

COSTITUZIONE ECONOMICA E DEMOCRAZIA PLURALISTA

A cura di Marcello Salerno e Marta Ferrara



Itinerari della comparazione

Quaderni della Rivista *Dpce online*

COSTITUZIONE ECONOMICA E DEMOCRAZIA PLURALISTA

A cura di

Marcello Salerno e Marta Ferrara

Collana

dpceonline.it

Itinerari della comparazione

n. 1

Itinerari della Comparazione - Quaderni della Rivista Dpceonline

Collana diretta da Giuseppe Franco Ferrari

Comitato scientifico: Paolo Bargiacchi, Vittoria Barsotti, Carlo Casonato, Lorenzo Cuocolo, Patrizia De Pasquale, Angela Di Gregorio, Miryam Iacometti, Susanna Mancini, Laura Montanari, Maria Donata Panforti, Paolo Passaglia, Pierluigi Petrillo, Valeria Piergigli, Fabrizio Politi, Oreste Pollicino, Alessandro Somma, Rolando Tarchi

Costituzione economica e democrazia pluralista

A cura di Marcello Salerno e Marta Ferrara

I edizione: Milano, 10 novembre 2017

ISBN: 978-88-86552-00-4

Presentazione

Il volume raccoglie i contributi presentati e discussi all'interno del *Convegno internazionale Italo-iberoamericano di diritto costituzionale*, tenutosi tra il 4 ed il 7 aprile 2016 in Abruzzo. Tre atenei organizzatori (Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara, Università di Teramo, Università dell'Aquila), quattro giornate di studio in altrettante città, 60 relatori ordinari, 76 giovani studiosi: *Costituzione economica e democrazia pluralista* è stato anzitutto un contenitore collettivo di idee e luoghi. La collaborazione, poi, con la sezione italiana dell'Istituto iberoamericano di Diritto costituzionale presieduta dal Prof. Luca Mezzetti, ha offerto al dibattito preziosi spunti in tema di interazione tra modelli costituzionali.

Molte le istituzioni coinvolte. Il Consiglio regionale d'Abruzzo ha ospitato, presso la sede aquilana, l'apertura dei lavori, così rinnovando anche "fisicamente" la proficua e consolidata sinergia tra accademia e livelli territoriali di governo; ancora, a chiusura delle giornate di studio, tra gli altri, il vice Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura, Giovanni Legnini, e il Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, Raffaele Cantone hanno passato in rassegna la prassi ed i risvolti tecnici più problematici della Costituzione economica.

L'organizzazione dell'evento ha richiesto, come intuibile, un impegno attento ed energico, che è stato tuttavia agevolato dall'entusiasmo di quanti, dai collaboratori al personale amministrativo delle tre facoltà, ne hanno intuito da subito la portata e il rilievo scientifico. Come componenti del Comitato scientifico ci eravamo prefissati, tra gli altri, l'obiettivo di valorizzare le ricerche degli studiosi più giovani e realizzare un confronto trasversale tra settori disciplinari. Il presente lavoro offre prova di quanto i risultati siano andati al di là delle attese.

L'ampia partecipazione che ha caratterizzato il dibattito ha infatti consentito di rileggere i profili del costituzionalismo classico, legati alle nozioni di sovranità, federalismo e diritti sociali, attraverso le lenti realiste della Costituzione economica. La scelta tematica, del resto, non poteva essere differente: la crisi finanziaria che ha investito non solo l'Europa, l'adesione italiana al Trattato sul *Fiscal compact* e la conseguente formalizzazione della regola di pareggio del bilancio nell'art. 81 della Costituzione hanno chiamato gli studiosi all'analisi dei fenomeni giuridico-economici ad alta complessità.

È con quest'intento che i relatori hanno animato la disamina e la discussione nelle sessioni ordinarie, ponendo sotto la lente quelli che appaiono essere gli snodi cruciali della Costituzione economica: dal governo dell'economia al federalismo fiscale, passando per la libertà di impresa ed il ruolo dell'*Autorità Nazionale anti-Corruzione*, solo per ricordare alcuni passaggi-chiave. Su questo tracciato si sono innestati gli *atelier* di approfondimento, organizzati nelle sei aree tematiche che ricalcano fedelmente i capitoli di questo volume: *Moneta e Costituzione*, *Costituzione finanziaria e fiscale*; *Costituzione e mercato*; *Corti e Costituzione economica*; *Corruzione, illegalità economia*; *Costituzione economica e diritti fondamentali*.

Ai relatori il nostro grazie per la ricchezza e la varietà delle analisi offerte. Ai Proff.ri F. Bilancia, G. Marazzita, P.L. Petrillo, S. Civitarese, I. Nicotra, M. Siclari va infine un ringraziamento particolare per lo sforzo e per la passione con cui hanno magistralmente moderato le sessioni di approfondimento.

Pescara, 31 ottobre 2017

Giampiero di Plinio
Romano Orrù
Fabrizio Politi

Curatori

Marcello Salerno

Abilitato alle funzioni di Professore universitario di seconda fascia in *Diritto costituzionale*, è attualmente ricercatore di *Istituzioni di diritto pubblico* presso l'Università degli Studi "A. Moro" di Bari, dove insegna *Legislazione dei beni culturali*. Si occupa, in particolare, di disciplina costituzionale dell'economia, autonomia finanziaria regionale, tutela dell'ambiente e dei beni culturali.

Marta Ferrara

È borsista di ricerca presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Teramo, ove ha conseguito il titolo di dottore di ricerca in *Tutela dei diritti fondamentali, diritto pubblico italiano ed europeo*. Attualmente collabora anche con la cattedra di *Diritto pubblico* presso l'Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara. Si occupa, in particolare, di costituzionalismo multilivello, *Human Rights*, Presidenza della Repubblica e tutela dei beni culturali.

I contributi raccolti nel presente volume sono stati selezionati dal Comitato scientifico e sottoposti nelle versioni definitive a processo di *double-blind peer review*.

INDICE

Moneta e Costituzione

Gianluca Bellomo, <i>Quale posto per Keynes nella Costituzione monetaria multilivello?</i>	3
Matteo Foglia, <i>La BCE come fonte di squilibri</i>	11
Fabio Masci, <i>Le sfide dell'Unione economica e monetaria</i>	19
Marcello Salerno, <i>Moneta unica e tutela costituzionale del risparmio</i>	29
Francesco Santolini, <i>Il ruolo del Presidente della Repubblica italiana nella formazione di Governi "tecnici" nei periodi di crisi economica</i>	37

Costituzione finanziaria e fiscale

Alessio Antonelli, <i>La riforma dell'articolo 81 della Costituzione tra flessibilità operativa, valorizzazione del patrimonio pubblico e tutela dei diritti</i>	51
Giovanni Chiarini, <i>Il dovere tributario nella crisi fiscale dello Stato</i>	59
Carlo Alberto Ciaralli, <i>L'impatto del principio di Estabilidad Presupuestaria sull'autonomia finanziaria delle Comunità Autonome spagnole</i>	67
Nicolò Fuccaro, <i>L'incrinatura dell'assetto costituzionale tra diritti fondamentali e vincoli di bilancio, dallo ius condito allo ius condendo</i>	75
Damiano Fuschi, <i>I vincoli di bilancio in alcuni ordinamenti degli Stati europei e negli Stati Uniti</i> ..	83
Francesco Emanuele Grisostolo, <i>Itinerari del riaccentramento territoriale in Italia e Spagna durante la crisi economico-finanziaria. I poteri di coordinamento finanziario dello Stato</i>	93
Antonio Ianni, <i>Keynes il fuorilegge: racconto comparatistico di una messa al bando costituzionale</i> ..	101
Claudia Marchese, <i>Vincoli di bilancio, finanza pubblica e diritti sociali. Prospettive comparate</i>	111
Ilario Nasso, <i>Diritti acquisiti o diritti rebus sic stantibus? Pensioni e stipendi in epoca di contrazione economica, fra poche sicurezze e molte incertezze</i>	121
Carmen Ranalli, <i>Il principio costituzionale del pareggio di bilancio nell'esperienza della Regione Abruzzo a partire dalla Legge 243 del 2012</i>	131
Gianluca Sardi, <i>Gli aiuti di stato e il regime "de minimis"</i>	139

Costituzione e mercato

Chiara Gaetani, <i>Sicurezza alimentare, precauzione e libera circolazione degli organismi geneticamente modificati nel mercato globale</i>	151
Federica Girinelli, <i>Il ruolo dell'informazione nella disciplina consumeristica e l'ambivalente natura del consumatore quale contraente debole e protagonista del diritto pubblico dell'economia</i>	161
Noemi Mazzaracchio, <i>Il 法fa, una storia ancora in corso</i>	169
Raffaele Mele, <i>Il problema della Wirtschaftsverfassung e la critica del capitalismo monopolistico in Franz Böhm e Franz I. Neumann. Note sulla tesi foucaultiana della «singolare prossimità» fra scuola di Friburgo e scuola di Francoforte</i>	175
Federico Ponte, <i>La "neutralità multilivello" per la rete Internet: elementi per la ricostruzione di una non discriminazione tecnologica</i>	183

INDICE

Corti e Costituzione economica

Antonia Baraggia, <i>La "condizionalità" nella governance economica europea: luci ed ombre di uno strumento controverso</i>	193
Francesco Campodonico, <i>Una Corte in prima linea: effetti politico-costituzionali della "giurisprudenza di crisi" del Tribunal constitucional portoghese</i>	203
Melania D'Angelosante, <i>Giudice amministrativo ed economia</i>	211
Caterina Drigo, <i>Principles at the bar of politics. Ratio decidendi delle c.d. decisioni di spesa</i>	221
Ylenia Guerra, <i>La Corte costituzionale e le crisi: incidenza del contesto storico, percorsi argomentativi e tecniche decisorie</i>	229
Maria Paola Mantovani, <i>Mediazione, processo civile e competizione tra ordinamenti</i>	239
Andrea Piermarocchi, <i>L'interesse nazionale nell'evoluzione costituzionale tra predisposizione teorica ed applicazione pratica: può considerarsi la mancata approvazione della riforma costituzionale Renzi-Boschi un'occasione "sprecata"?</i>	249
Lorella Ponzetta, <i>L'Unione europea tra esigenze economico-fiscali e la garanzia dei diritti sociali. Brevi spunti di riflessione alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia</i>	257
Ilaria Rivera, <i>Il Protocollo n. 16 aggiuntivo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la richiesta di parere consultivo alla Corte di Strasburgo: un strumento di dialogo diretto tra giudici nazionali e Corte EDU</i>	267

Corruzione, illegalità, economia

Alberto Amori, <i>L'aggressive Tax Planning nella digital economy</i>	277
Marianna Meo, <i>I nuovi meccanismi di monitoraggio della finanza pubblica anche in un'ottica anti-corruzione</i>	283
Massimiliano Mezzanotte, <i>Accesso civico in Italia e Foia americano: parallelismi e differenze</i>	293
Chiara Sorbello, <i>Il canone della trasparenza e la prevenzione dei fenomeni corruttivi nell'Unione europea: il ruolo del Mediatore europeo</i>	301
Silvia Giorgi, <i>Lotta all'evasione e alla pianificazione fiscale aggressiva: la risposta multilaterale dell'OECD e prospettive</i>	311

Costituzione economia e diritti fondamentali

Francesca Andreoni, <i>Efficienza dell'amministrazione pubblica. Contenimento della spesa e tutela dei diritti</i>	325
Cristina Bertolino, <i>"Cittadinanze" regionali e locali vs. cittadinanza sociale unitaria</i>	333
Claudio Di Maio, <i>L'iniziativa economica dello straniero. L'ethnic business tra integrazione e sviluppo locale</i>	341
Davide Fiumicelli, <i>Crisi economica e diritti sociali degli stranieri extra-comunitari: il progressivo intreccio tra conflitti "identitari" e conflitti "distributivi" nelle odierne società europee e la risposta di Corti e Tribunali costituzionali</i>	351
Francesco Gallarati, <i>La promozione dei prodotti locali tra tutela dell'ambiente e libero scambio</i>	359
Giuseppe Laneve, <i>Crisi economica, poteri pubblici e lotta alla povertà: nuovi orizzonti per un reddito minimo in Italia</i>	369
Federico Losurdo, <i>I diritti sociali condizionati nell'ordinamento della crisi</i>	379
Sara Martini, <i>L'integrazione scolastica di fronte alle esigenze di contenimento della spesa pubblica: un'analisi giurisprudenziale</i>	389

INDICE

Fabrizio Mastromartino, <i>Sulla funzione redistributiva dei diritti sociali</i>	397
Diletta Pamelin, <i>Diritto alla salute e libertà economiche: analisi di un difficile bilanciamento attraverso i casi Ilva e Texaco-Chevron</i>	405
Francesco Palazzotto, <i>Il diritto fondamentale all'acqua fra beni economicamente rilevanti e proprietà collettiva demaniale</i>	415
Anna Camilla Visconti, <i>Il diritto-dovere al lavoro, fondamento e fine della democrazia pluralista. Valore ispiratore comune nel quadro del costituzionalismo multilivello europeo</i>	425

Moneta e Costituzione

Quale posto per Keynes nella costituzione monetaria multilivello?¹

Sommario: 1. Costituzione economica e costituzione monetaria multilivello alla prova della crisi. – 2. Super Mario is back ... ma fino a quando? – 3. Gli “stili presidenziali” della BCE nella politica monetaria europea. – 4. BCE e politiche keynesiane.

1. Costituzione economica e costituzione monetaria multilivello alla prova della crisi

Da quando è nato il progetto europeo e si è iniziata ad ipotizzare una Unione Economica e Monetaria (UEM)² sono trascorsi ormai molti anni. Gli scenari dell’epoca si sono notevolmente modificati a partire dal 2007 quando ci si è resi conto che una crisi economico-finanziaria³, nata oltreoceano, ha innescato una crisi globale di dimensioni impensabili⁴.

La reazione delle istituzioni nazionali e di quelle europee è stata differenziata a seconda delle condizioni in cui la crisi ha sorpreso le diverse realtà economiche colpite. Così paesi che avevano un sistema economico ed istituzionale solido sono riusciti a sopportare meglio l’urto derivante dalle ripercussioni innescate dalla crisi, invece paesi che non avevano provveduto a porre in essere riforme strutturali e riorganizzazioni interne volte all’innalzamento dei propri livelli di competitività globale hanno mostrato drammaticamente tutta la propria vulnerabilità.

La crisi ha messo in evidenza le debolezze e le irrazionalità di alcuni Paesi membri che, per troppo tempo, hanno rimandato le riforme strutturali necessarie per poter competere con maggiore efficienza in un mercato divenuto sempre più globale. La crisi, così come uno tsunami, ha prima fatto emergere gli scogli delle inefficienze ed irrazionalità sistemiche istituzionali, nascoste dalla presenza di risorse che venivano fornite da politiche fiscali, monetarie ed economiche che rinviavano la copertura delle relative spese, necessarie per il sostentamento del sistema, alle future generazioni; e poi ha colpito duramente proprio quei paesi che, con i parametri di Maastricht prima, con l’adesione all’Euro ed al “patto di stabilità e crescita” dopo, non erano più dotati di strumenti d’intervento macroeconomico idonei a fronteggiarne l’urto. Questi stessi paesi, infatti, non disponevano più di molti degli strumenti che in passato erano stati usati per rispondere agli shock generati dalle crisi⁵. Questi, infatti, erano stati già costretti, proprio dalle condizioni di mercato preesistenti (figlie a loro volta delle precedenti ondate di globalizzazione e della conseguente inadeguatezza dei soggetti istituzionali nazionali ad intervenire su dinamiche di livello europeo ed internazionale) ad abdicare al livello di governo europeo sia le manovre di politica monetaria, sia una crescente parte dell’apparato strumentale legato alle politiche tipicamente keynesiane che per molti anni hanno caratterizzato la forma di stato “sociale” interventista. Proprio queste ultime politiche, infatti, in quanto finanziate per anni attraverso il ricorso sia a strumenti tipicamente di *deficit spending*, sia con manovre di politica monetaria, ove fossero state ancora attuate in modo non coordinato con il livello europeo, in presenza di un mercato unico, avrebbero prodotto la traslazione dei costi delle mancate riforme sull’intera area economico-monetaria europea riversando, invece, i relativi benefici solo ed esclusivamente sui paesi che le avrebbero poste in essere⁶.

¹ Il presente contributo è aggiornato al mese di luglio 2017.

² Su cui cfr. L. Bini Smaghi, *L’unione monetaria è unione politica*, in *il Mulino*, 5/ settembre-ottobre 1997.

³ Per approfondimenti sui meccanismi della crisi e sugli effetti sull’eurosistema cfr. G. Pitruzzella, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, in *Quaderni costituzionali*, 1/ marzo 2012.

⁴ Sugli effetti delle crisi in Europa cfr. R. Dehousse, *Le tre crisi del continente malato*, in *il Mulino*, 3/ maggio-giugno 2012.

⁵ Su cui con particolare attenzione agli effetti sui diritti sociali cfr. F. Bilancia, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria*, in *Rivista AIC*, 2/2014.

⁶ Su cui *amplius*, G. di Plinio, *Nuove mappe del caos. Lo Stato e la costituzione economica della crisi globale*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 1/2012, 65 ss.

In questo scenario la crisi del 2007 ha solo accentuato in modo drammatico questo processo portando alla luce i differenti livelli di competitività dei differenti sistemi paese ed ha di fatto ridisegnato il ruolo della BCE⁷ all'interno delle regole di costituzione monetaria europea caratterizzando il ruolo dell'istituto con un rinnovato interventismo⁸.

Con questo processo, qui solo accennato per ovvi motivi di spazio, si è arrivati alla situazione odierna nella quale gli strumenti di politica monetaria ormai sono, di fatto, nella disponibilità esclusiva della BCE e del suo Presidente, mentre gli interventi di politica economica e fiscale non sono transitati al medesimo livello europeo ma restano in gran parte ancora saldamente di competenza dei singoli Stati membri. La risposta, quindi, ad eventuali shock asimmetrici europei o globali derivanti da fenomeni di crisi può essere fornita, oggi, da differenti soggetti istituzionali: di livello europeo per quanto attiene alla politica monetaria; ma in buona parte di livello nazionale per quanto attiene alla politica economica e fiscale⁹.

Se l'analisi dei meccanismi di costituzione monetaria europea non prende le mosse dalla consapevolezza dell'odierna asimmetria e dell'incompleta transizione al livello europeo dell'intero pacchetto di strumenti di gestione degli eccessivi squilibri macroeconomici, diventa difficile capire l'azione e le modalità applicative impiegate dalla BCE e dal suo Presidente per cercare di intervenire nel limitare i danni sull'economia dei paesi dell'area Euro, derivanti dagli effetti della globalizzazione dei mercati ed accentuati dalla crisi in essere. Soprattutto quando si constata l'assenza di una risposta coordinata, sinergica ed efficace da parte del livello europeo e nazionale. In tal caso, infatti, la tentazione da parte della BCE di porre in essere interventi ulteriori e sempre più spregiudicati, in assenza di azioni concrete da parte degli altri livelli di governo, diventa sempre più elevata (o addirittura obbligata), soprattutto se si intende fornire una risposta efficace in termini macroeconomici e se la mancata risposta possa mettere a repentaglio l'obiettivo prioritario dell'Istituto e cioè la stessa sopravvivenza della moneta unica¹⁰.

2. Super Mario *is back* ... ma fino a quando?

Per meglio comprendere in che modo la costituzione monetaria materiale europea si stia evolvendo attraverso l'attuazione di nuove prassi e di continui ampliamenti di quelli che erano considerati i limiti invalicabili da parte delle scelte di politica monetaria europea, alla luce dei Trattati vigenti, può risultare utile qui ripercorrere brevemente le azioni attuate dalla BCE, ed in particolare dal suo attuale Presidente Mario Draghi e dal suo *board*¹¹, dall'avvio del suo mandato fino ad oggi. Ovviamente in

⁷ Sul ruolo e sugli strumenti della BCE, in ottica più prettamente economica, cfr. A. Graziani, *La politica monetaria della Banca Centrale Europea*, in *Rivista italiana degli economisti*, 1, supplemento, aprile 2004.

⁸ Sugli interventi multilivello di politica economico-monetaria e sui possibili scenari futuri cfr. P. Perulli, *Come se ci fosse lo Stato mondiale*, in *Equilibri*, 1/aprile 2013.

⁹ Il concetto di *Costituzione economica materiale multilivello*, declinato nelle sue componenti essenziali quali la *costituzione monetaria, finanziaria e del mercato*, risulta fortemente interconnessa e difficilmente governabile in maniera del tutto avulsa da valutazioni sulle interconnessioni tra i tre settori e tra i livelli nazionali, europeo ed internazionale. Sul concetto di *costituzione economica* in senso formale e materiale e sulle sue tre componenti costitutive cfr. G. di Plinio, *La costituzione economica nel processo costituente europeo*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 4/2003, 1780 ss.

¹⁰ Sulle debolezze dell'unione economica europea, rispetto a quella monetaria cfr. Jean-Claude Trichet, *La governance economica europea*, in *il Mulino*, 2/marzo-aprile 2013, dove in particolare vengono dettagliati, in sei punti, i motivi di tale debolezza secondo l'ex governatore della BCE.

