italiani innovativi a grandi classici americani e a testi critici<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Sull'avventura editoriale di *Linus* si v. P. INTERDONATO, *Linus. Storia di una rivoluzione nata per gioco*, Milano, Rizzoli, 2015.

Cinici, ma, al contempo, anche caustici e grotteschi sono i due fumetti “prototipo” degli anni Settanta: *Alan Ford*, di Magnus e Bunker, e *Sturmtruppen* di Bonvi (nome d’arte del parmense Franco Bonvicini).

I soldati delle *Sturmtruppen* sono inetti, malevoli, sempre crudelmente ingenui. Espressione del feroce antimilitarismo dell’autore, essi combattono una guerra insensata e di infinita stupidità, intenti a fronteggiare un nemico invisibile. La vita umana non rappresenta un valore: la morte è un accadimento come qualsiasi altro.

«I personaggi erano inconfutabilmente soldati tedeschi vaneggianti nel disastro della Seconda guerra mondiale. Lo indicavano non solo gli elmi e i maltagliati e malsopportati cappottoni nel cui disegno Bonvi metteva in evidenza la goffaggine e l’ottusità del militarismo e anche il linguaggio storpiato che figurava nelle nuvolette consacrate a raccogliere sbuffi e ottusità di un’umanità cretina. Erano tedeschi, ma non solo tedeschi, erano tutti quelli che comandavano spropositi e tutti quelli che gli spropositi accettavano di realizzare. Il massimo della demenza. E, insieme, la scoperta che la demenza non conosce limiti. Il che è senz’altro più grave. “Con questa storien del baluarden di ciofani petti alla barbarie nemiken ... credo proprio che ci stia marciando parecchia gente! ...” brontolava in una pausa di lucidità uno Sturmtruppen. Ma poi tutti facevano quello che gli era ordinato di fare, cioè il peggio»<sup>17</sup>.

Questi piccoli, meschini uomini costituivano, al fondo, la metafora della medio-bassa borghesia di impiegati, schiavi d’ufficio, che caratterizzavano l’Italia di quei decenni e che combattevano, spesso sconfitti e altrettanto spesso ai margini, una lotta impari contro le piccolezze della quotidianità e con i loro personali *Kapò*. Bonvi, in tal senso, era un anticipatore del malessere impiegatizio. Non a caso, di lì a poco, nel 1975, vedrà la luce *Fantozzi*, il primo della lunga saga di film interpretati da Paolo Villaggio (autore anche del romanzo da cui è stato tratto il ciclo cinematografico), sullo straniamento dell’impiegato.

Grandi amici, Bonvi e Magnus scomparvero insieme, sul finire del 1995 il primo, all’inizio del 1996 il secondo. Bonvi venne investito da un autista ubriaco mentre attraversava sulle strisce; Magnus cadde vittima di un tumore al fegato.

---

<sup>17</sup> O. DEL BUONO, *Sturmbonvi*, in Id., *Sul fumetto*, cit., 195.

Magnus<sup>18</sup>, alias Roberto Raviola, mai amato dalla critica ma acclamato dal pubblico, è forse il più importante autore italiano di fumetti del Novecento (il secolo della *bande dessinée*). La sua opera più nota è certamente *Alan Ford*, disegnato tra il 1969 e il 1975 (primi 75 numeri), su testi di Max Bunker.

Questo fumetto costituisce il più fedele ritratto, in chiave caustica, cinica e grottesca, della società italiana (soltanto nominalmente si svolge a New York), della sua inguaribile corruzione, nel più profondo e senza speranza: in questo fumetto «si impone l'ilarità anche come mezzo per rappresentare con maggiore sarcasmo, quindi con maggiore verità, la nostra poco commendevole società»<sup>19</sup>.

*Alan Ford* racconta le avventure di uno squinternato e perennemente squattrinato gruppo di agenti segreti, il Gruppo TNT, un manipolo «di incredibili personaggi che fanno cagnara in un negozietto di fiori escogitando i più insostenibili pretesti per guadagnare due pasti al giorno, ma spesso venendo sconfitti»<sup>20</sup>.

Il successo enorme del fumetto fu decretato, oltre che dai bei disegni di Magnus, proprio dal fatto che esso costituiva una parodia, estremamente salace ma assai veritiera, della società italiana dell'epoca; una forte satira che non risparmiava nessuno: politici, mode, malasanità, lotta di classe (di capitale importanza in quegli anni di contestazione generale e particolare clima politico in Italia).

Esemplare a questo proposito è la sequenza d'apertura del numero 11 dove in un ospedale da terzo mondo, a metà strada tra un ospizio per poveri e un campo di concentramento, si produce una critica feroce al sistema sanitario italiano dell'epoca (1970). Una vecchia ambulanza della prima guerra mondiale giunge in un ospedale di periferia e, frenando, perde le ruote davanti. Alan Ford viene trasportato dentro l'ospedale da due infermieri sgangherati a cavalcioni tra due assi di legno; su un palo il seguente avviso: «Orario visite: l'ottavo giovedì del mese dalla 1 alla 1 e 5 del mattino». Una volta dentro viene sbattuto su una lettiga improvvisata, costituita da una porta posizionata in orizzontale su una bicicletta traballante e, lanciato lungo uno scivolo, atterra in una vecchia carriola di legno: Alan Ford commenta: «Se uno

---

<sup>18</sup> Su Magnus, il volume critico più completo, al momento, è *Magnus. Pirata dell'immaginario*, a cura di Hamelin, Bologna, Black Velvet, 2007.

<sup>19</sup> O. DEL BUONO, *Non solo orrore*, in Id., *Sul fumetto*, cit., 178.

<sup>20</sup> O. DEL BUONO, *op. e loc. ult. cit.*

è veramente grave, non ha molte probabilità di sopravvivere qui». Lo accoglie un infermiere vecchio e gobbo, dalla barba lunga, nomato non casualmente Caronte: aprendo la porta della corsia, frotte di malati urlanti («Aria ... aria ...») si ammassano per trovare una via di fuga e l'infermiere riesce a malapena a richiudere.

*Alan Ford:* «Senta, ripensandoci non sto così male, potrei andarmene e tornare un altro giorno»;

*Caronte:* «Lei vuole scherzare? Non si può. È contro le più normali regole di senso umanitario»;

*Alan Ford:* «Ah, io credevo si chiamasse sadismo».

Passa un altro infermiere, che trasporta dei corpi senza vita: «Ci sono tre posti letto. Questi tre hanno tirato le cuoia»; «Ah, bene, è fortunato signore, contento?». Alan Ford è posizionato su un letto rotto e giunge il Dottor Crack a visitare i pazienti: «Eccomi qua dai miei malatini. Come state oggi?». «Male!», rispondono in coro. Il Dottor Crack, avvicinandosi a un malato.

*Crack:* «Eh, eh, mai abbattersi pensate che potrebbe andare anche peggio, molto peggio, eh, eh ... Sì, sì, sì ... Dunque, vediamo, come stai tu?»;

*Malato 1:* «Ho una fitta terribile, un dolore acuto, uno spasmo lancinante»;

*Crack:* «Accidenti, quante cose che ha. Amputare una gamba»;

*Malato 1:* «Ehi, ma io soffro di fegato, che c'entra la gamba?»;

*Crack:* «Va bene, allora amputate il fegato»;

*Infermiere:* «Ma dottore, pensa che sopravviverà?»;

*Crack:* «Lei dice di no? Beh, proviamo a vedere che succede. Questo che ha?»;

*Malato 2:* «Sto benissimo, non mi fa male niente. Scoppio di salute»;

*Crack:* «Ah, bugiardaccio. Spudorato, mentitore e menzognero, hai paura, eh? Ma lo sai che il medico pietoso fa la piaga cancrenosa?»;

*Malato 2:* «Non conosco il latino»;

*Crack:* «La cartella non dice molto, fategli una ventina punture, tre salassi e toglietegli l'appendicite, poi vediamo»;

*Infermiere:* «Signorsì, ma l'appendicite gliela abbiamo già tolta il mese scorso»;

*Crack*: «Beh, allora gli tolga qualcos'altro, che so, un po' di intestino, forse è un po' colitico e vediamo di rabberciarlo, eh!»<sup>21</sup>.