¹¹ Significativo risulta già il nuovo approccio manageriale scelto da Mario Draghi nella conduzione dell'istituto che presiede, nella scelta e nel rapporto con i suoi collaboratori più stretti. Sembrerebbe, infatti, che il Presidente, a differenza del suo predecessore, sia molto più propenso al ricorso all'istituto della delega nei confronti dei propri collaboratori, sempre però a condizione di una minuziosa e costante informazione sulle decisioni prese, cfr. A. Framke, E. Kuehnen, S. Suoninen, *Reshaping Europe's central bank*, Reuters, Special Report, 9 gennaio 2013, reperibile in www.reuters.com.

tale evoluzione materiale delle politiche monetarie europee non va mai dimenticato che se è vero che la BCE è il soggetto istituzionale che, interpretando i limiti che i Trattati pongono ai propri ambiti di operatività, decide, di fatto, a che livello fissare il confine all'esercizio delle proprie prerogative; è anche altrettanto vero che tale interpretazione deve fare i conti, da una parte, con la scure del sindacato di legittimità della Corte di Giustizia dell'Unione europea¹², e dall'altra con la possibile azione di revisione dei Trattati che potrebbero decidere di attuare direttamente i Governi dei Paesi membri, con una modifica dei limiti di costituzione monetaria formale da porre ad argine delle azioni che si dovessero ritenere poste in essere da parte della BCE al di fuori del proprio mandato istituzionale.

Proprio con il cambio di presidenza e con l'avvento di Mario Draghi alla guida dell'Istituto di Francoforte, forse complice anche il perdurare della crisi sui mercati finanziari, va rilevato, come accennato, che si è prodotto un rinnovato interventismo nella gestione delle politiche monetarie europee.

A tal fine giova ricordare che già dopo appena tre giorni dall'assunzione dell'incarico, infatti, il 4 novembre del 2011, significativamente veniva annunciata da Mario Draghi la decisione di ridurre di 25 punti base il tasso d'interesse praticato dalla BCE agli istituti di credito, inaugurando così una stagione di politiche monetarie espansive senza precedenti nella storia dell'Istituto. Da subito, quindi, il Governatore della BCE ha appalesato ai mercati finanziari di avere le idee chiare circa le azioni da porre in essere per cercare di difendere l'euro e di voler esercitare appieno il ruolo affidatogli per il perseguimento degli obiettivi fissati dai Trattati. Nell'arco di 5 mesi da detto annuncio, peraltro, si è potuta osservare una progressiva riduzione dei tassi d'interessi dei bond governativi a 10 anni di Italia e Spagna che tornavano sotto la soglia del 5%¹³.

Ma è solo a partire dal 26 luglio 2012 che Mario Draghi, con il suo *board*, ha impresso una nuova ed ancor più netta accelerazione ed ampliamento dei margini di manovra della politica monetaria europea superando quelli che venivano considerati come i tradizionali limiti d'intervento ricompresi nella costituzione monetaria materiale europea con l'ormai famoso annuncio volto a rassicurare i mercati, durante la tempesta finanziaria che stava colpendo il mercato europeo, affermando che la BCE sarebbe intervenuta con gli strumenti a sua disposizione e senza alcun limite¹⁴ pur di salvaguardare l'euro da aggressioni speculative. In effetti tale "effetto annuncio"¹⁵ fu così efficace che immediatamente gli *spread*, che si erano alzati in modo preoccupante in quel periodo, tornarono a livelli accettabili dal sistema. La cosa ancora più interessante da notare è che proprio grazie al citato "effetto annuncio"¹⁶, in quella occasione, non si resero nemmeno necessarie ulteriori iniezioni di liquidità da parte della BCE.

¹² Su cui, in particolare sul Caso del Piano OMT, cfr. 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 www.federalismi.it, 1 Luglio 2015. Ma anche, in via indiretta, con le Corti costituzionali nazionali e nel caso specifico è già successo con il Tribunale Costituzionale tedesco, su cui v. G. Contaldi, *Il nuovo ruolo della BCE nel funzionamento dell'Unione economica e monetaria dopo le decisioni nel caso Gauweiler*, in *Osservatorio AIC*, 1/2017.

¹³ Cfr. A. Framke, E. Kuehnen, S. Suoninen, *Reshaping Europe's central bank*, Special Report, Reuters, Francoforte, 9 gennaio 2013, 2, grafico "10-year government bond yields".

¹⁴ Usò la ormai famosa espressione «*Whatever it takes*», peraltro aggiungendo in modo perentorio «*And believe me, it will be enough*», M. Draghi, alla *Global Investment Conference* tenutasi a Londra il 26 luglio 2012, reperibile in www.ecb.europa.eu.

¹⁵ Circa l'effetto annuncio in economia, mi sia consentito qui ricordare una significativa frase che il compianto Prof. Ruggieri, professore di Economia politica nell'Università "G. d'Annunzio", disse in un incontro informale ad un gruppo di giovani studenti di economia, forse riprendendo in qualche misura Weber, definendo l'Economia come "quella scienza in base alla quale se tutti quanti aprono l'ombrello contemporaneamente ... allora inizia a piovere", rappresentando efficacemente l'inversione che si può avere nella disciplina economica del principio di causa-effetto.

¹⁶ Su cui *amplius* M. Bonini, *La Banca Centrale Europea tra forma di governo parlamentare, democrazia "à la UE" e "costituzionalismi intrecciati"*, in *Rivista AIC*, 4/2016.

Il 10 marzo 2016, Mario Draghi torna nuovamente a prendere l'iniziativa annunciando un'altra serie di mosse, molte delle quali inaspettate da parte dei mercati finanziari. Viene annunciato, infatti, che la BCE ha deciso di prendere i seguenti provvedimenti, così riassumibili: il tasso base della BCE, che era fermo da mesi al livello dello 0,05% e che si riteneva ormai fosse stato fissato ad un livello invalicabile, viene portato allo 0,0%; il tasso sui prestiti marginali BCE viene modificato portandolo dallo 0,30% allo 0,25%; il tasso sui depositi bancari alla BCE passa da -0,30% a -0,40%; il *Quantitative Easing*¹⁷ che era arrivato alla cifra di 60 miliardi/mese, viene portato, da aprile, ed in modo del tutto inaspettato fino a 80 miliardi di euro; si annuncia che vi sarà la possibilità per la BCE di investire anche su bond di aziende non bancarie a condizione che queste abbiano un buon *rating*; viene inaugurata una nuova politica di prestiti illimitati "T-Ltro2" alle banche, a condizione che facciano credito all'economia, con l'aggiunta al precedente T-Ltro1 (2014-2015) di 4 nuovi prestiti, a partire da giugno, per la prima volta a tassi negativi. Quindi per la prima volta la BCE corrisponderà denaro alle banche che ricevono un prestito con una remunerazione dello 0,40%¹⁸.

Le ultime evoluzioni sul tema sono rinvenibili nel discorso tenuto da Mario Draghi a Francoforte¹⁹ nel quale viene fissato il programma d'intervento della BCE fino a dicembre 2017, prevedendo un costante ricorso al *QE* per 80 miliardi di euro al mese fino ad Aprile 2017, per poi passare a 60 miliardi al mese fino a dicembre. D'altra parte non si esclude da parte del Presidente la esplicita possibilità di rivedere tale programma nel caso in cui non fosse ritenuto sufficiente per il raggiungimento degli obiettivi di politica monetaria prefissati. Si afferma con forza, inoltre, che «La moneta unica è irrevocabile» e che «un'uscita dall'Euro non è contemplata dai Trattati»²⁰.

Restano comunque sullo sfondo le raccomandazioni ai Paesi membri, che tuttavia continuano a dimostrare una scarsa reattività a riguardo, per quanto concerne le politiche di riforma strutturale dei sistemi paese e le politiche fiscali che restano, ad oggi, in mano ai singoli governi nazionali²¹. Ancora una volta, infatti, Draghi non manca di esortare gli Stati membri ad osare molto di più in tali settori se i Paesi membri vogliono amplificare e stabilizzare gli effetti derivanti dalle decisioni di politica monetaria, che comunque non potranno mai sostituirsi nel produrre nel lungo periodo gli effetti che

¹⁷ Sugli effetti del *QE* in USA ed in ottica globale, anche se ancora con ampie aree di ricerca da sviluppare, cfr. A.G. Haldane, M. Roberts-Sklar, T. Wieladek, C. Young, *QE: the story so far*, *Staff Working Paper No. 624*, Bank of England, October 2016, 33 dove, nella presentazione da parte degli autori del lavoro, si può leggere «In the past decade or so, central bank balance sheet expansions have been used as a tool for loosening monetary policy. This paper has gathered together empirical evidence on the effectiveness of these policies on financial markets and the wider economy. It finds reasonably strong evidence of QE having had a material impact on financial markets, generating a significant loosening in credit conditions. There is also evidence of QE having served to boost temporarily output and prices, in a way not associated with other central bank balance sheet expansions. The effectiveness of QE policies does vary, however, both across countries and time. For example, there is some evidence of QE interventions being more effective when financial markets are disturbed. There is also evidence of strong positive international spill-over effects of QE from one country to another. This paper has focussed on the aggregate impact of central bank balance sheet expansions. This leaves to future research important issues such as the impact of a reversal in QE policies and the distributional consequences of QE».

Invece sugli effetti del *QE* in Europa cfr. D. Valiante, *The 'Visible Hand' of the ECB's Quantitative Easing*, in *CEPS Working Document*, No. 407/May 2015, reperibile in www.ceps.eu.

¹⁸ Su cui cfr. A. Merli, *Draghi abbassa ancora i tassi e aumenta gli acquisti di bond*, in *Il sole 24 ore*, 11 marzo 2016, reperibile in www.ilsole24ore.com.

¹⁹ *Introductory statement to the press conference* Mario Draghi, *President of the ECB*, Vítor Constâncio, *Vice-President of the ECB*, Frankfurt am Main, 9 March 2017.

²⁰ Su cui cfr. www.ilfattoquotidiano.it. Peraltro lo stesso Draghi precisa che l'Italia nel caso, appunto solo ipotetico, che volesse ritornare alla Lira, la Banca d'Italia dovrebbe rimborsare crediti e passività nei confronti dell'eurosistema per una cifra totale stimata di circa 357 miliardi di euro.

²¹ Sulla necessità da parte degli Stati membri che non lo avevano già fatto di adottare riforme strutturali in tempo di crisi cfr. R. Masera, *Crescita, stabilità, regole di bilancio e regolazione finanziaria: l'Unione monetaria dopo la crisi della Grecia*, in *L'Industria*, 2/2010, p. 196 ss.

possono derivare esclusivamente da corrette riforme strutturali, attuabili, ad oggi, solo dagli Stati membri²².

3. Gli “stili presidenziali” d’intervento della BCE nella politica monetaria europea

Volendo qui provare a tratteggiare una possibile classificazione delle strategie politiche di intervento attuabili dai vertici della BCE, provando a basare tale classificazione graduando i livelli di intervento in relazione ad una interpretazione via via più estensiva dei limiti materiali di costituzione monetaria europea, si potrebbero ipotizzare quattro possibili scenari figli degli “stili presidenziali” che di volta in volta la BCE dovesse decidere di attuare in base alle condizioni macroeconomiche cogenti.

Il primo, fortemente limitativo del ruolo attivo della BCE, sarebbe rappresentato dalla c.d. opzione tedesca del «nein zu allen», con il quale l’intervento della BCE sul mercato europeo dovrebbe essere il più limitato possibile.

Il secondo tipo di intervento potrebbe essere quello considerato come “ordinario”, previsto anche questo dai Trattati ma con un’interpretazione più estensiva degli stessi, e volto al semplice “mantenimento della stabilità dei prezzi”, con l’obbiettivo di un’inflazione ideale da perseguire con tassi prossimi al 2%, ma attraverso il ricorso a strumenti di politica monetaria, sia qualitativamente che quantitativamente, più tradizionali ed il cui impiego è già consolidato ed accettato dal mercato.

Il terzo livello d’intervento è quello al quale si sta assistendo negli ultimi anni, che prevede una sorta di politica monetaria d’emergenza o non convenzionale, che, attraverso il ricorso ad una interpretazione estensiva dei Trattati, cerca di incidere non solo sulla politica monetaria ma, in via mediata, anche sull’intera *costituzione economica*, e quindi anche sulla costituzione finanziaria e del *mercato* per cercare, nei limiti del possibile, di produrre effetti di stabilizzazione macroeconomica dagli effetti delle crisi e quindi di dare un po’ di respiro ai governi nazionali affinché possano attuare riforme strutturali interne che consentano loro di tornare ad avere le condizioni minime di partecipazione attiva sul mercato europeo e mondiale.

Resta però da considerare anche un ultimo possibile livello di intervento, ad oggi in teoria vietato dai Trattati, che comporterebbe, da parte della BCE, l’adozione di una politica monetaria di tipo marcatamente keynesiano²³. Con azioni d’ingerenza volte ad una palese incidenza più o meno diretta sulle politiche economico-finanziarie degli Stati membri, all’interno dell’area Euro, sempre finalizzata a compensare shock asimmetrici, che si dovessero generare a qualsiasi titolo, tra le diverse economie reali dei Paesi membri.

Il confine tra il terzo ed il quarto livello d’intervento però è molto labile, addirittura per alcuni tipi di intervento già in essere potrebbe sorgere il dubbio che questo sia stato superato con alcuni

²² Nel citato discorso Mario Draghi precisa che «In order to reap the full benefits from our monetary policy measures, other policy areas must contribute much more decisively to strengthening economic growth. *The implementation of structural reforms* needs to be substantially stepped up to increase resilience, reduce structural unemployment and boost potential output growth. Against the background of overall limited implementation of country-specific recommendations in 2016, greater reform effort is necessary in all euro area countries in 2017. Regarding *fiscal policies*, all countries should intensify efforts towards achieving a more growth-friendly composition of public finances. A full and consistent implementation of the Stability and Growth Pact and of the macroeconomic imbalances procedure over time and across countries remains crucial to ensure confidence in the EU’s governance framework».

²³ Spero che non me ne vogliano gli economisti se in questo testo si userà il termine di “keynesiano” in senso lato, così come meglio di seguito specificato nel testo. Peraltra anche quando si parla di tali teorie non va mai dimenticato che le condizioni nelle quali erano state formulate sono oggi profondamente mutate e quindi non necessariamente modelli che erano ritenuti validi all’epoca possono essere validati senza i necessari adattamenti alla realtà odierna. Per un primissimo approccio alla figura di Keynes ed alle sue teorie economiche cfr. B. Soro, *L’eredità di Keynes*, in *Ragion pratica*, 2/dicembre 2010, 603-609.

interventi attuati dalla BCE²⁴, soprattutto se si guarda agli effetti indiretti delle politiche monetarie che, almeno nel breve periodo, riescono ad incidere sulle economie reali dei Paesi membri con effetti materialmente redistributivi tra le economie di questi ultimi ma anche con ripercussioni a livello globale.

Ad oggi, ad esempio, la *tecnica* impiegato dalla BCE per superare il divieto esplicito di intervento diretto in ambito di costituzione finanziaria europea, previsto esplicitamente dai Trattati, (attuata già da maggio 2010) è ben descritta dalle parole dell'allora Governatore della BCE Trichet: «le nostre azioni sono pienamente conformi al divieto di finanziamento monetario [del debito pubblico] e dunque alla nostra indipendenza finanziaria. Il Trattato vieta l'acquisto diretto, da parte della BCE, dei titoli del debito emessi dai governi. Noi stiamo acquistando quei titoli solamente sul mercato secondario, e dunque restiamo ancorati ai principi del Trattato». Iniziano così, già a partire dal 2010, a trasparire in modo più netto, forse, i primi tratti somatici di Keynes nelle scelte di politica monetaria della BCE.

Il livello degli interventi da adottare di volta in volta, almeno ad oggi, sembra quindi dipendere molto dai singoli "stili presidenziali" della BCE che cercano di adattarsi ad un quadro macroeconomico estremamente fluido, dominato dalle pressioni interne ed esterne all'area Euro, a volte al di fuori di un riconoscimento esplicito del ruolo assegnato nei Trattati a tale Istituzione. Espandendo di volta in volta, attraverso un'interpretazione molto estensiva, i propri margini di operatività proprio per fornire risposte adeguate alle pressioni del mercato. Così facendo però si stanno già disegnando di fatto nuovi e più ampi confini nella geografia della nuova costituzione economica monetaria europea.

A chi spetta quindi la decisione del livello di intervento da adottare tra quelli prospettati? Alla BCE come autorità tecnica indipendente? Allo "stile presidenziale" del Governatore di turno, anche se supportato dal *Board* che comunque è bene ricordarlo decide a maggioranza? Solo ed esclusivamente ad organi dotati di legittimazione politica diretta?

Proprio sulle sfumature interpretative sottese ai differenti livelli di intervento si gioca la presenza e l'eventuale allocazione delle politiche di stampo più prettamente keynesiano all'interno della costituzione monetaria materiale europea.

4. BCE e politiche keynesiane

Sia qui consentito, infine, riportare qualche breve considerazione sullo scenario assolutamente liquido qui in parole e sul quale previsioni evolutive credibili sono veramente difficili da fare, soprattutto alla luce dell'instabilità dei mercati politici ed economici globali, con gli effetti derivanti dai quali la BCE e la costituzione monetaria europea si deve confrontare quotidianamente.

²⁴ Ci si riferisce ad esempio all'acquisto di titoli di stato di Paesi membri sul mercato secondario. A riguardo la vicenda italiana è esemplare nel mostrare le possibili connessioni tra politiche monetarie ed altri tipi di politiche, racconta dell'Arti infatti che «In novembre [2013] cambiò anche lo scenario politico italiano: caduto il Berlusconi IV sotto la pressione della speculazione finanziaria internazionale (da qualche settimana, infatti, la Bce, constatata l'incapacità del governo di dare piena attuazione alle misure indicate nella lettera del 5 agosto, aveva smesso di acquistare titoli di Stato italiani, lasciandoli così in balia dei mercati, che ne avevano fatto schizzare il differenziale rispetto agli omologhi tedeschi fino al limite dell'insostenibilità), nuovo presidente del Consiglio divenne Mario Monti (16 novembre), chiamato dal presidente della Repubblica Giorgio Napolitano proprio allo scopo di attuare i provvedimenti necessari a evitare il fallimento del Paese (primi tra tutti quelli raccomandati dalla Bce), grazie al sostegno di un'amplissima maggioranza parlamentare (Pd, Pdl, Udc). E fu proprio con Draghi che Monti discusse in modo particolarmente approfondito, sin dai primi giorni, l'agenda economica del suo governo: aveva così inizio una lunga e proficua collaborazione tra i due, entrambi presto pigramente soprannominati "Super Mario" dalla stampa internazionale», G. dell'Arti, *Biografia di Mario Draghi*, in *La storia raccontata da Giorgio dell'Arti*, 6 ottobre 2017, reperibile in cinquantamila.corriere.it/storyTellerArticolo.php?storyId=4fc5822c11666.

Una prima valutazione attiene al fatto che ad oggi è innegabile, come sopra descritto, un netto ampliamento degli spazi di intervento della BCE nella costruzione di un nuovo modello di costituzione monetaria materiale, rispetto a quello originariamente ipotizzato nei Trattati, volto a cercare di fornire uno scudo efficace all'area Euro da eventuali shock asimmetrici di tipo macroeconomico. Va rilevato, peraltro, che tale intervento, almeno fino ad oggi, ha trovato una piena legittimazione sia da parte della Corte di Giustizia (Sent. su OMT - *Outright Monetary Transactions* della BCE); sia, nei fatti, nell'immobilismo legislativo degli organi UE che non hanno proceduto ad eventuali modifiche dei Trattati volte a ridurre gli ambiti di operatività della BCE; ma finanche da parte dello stesso Tribunale Costituzionale Tedesco (Sent. *Lissabon* del 30 giugno 2009), nonostante la profonda avversione della Germania allo "stile" politico, fortemente interventista, adottato in questi anni dalla BCE.

D'altra parte va anche posto sull'altro piatto della bilancia che se non vi fosse stato lo "scudo" sollevato a difesa dell'area Euro con gli interventi decisi della BCE, oggi, probabilmente, assisteremmo alla presenza di una spaventosa deflazione. Non si può nemmeno escludere, inoltre, che si sarebbero potuti verificare, e non è accaduto, forti ripercussioni sui mercati finanziari, ed in particolare per quanto attiene a quello dei BTP, a seguito della triste sequenza di attentati terroristici, a partire da quello del 22 marzo 2016 in poi, che hanno colpito il cuore dell'Europa.

Non si può sottacere, peraltro, che molto probabilmente non vi sarebbe stato bisogno da parte della BCE di attuare "stili presidenziali" d'intervento monetario così spregiudicati se non si fosse manifestata una netta incapacità, sia a livello di molti stati dell'area Euro, sia direttamente a livello europeo, di incidere concretamente con adeguate politiche fiscali e di economia reale sul perdurare di così gravi shock asimmetrici. A ciò si aggiunga che la politica monetaria, se ha dei margini di intervento nel cercare di fronteggiare nel breve periodo gli effetti negativi citati, sicuramente non può sostituirsi nel lungo periodo alle politiche dirette sull'economia reale che attengono più prettamente alla sfera di competenza fiscale ed economica. A riguardo lo stesso Mario Draghi afferma, sempre il 10 marzo 2016, che la BCE non può fare tutto il «lavoro pesante», l'indebolimento delle prospettive di crescita dei paesi dell'Eurozona e «una disoccupazione strutturale che resta elevata» rendono «decisiva» l'applicazione di riforme strutturali. Aggiunge, inoltre, nei confronti degli Stati membri che «Le raccomandazioni specifiche per i Paesi sono state applicate in maniera abbastanza limitata», ed invita i governi dell'area a praticare una «politica fiscale che sostenga la ripresa ma che rispetti i limiti del Patto di stabilità e crescita» e a «rispettare le regole di bilancio» europee. Infine afferma che «Tutti i paesi devono puntare su un mix di condizioni di bilancio più accomodanti».