Si scoprirà poi che il medico, oltre che incapace e superficiale, era anche corrotto e percepiva tangenti per il commercio clandestino di materiali sanitari.

La satira di Magnus & Bunker riesce, in un periodo di acceso scontro politico, nella difficile impresa di farsi apprezzare sia a destra che a sinistra, in quanto non sembra risparmiare nessuno schieramento ideologico. La borghesia e i ricchi capitalisti vengono spesso ferocemente presi in giro, ma anche i proletari sono tutt'altro che idealizzati. I poveri vengono dipinti con toni grotteschi, mostrando difetti altrettanto marcati dei benestanti e una moralità altrettanto dubbia.

Ma ovviamente il principale bersaglio della satira feroce sono i componenti della casta (anche qui una felice intuizione di Bunker, che anticipa di alcuni decenni il dibattito), tra cui i tre corrotti consiglieri comunali, dalle sembianze suine, i quali non intervengono fino a quando il criminale Superciuk ruba ai poveri per dare ai ricchi, mentre si scatenano contro l'inetto capo della polizia nel momento in cui inizia ad accadere il contrario: «Ispettore Brok, ci aspettiamo risultati da lei! Il popolo deve essere difeso, sennò a cosa servono le istituzioni? Provvedere, o verrà messo sul lastrico!»<sup>22</sup>.

Alla regola della disonestà non sfugge nemmeno la gran parte dei membri dello stesso Gruppo TNT, come a voler dimostrare che nella società moderna, simile ad una giungla, se si vuol sopravvivere, non c'è posto per ideali utopistici né per principi e valori morali.

Esemplare, in tal senso, è un altro breve fumetto del 1968-70, creato da Magnus e Bunker, *Maxmagnus*, pubblicato a puntate su *Eureka*. È la storia (attraverso una serie di tavole autoconclusive, sullo stile delle tavole domenicali dei fumetti americani degli anni Trenta) di un re, Maxmagnus (che ha le fattezze di Bunker), e del suo "fido" Amministratore Fiduciario (che ha le sembianze di Magnus), in un piccolo regno medievale, in un'epoca non ben precisata.

Si tratta di una salace parodia del mondo delle fiabe (con re e cavalieri, streghe e castelli), ma soprattutto di una feroce critica della società contemporanea e della gestione del potere da parte dell'esecutivo

---

<sup>21</sup> MAGNUS & BUNKER, *Alan Ford*, n. 11, 1-13.

<sup>22</sup> MAGNUS & BUNKER, *Alan Ford*, n. 28, 19.

e dell'amministrazione: non c'è l'eroe senza macchia e senza paura, né la bella e gentile principessa, ma una nobiltà opulenta e corrotta. Tutto è imbevuto di cinico umorismo nero: il campo è totalmente degli avidi e dei furbastri [su tutti, il re *Maxmagnus*, e, ancor più, l'(in)fedele *Amministratore Fiduciario*], senza possibilità di salvezza o di redenzione (i proletari, saliti al potere con sommovimento popolare, risultano più avidi e stupidi dei loro governanti: a guidare la rivolta, proprio l'Amministratore Fiduciario, prontissimo a cambiar casacca al primo soffio di vento contrario).