Una ulteriore considerazione da tenere ben presente consiste nel fatto che non si può ignorare che l'Euro è una valuta che opera condizionando ma anche venendo condizionata dagli andamenti e dalle scelte di politica monetaria dei governatori delle altre monete mondiali: Dollaro, Yen, ma in modo sempre più pressante anche dallo Yuan cinese. E questo non può essere ignorato dalle Istituzioni europee e dei Paesi membri se si vorrà che la conformazione delle norme di costituzione monetaria europea siano produttive di effetti duraturi²⁵.

A questo punto, forse, potrebbe non esserci nulla di scandaloso nel lasciare pieni poteri d'intervento alla BCE, come organo tecnico indipendente, in quanto ciò potrebbe essere funzionale proprio a garantire maggiore efficienza e rapidità di risposta ai fini del perseguimento della stabilità dei prezzi, ma anche, in casi estremi, di supportare le politiche di riequilibrio sull'economia reale,

²⁵ Prova empirica ne è il fatto che dopo le prime dichiarazioni di Draghi del 10 marzo 2016 gli indici borsistici europei sono immediatamente migliorati di un 4%, ma per un tempo molto limitato. Sembrerebbe, infatti, che proprio le temute reazioni della Federal Reserve nordamericana, all'annuncio di questi provvedimenti, abbiano ridotto gli effetti delle decisioni *non convenzionali* adottate da Draghi.

cosa che già avviene normalmente per molte altre banche centrali che intervengono in modo coordinato con le politiche economiche e finanziarie. Il vero problema resta, però, l'asincronia attualmente esistente tra i livelli di gestione delle differenti politiche di costituzione economica, infatti, come visto, quella monetaria, almeno per i paesi dell'area Euro, ormai è ben incardinata nel livello europeo e specificamente nella BCE, ma quella fiscale e più prettamente quella parte di costituzione del mercato legata alle regole per poter introdurre le riforme strutturali necessarie in molti dei Paesi membri, sta ancora muovendo i primi passi verso il livello europeo, anche se sembrerebbe avere ancora molta strada di fronte a sé.

A Mario Draghi ed al suo *Board*, ad oggi, resta ancora un po' di tempo per stabilizzare e meglio conformare i limiti materiali della costituzione monetaria europea (ma anche in via indiretta incidere sugli altri elementi che compongono la costituzione economica europea), infatti il suo mandato scadrà, salvo sorprese, il 31 ottobre 2019 e non potrà essere rinnovato. Bisogna vedere se in questo arco di tempo il tentativo di incidere sugli scenari economici in divenire lo indurranno ad ampliare ulteriormente o meno i propri margini di operatività spingendolo ancora di più verso politiche dal sapore sempre più palesemente keynesiano²⁶; se finalmente riuscirà ad ottenere le agognate riforme strutturali; o se John Maynard Keynes oltre ai suoi baffi, con una barba posticcia, nel tentativo magari di non farsi notare troppo dal popolo tedesco, possa essere direttamente richiamato da Bruxelles, con o senza una modifica dei Trattati.

Certo molto in lontananza resta anche l'ipotesi che le leve di politica monetaria possano addirittura, in un futuro chissà quanto lontano, migrare verso la sede di una qualche "istituzione monetaria globale" deputata proprio a svolgere quelle funzioni che ad oggi sono parcellizzate e gelosamente custodite dalle banche centrali più influenti del Pianeta, compresa la BCE. Ma questa, almeno per ora, è un'altra storia.

Abstract

With the creation of the Euro, the Eurozone States have abandoned control over those that traditionally were considered the monetary and financial policy tools, especially useful in case of asymmetric shocks. The current excessive macroeconomic imbalances between the Euro area Member States, however, make it clear that to date, the definitive step towards a European level of effective governance of such dynamics has not yet been achieved by the creation of an appropriate apparatus of institutional tools of the European currency that can provide a rapid and lasting stability response to the system. The ECB, however, with the decisive action of its current President Mario Draghi, has opened up new and surprising European monetary policies that are strongly expanding the role assigned by the Treaties, by questioning the doctrine, but also the Courts, about the legal legitimacy of some of these choices. The potential evolutionary scenarios of European monetary policies and the links between monetary, financial, fiscal and multilevel market forces (but also structural reforms within the Member States) remain to be investigated in the background to see if, and to what extent, there are still some spaces for Keynesian policies, and to what extent are they still possible.

²⁶ Ovviamente ammesso e non concesso che ciò gli venga consentito. L'alternativa, come già ribadito, sarebbe una decisa modifica dei Trattati, con tutte le problematiche giuridiche connesse all'istituzione BCE, su cui cfr. A. Ciancio, *I nodi della governance europea: euro, politica fiscale, bilancio unico dell'Unione. Per una nuova legittimazione democratica della BCE*, in www.federalismi.it, 2015. D'altra parte la BCE, secondo l'opinione di parte della dottrina, ma anche dalle stesse parole di Draghi, sembrerebbe ormai aver esaurito i propri spazi di manovra e sarebbe arrivata, il 10 marzo 2016, alle Colonne d'Ercole del proprio interventismo, su cui v. l'opinione dell'economista Prof. Andrea Boitani riportata da L. Piana, *Bce: "Draghi ha esaurito gli spazi di manovra ora servono politiche fiscali"*, in *L'Espresso*, 10 marzo 2016, reperibile in espresso.repubblica.it/attualita/2016/03/10/news/bce-draghi-ha-esaurito-gli-spazi-di-manovra-ora-servono-politiche-fiscali-1.253809.

La BCE come fonte di squilibri

Sommario: 1.Introduzione - 2. Atipicità e Criticità della BCE - 3. Conseguenze obiettivo primario - 4. Conseguenze no funzione *LoLR* - 4.1 "*Whatever it takes*" - 5. Conclusioni

1. Introduzione

Una banca centrale è un istituto di emissione pubblica che ha il compito di gestire la politica monetaria dei Paesi o delle aree economiche che condividono la stessa moneta. Tra le sue principali mansioni rientrano la regolamentazione dell'offerta di moneta, il controllo del sistema creditizio e la vigilanza sull'intero sistema bancario. Nell'Unione Economica e Monetaria (UEM) il ruolo di banca centrale è svolto dalla Banca Centrale Europea (BCE), una banca che, per costituzione, può essere definita come "atipica" rispetto alle altre principali banche centrali, per tre ordini di grandezza: i) obiettivo primario, ii) funzione di prestatore di ultima istanza e iii) *governance*. Queste criticità hanno assunto un ruolo fondamentale nella creazione di squilibri all'interno della zona euro in termini macroeconomici (bolla immobiliare) e finanziari (rischio *default*). Il presente lavoro vuole indagare gli effetti di una politica monetaria unica nella creazione di divergenze.

L'obiettivo dello studio è quello di mostrare che l'andamento divergente nei rendimenti dei titoli sovrani della zona euro non è attribuibile in maniera univoca ai fondamentali sottostanti, ma piuttosto al *sentiment* del mercato e dalla capacità d'intervento della BCE. L'analisi vuole mostrare come, una politica incentrata solo sull'obiettivo primario di inflazione pari al 2%, può generare ed amplificare squilibri negli Stati membri. Di fatto, le differenze dei tassi d'interesse reali, hanno avuto un ruolo essenziale per la nascita della bolla immobiliare in Spagna e Irlanda (divergenze macroeconomiche). In aggiunta, analizzando la dinamica degli spread italiani e spagnoli contro i titoli tedeschi, si vuole evidenziare l'importanza del ruolo di prestatore di ultima istanza, assunto in parte dalla BCE con l'operazione *Long-Term Refinancing Operation* (LTRO) e con la famosa frase *Whatever it takes*.

L'articolo è strutturato come segue. Nella prima parte - sezione 2 - verranno analizzate le atipicità e criticità della BCE. La seconda parte- sezione 3 e 4 - si concentrerà sulle conseguenze, quindi creazione di squilibri tra i paesi membri, di una tale strutturazione: i) conseguenze rispetto all'obiettivo primario, ii) conseguenze rispetto alla *non* funzione di prestatore di ultima istanza. Sezione 5 conclusioni.

2. Atipicità e Criticità della BCE

La BCE è una banca centrale strutturalmente atipica. Le criticità riguardano gli obiettivi, la *governance* e la funzione, assente ed esigua, del prestatore di ultima istanza (*LoLR*). Alla BCE è affidato un solo obiettivo primario: la stabilità dei prezzi. L'obiettivo è decretato nell'articolo 127 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) che fissa un tasso di crescita per i prezzi, misurato dall'indice armonizzato dei prezzi al consumo per l'intera zona euro o HCPI, al di sotto ma prossimo al 2% nel medio periodo. L'articolo 127 del TFUE afferma poi che la BCE potrà sostenere, senza però compromettere l'obiettivo primario della stabilità dei prezzi, anche quelle politiche che contribuiscono al raggiungimento degli obiettivi più generali sanciti nell'art. 3 del Trattato sull'Unione Europea (TUE), ossia «uno sviluppo sostenibile dell'Europa basato su una crescita bilanciata, prezzi stabili e un'economia sociale di mercato altamente competitiva volta a perseguire il pieno impiego e il progresso sociale». Inoltre, il TFUE sancisce:

- il divieto di finanziamento monetario diretto da parte della BCE del debito dei singoli paesi membri, pur senza inibire la possibilità di acquisto di vari titoli di debito e strumenti finanziari sul mercato secondario (art. 123);
- il divieto di accesso privilegiato da parte di istituzioni pubbliche o governi alle istituzioni finanziarie (art. 124);
- la clausola di *no-bailout* (art. 125).

Tali limitazione caratterizzano la BCE come una banca centrale singolare rispetto ad altre banche centrali come la FED negli Stati Uniti o la BoE nel Regno Unito. Innanzitutto, l'obiettivo primario è più circoscritto e centrato sulla sola stabilità dei prezzi, essendo tutti gli altri ad esso subordinati. Viceversa, la FED persegue il triplice obiettivo di massima occupazione, prezzi stabili e tassi di interessi di lungo termine moderati (Federal Reserve Act 1913, sez.2, modificato nel 1977), mentre la BoE mira sia alla stabilità monetaria sia a quella finanziaria (Financial Services Act 2012). In secondo luogo, il divieto di finanziamento monetario diretto degli Stati membri dell'Unione, attraverso scoperti di conto corrente, facilitazioni di credito e acquisti di titoli di debito, rende la funzione LoLR della BCE più limitata rispetto sia alla FED sia alla BoE. Di conseguenza, la BCE, diversamente dalla FED o BoE, può eseguire acquisti di titoli di debito sovrano solo sul mercato secondario, come è stato fatto negli anni 2011 e 2012, con le operazioni LTRO (*Long-Term Refinancing Operation*) e OMT (*Outright Monetary Transaction*), e tutt'ora con le operazioni QE (*Quantitative Easing*). Infine le decisioni di politica monetaria vengono deliberate attraverso un sistema di *governance* più complesso di quello delle altre banche centrali giacché le decisioni sono prese da un Consiglio composto da 23 membri: 6 membri permanenti, inclusi il presidente e il vice presidente (*Executive Board*) e 17 governatori delle banche centrali degli Stati membri. In linea di principio, l'impostazione sancita negli articoli 123-127 del TFUE riflette il rifiuto del principio di *fiscal dominance*¹ ossia l'accordo esplicito tra governo e banca centrale che impone alla stessa l'obiettivo di perseguire la stabilità dei prezzi e quella dei rendimenti dei titoli di Stato (come tra FED e Tesoro negli USA o tra BoE e Governo in UK). In verità, essa riflette una strategia più ampia: separare la politica monetaria da quella fiscale e proibire gli acquisti di titoli sovrani sul mercato primario al fine azzerare il rischio di azzardo morale da parte degli Stati membri, ossia la possibilità per un paese di sfruttare la garanzia implicita di *bailout* da parte degli altri Stati membri dell'Unione in caso di *default* sul proprio debito sovrano. Queste criticità hanno favorito la nascita di squilibri macroeconomici e finanziari tra i paesi appartenenti all'Unione². Divergenze di crescita economica derivanti dall'obiettivo primario e divergenze in termini di rischio *default* conseguentemente la non funzione del prestatore di ultima istanza.

3. Conseguenze obiettivo primario

Dal 1999-2013, se si escludono due fiammate d'inflazione durante l'inizio della crisi, la BCE è riuscita a garantire il raggiungimento dell'obiettivo di inflazione prossimo al 2% per l'intera area euro³. A livello paese invece si sono registrate sostanziali differenze. A partire dall'ingresso dell'euro, i paesi

¹ O. Jeanne, Fiscal challenges to monetary dominance in the euro area: a theoretical perspective, in *Financial Stability Review*, 16, 2012, 143-150

² P. Alessandrini, M. Fratianni, A. Hughes Hallett, A. Presbitero, *External Imbalances and Financial Fragility in the Eurozone*, in *Open Economies Review*, 25, 2012, 3-34.

³ Tuttavia, a partire dal 2013, l'eurozona sta sperimentando il rischio concreto della deflazione. Le cause di questa diminuzione dipendono in gran parte dalla bassa crescita economica e dalla debolezza della domanda di beni e servizi, cioè un freno nella spesa di consumatori e aziende, che, in regime di deflazione, sono incentivati a posporre gli acquisti di beni e servizi non indispensabili, con l'aspettativa di ulteriori cali dei prezzi, con l'effetto di innescare una spirale negativa. In un contesto di stagnazione/recessione le politiche monetarie espansive sono inefficaci se non sono accompagnate da politiche fiscali espansive.

periferici (*no core*⁴) hanno sperimentato alti picchi d'inflazione, contrariamente ai paesi del nord (*core*⁵) che hanno registrato invece livelli minimi (tasso medio d'inflazione 1999 - 2008 per i paesi *no core* pari al 3% mentre 1,2% per i paesi *core*)⁶.

I tassi d'inflazione più alti della periferia hanno reso i tassi d'interesse reali⁷ più bassi, fornendo una spinta alla crescita della domanda interna. In generale bassi tassi interesse reale stimolano la domanda di beni immobili che ne determinano un aumento dei prezzi. Tale crescita si è associata alla bolla immobiliare in Spagna e Irlanda e alla crescita della spesa pubblica in Grecia. Mettendo a sistema la variazione dei prezzi delle case e variazione del tasso interesse reale nel periodo 1999-2008, è possibile notare la stretta correlazione tra le due variabili.

I paesi con tassi reali più bassi (Irlanda, Spagna, Italia) hanno avuto un incremento sostanziale del prezzo delle abitazioni, rispetto ai paesi con tassi più alti come la Germania. Come risultato, dal 1999 al 2008, i prezzi delle abitazioni sono aumentati dell'80% in Irlanda, del 70% in Spagna e di circa il 60% in Italia, Olanda e Belgio. Mentre in Germania, la variazione è stata addirittura negativa, segnalando un calo dei prezzi delle abitazioni di circa il 15%. La bolla immobiliare, stimolata da bassi di interesse reale ha amplificato le divergenze tra i vari paesi, causando un'eccessiva richiesta di crediti al consumo. Quest'ultima si è tradotta in un aumento dei prestiti ad attività private, con tassi di crescita superiori nei paesi *no core* di circa 10 punti percentuali nel periodo 2004-2008, rispetto ai paesi *core*. Tutto ciò si è tradotto in enormi incrementi del debito privato. Gli incrementi vanno dal 50% al 200% del PIL, portando nel 2007 il rapporto debito privato-PIL al 217% in Grecia, 101% in Irlanda, 75% in Spagna, 71% in Italia e 50% in Portogallo⁸.

La crisi finanziaria, generata all'accumulo di debito privato, ha spinto la zona euro in una spirale deflazionistica, innescata dalla necessita di banche, imprese e famiglie, di ridurre i loro livelli di debito che, a loro volta hanno spinto gli agenti privati a svendere le loro attività e a spingere i prezzi verso il basso in una infernale corsa al ribasso. Non stupisce quindi che i governi siano stati costretti ad aumentare i propri livelli di indebitamento per cercare di porre un freno a questa perversa dinamica economica. Ciò è stato dettato dalla necessità di consentire al settore privato il *deleveraging*⁹ del debito. Così, con la possibile eccezione della Grecia, una causa fondamentale della esplosione dei debiti sovrani nella zona euro può essere riscontrata nell'accumulo insostenibile di debito nel settore privato, che ha spinto i governi a intervenire per sostenere e facilitare il processo di riduzione dell'indebitamento in tale settore. Questa serie di eventi e le loro conseguenze, - indebitamento estero e improvviso arresto dei flussi di capitali (*sudden stop*) - ricalcano fundamentalmente gli eventi che hanno avuto luogo nei paesi in via di sviluppo e si sono conclusi con *default* sovrani. L'arresto nei flussi di capitale ha infatti marcato il territorio per lo scoppio della crisi del debito sovrano nei paesi dell'Eurozona.

⁴ Paesi *no core*: Grecia, Irlanda, Italia, Spagna, Portogallo.

⁵ Paesi *core*: Austria, Belgio, Francia, Germania, Olanda.

⁶ P. De Grauwe, *Economics of Monetary Union*, IX, Oxford, 2013.

⁷ Tasso interesse reale è definito come:

$$r + 1 = \frac{1 + i}{1 + \pi}$$

dove r è il tasso d'interesse reale, i è il tasso d'interesse nominale (tasso nominale titoli di stato/tasso di rifinanziamento principale della BCE), π è il tasso d'inflazione (HICP). L'analisi è svolta scegliendo come tasso nominale il tasso sui titoli di stato a 10 anni (1999-2008).

⁸ Speech by Vítor Constâncio, Vice-President of the ECB, at the Bank of Greece conference on "The crisis in the euro area" Athens, 23 May 2013.

⁹ Il termine indica una riduzione del livello di indebitamento delle istituzioni finanziarie alle prese con un indebitamento (*leverage*) eccessivo.

Dall'analisi si evince che, quando gli Stati membri sono soggetti a shock asimmetrici, una politica monetaria incentrata principalmente sull'obiettivo primario del tasso d'inflazione annuo prossimo al 2% (*one size fit all policy*) può generare ed amplificare squilibri negli Stati membri, contribuendo ad accrescere i livelli di indebitamento pubblici e privati.

4. Conseguenze no funzione *LoLR*

Un'altra fonte di divergenza generata dalla progettazione della BCE riguarda l'assenza o esiguità del ruolo di prestatore di ultima istanza tipico di qualsiasi banca centrale. L'importanza di una tale funzione deriva dalla stretta correlazione tra liquidità e *sentiment* del mercato e dalla forte interconnessione tra Governi e istituti di credito. Di fatto entrambe le istituzioni soffrono di una fragilità molto simile: i loro bilanci hanno un'analogia struttura di scadenze sbilanciate. In genere, l'esposizione delle passività a breve (depositi), coperta da attività a lungo termine (prestiti), può rendere le banche vulnerabili a una corsa agli sportelli, la quale può portare a crisi di liquidità e quindi crisi di solvibilità. In una crisi di liquidità, una banca centrale può intervenire come prestatore di ultima istanza, fornendo fondi che il mercato non è disposto o in grado di fornire. Di conseguenza, in assenza di tale istituzione, la sfiducia nelle banche può innescare il c.d. *bunkrun*. Il bilancio del governo ha una struttura per scadenze simile. Le passività del governo sono costituite principalmente da titoli obbligazionari altamente liquidi che possono essere facilmente venduti. Le attività sono costituite da infrastrutture e da crediti d'imposta. Questi ultimi però sono illiquidi, vale a dire che il governo deve passare attraverso un processo di decisione democratica per aumentare il gettito fiscale, un processo che può richiedere molto tempo. Di conseguenza, in assenza di un prestatore di ultima istanza, un movimento collettivo di sfiducia può portare a una crisi di liquidità che può spingere il governo in *default*.¹⁰

La crisi finanziaria ha il merito di aver evidenziato un aspetto critico delle banche europee: la loro forte esposizione alle obbligazioni sia dei loro governi sia degli altri stati europei. Di conseguenza, il rischio di un crollo nei prezzi dei titoli di stato può produrre seri problemi di bilancio e rendere l'intero sistema bancario insolvente. V. Acharya¹¹ mostra come l'aumento del rischio di *default* sovrano si traduce direttamente in un aumento del rischio di *default* delle banche. Questa stretta interconnessione tra banche e debiti sovrani ha creato un pericoloso canale di trasmissione e potenziamento degli *shock* battezzato "l'anello diabolico banche - Stati sovrani", che espone i governi della zona euro a crisi di liquidità e solvibilità.¹² Il canale opera come segue: le preoccupazioni circa la solvibilità dei sovrani fomenta le preoccupazioni sulla solvibilità delle banche, data la loro forte esposizione in titoli di Stato, e queste a loro volta rafforzano le preoccupazioni sui sovrani, data la accresciuta probabilità di interventi volti al salvataggio del loro sistema bancario. Un attacco speculativo sul mercato dei debiti sovrani o una corsa agli sportelli delle banche può quindi verificarsi molto rapidamente e in qualsiasi momento, con la drammatica conseguenza che un'improvvisa perdita di fiducia da parte degli investitori può generare nel paese che colpito una crisi di insolvenza sul proprio debito di tipo *self-fulfilling*. Questo spiega in gran parte la rapida crescita dei rendimenti sui titoli di stato dapprima in Grecia e in Irlanda e poi in Portogallo, Spagna e Italia tra il 2010 e il 2012. Quando gli investitori hanno perso la fiducia in questi paesi, hanno venduto in maniera massiccia i loro titoli di stato, spingendo i tassi di interesse a livelli insostenibili. Inoltre, la liquidità

¹⁰ P. Kindleberger, *Manias, Panics and Crashes A History of Financial Crises*, III, New York, 1996

¹¹ V. Acharya, *A Theory of Systemic Risk and Design of Prudential Bank Regulation*, in *Journal of Financial Stability*, 5, 2009, 224-255

¹² J. Pisani-Ferry, *The euro crisis and the new impossible trinity*, in *Bruegel Policy Contribution*, 1, 2012, 1-16; P. Lane, *The European Sovereign Debt Crisis*, in *The Journal of Economic Perspectives*, 26, 2012, 49-68.

ottenuta è stata investita in paesi sicuri come la Germania, con conseguente fuoriuscita di capitali dai paesi in difficoltà, rendendo impossibile per i loro governi finanziare il rinnovo del debito a un tasso di interesse ragionevole. Il confronto tra Spagna e Regno Unito permette di comprendere tale dinamica¹³. La posizione fiscale dei due paesi quantificata dai rapporti deficit - PIL e debito - PIL era molto simile, con un tasso di variazione del deficit tra il 1999 - 2012 del 5% per la Spagna e 3% per il Regno Unito, e una variazione del debito pubblico del circa 60% per entrambi. Tuttavia, a fine luglio 2012 il titolo spagnolo pagava un interesse pari al 6,8 % contro l'1,6 % nel Regno Unito. Il confronto mostra che la situazione fiscale, di per sé, non spiega le tensioni sui mercati dei titoli di Stato dell'area dell'euro. Anche se i livelli del disavanzo e del debito pubblico sono simili, i paesi della zona euro sembrano essere più vulnerabili a crisi di liquidità e di insolvenza sul proprio debito sovrano rispetto ai paesi non appartenenti all'area dell'euro.

4.1 "Whatever it takes"

Una conferma della fondatezza empirica di questa ipotesi viene dalla dinamica seguita dallo spread nei paesi della zona euro negli ultimi anni, a partire da quelli di maggiore turbolenza finanziaria (2011-2014). In primo luogo, la prova dell'importanza del ruolo di prestatore di ultima istanza della BCE. Confrontando gli spread italiani e spagnoli contro i titoli tedeschi a 10 anni - utile indicatore dello stato generale della crisi dell'euro - è possibile riscontrare: i) due episodi di speculazione diffusa contro le due nazioni periferiche, alla fine del 2011 e di nuovo nell'estate del 2012; ii) la drastica riduzione degli spread a seguito degli interventi della BCE. La prima contrazione (fine 2011 inizio 2012) è stata ottenuta con le operazioni di rifinanziamento a lungo termine (LTRO), programma in cui la BCE ha indirettamente assunto il ruolo di prestatore di ultima istanza, offrendo prestiti di importi illimitati, a scadenze relativamente lunghe, per le banche che in cambio offrivano debito sovrano come garanzia. La seconda contrazione è stata ottenuta quando Mario Draghi, nel luglio del 2012, ha dichiarato che la BCE sarebbe stata disposta a fare "tutto il possibile" per salvare l'euro, seguita da una dichiarazione ufficiale in cui, se necessario, la banca centrale si sarebbe impegnata in operazioni monetarie di acquisti diretti di debito sovrano¹⁴.

Nessuno di questi interventi della BCE avrebbe avuto una grande influenza, se il problema dei debitori europei periferici fosse stato un problema di solvibilità pura e semplice. Dal momento che tali manovre hanno avuto un considerevole impatto, è ragionevole presumere che una parte sostanziale del premio sul rendimento richiesto per i titoli delle nazioni periferiche rifletta la paura di crisi di liquidità e di insolvenza che si auto-realizzano. La fonte di questa divergenza risiede nell'incertezza che la mancanza di una banca centrale dotata della funzione di prestatore di ultima istanza genera nel comportamento degli investitori internazionali. La dinamica degli eventi realizzatasi nel mercato dei titoli sovrani della zona euro fornisce, pertanto, un forte sostegno empirico all'idea che i paesi appartenenti a un'unione monetaria, privi di una banca centrale con funzione LoLR e di un'autorità fiscale comune, sono più vulnerabili, rispetto ai paesi con una propria banca centrale e una propria autorità fiscale, agli improvvisi mutamenti degli umori del mercato che, causando un improvviso arresto di fondi (*sudden stop*)¹⁵, innescano una diabolica interazione tra crisi

¹³ P. De Grauwe, Y. Ji, *The fragility of two monetary regimes: The European Monetary System and the Eurozone*, in *International Journal of Finance & Economics*, 20, 2013, 1-15; P. De Grauwe, Y. Ji, *Self-fulfilling crises in the Eurozone: an empirical test*, in *Journal of International Money and Finance*, 34, 2013, 15-36.

¹⁴Speech by Mario Draghi, President of the European Central Bank at the Global Investment Conference in London 26 July 2012

¹⁵ G. Calvo, *Capital flows and capital-market crises: The Simple Economics of Sudden Stops*, in *Journal of Applied Economics*, 1, 1998, 35-54.

di liquidità e insolvenza spingendo inesorabilmente il paese colpito in una profonda crisi reale e finanziaria.

5. Conclusioni

La crisi finanziaria ha mostrato la fragilità della *governance* europea. La mancanza di un'unione fiscale, con una banca centrale conservatrice, è stata la principale causa per la creazione di squilibri all'interno dell'eurozona. L'atipicità strutturale della BCE – un obiettivo primario circoscritto alla stabilità dei prezzi e una funzione assente ed esigua di prestatore di ultima istanza – ha contribuito ad accrescere tali divergenze. Nell'interpretare il proprio mandato la BCE è stata influenzata dalla teoria dell'*inflation targeting* flessibile¹⁶. A dispetto di ciò, sia la stabilità economica sia quella finanziaria dovrebbero essere perseguite come obiettivi primari, come avviene per la FED e la BoE. Conferire alla BCE tale ruolo solleva tuttavia una serie di complessità.

- Non ha un mandato esplicito per tali funzioni. La modifica del mandato, per includervi la stabilità finanziaria, solleverebbe notevoli difficoltà in quanto richiederebbe un accordo unanime.
- Una delle ragioni principali per cui la BCE è a disagio con l'acquisto di titoli di Stato è che – a differenza della Fed quando acquista buoni del Tesoro americani – una tale mossa comporta inevitabilmente effetti distributivi. Se la BCE dovesse subire perdite sul proprio portafoglio obbligazionario, dovrebbe chiedere ai suoi azionisti iniezioni di capitale aggiuntivo, diventando così il veicolo per un trasferimento di risorse a favore dei paesi che beneficiano degli acquisti.
- Non ha la corretta gestione per decidere su tali azioni. All'interno del suo Consiglio Direttivo, tutti i governatori delle banche centrali nazionali hanno lo stesso peso di voto. Una coalizione di governatori, ad esempio dei paesi più piccoli, potrebbe teoricamente richiedere l'intervento a favore dei loro paesi a scapito dei paesi più grandi.
- In fine il sostegno incondizionato è una ricetta per la creazione di azzardo morale.

Queste argomentazioni suggeriscono l'esistenza di notevoli ostacoli giuridici e politici per conferire alla BCE un ruolo equivalente a quello svolto dalle altre principali banche centrali. Tuttavia con la loro potenza di fuoco illimitata (funzione LoLR), le banche centrali sono le uniche istituzioni in grado di stabilizzare il sistema finanziario. La BCE dovrebbe ampliare ulteriormente gli strumenti d'intervento e soprattutto dovrebbe cessare di perseguire obiettivi rigidi d'inflazione per puntare invece verso target più flessibili, come ad esempio la crescita del reddito nominale. Una proposta potrebbe essere quella di accompagnare a un più efficace quadro di bilancio la mutua garanzia di una parte del debito pubblico. Invece di mantenere la responsabilità del debito in capo ad ogni paese, come sancito nel Trattato attuale, tale debito potrebbe essere emesso sotto forma di Eurobond. La responsabilità in solido del debito rilasciato è un impegno vincolante che può accrescere la fiducia e la credibilità dei paesi membri agli occhi dei mercati. Inoltre rendendo la BCE più simile alle altre Banche Centrali, per esempio attraverso la funzione del prestatore di ultima istanza, si possono prevenire sentimenti di paura e di panico nei mercati dei titoli di stato, e quindi rendere il mercato

¹⁶ A. Alesina, O. Blanchard, J. Galí, F. Giavazzi, H. Uhlig, *Defining a macroeconomic framework for the Euro Area*, in *Journal of European Social Policy*, 12, 2002, 195-20; F.S. Mishkin, K. Schmidt-Hebbel, *One decade of inflation-targeting: what do we know and what do we need to know*, NBER Working Paper, 2001, n. 8397

MATTEO FOGLIA

finanziario europeo più stabile e al sicuro da crisi *self – fulfilling*. Riforme che se intraprese dai leader europei, possono scongiurare la rottura dell'Unione.

Abstract

The creation of a monetary union with a single central bank without fiscal union, can be considered as one of the critical factors behind current issues in the euro area. The most critical factor concerns the function of the European Central Bank (ECB) within the EMU and particularly the absence (or paucity) of role of lender of last resort typical of any central bank. Only the inflation is the European Central Bank's primary objective (Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, art. 127). The structure draws an atypical Central Bank (BC) compared to other BC as Fed in the US or BoE in the UK. The aim of the study is to show the divergence in yields of euro zone sovereign bonds is not dependent on the underlying fundamentals, but rather by market sentiment and intervention capacity of the ECB. To protect commercial banks from default due to illiquidity and the financial system from serious damage and contagion effects, the ECB must to take on the role of lender of last resort. Intervening in a non-optimal, it has contributed to the differences between member countries, supporting self-fulfilling crises. The paper aims to examine the role of the ECB in setting up intra-European imbalances.

Le sfide dell'Unione economica e monetaria

Sommario: 1. La «Relazione dei cinque Presidenti»: coordinamento, convergenza e solidarietà – 2. Completare l'Unione economica e monetaria dell'Europa: fasi e strutture – 2.1 L'Unione economica – 2.2 L'unione finanziaria – 2.3 L'Unione di bilancio – 2.4 L'Unione politica – 3. Conclusioni

1. La «Relazione dei cinque Presidenti»: coordinamento, convergenza e solidarietà

Il Vertice euro dell'ottobre 2014 ha posto l'accento sulla necessità di rafforzare il coordinamento delle politiche economiche europee¹: il corretto funzionamento² dell'Unione economica e monetaria (UEM)³ non può infatti prescindere da una *governance* solidale che reagisca prontamente agli *shock* del mercato⁴.

Il 22 giugno 2015 il Presidente della Commissione europea, in collaborazione con i Presidenti del Consiglio europeo, dell'Eurogruppo, della Banca centrale europea e del Parlamento europeo, ha presentato una relazione intitolata «Completare l'Unione economica e monetaria dell'Europa»⁵, nota anche come «Relazione dei cinque Presidenti».

L'euro – come ribadito nella Nota analitica del 12 Febbraio 2015⁶ – è una *community of destiny*⁷ che postula la permanente condivisione della sovranità monetaria⁸. Le politiche economiche e di bilancio, corollario indefettibile del progetto europeo, sono però rimesse agli Stati membri, che, gelosi delle proprie prerogative, tendono a sgretolare le fondamenta della moneta unica⁹.

La relazione presentata da Juncker si propone di ridurre la diastasi fra politica monetaria – comune – e politiche economiche e di bilancio – plurime e diversificate –¹⁰, di guisa che le istituzioni europee e i governi nazionali concorrano efficacemente alla stabilizzazione delle economie, al risanamento delle finanze pubbliche e alla salvaguardia dei processi d'integrazione¹¹. Il ponte che

¹ In relazione alla preminenza degli interessi finanziari europei, cfr. Corte giust., sent. 8-9-2015, causa C-105/14; con riferimento ad eventuali cortocircuiti sistemici fra il diritto dell'Unione e quello interno, su tutte Corte cost., sent. 5-6-1984, n. 170/1984.

² Per un quadro completo sulle reazioni della Costituzione economica alla crisi globale, G. di Plinio, *Nuove mappe del caos. Lo Stato e la costituzione economica della crisi globale*, in *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato*, Torino, 2012, 65 ss; sull'atteggiarsi del rapporto fra politica, istituzioni ed economia, G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2015.

³ La base giuridica dell'UEM è rinvenibile negli art. 119-144, 219 e 282-284, TFUE e nei protocolli allegati relativi alla transizione alla terza fase, alle procedure per i disavanzi eccessivi e gli squilibri macroeconomici, ai criteri di convergenza, alle clausole di non partecipazione, al SEBC, alla BCE e all'Eurogruppo.

⁴ European Political Strategy Centre, *The Social Dimension of Economic and Monetary Union. Towards Convergence and Resilience*, Bruxelles, 18-6-2015, 1-2; U. Triulzi, *L'Europa ad un bivio*, in www.federalismi.it, 12, 2016, 3; in relazione alla collaborazione economica di UE e Stati membri, Corte giust., sent. 4-4-1974, causa C-178-179-180/73.

⁵ Il documento in discorso è l'ultimo atto di un nutrito dialogo inter-istituzionale, che affonda le proprie radici nel c.d. «Rapporto Van Rompuy» del giugno 2012, nella relazione intermedia dell'ottobre 2012, nella c.d. «Relazione dei quattro Presidenti» del 5 dicembre 2012, nel «Piano per un'Unione economica e monetaria autentica e approfondita», pubblicato dalla Commissione il 30 novembre 2012 e adottato dal Parlamento con Risoluzione del 20 novembre 2012, e nella Nota analitica del 12 febbraio 2015.

⁶ J.C. Juncker, *Verso una migliore governance economica nella zona euro: preparativi per le prossime fasi. Nota analitica*, Bruxelles, 12-2-2015, 1.

⁷ Per tracciare un quadro attuale sui confini della sovranità e della politica monetarie, Corte giust., sent. 16-6-2015, causa C-62/14.

⁸ Per un approfondimento sulla dislocazione della sovranità monetaria, A. Verde, *Unione monetaria e nuova governance europea. Teorie, istituzioni, politica economica*, Roma, 2012.

⁹ Sul malfunzionamento strutturale della moneta unica, F. Bilancia, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria*, in *Rivista AIC*, 2, 2014, 1-2; cfr. anche G. Bucci, *Le fratture inferte dal potere monetario e di bilancio europeo agli ordinamenti democratico-sociali*, in www.costituzionalismo.it, 3, 2012, 3-4.

¹⁰ J. Delors, *Nell'educazione un tesoro*, Roma, 1997.

¹¹ J.C. Juncker, *Un nuovo inizio per l'Europa. Il mio programma per l'occupazione, la crescita, l'equità e il cambiamento democratico. Orientamenti politici per la prossima Commissione europea*, Strasburgo, 15-7-2014, 2.

unisce sovranità monetaria e competitività economica deve quindi avere le forme di una *governance* democratica comune, che risponda prontamente agli *shock* del mercato¹². “Corrimano” indispensabile di questo raccordo è la resilienza delle economie interne, una “plasticità” politico-istituzionale che assorba e metabolizzi le fisiologiche turbolenze del sistema economico globale¹³.

2. Completare l’Unione economica e monetaria dell’Europa: fasi e strutture.

Stando alla «Relazione dei cinque Presidenti», quattro “affluenti” sfoceranno nella rinnovata UEM¹⁴. Primo immissario sarà l’Unione economica, preordinata a monitorare le caratteristiche strutturali delle economie nazionali. Seguirà l’Unione finanziaria, atta a garantire l’integrità della moneta unica e prodromica alla creazione di un’Unione bancaria e del mercato dei capitali. Terzo profluvio sarà l’Unione di bilancio, che assicurerà la sostenibilità dei bilanci interni e la loro stabilizzazione europea. Chioserà l’Unione politica, canale di controllo democratico e di legittimità istituzionale. Come ribadito durante il Consiglio europeo del 18 dicembre 2015¹⁵, l’atteggiarsi di queste Unioni dovrà essere osmotico.

Il disegno dei cinque Presidenti sarà attuato in tre momenti¹⁶.

Il primo, denominato “Approfondire facendo”, ha avuto inizio il 1° luglio 2015 e terminerà il 30 giugno 2017. Valorizzerà i trattati vigenti rilanciando competitività e convergenza strutturale, attuando politiche di bilancio responsabili, completando l’Unione finanziaria e rafforzando il controllo democratico¹⁷.

Il secondo, dal titolo “Completare l’UEM”, renderà vincolante il processo di convergenza e sfocerà nella creazione di una tesoreria comune per la zona euro. Durante quest’arco temporale saranno concordate misure politico-giuridiche che garantiranno il rafforzamento del controllo democratico.

L’ultima fase, che si completerà al più tardi entro il 2025, assicurerà piena e definitiva attuazione alle misure precedentemente adottate, inaugurando un’UEM autentica e approfondita, che garantisca stabilità economica ai cittadini dell’eurozona e si apra all’adesione di altri Stati.

¹² In favore della persistenza del *deficit* democratico, R. Bin, *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l’integrazione politica in Europa. Relazione finale*, Catania, 31-05-2014, 2-3; F. Zakaria, *The Future of Freedom. Illiberal Democracy at home and Abroad*, tr. it. *Democrazia senza libertà in America e nel resto del mondo*, Milano, 2003, 317.

¹³ Cfr., A. Moravacsick, *In defence of the “Democratic Deficit”: Reassessing Legitimacy in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, 40, 2002, 605.

¹⁴ J.C. Juncker, *Completare l’Unione economica e monetaria dell’Europa*, Bruxelles, 22-6-2015, 5.

¹⁵ EUCO 28/15, *Conclusioni*, Bruxelles, 18-12-2015, 5.

¹⁶ J.C. Juncker, *ult. op. cit.*, 5.

¹⁷ La transizione dalla fase 1 alla fase 2, che avverrà nella primavera 2017, sarà preceduta da un Libro bianco che renderà conto dei progressi compiuti nella fase iniziale e delinea i successivi *step* per il completamento dell’UEM.

2.1 L'Unione economica

L'Unione economica¹⁸, “tessuta” con il *fil rouge* della competitività¹⁹, sarà “confezionata” tra i meccanismi europei di coordinamento²⁰ e la titolarità nazionale dei programmi di riforma²¹.

La definizione interna delle politiche economiche sarà mediata da comitati indipendenti per la competitività, che concilieranno le esigenze dei singoli paesi e le istanze di condivisione europea²². Facendo salve le competenze degli attori politici, tali comitati – indipendenti, terzi e imparziali – monitoreranno l'evoluzione dei prezzi all'interno degli Stati e forniranno piattaforme-dati per la fissazione dei salari²³. Alla luce delle analisi indicate, valuteranno le misure pertinenti e formuleranno raccomandazioni politiche tenendo conto delle specificità nazionali.

Snodo cruciale per l'implementazione dell'Unione economica sarà il rafforzamento della procedura per gli squilibri macroeconomici²⁴. Le decisioni della Commissione, debitamente motivate, saranno accompagnate dalla pubblicazione di un “compendio” che raccoglierà le informazioni relative all'attuazione della procedura. La Commissione stabilizzerà le categorie di squilibrio, definirà i criteri decisionali e chiarirà il nesso tra la natura delle asimmetrie e la loro modalità di risoluzione. Concorderà poi con gli Stati membri e con i comitati per la competitività un solido sistema di monitoraggio. La procedura per i disavanzi eccessivi²⁵ – positivizzata nell'art. 126, TFUE – sarà utilizzata solo in presenza di sperequazioni macroeconomiche che compromettano il buon funzionamento dell'UEM, ma il Consiglio potrà in essere uno specifico controllo anche nei confronti dei paesi a rischio non soggetti alla procedura *de qua*²⁶. Per concludere, si porrà l'accento sulla salvaguardia della “zona euro”: si predisporranno strumenti efficaci contro l'arresto improvviso dei flussi di capitale e si promuoveranno riforme negli Stati che accumulano in modo persistente gli avanzi delle partite correnti derivanti dall'insufficienza della domanda interna e dal basso potenziale di crescita.