Emblematiche, anche in riferimento all'idea di giustizia, sono le due tavole di *Sua Maestà, giudice salomonico!*, realizzate nel 1968. Il ciambellano annuncia: «Udite, udite, il re concede la sua salomonica opinione sulle controversie». Si presenta il primo caso: «Sire, il mercante Guiderdone pretende il pagamento di tre maiali venduti al contadino Mezzadrino». Il contadino: «Ma erano appestati, sire, mi han fatto morire le sedici galline che avevo e sono ridotto sulla ghiaia». Il sovrano: «Uhm, accertiamo quali di queste parole hanno più peso». Il mercante dà al re un sacchetto di monete d'oro, mentre il contadino un misero ovetto. Il re ha deliberato: «Per decreto reale e incontestabile giudizio, il peso della verità viene ad essere del mercante Guiderdone»<sup>23</sup>.

Il messaggio è il medesimo di *Alan Ford*: la corruzione pervade anche i rami più elevati dell'ordine sociale. La giustizia non è uguale per tutti: occorre farsene una ragione.

## 6. Tra fine anni Settanta e primi anni Ottanta: I briganti di *Magnus*

Magnus è stato fondamentale come disegnatore, ma è stato molto importante anche come autore<sup>24</sup>. Suoi due tra i più belli e significativi

<sup>23</sup> MAGNUS, *Maxmagnus*, Milano, Editoriale Corno, 1970, 12-13.

<sup>24</sup> G.C. CUCCOLINI, *Magnus. Pirata dell'immaginario*, in *Magnus. Pirata dell'immaginario*, a cura di Hamelin, cit., 22, ha detto di Magnus: «Certe qualità morali e intellettuali, quali sincerità-onestà-coerenza, sono valori che spiccano nell'immaginario eroico in cui Magnus ha spesso navigato. Di queste virtù si è impossessato per farne un uso molteplici: le ha fatte proprie, elevandole a regole di vita, ma le ha anche trasferite ad alcuni dei suoi personaggi virtuali».

fumetti della seconda metà del Novecento: *Lo Sconosciuto* e *I briganti*.

*L'uomo che uccise Ernesto Che Guevara*, del 1983, rientra nella saga de *Lo Sconosciuto*, ma è un vero e proprio romanzo a fumetti, con una trama complessa, frutto di una stesura meticolosa: forse l'opera italiana a fumetti più importante del Novecento.

Lo Sconosciuto (Unknow, senza la "n" finale) è un *ex* mercenario vagabondo e disilluso di mezza età, una figura a metà tra l'agente segreto e la guardia del corpo. È probabile che in passato sia stato attivamente coinvolto su fronti di guerra o guerriglia, ma la sua vera storia non viene mai svelata, nonostante i ricordi di un tempo tornino spesso a tormentarlo come fantasmi. Nelle sue avventure lo Sconosciuto si fa spesso ingaggiare per lavori apparentemente tranquilli, quasi da servizio d'ordine, ma finisce irrimediabilmente invischiato in situazioni pericolose e sordide.

Il fumetto nasce negli anni Settanta, nel pieno fiorire del terrorismo italiano e internazionale. E infatti questi sono alcuni dei temi che si affacciano nelle storie, all'interno di scenari di scottante attualità: i paesi arabi, l'America Latina del narcotraffico, i Caraibi sull'orlo della rivoluzione. Magnus è tra i primi a denunciare il fenomeno della globalizzazione della criminalità organizzata e del terrorismo internazionale e anche le strette connessioni tra organizzazioni criminali e terrorismo: argomenti che soltanto negli ultimi anni sono divenuti oggetto di studio scientifico.

Più importante, ai nostri fini, è la saga de *I briganti*, avviata alla metà degli anni Settanta e perfezionata nella seconda metà degli anni Ottanta. In essa è narrata la storia corale di un gruppo di emarginati che si batte, per fini di giustizia e di libertà, contro l'ordine costituito, in un regime assolutistico e dispotico; la vicenda è tratta da un romanzo cinese del 1300, oggetto di pesanti censure a causa della forte denuncia della corruzione dilagante presso i governanti e i burocrati di Stato dell'epoca.