La rinnovata Unione economica mirerà anche alla crescita dell'occupazione²⁷ e delle *performance* sociali²⁸. Vestendo di concretezza l'art. 153, TFUE – che teorizza l'agire sinottico dell'UEM e dei singoli Stati nell'implementazione socio-occupazionale –, si avvarrà di un pilastro²⁹ che stabilirà i principi fondamentali del mercato del lavoro e definirà i sistemi di protezione sociale all'interno della zona euro³⁰. La Commissione presenterà la versione definitiva dell'istituzione entro la primavera del 2017. Una volta adottato, il neonato pilastro costituirà l'osservatorio privilegiato da cui monitorare la

¹⁸ Art. 119, par. 1, TFUE.

¹⁹ Per un'ampia disamina dei concetti di concorrenza, competitività e impresa, cfr. Corte giust., sent. 17-12-1991, causa C-6/89; Corte giust., sent. 23-4-1991, causa C-41/90; Corte giust., sent. 11-12-1997, causa C-55/96; Trib., sent. 4-3-2003, causa T-319/99; Corte giust., sent. 19-2-2002, causa C-35/99; Corte giust., sent. 18-6-1998, causa C-35/96; Corte giust., sent. 12-7-1984, causa C-170/83.

²⁰ Art. 121, par. 1, TFUE.

²¹ Cfr. S. Fabbrini, *Which European Union? Europe after the Euro Crisis*, Cambridge, 2015, 124 ss.

²² COM(2015)600.

²³ ECO/395, *Comitati nazionali per la competitività*, Bruxelles, 17-3-2016, 2.3-2.5.

²⁴ Reg. (UE) n. 1174/2011 e reg. n. 1176/2011.

²⁵ In ec.europa.eu.

²⁶ Commissione europea, *La governance economica dell'UE in dettaglio*, Bruxelles, 28-5-2014.

²⁷ Art. 146, par. 1, TFUE; sul tema, S. Sciarra, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempo di crisi*, Roma-Bari, 2013.

²⁸ Art. 151, par. 1, TFUE. Sulla tutela e valorizzazione delle *performance* sociali, Corte EDU, sent. 19-6-2008, n. 12045/06; Corte EDU, sent. 26-11-2002, n. 36541/97; Corte EDU, sent. 27-11-2007, n. 77782/01; Corte EDU, sent. 18-2-2009, n. 55707/00.

²⁹ Diffusamente, A. Ciancio, *Verso un “pilastro europeo dei diritti sociali”*, in www.federalismi.it, 12, 2016.

³⁰ In data 8 marzo 2016 la Commissione europea ha presentato una prima stesura del pilastro europeo dei diritti sociali ed ha avviato una consultazione pubblica per raccogliere le osservazioni di altre istituzioni europee, delle autorità e dei parlamenti nazionali, delle parti sociali, della società civile e del mondo accademico.

situazione socio-occupazionale degli Stati membri e si ergerà a metronomo dei processi interni di riforma. Fornirà relazioni periodiche relative alla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, alle condizioni e all'orario di lavoro, ai diritti dei giovani, alle forme di lavoro interinale, a tempo parziale e a tempo determinato, alla tutela in caso d'insolvenza del datore e alle discriminazioni³¹.

Gli aspetti socio-occupazionali acquisiranno centralità anche nella procedura per gli squilibri macroeconomici: la Commissione ha infatti aggiunto tre specifici indicatori – tasso di attività, disoccupazione giovanile e disoccupazione di lunga durata – al quadro di valutazione, 'sì da garantire reale equità sociale ai nuovi programmi di aggiustamento macroeconomico³².

Il rinnovamento non potrà infine prescindere dal coordinamento delle politiche economiche. La razionalizzazione del semestre europeo³³ è il primo *step* di questo processo di coordinamento³⁴. Anticipando a febbraio la pubblicazione delle relazioni si è valorizzato il ruolo dei programmi nazionali di riforma, indispensabili per rispondere strategicamente all'analisi della Commissione. Anticipando a maggio la pubblicazione delle proposte di raccomandazione si è invece lasciato più tempo al dibattito socio-politico interno. D'altro canto, la Commissione ha sensibilmente ridotto il numero di raccomandazioni, circoscrivendo i *report* alle analisi macroeconomiche e sociali dei successivi 12-18 mesi.

L'obiettivo finale dei cinque Presidenti è quello di articolare il semestre europeo in due fasi successive, una europea e una nazionale³⁵. La prima, che si estenderebbe da novembre a febbraio, sarebbe dedicata alla valutazione della zona euro. Oggetto d'indagine sarebbe l'analisi annuale di crescita della Commissione, cui seguirebbero la relazione sul meccanismo di allerta, la relazione annuale del Comitato europeo per il rischio sistemico, la relazione comune su occupazione e tematiche sociali, il parere del Comitato consultivo europeo per le finanze pubbliche e i pareri delle autorità per la competitività. L'analisi annuale di crescita, accompagnata da una raccomandazione relativa alle azioni da intraprendere all'interno della zona euro e dall'elenco degli Stati membri per cui si reputa opportuno un esame approfondito secondo la procedura per gli squilibri macroeconomici, sarebbe presentata al Parlamento europeo e da questo discussa nell'ambito del dialogo economico previsto dal "six pack". Tale sistema garantirebbe, entro la fine di febbraio, una reale discussione sulle priorità della zona euro. La fase successiva, che si svilupperebbe da marzo a luglio, sarebbe preordinata all'analisi delle politiche nazionali e della loro conciliabilità con le priorità in discorso. Avrebbe inizio con la pubblicazione delle relazioni indirizzate dalla Commissione ai singoli paesi e si concluderebbe con l'adozione delle specifiche raccomandazioni.

2.1 L'unione finanziaria

Il completamento dell'Unione finanziaria, inaugurata dal Protocollo n. 4 allegato al TFUE (e in particolar modo dagli art. 2 e 3), è un passaggio ineludibile per l'implementazione dell'UEM³⁶, perché

³¹ Commissione europea, *Verso un pilastro europeo dei diritti sociali: domande e risposte*, Strasburgo, 8-3-2016.

³² COM(2015)600.

³³ La delibera del Consiglio ECOFIN del 7 settembre 2010 istituisce il Semestre europeo a decorrere dal 1° gennaio 2011. Il regolamento (CE) n. 1466/97, come modificato dal regolamento (CE) 1175/2011, ne costituisce la fonte normativa.

³⁴ In ec.europa.eu/priorities/sites/beta-political/files/factsheet-revamp-semester_en.pdf.

³⁵ J.C. Juncker, *ult. op. cit.*, 24.

³⁶ Per approfondire, G. Di Gaspare, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova, 2011; cfr. anche Cfr., C. Pinelli, *Le misure di contrasto alla crisi dell'eurozona e il loro impatto sul modello sociale europeo*, in *Riv. giur. lav.*, 1, 2013, 231 ss.

un sistema bancario integrato³⁷ garantisce una corretta trasmissione della politica monetaria e un'adeguata diversificazione del rischio tra i paesi³⁸.

La Commissione agevolerà l'attuazione delle disposizioni legislative adottate³⁹ e si avvarrà dei poteri conferitigli dal trattato per assicurare il recepimento della direttiva sul risanamento e la risoluzione delle banche (termine scaduto nel gennaio 2015) e di quella sul sistema di garanzia dei depositi (termine scaduto nel luglio 2015).

In secondo luogo, solleciterà gli Stati ad introdurre un "ponte" di finanziamento che trasferisca risorse al meccanismo di risoluzione unico (SRM), affinché quest'ultimo finanzi gli eventuali costi di risoluzione residui per le banche in difficoltà. Allo stesso modo, incalzerà i singoli paesi affinché cooperino alla realizzazione di un dispositivo comune di difesa per il Fondo di risoluzione unico che non abbia alcuna incidenza sul bilancio a medio termine.

La Commissione perfezionerà anche il sistema comune di garanzia dei depositi⁴⁰, in modo da impedire i prelievi dettati dal panico e le corse agli sportelli. La direttiva 2014/49/UE, recepita nel nostro ordinamento con il decreto legislativo n. 30 del 15 febbraio 2016, ha armonizzato gli aspetti portanti della disciplina - livello di copertura (100.000 euro per depositante), tempi e modalità dei rimborsi (7 giorni lavorativi), risorse finanziarie (provenienti dal settore bancario), modalità di contribuzione (meccanismi di finanziamento *ex ante* fissati in linea di massima allo 0,8% dei depositi coperti), ruolo dei fondi nelle procedure di crisi (interventi preventivi o alternativi in senso stretto) - , ma il definitivo completamento del sistema avverrebbe solo con l'istituzione di un sistema europeo di assicurazione dei depositi (EDIS). L'EDIS "erigerebbe" una piattaforma mutualistica di assicurazione sul Fondo di assicurazione dei depositi europeo (*Deposit Insurance Fund - DIF*), all'interno del quale i sistemi nazionali di garanzia trasferirebbero progressivamente le risorse raccolte dalle banche aderenti.

L'Unione finanziaria rinsalderà le proprie fondamenta con l'unificazione del mercato dei capitali. Nel febbraio 2015 la Commissione ha avviato una consultazione apposita, cui ha fatto seguito una conferenza europea⁴¹, durante la quale è stato articolato un piano d'azione volto ad ampliare le opportunità per gli investitori, collegare i finanziamenti all'economia reale, promuovere un sistema finanziario più forte e resiliente, approfondire l'integrazione finanziaria e ampliare la concorrenza. Nel dettaglio, le fonti di finanziamento alternative (mercati dei capitali, *venture capital*, *crowdfunding* e gestione patrimoniale) avranno maggior rilievo nel finanziamento delle imprese che hanno difficoltà a raccogliere fondi (PMI e *start-up*). La diversificazione delle forme di finanziamento, favorendo gli investimenti e l'attività economica, attenuerà l'impatto che i potenziali problemi del settore bancario creerebbero in relazione all'accesso ai finanziamenti. Tra le misure preventivate figurano anche l'istituzione di un quadro normativo per una cartolarizzazione semplice, trasparente e standardizzata, la modificazione della normativa "solvibilità II", consultazioni pubbliche sul *venture capital* e sulle obbligazioni garantite e un'analisi sull'impatto cumulativo della normativa finanziaria⁴².

³⁷ Per approfondire, Corte giust., sent. 18-2-2016, causa C-526/14.

³⁸ In ec.europa.eu. Cfr., R. Bin, P. Caretti, G. Pitruzzella, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, 2015, 315 ss.

³⁹ Il meccanismo di vigilanza unico e il meccanismo di risoluzione unico.

⁴⁰ S. De Polis, *La tutela dei depositi bancari nel quadro dell'Unione bancaria europea*, Roma, 27-4-2016, 9-13.

⁴¹ In ec.europa.eu.

⁴² In ec.europa.eu.

2.2 L'Unione di bilancio

Un'UEM profonda, autentica ed equa postula la solidità dei bilanci⁴³ e precipita in politiche condivise che garantiscano la sostenibilità del debito pubblico e assicurino l'attivazione automatica di stabilizzatori in grado di assorbire gli *shock* economici⁴⁴.

Se il Trattato di Maastricht aveva richiesto agli Stati membri un rapporto fra indebitamento netto e PIL inferiore al 3% e un rapporto fra debito e PIL inferiore al 60%⁴⁵, il Patto di stabilità e crescita (PSC), così come modificato dal *six pack* e dal *two pack*, ha modellato la *governance* europea entro le forme della sorveglianza multilaterale e della procedura per i disavanzi eccessivi, predisponendo un braccio d'azione preventiva (il *preventive arm*) e uno di reazione correttiva (il *corrective arm*). Il descritto sistema affonda le proprie radici nell'art. 119, par. 3, TFUE, che articola l'analisi dell'andamento delle finanze pubbliche in un'indagine di breve periodo, preordinata a sondare la stabilità della politica di bilancio, e in una di lungo termine, che ne valuta la sostenibilità. La stabilità, accertabile *brevi tempore*, assicura il puntuale adempimento delle obbligazioni contratte dalle pubbliche amministrazioni; la sostenibilità, che ha una gestazione più lenta, garantisce la recessione del valore delle passività innanzi a quello delle attività. In un contesto di unità monetaria una politica di bilancio responsabile assume rilevanza capitale per un duplice ordine di ragioni: anzitutto perché l'andamento del tasso di cambio e dei tassi di interesse potrebbe indurre i governanti dei singoli Paesi a realizzare *deficit* di bilancio più elevati di quelli sostenibili; in secondo luogo perché gli interessi di breve periodo di un dato Stato potrebbero confliggere con quelli complessivi dell'UEM.

Le azioni sinora intraprese, pur disegnando un paradigma vincolante, necessitano di un più rigido controllo delle politiche di bilancio. La crisi, evidenziando l'indefettibilità di un coordinamento *ex ante*, suggerisce l'istituzione di un organismo indipendente che esamini le *performance* dei bilanci nazionali a fronte degli obiettivi economici stabiliti nel quadro di *governance* europeo⁴⁶. Si valuta in proposito la creazione di un comitato consultivo che eserciti una sorveglianza multilaterale nella zona euro⁴⁷. L'organismo - costituito da un *pool* di esperti - fornirebbe analisi economiche in linea con la normativa europea e garantirebbe una valutazione retrospettiva dell'attuazione del quadro di bilancio, ponendo l'accento sulla coerenza orizzontale delle decisioni, sulla sorveglianza dei bilanci nazionali, sull'osservanza delle discipline comunitarie e sull'adeguatezza degli orientamenti macroeconomici. Più nel dettaglio, dovrebbe specificare gli indirizzi del bilancio aggregato, definendo paradigmi adeguati per la zona euro. Qualora rilevasse disfunzioni all'interno dell'UEM, dovrebbe tracciare opzioni strategiche preordinate a bypassare eventuali squilibri. L'organismo coopererebbe infine con i consigli nazionali per le finanze pubbliche al fine di favorire le prassi e le interpretazioni comuni.

Pur se a lungo termine, i cinque Presidenti auspicano l'introduzione di una funzione comune di stabilizzazione macroeconomica che reagisca agli *shock* non gestibili internamente⁴⁸. La potenziale ammortizzazione potrebbe muovere dal Fondo europeo per gli investimenti strategici, sviluppandosi attorno ad un complesso di fonti di finanziamento e di progetti d'investimento cui attingere in funzione del ciclo economico. La stabilizzazione in discorso, che non comporterebbe trasferimenti

⁴³ Art. 314, TFUE; art. 36-52 reg. (UE) n. 966/2012; accordo interistituzionale approvato dal Parlamento il 19 novembre 2013 e dal Consiglio il 2 dicembre 2013, che fa seguito all'accordo politico raggiunto tra i Presidenti del Parlamento, del Consiglio e della Commissione il 27 giugno 2013.

⁴⁴ Cfr., F. Bilancia, F.M. Di Sciuillo, A. Giannelli, M.P. Paternò, F. Rimoli, G.M. Salerno, *Fardelli d'Italia. L'unità nazionale tra coesione e conflitti*, Napoli, 2011, 39 ss.

⁴⁵ Art. 104, par. 2, TUE; art. 1, Prot. n. 12, TUE.

⁴⁶ In ec.europa.eu; per approfondire, M. Salerno, *Autonomia finanziaria regionale e vincoli europei di bilancio*, Napoli, 2013.

⁴⁷ COM(2015)600.

⁴⁸ J.C. Juncker, *ult. op. cit.*, 17.

permanenti tra paesi o trasferimenti in un'unica direzione, non sarebbe concepita come strumento di perequazione dei redditi, ma incrementerebbe la resilienza della zona euro e ridurrebbe drasticamente le probabilità d'intervento del MES.

2.4 L'Unione politica

L'acme della convergenza economico-monetaria risiede nel controllo democratico. L'obiettivo è quello di instaurare legami politici che vincolino i paesi membri ad un modello fiscalmente sostenibile⁴⁹. Un simile passaggio, che si sostanzia nel trasferimento di sovranità dalle realtà nazionali a quella europea - e che può funzionare solo in presenza di un potere condiviso che governi in modo indipendente (anche se coordinato) rispetto agli Stati membri -, non può prescindere da un meccanismo di legittimazione democratica.

Il Parlamento europeo ha potenziato il proprio controllo democratico intraprendendo dialoghi economici con Consiglio, Commissione ed Eurogruppo in occasione degli ultimi cicli del semestre europeo. Le tempistiche e le modalità di confronto potrebbero però essere perfezionate. La Commissione potrebbe dibattere in plenaria con il Parlamento prima di presentare l'analisi annuale di crescita, portando avanti il confronto anche in seguito all'adozione dell'atto. Si potrebbe prevedere un'ulteriore discussione a margine della presentazione delle specifiche raccomandazioni per paese. I rappresentanti della Commissione e del Consiglio potrebbero poi prendere parte alle riunioni interparlamentari della Settimana parlamentare europea. L'interazione con i parlamenti nazionali dovrebbe estendersi ai dibattiti interni relativi alle raccomandazioni specificamente rivolte agli Stati membri e alla procedura nazionale annuale di bilancio, dando così slancio al diritto di convocare un Commissario.

La rilevanza politica della zona euro è stata notevolmente rafforzata dall'adozione del "six pack", del "two pack" e del trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance*, che hanno integrato e ampliato la sorveglianza europea in ambito macroeconomico e di bilancio. Contributo essenziale al descritto processo d'implementazione è stata l'istituzione del MES, teleologicamente orientato alla risoluzione delle crisi economiche che investono i paesi dell'eurozona. Altresì fondamentale è stata la previsione di un'Unione bancaria dotata di un meccanismo centralizzato di vigilanza e di risoluzione delle crisi. La rappresentanza esterna della zona euro non ha però viaggiato alla stessa velocità, limitando il portato innovativo dei citati interventi.

La Commissione ha presentato una comunicazione inerente la rappresentanza esterna dell'UEM⁵⁰ e una proposta di decisione del Consiglio che stabilisce la progressiva introduzione di quella rappresentanza all'interno del Fondo monetario internazionale (FMI)⁵¹. Il FMI è l'architrova della *governance* economica e finanziaria mondiale. Un'adeguata rappresentanza esterna ergerebbe l'UEM ad interlocutore europeo privilegiato, sintetizzatore delle volontà politiche statali e latore di programmi condivisi in ambito economico, finanziario e di bilancio. L'UEM parlerebbe ad una sola voce e detterebbe una linea comune su politica economica e di bilancio, sorveglianza macroeconomica, politiche dei tassi di cambio e stabilità finanziaria. Il progetto di unificazione poggerrebbe su tre assi: un previo coordinamento tra gli Stati membri della zona euro, la nomina (o l'elezione) di un rappresentante comune, la predisposizione di un seggio unico in seno al FMI⁵². Ad ogni modo, la previsione di una rappresentanza esterna non si limiterebbe al FMI, ma si allargherebbe

⁴⁹ Sulla solidarietà, S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari 2014.

⁵⁰ COM(2015)602.

⁵¹ COM(2015)603.

⁵² COM(2015)602.

ad altri contesti internazionali (G7, G20, Consiglio per la stabilità finanziaria, ONU, OCSE, Banca mondiale).

La proiezione internazionale dell'integrazione interna è il primo passo verso la realizzazione dell'Unione politica. Seguirà il rafforzamento dell'Eurogruppo, che assumerà ad elemento indefettibile del rinnovato semestre europeo, acquisendo un ruolo pivotale nella discussione, nella promozione e nella rappresentanza degli interessi della zona euro. Nel lungo periodo la sua presidenza potrebbe coincidere con quella dell'UEM, 'sì da bypassare il filtro intermedio dei governi nazionali ed intessere un legame diretto fra la "camera di conciliazione" degli interessi particolari - l'Eurogruppo - e la piattaforma decisionale condivisa - la rinnovata UEM.

La nascita dell'Unione politica sarebbe infine subordinata alla creazione di una tesoreria comune. Pur mantenendo autonomia decisionale in ordine a fiscalità e assegnazione della spesa pubblica, gli Stati membri sarebbero soggetti agli indirizzi economici, finanziari e di bilancio dell'UEM, la cui legittimità politica sarebbe garantita da un organismo collettivo democratico che ottimizzi le dinamiche della liquidità per contenere il rischio di eventuali *deficit*.

3. Conclusioni

La *governance* europea si trova innanzi ad un bivio epocale: cedere alla fascinazione delle correnti nazionaliste, rinunciando all'acquisizione di ulteriori fette di sovranità, o proseguire lungo il viale dell'integrazione. La scelta non è scontata, e le macerie lasciate dalla crisi tendono a rinfoculare l'euroscetticismo: le turbolenze economico-finanziarie, amplificate dall'immigrazione di massa e dal terrorismo di matrice politico-religiosa⁵³, sottopongono l'UE a pressioni "sotterranee" che rischiano di sgretolare qualsiasi progetto politico condiviso⁵⁴.

La relazione esaminata, portando avanti un necessario disegno federativo⁵⁵, tenta di ricucire lo strappo fra politica economica e politica monetaria⁵⁶ trasferendo in capo alle istituzioni europee il sostanziale governo dell'economia. L'inadeguatezza degli strumenti di coordinamento⁵⁷ ha rivelato la stringente necessità di allocare sul medesimo livello di *governance* le politiche in discorso⁵⁸, accrescendo, contestualmente, la democraticità dell'UEM⁵⁹.

L'Europa è padrona del proprio destino: attuare misure concrete per dar vita ad un'Unione equa e democratica o compiacersi della propria incompletezza, legittimando le falangi oplitiche dell'antieuropeismo?

⁵³ Diffusamente, U. Triulzi, *Le politiche economiche dell'Unione Europea*, II ed., Milano, 2016.

⁵⁴ A. Ciancio, *op. cit.*, 1.

⁵⁵ Diffusamente, B. Caravita, *Quanta Europa c'è in Europa?*, Torino, 2015.

⁵⁶ Diffusamente, A. Ciancio, *I nodi della governance europea: euro, politica fiscale, bilancio unico dell'Unione. Per una nuova legittimazione democratica della BCE*, in www.federalismi.it, 16, 2015.

⁵⁷ E. Raffiotta, *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, Bologna, 2013, 58 ss.

⁵⁸ C. Offe, *L'Europa in trappola. Riuscirà l'UE a superare la crisi?*, Bologna, 2014, 31 ss.

⁵⁹ A. Ciancio, *Verso un...*, cit., 5; A. Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato Costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 1, 2014, 84 ss; Corte giust., sent. 27-11-2012, causa C-370/12, respingendo i dubbi di compatibilità del MES con il diritto dell'Unione, sottolinea, seppur implicitamente, l'opportunità di ricondurre le politiche economico-monetarie all'intergoverno degli Stati, 'sì da rafforzare la legittimità democratica delle decisioni.

Abstract

The adoption of the European single currency is rooted in the belief that the coexistence of different monetary policies jeopardizes the potential of the single market exposing the Member States to economic and monetary instability.

The inability to govern the oscillation rate has therefore given birth to a unified monetary system, the common platform that favoured the flow of productive factors and the efficient allocation of the resources. This kind of apparatus, named Economic and Monetary Union (EMU), has two pillars: that of monetary policy, built on the shoulders of the European Central Bank (ECB), and that of economic policy in which stands the figure of the Council.

The scarce coordination between the two organizations has not been able to withstand the impact caused by the crisis of subprime mortgages and has revealed the fragility of the whole system. The Maastricht Treaty's drafters trusted in the affirmation of shared economic practices and in the spontaneous convergence between economic and monetary policy. Omen, this, completely contradicted by the reality: the crisis of the sovereign debt has imposed the adoption of a substantial plan of financial aids and resulted in the introduction of additional tools of banking and budgetary coordination.

The existence of a common currency limits the intervention ability of the individual Countries that must be balanced by the empowerment of the common apparatuses of economic government. The fragility of the support mechanisms exacerbates the internal imbalances and materializes the spectre of a Eurozone with variable economies.

The strategy of the "buffer solutions" is the principle feature of the European action: it is purely cyclical and it opens deregulated gates within which the economy trumps both politics and law. So, the European Union predicts a strengthening of the EMU through the progressive creation of three more Unions (economic, financial-banking and budgetary) prodromal the final consecration of the political Union. As mentioned above clearly emerges from the analysis of the report "Completing the Economic and Monetary European Union" signed by Juncker, Tusk, Dijsselbloem, Draghi and Schulz.

The Presidents underline how the single currency is the key factor to achieve the economic equity between the Member States. At the same time, they are aware of the structural shortcomings of EMU that would only widen the gap between the Countries so called virtuous and those "most undisciplined" without a concomitant economic, financial and budgetary unit.

The goal is to create integrated economy, finance as well as budget simultaneously implementing the parliamentary supervision of the activities in question.

Moneta unica e tutela costituzionale del risparmio

Sommario: Tutela del risparmio e integrazione dei mercati: aspetti introduttivi – 2. Il problema della risoluzione delle crisi bancarie - 3. La regola del *bail-in*: effetti e rischi per la tutela del risparmio - 4. Verso una nuova idea di “tutela del risparmio”?

1. Tutela del risparmio e integrazione dei mercati: aspetti introduttivi

Nella stesura dell'art. 47 della Costituzione italiana, i membri della commissione dei 75 annotavano: «la tutela del risparmio solleva due problemi, il primo è quello della conservazione del valore della moneta [...] il secondo quello della salvaguardia dei depositi dai dissesti bancari»¹. Il primo problema si affronta, sostanzialmente, garantendo stabilità monetaria, quindi bassa inflazione. Obiettivo esplicitamente fissato, oggi, dall'art. 127 del TFUE che subordina le politiche economiche generali dell'Unione alla stabilità dei prezzi. La salvaguardia dei depositi dai dissesti bancari, invece, dipende da una serie complessa di elementi. Risultano indispensabili, ad esempio, sia un sistema di misure atte ad evitare o ridurre i rischi di crisi bancarie, sia adeguati meccanismi di salvataggio bancario. Più ampiamente, la tutela dei risparmi dai dissesti bancari è legata alla stabilità complessiva dei mercati finanziari e alla capacità del sistema di riassorbire gli effetti della crisi².

Sotto tale punto di vista, l'integrazione dei mercati europei e il processo di unione monetaria hanno evidenziato la necessità di una armonizzazione degli strumenti di vigilanza sul credito e di tutela del risparmio. Gli obiettivi di tutela del risparmio non possono più essere perseguiti attraverso una regolazione finanziaria di livello esclusivamente nazionale in quanto «esistono fattori di rischio di carattere generale che sfuggono ai controlli della singola autorità e possono essere gestiti solo a livello aggregato»³. La dimensione globale del capitalismo finanziario, la diffusione ormai capillare di nuovi prodotti di investimento, spesso caratterizzati da elevato rischio e volatilità, la crescente instabilità economico-finanziaria dei mercati, sono tutti fenomeni che spingono il legislatore europeo verso una sempre più consistente regolazione del sistema creditizio di livello sovranazionale, soprattutto alla luce dei rischi, per i piccoli risparmiatori, emersi durante la crisi del debito greco o nel fallimento di alcuni gruppi bancari italiani. La crisi dei mercati finanziari, inoltre, conferma la vitale importanza di meccanismi e regole di garanzia effettiva e rapida dei depositi bancari, pena la caduta della fiducia del pubblico e forti ripercussioni sulle variabili macroeconomiche e sulla stabilità complessiva del sistema⁴.

¹ Lo riferisce M. Liva, *Bail-in, Bail-out e i giudici costituzionali austriaci*, in www.ilcostituente.it. La tutela costituzionale del risparmio potrebbe essere ricondotta a concezioni piuttosto risalenti, in base alle quali «la parsimoniosità dei singoli è una virtù civile», sebbene il «beneficio sociale» del risparmio si manifesta, più concretamente, soprattutto quando esso viene investito per accrescere la capacità produttiva del sistema economico, così S. Rossi, *Il risparmio tra tutela e educazione finanziaria: l'esperienza della Banca d'Italia e dell'Ivass*, in *Bancaria*, 2016, n. 6, 53.

² Sull'insufficienza della stabilità monetaria per garantire la stabilità finanziaria v. M. Beblavý, D. Cobham, L. Ódor (cur.), *The Euro Area and the Financial Crisis*, Oxford, 2011. La stretta correlazione tra le esigenze di stabilità monetaria e finanziaria è rilevata in contesti molteplici e differenti, cfr. ad esempio: P. Diman, *Il risparmio nei Balcani occidentali tra stabilità della moneta e solidità del sistema finanziario (ma entrambe "under construction")* in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2009, 1199 ss. Una ricostruzione più ampia in G. Cerrina Feroni, *La tutela del risparmio. Un quadro comparato*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2009, 1146 ss.

³ G. Godano, *Sviluppi della vigilanza finanziaria europea: il Rapporto de Larosiére*, in *Queste Istituzioni*, n. 156-157/2010, 18 ma v. anche K. Alexander, *Reforming European financial supervision: adapting EU institutions to market structures*, in *ERA Forum - Journal of the Academy of European Law*, n. 2/2011, 237. «Il settore della regolazione della moneta e dei mercati finanziari si presenta ... come un settore particolarmente promettente per l'individuazione e la discussione di possibili tendenze di sviluppo del processo di integrazione europea» L. Torchia, *Moneta, banca e finanza fra unificazione europea e crisi economica*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2015, 1501.

⁴ G. di Plinio, *Il risparmio nella Costituzione economica europea*, in G. Cerrina Feroni, *Tutela del risparmio e vigilanza sull'esercizio del credito*, Torino, 2011, 1232; M. Dewatripont, X. Freixas, *Bank Resolution: Lessons from the Crisis*, in M. Dewatripont, X. Freixas (cur.) *The Crisis Aftermath: New Regulatory Paradigms*, London, 2012.

2. Il problema della risoluzione delle crisi bancarie

Nel 2008 la Commissione Europea aveva affidato ad un gruppo di esperti presieduto da Jacques de Larosi re il compito di individuare una *exit strategy* dalla crisi di matrice europea. Ne   emerso un modello regolamentare di vigilanza basato sul Comitato per il rischio sistemico (CERS) che detiene poteri di carattere macro-prudenziale e il Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (SEVIF), costituito da tre autorit  a cui affidare la vigilanza micro-prudenziale: l’Autorit  Europea per la vigilanza bancaria (ABE) per il settore del credito, l’Autorit  Europea degli Strumenti Finanziari e dei Mercati (AESFEM) per il settore dei mercati mobiliari, l’Autorit  Europea delle Assicurazioni e delle Pensioni aziendali e professionali (AEAP) per il settore assicurativo⁵. Era apparso evidente che il risparmio poteva essere letteralmente disintegrato dal malfunzionamento, intenzionale o meno, dei collettori pubblici e privati di risparmio, e che una buona regolazione dei mercati dei servizi bancari e finanziari e un controllo pubblicistico efficiente sugli operatori costituissero la migliore garanzia di tutela⁶. Anche per queste ragioni, dal 2012 la Commissione ha avviato un percorso finalizzato alla creazione di un sistema bancario unitario in Europa in particolare attraverso i regolamenti europei 15.10.2013, n. 1024 e 22.10.2013, n. 1022 che disciplinano il meccanismo di vigilanza bancaria unica e segnano un «significativo processo di accentramento all’interno dell’Unione»⁷. Il primo provvedimento disciplina il Meccanismo Unico di Vigilanza (MUV) e attribuisce fondamentalmente alla BCE numerosi poteri per la vigilanza di tutte le banche della zona euro⁸. Il secondo, invece, ridefinisce i poteri dell’ABE allineandoli al nuovo assetto di vigilanza bancaria modificando, pertanto, il regolamento istitutivo.

Oltre al MUV, la Commissione ha lavorato anche sul processo di rafforzamento e armonizzazione dei sistemi di garanzia dei depositi e sul Meccanismo Unico per la Risoluzione delle banche in difficolt  (MRU) di cui alla direttiva europea 15.5.2014, n. 59 (pi  nota come *Bank Recovery and Resolution Directive*) e al regolamento europeo 15.7.2014, n. 806 con l’obiettivo di preservare la stabilit  finanziaria dell’area euro attraverso una gestione centralizzata dei meccanismi di risoluzione⁹. In Italia la direttiva n. 59   stata recepita attraverso due decreti legislativi del 16.11.2015, nn. 180 e 181, con l’obiettivo dichiarato «di evitare liquidazioni disordinate, che amplifichino gli effetti e i costi di eventuali crisi, dotando le autorit  di risoluzione di strumenti che consentano un intervento precoce e efficace, riducendo al minimo l’impatto del dissesto sull’economia e sul sistema finanziario»¹⁰.

⁵ P. Bilancia, *Alla ricerca di un mercato unico dei servizi finanziari*, in P. Bilancia, G. M. Rivolta (cur.), *Tutela del risparmio, Authorities, Governo societario*, Milano, 2008, 15. Per un’analisi evolutiva della normativa: M. Dewatripon, *European banking: Bailout, bail-in and state aid control*, in *International Journal of Industrial Organization*, 2014, 37 ss. Con particolare riferimento all’ABE si rinvia a G. Cerrina Feroni, *Verso il meccanismo unico di vigilanza sulle banche. Ruolo e prospettive dell’European Banking Authority (EBA)*, in *www.federalismi.it*, n. 17/2014, 2. Essa ha il compito di assicurare un livello di regolamentazione e di vigilanza prudenziale efficace ed uniforme, contribuendo alla creazione di un sistema normativo unico per tutti i paesi membri dell’UE nel settore bancario ma pu  anche vietare alcune attivit , soprattutto nell’ottica di tutela dei consumatori e di salvaguardia e integrit  del buon funzionamento dei mercati: 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, Firenze, 2015, 501.

⁶ G. di Plinio, *Il risparmio nella Costituzione economica europea*, cit., 1234, dove si evidenzia che «la necessit  di regolamentazione uniforme del mercato dei servizi finanziari   sempre stata un obiettivo cruciale dell’Europa, che tuttavia si   sempre scontrato con la mancanza di integrazione di comparti fisiologicamente asimmetrici, ciascuno con propri regolatori».

⁷ P. Bilancia, *The dynamics of the EU integration and the impact on the national constitutional law. The European Union after the Lisbon Treaties*, Milano, 2012, 15, citato anche da C. Caruso, *Vincoli di bilancio e dinamica federale europea: itinerari di una comparazione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015, 7.

⁸ G. Cerrina Feroni, *Verso il meccanismo unico di vigilanza sulle banche*, cit., 12.

⁹ Cfr. G. Cinquegrana, M. Di Stefano, *Le criticit  dell’unione bancaria ed il quadro di riferimento sul meccanismo di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Riv. Bancaria*, 2016, n. 2-3, 163 ss., soprattutto sulle strette interconnessioni tra MUV, SSM e MRU.

¹⁰ Cfr. il comunicato stampa del Consiglio dei ministri del 13.1.2015, consultabile in *www.governo.it*.

La procedura di risoluzione prevede quattro diverse modalità di intervento : 1) la cessione, anche parziale, di attività e passività; 2) la *bridge bank*, ossia il trasferimento temporaneo delle attività e delle passività ad un soggetto appositamente costituito e gestito dall'autorità di risoluzione che, nel nostro caso, è la Banca d'Italia; 3) la *bad bank* con la quale si trasferiscono le attività deteriorate ad un soggetto che ne gestisce la liquidazione in tempi ragionevoli; 4) il *bail in*, che costituisce il meccanismo di salvataggio interno che avviene attraverso la riduzione del valore delle azioni e di altri crediti al fine di assorbire le perdite e ricapitalizzare la banca¹¹. Quest'ultimo istituto, in particolare, ha destato maggiore interesse sia per alcuni caratteri decisamente nuovi (e talora sconosciuti) al nostro ordinamento¹² sia, soprattutto, per le importanti implicazioni che esso produce rispetto alle esigenze di tutela del risparmio.

3. La regola del *bail-in*: effetti e rischi per la tutela del risparmio

L'obiettivo della nuova normativa europea è evidentemente quello di tutelare i creditori delle banche coinvolte senza «alcuna forma di finanziamento o supporto pubblico alle banche in risoluzione o al Fondo nazionale di risoluzione nel procedimento di risoluzione»¹³. La regola del *bail-in* e quella del *burden sharing* rispondono sostanzialmente all'esigenza di evitare che gli Stati si facciano carico delle inefficienze e degli squilibri del sistema creditizio e, più in generale, del sistema di imprese private che operano in regime di concorrenza, non solo per le comprensibili conseguenze sul sistema delle finanze pubbliche, ma soprattutto per il rischio di falsare il gioco della concorrenza tra le banche legato al *moral hazard*¹⁴.

Questi principi entrano potenzialmente in conflitto con una tradizione italiana nella quale la soluzione delle crisi bancarie è stata molto spesso trovata con il ricorso, diretto o indiretto, a fondi pubblici. Problema che permane anche quando si ricorre al Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (FITD) con l'autorizzazione della Banca d'Italia ai sensi dell'art. 96 bis del Testo Unico Bancario¹⁵ e dell'art. 29 dello Statuto del FITD. Infatti, quando nel 2013 la Banca d'Italia autorizzò un intervento di sostegno di questo tipo per la TERCAS¹⁶, la Commissione europea avviò un procedimento ai sensi dell'art. 108 TFUE giungendo alla conclusione che tale intervento costituisse aiuto di Stato capace di determinare un vantaggio selettivo e una distorsione della concorrenza. La Commissione precisò che la natura privatistica del FITD non esclude il carattere pubblico dell'intervento, in quanto quest'ultimo agisce in adempimento ad un mandato pubblico autorizzato, coordinato e deciso dalla Banca d'Italia. Si tratta di un principio dalle conseguenze assai rilevanti. La natura privatistica del Fondo Interbancario, in

¹¹ J.N. Gordon, W.G. Ringe, *Bank Resolution in Europe: The Unfinished Agenda of Structural Reform* in D. Busch, G. Ferrarini (cur.), *The European Banking Union*, Oxford, 2015.

¹² Il legislatore italiano ha preferito conservare l'espressione inglese di *bail-in*, un po' più "oscura", specie per il grande pubblico dei risparmiatori rispetto ad una più chiara traduzione italiana che ne facesse comprendere più facilmente gli effetti, cfr. anche R. Lener, *Bail-in bancario e depositi bancari fra procedure concorsuali e regole di collocamento degli strumenti finanziari*, in *Banca Borsa Tit. Cr.*, 2016, 287.

¹³ Comunicato stampa del Consiglio dei ministri n. 93 del 22.11.2015 (www.governo.it). Il *bail-in* dà attuazione al principio di ripartizione dei costi delle crisi bancarie attraverso l'internalizzazione delle perdite della banca (A. Gardella, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie nel contesto del meccanismo di risoluzione unico*, in *Banca Borsa Tit. Cr.*, 2015, 587 ss.) per cui il problema può essere impostato anche in termini di scelta di politica legislativa tra due interessi ugualmente meritevoli di tutela: quello dei contribuenti e quello dei risparmiatori, così: S. Maccarone, *La nuova disciplina europea sulle crisi bancarie*, in *Riv. bancaria*, n. 2/3, 2016, 115 ma cfr. anche L. Chennells, V. Wingfield, *Bank Failure and Bail-In: An Introduction*, in *Bank of England Quarterly Bulletin*, 2015.

¹⁴ Cfr. A. Lucarelli, *Il Bail-in paradigma dell'eterno conflitto tra Stato assicuratore e Stato regolatore*, in www.federalismi.it, 2016, 11 ss.; C. Goodhart, D. Schoenmaker, *Burden Sharing in a Banking Crisis in Europe*, in *Sveriges Riksbank Economic Review*, 2006. Sulla linea di demarcazione tra risorse private e pubbliche nel finanziamento della risoluzione delle banche v. A. Gardella, *Il bail-in e il finanziamento delle risoluzioni bancarie*, cit., 587 ss.

¹⁵ D. Lgs. 1.9.1993, n. 385.

¹⁶ Per maggiori dettagli sulla vicenda: B. Inzitari, *BRRD, bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. 180/2015)*, in www.ildiritto degli affari.it, 2016, 5 s.

sostanza, assume un rilievo secondario agli occhi della Commissione, risultando determinante, invece, l'obbligatorietà della partecipazione delle banche ai fondi di garanzia e la natura pubblica dell'istituzione alla quale è rimessa la decisione di autorizzare l'aiuto¹⁷.

Nel caso delle quattro banche italiane in grave stato di crisi e per le quali era stata da tempo adottata la procedura di amministrazione straordinaria¹⁸, la misura del *bail in*, in realtà, non è stata applicata in quanto la legge di delegazione europea 2014 n. 114¹⁹ prevedeva che il meccanismo del *bail in* si applicasse solo dal 1 gennaio 2016. In questo caso, la Banca d'Italia, nella sua veste di Autorità di risoluzione, ha avviato le misure previste dal D. Lgs. 180/2015 con l'autorizzazione della Commissione europea, la quale ha consentito la ricapitalizzazione delle quattro banche anche attraverso il Fondo di risoluzione. E in effetti, se fosse stato applicato integralmente il principio del *bail in*, l'impatto sulle perdite a carico degli obbligazionisti e degli altri creditori (compresi i depositanti) sarebbe stato più esteso e impopolare.

La regola del *bail-in*, come è noto, non si applica indistintamente a tutte le categorie di crediti in quanto colpisce, prioritariamente, gli azionisti e i titolari di obbligazioni subordinate²⁰ mentre ne sono esclusi i depositi protetti dal sistema interbancario di garanzia, ossia i depositi fino a centomila euro²¹. Ciononostante, l'applicazione delle nuove norme ha destato grande scalpore nell'opinione pubblica, non fosse altro per l'incidenza che esse provocano sui diritti patrimoniali dei titolari degli strumenti finanziari, in particolare per i titolari di investimenti talora non ritenuti particolarmente rischiosi, come le obbligazioni subordinate, o addirittura ritenuti sicuri come i depositi bancari (al di sopra dei centomila euro). Per questa ragione il Governo ha introdotto apposite norme nella legge di stabilità 2016²² che prevedono l'istituzione di un fondo di solidarietà alimentato dal Fondo interbancario di tutela dei depositi con il quale indennizzare talune categorie di risparmiatori che fossero effettivamente inconsapevoli del rischio nel momento in cui effettuarono o furono indotti all'investimento, in violazione degli obblighi di informazione, diligenza, correttezza e trasparenza previsti dal Testo Unico della Finanza²³. Successivamente tali misure sono state ampliate secondo modalità più rapide e tendenzialmente automatiche²⁴.