Impossibile è ricostruire in breve la complessa trama, che si sviluppa in un fitto sottobosco di burocrati di alto rango concentrati esclusivamente sulla gestione del potere e sui giochi di palazzo. Possono essere illustrate, invece, due scene emblematiche, per rendere l'idea dei contenuti.

Nella prima il capitano Lin-Chung "Cranio di Pantera", ufficiale delle guardie imperiali, cade in una trappola tesagli dal nipote del Ma-

resciallo Kao, il nobile alto ufficiale Astro di Voluttà, allo scopo di ghermire e sedurre la bella moglie del capitano. Le forze dell'ordine, i procuratori dell'accusa, i giudici della Corte si prestano a sostenere le accuse false e infamanti di alto tradimento. Il capitano viene condannato, a seguito di un processo "aggiustato", a essere marchiato in fronte come traditore e all'invio in una colonia penale<sup>25</sup>. Riuscito a fuggire da quest'ultima, entrerà a far parte dei briganti.

Nella seconda, il Sostituto Procuratore Sung Kung-Ming, giovane e già noto giurista, collegato da legami di amicizia e riconoscenza ad alcuni dei briganti, utilizza un espediente giuridico-amministrativo per guadagnare tempo e avvertire loro dell'imminente arresto del Sindaco di Rio dell'Est e di altri capi della rivolta. Il Commissario Speciale Ho-Tao, Sovrintendente di Polizia, gli consegna un ordine di arresto da parte della questura di Yun Cheng Hsien. Il Sostituto Procuratore legge la missiva:

«“In tale veste e con tale ufficio” ... “ottenuta la necessaria autorizzazione” ... “procederà all'arresto dei sottomenzionati” ... “Liu T'Ang, detto Diavolo rosso” ... “Wu Yung, detto Luce d'Astuzia” ... “I fratelli primo, secondo e terzo Yuan” ... “Kung-Sung Chen, detto Drago dei Nembi e” ... “Ch'ao Kai, detto “Il portatore della Pagoda ...” Oh! Il Sindaco di Rio dell'Est! Perbacco! Perbacco! ... Ma purtroppo, ehm, vi è una difficoltà procedurale di non poco peso ... ehm! ... Purtroppo il Sindaco è un funzionario di amministrazione governativa e con la qualifica di ufficiale del governo è gerarchicamente subordinato al Prefetto! ... Come magistrato subalterno non sono qualificato a concedere una tale autorizzazione! È opportuno che vi iscriviate per un colloquio d'urgenza col Procuratore Generale stesso nell'udienza di questo pomeriggio!».

Con questa scusa il Sostituto Procuratore prende tempo e corre ad avvertire il Sindaco del pericolo. Poi torna appena in tempo per l'udienza con il Procuratore:

«Vostro onore! ... Si tratta dei mandati di cattura relativi alla rapina della “Cresta del Fango Giallo”!».

---

<sup>25</sup> MAGNUS, *I briganti. Ombre del palazzo* (1979), Milano, Rizzoli, 2013, 59-60.

Il Procuratore, grasso e sudaticcio, osserva:

«La vostra riserva è giustissima, caro Sung ... Assumere questa autorizzazione a procedere non è competenza della nostra Procura e ci esporremo a un ricorso al Consiglio Superiore ... Voi avete un grande talento giuridico! ... Occorre rinviare l'ordine della Questura di Yun Cheng Hsien al suo mandante, nella figura del Prefetto Liang, alla Prefettura di Ta-Ming Fu! Chang, preparate il documento!»<sup>26</sup>.

Anche Sung Kung-Ming diventerà un brigante, a seguito della commissione di un delitto di cui si macchia in un impeto d'ira.

Il potere corrotto utilizza la legge e la giustizia a suo vantaggio, ma talvolta l'ingranaggio può essere incepparsi e gli ostacoli burocratici essere utilizzati per contrastare l'ingiustizia.

Si tratta, però, di una goccia nel mare. I corrotti sono al governo e scorrazzano a piacimento, mentre i giusti sono definiti "briganti" (un velato riferimento al brigantaggio postunitario del Mezzogiorno) e sono costretti a imbracciare le armi per rivoltare l'ordine costituito. Si pone, qui, il noto problema del diritto di resistenza.