Tuttavia, al di là di questi "ammortizzatori" che intervengono su specifici casi, resta il fatto che la regola del *bail in* ha determinato un nuovo e, per certi versi, inaspettato contesto che mette a rischio strumenti finanziari che sinora erano stati ritenuti indenni e, almeno nel sentire comune, garantiti comunque da un generale impegno dello Stato. Si tratta di una profonda rottura sul piano del metodo, degli strumenti e delle finalità rispetto al precedente modello di salvataggio pubblico delle banche, in cui lo "Stato assicuratore" assumeva la funzione di assorbire "in ultima istanza" le crisi del settore

¹⁷ Cfr. sul punto, soprattutto per alcuni condivisibili rilievi critici, S. Maccarone, *La nuova disciplina europea sulle crisi bancarie*, cit., 124.

¹⁸ Ci si riferisce alla procedura ex artt. 70 e seguenti del testo unico bancario. Le quattro banche sono, come è noto: Banca delle Marche, Cassa di risparmio di Ferrara, Banca dell'Etruria e del Lazio, Cassa di Risparmio di Chieti.

¹⁹ Art. 8, c. 1, lett. b).

²⁰ Più precisamente, i soggetti coinvolti nell'operazione sono, nell'ordine: gli azionisti, i detentori di altri titoli di capitale, i titolari di obbligazioni subordinate, i creditori chirografari, i correntisti e depositanti con somme superiori a centomila euro, cfr. art. 52, D. Lgs. 180 del 2015.

²¹ Il riferimento è all'art. 1, co. 3 del D. Lgs. 15.2.2016, n. 30 che, in recepimento della direttiva n. 49/2014, fissa l'ammontare massimo oggetto di rimborso ai sensi dell'articolo 96-bis, co. 1 -bis, lettera a) del Testo Unico Bancario (D. lgs. n. 385 del 1993). Sulle passività escluse cfr., più in dettaglio, E. Rulli, *Il bail-in. Il capitale (degli altri) come capitale di riserva*, in *Riv. bancaria*, n. 2/3, 2016, 83 ss.

²² Ci si riferisce, in particolare, all'art. 1, commi 855, 856, 857 e 858 della L. 28.12.2015, n. 208.

²³ D. Lgs. 24.2.1998, n. 58.

²⁴ Cfr. artt. 8, 9, 10 del D.L. 3.5.2016 n. 59, convertito in L. 30.06.2016, n. 119, nonché, ancora, B. Inzitari, *BRRD, bail in, risoluzione della banca in dissesto*, cit., 3. Più recentemente il Governo è ancora intervenuto con il D.L. 23.12.2016, n. 237 recante *Disposizioni urgenti per la tutela del risparmio nel settore creditizio*, convertito in L. 17.2.2017, n. 15.

finanziario²⁵. La nuova normativa pone, pertanto, alcuni importanti problemi non solo sulle legittime aspettative che i risparmiatori hanno sinora riposto negli investimenti ritenuti sicuri, ma anche, più in generale, sul principio di “tutela del risparmio” che trova fondamento nell’art. 47 della Costituzione²⁶. Le maggiori preoccupazioni riguardano il rischio che l’applicazione della regola del *bail in* possa dar luogo a misure che violano i principi costituzionali di tutela del risparmio²⁷ e di garanzia della funzione sociale ed economica del sistema creditizio²⁸, oltre al potenziale trattamento discriminatorio che si potrebbe verificare tra depositanti (sopra e sotto la soglia dei centomila euro), azionisti ed obbligazionisti²⁹. In alcuni casi, vengono sollevati dubbi di costituzionalità anche rispetto alla tutela del diritto di proprietà (art. 42 Cost.) nella misura in cui la regola del *bail in* costituirebbe un «esproprio senza indennizzo e non motivato da un interesse generale»³⁰. Senza avventurarci in questa problematica dai confini evidentemente assai ampi, occorre riconoscere che, con riferimento ai titoli di credito azionari e obbligazionari, il diritto di proprietà è strettamente connesso con il rischio d’impresa. L’azionista e, anche se in misura minore, l’obbligazionista, conoscono (o dovrebbero conoscere) il rischio insito nell’investimento in quanto si tratta di strumenti finanziari che seguono necessariamente le sorti dell’impresa. Pertanto, sotto questo specifico profilo, elementi di incostituzionalità vanno sempre osservati nella prospettiva dell’investitore/proprietario che assume consapevolmente un rischio legato ad un ipotetico stato di insolvenza dell’impresa bancaria. Una situazione completamente diversa, invece, riguarda gli investitori “inconsapevoli”³¹, ossia quelli che in maniera fraudolenta non sono stati resi edotti del rischio di investimento al quale andavano incontro³² oppure i titolari di depositi bancari che,

²⁵ A. Lucarelli, *Il Bail-in paradigma dell’eterno conflitto tra Stato assicuratore e Stato regolatore*, cit., 1 s. Analoghe preoccupazioni in R. Smits, *Is my money safe at European banks? Reflections on the ‘bail-in’ provisions in recent EU legal texts*, in *Capital Markets Law Journal*, 2014, 137 ss.

²⁶ L.M. Delfino, *I profili di criticità del bail in: una misura che presenta indiscutibili caratteri di incostituzionalità*, in www.filodiritto.it, 2016; Ulteriori profili critici in E. Chiti, P.G. Teixeira, *The constitutional implications of the European responses to the financial and public debt crisis*, in *C. Mkt L. Rev.*, 2013, 683 ss. dove si evidenziano, in particolare, i rischi di trasformare l’unione monetaria da una «community of benefits» a una «community of benefits and risk-sharing».

²⁷ A. Patuelli, *Risparmio, perché il bail in è incostituzionale*, in www.ilsole24ore.com, 2016; C. De Rose, *L’antigiuridicità del salvataggio delle banche attraverso il c.d. “bail in”*, in www.foroeuropa.it, 2016; G. Nori, *Uno dei problemi provocati dal bail in*, in www.forumcostituzionale.it, 2016; L. Di Brina, *Sulla dubbia costituzionalità degli interventi comunitari e nazionali in materia di “risoluzione delle banche”*, in *First on line*, 11.12.2015; L.M. Delfino, *I profili di criticità del bail in*, cit.; G. Valditara, *Rischi per il sistema bancario e incostituzionalità del bail in*, in www.logos-rivista.it, 2016; per una posizione contraria v. L. Stanghellini, A. Zorzi, *Perché il bail in è costituzionale*, in www.lavoce.info, 2016.

²⁸ F. Fimmanò, *Lo Stato si riprenda il governo del credito e lo metta al servizio dell’economia dei territori*, in *Gazzetta Forense*, 2016, 581 ss., il quale vede nel venir meno dell’intervento pubblico nell’economia attraverso le grandi banche pubbliche la principale causa del declino industriale ed economico.

²⁹ C. De Rose, *L’antigiuridicità del salvataggio delle banche attraverso il c.d. “bail in”*, in www.foroeuropa.it, 2016.

³⁰ E. Rulli, *Il bail-in. Il capitale (degli altri) come capitale di riserva*, cit., 93 ss.; C. De Rose, *L’antigiuridicità del salvataggio delle banche*, cit.; ma cfr. anche altri come, ad esempio, L. Longhi, *La tutela costituzionale della proprietà e del risparmio nel socio uscente della banca popolare*, in *Gazzetta Forense*, 2016, 621; A. Lucarelli, *Il Bail-in paradigma dell’eterno conflitto tra Stato assicuratore e Stato regolatore*, cit., 6 e 15 s. Spunti interessanti anche in S.G. Valia, *Bank Recovery and Resolution: What About Shareholder Rights?*, Cambridge, Faculty of Law Research Paper N. 23, 2012. Elementi utili alla valutazione del bilanciamento tra le esigenze dell’interesse pubblico e quelle della tutela del diritto di proprietà degli obbligazionisti emergono anche nella recente sentenza dell’Alta Corte austriaca del 3 - 28 luglio 2015 (G 239/2014-27, G 98/2015-27), riguardante una legge federale contenente misure di risanamento di alcuni istituti bancari mediante azzeramento del valore nominale di obbligazioni subordinate, su cui v. L. di Brina, *“Risoluzione” delle banche e “bail-in”, alla luce dei principi della carta dei diritti fondamentali dell’UE e della costituzione nazionale* in *Rivista trimestrale di diritto dell’economia*, 2015, 184 ss.

³¹ Prevalentemente si tratta di investitori *retail* che hanno poca o nessuna capacità di valutare la rischiosità delle scelte di investimento, come sottolinea anche G. Boccuzzi, *La risposta europea alla gestione delle crisi bancarie: alcune riflessioni critiche*, in *Bancaria*, n. 4, 2016, 7.

³² Basti pensare che a quanto accaduto in Italia nella recente vicenda delle quattro banche sottoposte a risoluzione, dove la gran parte delle obbligazioni subordinate sono state collocate nei portafogli titoli di persone anziane, pensionati o con minimi livelli di istruzione, come rileva G. Guizzi, *Le azioni a tutela del risparmio nel diritto interno e nell’Unione*, in *Bancaria*, n. 6, 2016, 43. Appare condivisibile l’idea di una nozione più “estesa” di responsabilità che coinvolga, oltre ai titolari del capitale di rischio, anche i componenti del *management* (in questo senso: L. Lucarelli, *Il Bail-in paradigma dell’eterno conflitto tra Stato assicuratore e Stato regolatore*, cit., 7).

per loro natura, non si sono mai posti il problema della valutazione del rischio. Questi ultimi non possono neppure essere considerati degli investitori in quanto non hanno acquistato quote di capitale o di debito dell'istituto bancario, ma hanno sottoscritto un prodotto finanziario non soggetto a rischio di impresa e coperto dal Fondo interbancario di garanzia, pertanto non partecipano (o non dovrebbero partecipare) al rischio di impresa.

La fissazione di una soglia (quella dei centomila euro) utilizzata per distinguere i depositanti soggetti al rischio da quelli coperti da garanzia, potrebbe persino peggiorare la situazione nella misura in cui determina un trattamento differenziato tra titolari dello stesso strumento finanziario, basato su un criterio che appare piuttosto arbitrario e poco ragionevole³³. Ritenere che il titolare di un deposito di importo maggiore sia più predisposto al rischio o meno danneggiato da un'eventuale decurtazione della quota capitale è un argomento non del tutto appagante. Il fatto di detenere un deposito superiore ai centomila euro non è necessariamente indice di elevata capacità patrimoniale o di propensione al rischio³⁴. Inoltre, se i titolari fossero stati a conoscenza, al momento di effettuare l'operazione di deposito, dell'introduzione di questa regola, avrebbero potuto banalmente frazionare i propri depositi. Se, infatti, il criterio prudenziale della diversificazione negli investimenti è noto ed è diffusamente praticato nell'ambito degli investimenti rischiosi, non è (o non è ancora) ritenuto necessario con riferimento agli investimenti generalmente ritenuti sicuri e garantiti. Pertanto, l'asimmetria informativa che, di fatto, si è determinata costituisce un *vulnus* piuttosto importante nella nuova disciplina.

In ogni caso, l'introduzione di un rischio generalizzato ed esteso a tutti gli strumenti finanziari, anche quelli ritenuti da sempre più sicuri, solleva certamente un nuovo problema di alfabetizzazione finanziaria³⁵. Non si può pensare che scelte finanziarie appropriate possano essere prese da soggetti che non hanno opportuna padronanza, ad esempio, con la naturale correlazione tra rischio e rendimento. Occorre ripensare una «strategia nazionale» di educazione finanziaria rivolta sia agli adulti di domani (attraverso la scuola) che agli adulti di oggi attraverso appositi programmi che coinvolgano autorità di governo e autorità di vigilanza³⁶. Inoltre, acquista sempre maggiore rilievo il tema dell'applicabilità delle regole di condotta al collocamento effettuato dalle banche, non solo quando si tratta di prodotti finanziari come le obbligazioni subordinate, ma anche quando "vendono" prodotti tipicamente bancari quali i depositi e i conti correnti³⁷. Infine, a prescindere dalla natura bancaria o finanziaria del servizio, occorrerebbe anche rafforzare gli strumenti informativi che consentono al "risparmiatore medio" di avere un'idea della solidità della propria banca³⁸.

4. Verso una nuova idea di "tutela del risparmio"?

Nell'introduzione si ricordava che il principio della tutela costituzionale del risparmio contenuto nell'art. 47 della Costituzione nasce dalla consapevolezza che il buon funzionamento del motore dello sviluppo

³³ Su questa linea: L.M. Delfino, *I profili di criticità del bail in*, cit.

³⁴ Basti pensare a tutte quelle imprese, non necessariamente di grandi dimensioni, che accantonano semplicemente le somme mensilmente necessarie per pagare gli stipendi ai propri dipendenti, come sottolinea G. Santoni, *La nuova disciplina della gestione delle crisi bancarie: da strumento di contrasto a generatore di sfiducia sistemica?*, in *Banca Borsa Tit. Cr.*, 2016, 619 ss.

³⁵ Cfr. l'indagine PISA (*Programme for international student assessment*) condotta dall'Ocse sull'alfabetizzazione finanziaria dei giovani delle scuole italiane, rinvenibile al seguente link: www.oecd.org

³⁶ S. Rossi, *Il risparmio tra tutela e educazione finanziaria*, cit., 56.

³⁷ In questi termini: R. Lener, *Bail-in bancario e depositi bancari*, cit., 287 ss.

³⁸ L'articolato sistema di presidi a salvaguardia dei depositi bancari e dei risparmiatori nasce proprio dall'intrinseca difficoltà per i depositanti di accertare la solidità delle banche, cfr. S. De Polis, *La tutela dei depositi bancari nel quadro dell'Unione Bancaria Europea*, in *Riv. Bancaria*, n. 4-5, 2016, 165. Vi è chi sostiene, tuttavia, che anche questo non sia sufficiente e che si debbano introdurre norme stringenti volte a proibire l'acquisto di determinate tipologie di prodotti, perché esiste un deficit cognitivo strutturale nella clientela al dettaglio tale che, almeno per alcune categorie, risulta sostanzialmente inutile anche l'informazione resa per colmare la rilevata asimmetria, così Guizzi, *Le azioni a tutela del risparmio*, cit., 43.

economico dipende in maniera determinante dal “carburante” che alimenta i mercati finanziari e che proviene in larga parte proprio dal pubblico dei risparmiatori. Il calo del tasso di risparmio delle famiglie italiane³⁹ costituisce un elemento di preoccupazione non solo sotto il profilo sociale (per il disagio che esso rivela) ma soprattutto sotto il profilo economico nella misura in cui riduce la capacità del sistema di sostenere gli investimenti⁴⁰. Anche per questa ragione l’art. 47 della Costituzione impegna l’ordinamento non solo a “tutelare” il risparmio ma anche ad “incoraggiarlo”.

L’introduzione di elementi di rischio nelle forme di investimento sino ad oggi ritenute più sicure, ossia quelle sulle quali gran parte dei risparmiatori riponevano sinora la massima fiducia, non costituisce certamente elemento di incoraggiamento. Il “valore costituzionale” del risparmio, derivante da ragioni sia di ordine sociale che economico, è quello che ha da sempre giustificato la natura pubblicistica degli interventi atti a tutelarlo e incoraggiarlo. Alla luce del nuovo quadro normativo, che in virtù dei principi europei di libera concorrenza tende a limitare fortemente le iniziative pubbliche nel salvataggio delle banche, occorre probabilmente rivedere la natura stessa degli istituti creditizi e il significato che si può ancora attribuire alla “funzione sociale” che essi svolgerebbero. Nella misura in cui al risparmio viene attribuita una qualche valenza pubblicistica, un qualsivoglia valore sociale, non si può fare a meno di lasciare un qualche spazio di intervento pubblico a tutela del sistema creditizio. Se, al contrario, gli istituti bancari si avviano a perdere qualsiasi forma “speciale” di protezione funzionale alla tutela del risparmio, occorre avviare una nuova fase di alfabetizzazione finanziaria che renda maggiormente consapevoli i risparmiatori di questo importante mutamento, in quanto viene meno la certezza che in loro sinora si era consolidata, in base alla quale esistono forme di investimento “sicuro”, garantite in ultima istanza dallo Stato⁴¹.

Occorrerà chiarire soprattutto se, anche in ambito europeo, si vuole attribuire (ancora) alla tutela del risparmio una qualche valenza costituzionale. Si tratta di un chiarimento necessario, una “operazione verità”, utile ad evitare quelle amare sorprese che rischiano di disorientare il pubblico dei risparmiatori, compromettendo la propensione al risparmio, gli investimenti e, di fatto, la crescita economica. Questo potrebbe significare dare una nuova chiave di lettura all’art. 47 della Costituzione (in ottica europea?) che tenga conto delle regole della concorrenza e del mercato nel quale gli istituti di credito si trovano ad operare? Immaginare una sua riformulazione più aderente alle regole “materiali” di costituzione economica che delimiti drasticamente l’intervento pubblico a tutela del mercato creditizio? Interrogativi che, evidentemente, esulano dall’economia di questo lavoro ma sui quali, forse, occorrerebbe iniziare a riflettere.

Abstract

The protection of savings is a constitutional objective closely interconnected with the monetary and financial stability. The European monetary policy implies the coordination and harmonization of instruments of banking supervisory. It can prevent asymmetric financial crises that may jeopardize confidence and stability of the markets, at the expense of savers. The paper checks the state of evolution of the process of European coordination of such guarantee instruments and the adjusting strategies in place, in the multilevel economic constitution.

³⁹ Cfr. alcuni dati forniti dalla Banca d’Italia, *Il risparmio e la ricchezza delle famiglie italiane durante la crisi*, in *Questioni di economia e finanza*, n. 148, www.bancaditalia.it.

⁴⁰ F. Tutino, *Fiducia nelle Banche, bail-in, tutela del risparmio: un approccio sistemico di lungo periodo*, in *Riv. bancaria*, n. 4/5, 2016, 193 ss.

⁴¹ A questa problematica si riconduce anche la questione se la figura del risparmiatore sia più vicina a quella dell’investitore o del consumatore, cfr. sul punto V. Morera, *Sulla nozione di “cliente della banca”*, in *Vita not.*, 1995, n. 2.

Il ruolo del Presidente della Repubblica italiana nella formazione di Governi “tecnici” nei periodi di crisi economica

Sommario: 1. I Governi “tecnici”: caratteristiche e cause - 2. La concreta esperienza di Governi “tecnici” nell’Italia repubblicana - 3. Ricostruzione del ruolo del Presidente della Repubblica nella formazione dei Governi “tecnici”

1. I Governi “tecnici”: caratteristiche e cause

La Costituzione italiana è assai sintetica nel definire il procedimento di formazione del Governo. Essa, infatti, si limita a prevedere che «Il Presidente della Repubblica nomina il Presidente del Consiglio dei ministri e, su proposta di questo, i ministri»¹ e che «Il Governo deve avere la fiducia delle due Camere»² e per ottenerla all’inizio del suo mandato «entro dieci giorni dalla sua formazione...si presenta alle Camere»³.

Senza volerci addentrare nella classificazione delle forme di governo e nella ricostruzione della loro evoluzione storica, è comunque significativo rilevare che la Carta repubblicana si inserisce nel solco del parlamentarismo monista, il cui elemento identificativo è rappresentato dalla necessità che il Governo per poter essere costituito, operare e rimanere in carica debba godere della fiducia dell’Assemblea legislativa, e non anche del Capo dello Stato.

Tendenzialmente, quindi, il Presidente della Repubblica procede a nominare Presidente del Consiglio una personalità che, su indicazione delle forze politiche, appaia in grado di coagulare attorno a sé la maggioranza parlamentare. Può però accadere che sussistano difficoltà nella formazione di un Governo “politico” e che occorra quindi addivenire a soluzioni in parte differenti, come il Governo “tecnico”.

Quest’ultima espressione, molto utilizzata nel gergo politico e giornalistico, designa una categoria descrittiva ricomprendente Esecutivi con determinate caratteristiche, individuate in modo non del tutto univoco dai vari autori, ma con molti punti in comune. Esse, a mio parere, possono essere schematizzate in due gruppi, nel modo che segue.

Nel primo troviamo quelle inerenti alla composizione del Gabinetto: viene scelto come Presidente del Consiglio un non parlamentare, non titolare di incarichi politici significativi, o una personalità che, pur essendo membro di una delle Camere, si distingue nella propria area politica più per le proprie competenze tecniche che per un ruolo politicamente attivo o di *leadership*; i Ministri (tutti o una buona parte di essi) sono individuati specialmente in virtù delle loro competenze tecniche, anche (e, in alcuni casi, solo o soprattutto) tra non parlamentari o persone non impegnate nella politica attiva, e nella loro designazione i partiti hanno un’influenza ridotta⁴.

Del secondo gruppo fanno invece parte le caratteristiche riguardanti la “connotazione politica” – mi si passi questa espressione, apparentemente ossimorica, che muove dalla constatazione che anche l’opzione “tecnica” nasce in realtà da una scelta “politica”⁵ – dell’Esecutivo e i punti fondamentali della sua azione: il Governo “tecnico” non ha un programma politico di ampio raggio,

¹ Art. 92, c. 2, Cost.

² Stante la formulazione attualmente vigente (nel maggio 2016); un (eventuale) esito positivo del *referendum* costituzionale previsto per l’autunno 2016 porterà alla concessione della fiducia da parte della sola Camera dei deputati.

³ Art. 94, c. 1 e 3, Cost.

⁴ Si veda S. Merlini, G. Tarli Barbieri, *Il governo parlamentare in Italia*, Torino, 2011, 139.