## 7. Gli anni Ottanta: *Zanardi* di Andrea Pazienza

Gli anni Ottanta sono stati il decennio degli USA di Reagan e della Gran Bretagna della Thatcher, in cui il neoliberismo costruisce la sua trama, ancora non pienamente disvelata. Sono stati anche gli anni di un Papa polacco in Vaticano e della caduta del muro di Berlino; della banda della Magliana e della violenza stragista della criminalità organizzata. Sono stati gli anni dello yuppismo, del *boom* economico e dell'illusione del quinto posto mondiale tra i paesi più industrializzati del globo.

In questo periodo (in realtà, già dalla seconda metà degli anni Settanta) una nuova generazione di autori ha rivoluzionato il mondo del fumetto. Con *Cannibale* prima e con *Frigidaire* poi<sup>27</sup>, Tanino Liberatore, Massimo Mattioli, Andrea Pazienza, Vincenzo Sparagna, Filippo

---

<sup>26</sup> MAGNUS, *I briganti. Tutti gli uomini della legge* (1988), cit., 163 e 165-166.

<sup>27</sup> Su cui, in particolare, anche per i passaggi relativi ai problemi della rivista con la magistratura e con la censura, V. SPARAGNA, *Frigidaire. L'incredibile storia e le sorprendenti avventure della più rivoluzionaria rivista d'arte del mondo*, Milano, Rizzoli, 2008.

Scòzzari, Stefano Tamburini hanno trasformato il fumetto italiano da artigianato ad arte e introdotto linguaggi e visioni innovative e di grande impatto emotivo, in grado di incidere profondamente sulla cultura popolare giovanile.

Andrea Pazienza<sup>28</sup>, avanguardista sovversivo autolesionista, in rottura nei confronti della logica di mercato, è stato un talento naturale e istintivo: per lui disegnare era come camminare. La sua opera fungeva da megafono, trattandosi di un naturale amplificatore dei sentimenti umani. La sua carriera è durata un battito di ciglio, ma ha lasciato un segno indelebile: «La pazienza ha un limite. Pazienza no» era il motto con il quale se ne indicava la grandezza<sup>29</sup>.

Massimo Zanardi appare per la prima volta in *Giallo Scolastico*, fumetto del 1981 pubblicato sulla rivista *Frigidaire*. Liceale perfido e amorale, simbolo di una generazione dissoluta e perduta, è una delle figure letterarie maggiormente rappresentative del profondo disagio giovanile a cavallo fra gli anni Settanta e Ottanta: disagio da eccessivo benessere in una società corrotta, priva di valori e di identità coagulanti, in cui i modelli sociali e culturali sono implosi.

Zanardi (detto Zanna) ha 21 anni, frequenta la quinta classe del liceo scientifico Fermi di Bologna insieme ai suoi due inseparabili compagni di avventure: Petrilli (Pietra) e Colasanti (Colas). Ha capelli biondi, lisci e lunghi, un viso spigoloso e un lungo naso a becco; si presenta dunque come l'opposto di Andrea Pazienza (una sorta di alter-ego del suo creatore). È fondamentalmente cattivo, perverso e privo di morale: ad esempio, nella sua storia d'esordio<sup>30</sup>, architetta una trappola a seguito della quale il "secchione" della classe uccide la preside del liceo; in *Cuore di mamma*<sup>31</sup>, insieme ai due compagni violenta la madre di un'amica dopo averle mostrato foto in cui Colas copula con la figlia, minacciandola di distribuirle se non si fosse piegata ai loro desideri; in *Cenerentola 1987*<sup>32</sup>, per vendicarsi di un torto subito, fa involontariamente praticare sesso anale tra un ragazzo e sua sorella.

<sup>28</sup> Su Pazienza si v., tra gli altri, *I dolori del giovane Paz. Contributi alla biografia negata di Andrea Pazienza*, a cura di R. Farina, Roma, Coniglio Editore, 2005; G. GIUBILEI, *Vita da Paz. Storia e storie di Andrea Pazienza*, Firenze, Black Velvet, 2011;

<sup>29</sup> E si pensi che il suo capolavoro, *Astarte*, che narra la storia del cane di Annibale, è rimasto incompiuto a casa della sua prematura scomparsa per overdose.

<sup>30</sup> A. PAZIENZA, *Giallo scolastico*, in *Frigidaire* n. 5, marzo 1981.

<sup>31</sup> A. PAZIENZA, *Cuore di mamma*, in *Comic Art* n. 28, dicembre 1986.

<sup>32</sup> A. PAZIENZA, *Cenerentola 1987*, in *Comic Art* nn. 29/31, gennaio/marzo 1987.

Fondamentali per capire tale personaggio sono le parole che lo stesso Pazienza pronunciò in un'intervista: «La caratteristica principale di Zanardi è il vuoto. L'assoluto vuoto che permea ogni azione». Per questo i giovani di quella generazione che viveva a Bologna alla fine degli anni Settanta si identificarono con il personaggio, poiché Zanardi era come loro: un ragazzo benestante senza neppure un ideale in un'epoca di rivoluzioni fallite e inutili, e soprattutto terribilmente annoiato, talmente annoiato che, per vincere questo malessere, si diverte a far del male gratuitamente al prossimo (un *Natural Born Killer* ante litteram). Zanardi non è cattivo per scelta, non più di quanto non lo sia un banale narcisista, che si sente costretto dalla società ad essere così: si reputa il prodotto di un sistema in cui il male verso gli altri è l'unico modo per fare del bene a sé stessi.

«Anche se si presenta come la cinica incarnazione di un fato implacabile, pronto a spezzare le vite altrui, Zanardi, tuttavia, non nasconde affatto l'assoluta gratuità delle sue azioni, come quando si scopre, al termine di *Giallo scolastico*, che tutta la sua perversa macchinazione era senza motivo e non era stata quindi predisposta per lo scopo da lui originariamente indicato agli altri attori coinvolti nel gioco. (...) Zanardi nasce, nei primi anni Ottanta, come protagonista di contemporanee vicende metropolitane nelle quali, rigettate le residue suggestioni rivoluzionarie presenti in *Pentothal*, resta solo la ribellione senza causa di una generazione cinica e inconcludente: una discesa agli inferi del sabato sera che tocca sgradevolmente il suo apice trasgressivo, tra il 1987 e il 1988, con *Cuore di mamma*, *Cenerentola 1987* e *La logica del fast food*, storie nelle quali il fascino cupo delle prime avventure del trio appare infatti diluito dall'ossessiva ricerca di situazioni scabrose e immorali»<sup>33</sup>.

Attraverso Zanardi, Pazienza fornisce un lucido affresco della generazione degli anni Ottanta: egli «considera questa generazione il pubblico predestinato per le sue opere e, per essa, si esprime nella forma artistica che gli è più congeniale, al punto che, quando nel corso della sua carriera pensa che un giorno la sua generazione non ci sarà più, gli passa anche la voglia di disegnare».

---

<sup>33</sup> M. FOCHESATI, *Paz. Realtà e finzione*, in *Andrea Pazienza*, a cura di S. Castelletti, M. Comandini Pazienza, F. Danovaro, Genova, Nugae, 2013, 36 e 38.

«[Pazienza ha dimostrato] quasi una capacità premonitrice con la quale riusciva a immaginare un'umanità mostruosa animata solo da cattiveria, indifferenza e disprezzo. Con la malvagità del suo Zanardi non ha fatto altro che anticipare dei sentimenti sociali che purtroppo si stavano già diffondendo. C'è addirittura chi ha visto nella sua esperienza della tossicodipendenza il suo desiderio di volersi male, di voler esibire il martirio del corpo in epoca moderna»<sup>34</sup>.

Non c'è più neppure l'antitesi tra giusto e ingiusto, c'è soltanto un nichilistico vuoto pneumatico, che assale e domina l'animo umano.

## 8. Dal disincanto al re-incantamento

Il tragitto *Law in Comics* effettuato ci consegna un messaggio chiaro e potente: occorre lavorare alla ricostruzione del tessuto etico-morale del Paese, osteggiando, in particolare sul piano culturale ed educativo, le diverse forme di corruzione. L'idea di giustizia non passa per la *spending review*, ma è parte del percorso identitario della Nazione, dello Stato-Comunità. E in questo senso il diritto è chiamato a giocare un ruolo di sestante.

Se la storia italiana è storia di profondissima corruzione sociale, il fumetto nostrano, pregno di cinismo, ne fornisce una rappresentazione plastica: attraverso di esso, registrando lo svaporamento dell'eroe e dell'idea stessa di giustizia, si comprende come l'ideale di una società equa e giusta, la spinta morale dei Costituenti, sia apparsa gradualmente, nel corso del Novecento, traguardo sempre più distante all'orizzonte.

Sotto questo profilo, occorre dire che, oggi, in epoca post-moderna, ma anche in epoca di profonda crisi sul piano economico-finanziario, si assiste forse a una inversione del fenomeno del cinico disincanto e del processo di desacralizzazione gradualmente ma inesorabilmente intervenuto nel corso della seconda metà del secolo scorso. Il segno di questa inversione si ricava, nell'ultima parte dei tre difficili lustri del millennio appena sorto, dal bisogno di ritorno ai valori, a una lettura mistica ed etica della realtà (grazie anche alla “magia” dell'innova-

---

<sup>34</sup> M. PRANDI, P. FERRARI, *Guida al fumetto italiano. Autori personaggi storie*, Bologna, Odoja, 2014, 344-345.

zione tecnologica)<sup>35</sup>. Si avverte l'esigenza, in un'epoca in cui tutto è monetizzabile, di ritorno a un'idea tangibile, comunitaria, di giustizia e di speranza di una società più giusta ed equa: la corruzione è ancora presente più che mai, ma la questione è quantomeno *in the line of fire*.

Con il re-incantamento giustiziale, il cerchio si chiude. Non a caso, per tornare al punto di partenza, Tex, eroe nato sulle ginocchia dei Costituenti, sta vivendo una nuova giovinezza editoriale. E, forse, non è neppure un caso che l'ultima opera del chiaroveggente Magnus, terminata in punto di morte, sia stata un ritorno "originalista" alla Costituzione, alle fondamenta del fumetto italiano del dopoguerra: un'opera dedicata a Tex quale supremo emblema italico dell'eroe che si batte senza quartiere, contro tutti gli abusi di potere, per la giustizia e la libertà<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> G. PECCHINENDA, *Videogiochi e cultura della simulazione. La nascita dell'homo-game*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 146.

<sup>36</sup> MAGNUS, *La valle del terrore*, Milano, Bonelli, 1996.



Finito di comporre nel mese di febbraio 2017

da *Costituzionalismo.it* – Roma

I contributi contenuti in questo fascicolo sono stati pubblicati

tra il 28 settembre 2016 e il 12 gennaio 2017

[www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it) – [info@costituzionalismo.it](mailto:info@costituzionalismo.it)







# *Costituzionalismo.it*

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

## Direzione

*Direttore* Gaetano **AZZARITI**

*Vicedirettore* Francesco **BILANCIA**

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 **MARCENO'**,

Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**

**PINTO**, Elisa **OLIVITO**, Luciano

**PATRUNO**, Laura **RONCHETTI**,

Ilenia **RUGGIU**, Sara

**SPUNTARELLI**, Chiara

**TRIPODINA**

## Redazione

Andrea

**DEFFENU**, Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**

Email: [info@costituzionalismo.it](mailto:info@costituzionalismo.it)

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it) (Roma)