⁵ F. Politi, *Governo tecnico*, in *Libro dell’anno del Diritto 2013*, Roma, 2013, 321; si veda anche T.E. Frosini, *Anatomia e anomalia di un governo tecnico*, in *Ianus*, 7, 2012, 274-275.

ma singoli obiettivi, specie di politica economica⁶, da raggiungere; la maggioranza politica che lo sostiene non è “precostituita”, non scaturisce dalle elezioni né si forma in modo spontaneo in seguito ad esse, ma è frutto di compromessi e mediazioni più che di un progetto politico, e, inoltre, ha un livello non elevato di omogeneità ed è poco stabile.

Indubbiamente, la composizione “tecnica” del Gabinetto (caratteristiche del primo gruppo) è influenzata dalla “connotazione politica” dello stesso (caratteristiche del secondo gruppo): l’assenza di una maggioranza chiara, omogenea e “spontanea” e l’opzione per un Governo con pochi obiettivi, specie di natura economica, porta molto spesso alla necessità di scegliere soggetti politicamente meno esposti e a utilizzare criteri di competenza professionale e culturale, più oggettivi e quindi meno divisivi.

La peculiare “connotazione politica” del Governo tecnico è a sua volta condizionata dal contesto di emergenza, generalmente economica, e dalla forte difficoltà della classe politica di farvi fronte attraverso la costituzione di un Esecutivo stabile ed efficiente; per dirla con espressione di autorevole dottrina, dalla combinazione tra «impossibilità di realizzare una maggioranza “politica” in Parlamento e contemporanea necessità di affrontare situazioni di particolare difficoltà o emergenza che sconsigliano il ricorso alle urne»⁷. Approfondiremo meglio questi aspetti più avanti.

Da un punto di vista (prettamente) formale, deve osservarsi che la categoria (descrittiva) del Governo tecnico non si pone in contrasto con il dettato costituzionale, sotto nessuno dei due profili testé analizzati. Infatti, da un lato non è previsto che i membri del Gabinetto debbano essere parlamentari, anzi dalla lettura dell’art 64, c. 4, Cost.⁸ si ricava che non sussiste alcun obbligo in tal senso. Inoltre, a differenza di altre Costituzioni – come, per esempio, quella tedesca – la nomina da parte del Presidente avviene in un momento antecedente al passaggio parlamentare e quindi non si sostanzia in una mera ratifica di decisioni assunte in tale sede.

Dall’altro lato, tali Esecutivi per poter operare devono ricevere un voto di fiducia iniziale dalle Camere e sottoporre ad esse la propria attività governativa; in particolare, il Parlamento non viene privato della potestà legislativa e il Gabinetto, per perseguire il proprio programma, deve ottenere da esso l’approvazione dei disegni di legge di propria iniziativa e la conversione dei decreti-legge adottati. Pertanto, i Governi tecnici sono pur sempre sostenuti da una maggioranza parlamentare composta da forze politiche, con cui dialogano costantemente nello svolgimento della loro attività⁹.

2. La concreta esperienza di Governi “tecnici” nell’Italia repubblicana

Da un punto di vista storico, troviamo esempi di Governi “tecnici”, nell’accezione considerata, solamente a partire dagli ultimi anni della c.d. prima Repubblica. A mio parere, ciò è legato al fatto che i partiti che avevano dominato la scena politica dal dopoguerra, prima della loro disgregazione (avvenuta definitivamente con le elezioni del 1994, ma già in divenire da alcuni anni), avevano maggiore capacità e forza di rinvenire da sé soluzioni alle crisi di governo. Questa mia considerazione peraltro non implica l’assenza di problemi nella formazione degli Esecutivi nei periodi precedenti, né che essi fossero stabili (basta dare un colpo d’occhio al corposo elenco degli stessi per accorgersi della loro breve durata media), ma semplicemente vuole porre l’attenzione sul fatto che le forze politiche mantenevano un ruolo predominante nella scelta delle compagini ministeriali. Quando il panorama politico è mutato, sono giunte maggiori difficoltà.

⁶ R. Manfrellotti, *Profili costituzionali del governo tecnico*, 2013, in www.forumcostituzionale.it, 7.

⁷ F. Politi, *op. cit.*, 318.

⁸ «I membri del governo, anche se non fanno parte delle Camere, hanno diritto...».

⁹ S. Merlini, G. Tarli Barbieri, *op. cit.*, 140.

Le elezioni del 5-6 aprile 1992 si svolsero in un contesto di grandi cambiamenti politici: la Democrazia cristiana non aveva raggiunto, per la prima volta nella storia repubblicana, il 30% di suffragi; il Partito socialista aveva riportato un risultato inferiore alle aspettative; si era ormai affermato il nuovo movimento della Lega lombarda, che aveva raccolto più dell'8% dei voti; il Partito Comunista, trasformatosi l'anno precedente in Partito democratico della sinistra (PDS), aveva perso una buona fetta di consensi in vantaggio della neonata formazione Rifondazione comunista, di stampo più estremista. Le forze politiche che avevano sostenuto l'ultimo Governo (il VII dell'On. Andreotti) - DC, PSI, PSDI e PLI - conservavano nel rinnovato Parlamento la maggioranza dei seggi solo per pochi voti. Un primo segnale di difficoltà delle stesse fu la fase di stallo che si determinò nell'elezione del nuovo Presidente della Repubblica, causata dalla frammentazione interna agli stessi partiti di maggioranza. Contestualmente, l'Italia si trovava nella peggiore crisi finanziaria dall'epoca della ricostruzione ed era gravemente colpita dagli attentati mafiosi. In tale contesto di incapacità delle forze politiche di addivenire a una soluzione condivisa, maturò la decisione di scegliere come Capo dello Stato una figura "istituzionale", il democristiano Oscar Luigi Scalfaro, appena eletto Presidente della Camera.

Il Presidente Scalfaro si trovò quindi ad affrontare una realtà composta da «governi deboli, maggioranze politiche risicate o di difficile gestione, parlamenti scalfiti nel proprio prestigio dalle accuse di corruzione» e «una nuova generazione di leader politici»¹⁰ e, quindi, presto, in un periodo di grave e drammatica crisi della politica e del Paese, divenne, grazie anche ai mezzi di informazione, una sorta di "ancora di salvezza"¹¹. Negli anni della "transizione"¹², in un contesto di disgregazione dei partiti che, sia pure con formule politiche diverse, avevano ininterrottamente governato l'Italia dal dopoguerra, ebbe un buon margine di discrezionalità nella formazione degli Esecutivi, nonché nel controllo sulle politiche da essi adottate.

Procedendo con ordine, dopo le elezioni dell'aprile 1992 occorreva, nel contesto politico e socio-economico anzidetto, procedere alla formazione del nuovo Governo. Nel giugno, Bettino Craxi, che prima delle elezioni era indicato come probabile nuovo Presidente del Consiglio, dopo aver visto tramontare la possibilità di ricevere l'incarico, a causa della difficoltà di coagulare attorno a sé una maggioranza - difficoltà derivante, tra gli altri motivi, anche dalle prime rivelazioni sulle tangenti, che comportarono anche alcune riserve del Capo dello Stato sul nome del segretario del partito maggiormente colpito dai provvedimenti giudiziari¹³ -, per non vedere sfumare un Esecutivo a guida socialista propose una terna di nomi (in ordine alfabetico e di preferenza): Giuliano Amato, Gianni De Michelis e Claudio Martelli¹⁴.

Il Capo dello Stato scelse il primo perché ne stimava la competenza e la serietà ed ebbe altresì un ruolo rilevante nella formazione della compagine ministeriale, nonché nella definizione degli obiettivi programmatici¹⁵. L'incontro tra Scalfaro e Amato in cui quest'ultimo sciolse la riserva fu, rispetto al passato, di lunga durata e non una mera ratifica delle decisioni prese dai partiti: fu un confronto volto a individuare le personalità che meglio avrebbero ricoperto il ruolo di Ministro secondo i criteri di competenza professionale, rotazione degli incarichi e non coinvolgimento in procedimenti giudiziari. Inoltre, molto importante fu che le indicazioni partitiche furono derubricate

¹⁰ G. Mammarella, P. Cacace, *Il Quirinale. Storia politica e istituzionale da De Nicola a Napolitano*, Roma-Bari, 2011, 233.

¹¹ M. Gervasoni, *Le armate del presidente. La politica del Quirinale nell'Italia repubblicana*, Venezia, 2015, 121-122.

¹² M. Tebaldi, *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 2005, 330.

¹³ C. Mainardis, *Il ruolo del Capo dello Stato nelle crisi di governo: la prassi della presidenza Scalfaro*, in *Giur. cost.*, 1997, 2825.

¹⁴ D. Ragone, *La formazione del primo governo Amato tra continuità e discontinuità*, in www.federsalismi.it, 2013, 5.

¹⁵ M. Tebaldi, *Il Presidente*, cit., 211.

da parametro-principe nella scelta dei nomi a semplici preferenze¹⁶. La riduzione del peso delle consultazioni con i rappresentanti dei partiti prima di procedere alle nomine comportò quindi una maggiore autonomia dalle forze politiche e l'inserimento di una componente tecnica nella compagine governativa¹⁷, sia pure in misura non eccessiva (molti dei Ministri erano parlamentari).

Molteplici erano gli obiettivi economici urgenti: frenare l'inflazione, ridurre il deficit di bilancio, riconvertire la finanza pubblica verso i parametri di Maastricht, attuare le privatizzazioni degli enti pubblici economici. Da rilevare che il Presidente della Repubblica esercitò un ruolo non secondario nelle scelte governative; lo stesso Giuliano Amato ha raccontato che, nel contesto di debolezza dei partiti politici in cui si trovava ad operare, per le materie più strettamente politico-istituzionali¹⁸ «nacque un informale collegio, costituito dal Capo dello Stato e dai Presidenti delle due Camere, che si riunì più volte e alla cui tutela, per quelle scelte, si trovò sottoposto il Presidente del Consiglio», apprezzato dai mass media e dall'opinione pubblica, specie per il suo carattere di imparzialità¹⁹, e ha altresì affermato che «le funzioni di supplenza esercitate dal capo dello Stato e dalla "troika" da lui costituita» erano legate alla situazione politica contingente²⁰.

Nell'aprile 1993 il contesto era assai simile a quello dell'anno precedente: dal punto di vista economico era quanto mai necessario proseguire nell'opera di risanamento dei conti pubblici e di riqualificazione della spesa pubblica, anche in relazione alle indicazioni vincolanti del Trattato di Maastricht, nella privatizzazione degli enti pubblici economici e nella difesa della moneta, nonché impegnarsi per il rilancio dell'occupazione. Dal punto di vista politico si assisteva al continuo e inesorabile sfaldamento del sistema partitico da lunghi anni esistente, fiaccato dall'emergere degli scandali legati ai fenomeni di corruzione e dalla crescente (e conseguente) sfiducia degli elettori. Il 18 aprile i cittadini avevano manifestato tramite *referendum* la volontà di modificare in senso maggioritario la legge elettorale del Senato e di abolire il finanziamento pubblico ai partiti.

Il Presidente del Consiglio Amato prese atto che la volontà dei cittadini espressa tramite il voto referendario indicava un desiderio di cambiamento e discontinuità e rassegnò pertanto le dimissioni che, su richiesta del Capo dello Stato, motivò di fronte alle Camere. Il Presidente Scalfaro si preoccupò di costituire «un esecutivo di programma con un'ampia base parlamentare, ma nella scrupolosa osservanza dei confini dei poteri presidenziali»²¹, avendo ben presente le numerose difficoltà politiche ed economiche del Paese. Incaricò il Governatore della Banca d'Italia Carlo Azeglio Ciampi di formare, senza previamente procedere a consultazioni formali, un Esecutivo con finalità definite, tra cui la nuova legge elettorale e il risanamento delle finanze pubbliche²².

Il nuovo Governo era guidato per la prima volta nella storia repubblicana da un non parlamentare e composto da un buon numero di non parlamentari, tecnici indipendenti e di area, oltre che da esponenti delle forze politiche di maggioranza; ricomprendeva inoltre tre Ministri appartenenti al PDS e uno dei Verdi, che però si dimisero subito dopo il giuramento per protesta contro la mancata concessione da parte della Camera dei deputati dell'autorizzazione a procedere nei confronti di Craxi.

¹⁶ G. Amato, *Un Governo della transizione. La mia esperienza di Presidente del Consiglio*, in *Quad. cost.*, 1994, 362; C. Mainardis, *op. cit.*, 2826; D. Ragone, *op. cit.*, 11, 15-16.

¹⁷ E. Cheli, *Riflessi della transizione nella forma di governo*, in *Quad. cost.*, 3, 1994, 394.

¹⁸ In cui egli ha ricompreso le seguenti scelte: delle date dei referendum, di proseguire nell'attività di governo o di dimettersi, di cambiare qualche ministro o aprire una crisi.

¹⁹ G. Amato, *op. cit.*, 367.

²⁰ G. Amato, *op. cit.*, 369-370.

²¹ M. Troisi, *Il Governo Ciampi: un esecutivo di transizione*, in www.federalismi.it, 14, 20134.

²² A. Apostoli, *La XI legislatura (1992-1994). Il Governo Ciampi: un non parlamentare alla guida dell'Esecutivo*, in A. D'Andrea (cur.), *Verso l'incerto bipolarismo. Il sistema parlamentare italiano nella transizione. 1987-1999*, Milano, 1999, 270-271; G. Mammarella, P. Cacace, *op. cit.*, 265.

Per quanto riguarda il sostegno politico, si può osservare che il Governo Ciampi non scaturiva da un preciso accordo preventivo e spontaneo tra i partiti, ma che il Presidente Scalfaro con la sua scelta mirava «alla costituzione di un esecutivo *non in contrapposizione* ai partiti politici presenti in Parlamento – e dunque non un Governo di fiducia del Presidente – *ma al di là* dei partiti politici, capace cioè di ottenere la fiducia di una maggioranza parlamentare ma allo stesso tempo di connotarsi per una decisa autonomia da quelle forze politiche in evidente carenza di legittimazione»²³.

Notevoli le peculiarità dal punto di vista programmatico: pochi giorni dopo la nomina e prima del voto di fiducia, il Capo dello Stato inviò a Ciampi una lettera «per evidenziare i punti programmatici di maggior rilievo che l'esecutivo appena formato avrebbe dovuto affrontare», e cioè la nuova legge elettorale, la riforma dell'immunità parlamentare e il risanamento dei conti pubblici. Non pare azzardato sostenere che tale missiva, indirizzata a un Governo già nominato, rappresentasse qualcosa in più di un'indicazione dei principali nodi programmatici con funzione di mero ausilio, e comunque, date le circostanze, essa «non aveva come obiettivo quello di agevolare l'azione di un incaricato nel tentativo di coagulare una maggioranza parlamentare, ma quello di indicare ad un Governo già nominato la piattaforma programmatica da cui partire per ottenere la fiducia delle Camere». Se è vero che le indicazioni del Capo dello Stato potevano avere la funzione di manifestare al Governo, nato senza la previa formazione di un patto di coalizione, gli orientamenti dei partiti politici, non sfugge però che assai labile è il confine tra l'esercitare un ruolo di «collegamento» tra un Esecutivo (in qualche misura tecnico) e le forze politiche e il partecipare all'attività di indirizzo politico²⁴.

La frattura sempre più marcata tra elettori ed eletti, resa ancora più manifesta dai risultati delle elezioni amministrative di giugno e novembre 1993, in cui si era proceduto al rinnovo di numerosi Sindaci di importanti Comuni²⁵, per la prima volta mediante elezione diretta, e l'approvazione della nuova legge elettorale maggioritaria, necessitata dal preciso esito del *referendum* dell'aprile 1993, nel gennaio 1994 spinsero alle dimissioni Ciampi, che, nonostante godesse ancora della fiducia, riteneva esaurita l'esperienza del suo Governo, essendo stati raggiunti i principali obiettivi programmatici (nuova legge elettorale maggioritaria, revisione dell'art. 68 Cost. sull'immunità parlamentare, interventi in campo economico volti al risanamento dei conti pubblici).

Il terzo Governo tecnico che si intende analizzare è quello costituitosi nel gennaio 1995 in seguito alla caduta del primo Gabinetto Berlusconi. La maggioranza di centro-destra affermatasi alle urne nella primavera del 1994, la prima eletta con il nuovo sistema elettorale maggioritario, composta in larga parte da partiti nuovi – partiti nati dalle ceneri del pentapartito dopo gli scandali di Tangentopoli (Forza Italia, CCD) o da forze politiche fino ad allora non facenti parte dell'arco costituzionale (AN), movimenti separatisti e di protesta (Lega Nord) – si era disgregata dopo poco più di sei mesi di governo.

Il Presidente Scalfaro, nonostante Forza Italia e Alleanza Nazionale invocassero lo scioglimento anticipato delle Camere, poiché ritenevano che la violazione da parte della Lega Nord del mandato popolare ricevuto comportasse la restituzione del potere di scelta al corpo elettorale, non acconsentì a tali richieste, considerando l'esercizio del potere di cui all'art. 88 Cost. un'*extrema ratio*, a cui ricorrere solo nel caso di impossibilità di risolvere altrimenti la crisi. Dopo due giri di consultazioni, a fine dicembre 1994 e nei primi giorni del gennaio 1995, conferì l'incarico di formare un nuovo Governo a Lamberto Dini, già Ministro del Tesoro nel Gabinetto Berlusconi e secondo Presidente del Consiglio repubblicano, dopo Ciampi, a non essere parlamentare.

²³ C. Mainardis, *op. cit.*, 2831.

²⁴ C. Mainardis, *op. cit.*, 2832-2834.

²⁵ Tra cui Torino, Milano, Genova, Trieste, Roma, Napoli, Palermo.

In ordine alla connotazione politica del nascente Governo, occorre osservare che la scelta del Capo dello Stato non maturò «in contrapposizione alle forze politiche della ex maggioranza, al cui schieramento apparteneva l'incaricato, ma *nemmeno* alle altre formazioni dell'arco parlamentare – e oramai costituenti la maggioranza numerica – contrarie allo scioglimento e disponibili a valutare uomini e programmi del nascente esecutivo al fine di decidere se appoggiarlo o meno»²⁶. Inizialmente, nel nuovo Esecutivo era prevista una certa continuità con il Governo Berlusconi, da realizzarsi mediante la conferma di alcuni Ministri e l'inserimento di tecnici di area centro-destra, ma, in seguito, il Capo dello Stato chiese a Dini di preservare la natura *super partes* dell'Esecutivo, assegnando ad esponenti dei partiti al massimo cariche da sottosegretario, e di dare «segni di discontinuità» rispetto al Governo precedente, per assicurarsi la fiducia delle forze politiche che avevano manifestato la propria disponibilità²⁷. Ed effettivamente si costituì una maggioranza inedita: la fiducia venne accordata dal centro-sinistra e della Lega Nord, mentre il centro-destra si astenne e Rifondazione comunista votò contro.

Proprio in relazione a quanto appena detto, il Presidente Dini, affermando di essere stato scelto dal Capo dello Stato per la sua connotazione tecnica e non partitica, propose una compagine ministeriale di tecnici, cioè di «personalità svincolate dall'appartenenza a raggruppamenti politici e selezionate unicamente in base a criteri di professionalità e capacità»²⁸: per la prima volta nessuno dei Ministri era membro del Parlamento²⁹. E' opportuno rilevare che, nella formazione del Gabinetto, Scalfaro dimostrò un particolare attivismo, che lo spinse a contattare direttamente alcune personalità per chiedere loro di accettare di assumere incarichi ministeriali³⁰.

Gli obiettivi programmatici su cui Dini chiese e ottenne la fiducia e al cui raggiungimento era legata la cessazione dell'esperienza governativa furono quattro, di cui due vertenti su questioni economiche: il completamento della "manovra" economico-finanziaria (già iniziata dai Governi precedenti) volta a portare alla stabilizzazione del rapporto debito pubblico/PIL, la riforma previdenziale, la disciplina della *par condicio* nell'accesso dei partiti ai mezzi di comunicazione, una legge elettorale maggioritaria per le Regioni. Da notare che essi erano particolarmente cari al Presidente della Repubblica, come risulta da numerose sue dichiarazioni, anche antecedenti alla crisi.

I tre gli Esecutivi fino ad ora considerati sono stati costituiti in seguito a crisi politiche risoltesi con un chiaro predominio del Presidente della Repubblica³¹, il quale, relativamente agli stessi, avvalendosi di una sorta di doppia fiducia, «ha continuamente assistito la maggioranza, non solo con la propria opera di vigilanza, ma anche con consigli e suggerimenti sulle scelte da compiere tanto in riferimento alle politiche da decidere, quanto in riferimento agli uomini da proporre a questo o a quel compito»³². Non può però sostenersi che essi siano stati formati in contrapposizione ai partiti politici, bensì, in assenza di una maggioranza precostituita, «nel tentativo di incontrare il favore della maggior parte delle forze politiche presenti in Parlamento»³³: tali Esecutivi hanno comunque chiesto, e ottenuto, la fiducia parlamentare, nel rispetto delle regole costituzionali vigenti³⁴.

²⁶ C. Mainardis, *op. cit.*, 2846.

²⁷ G. Maestri, *Il governo Dini: una maggioranza "a tutti i costi"?*, in www.federalismi.it, 13, 2013, 12.

²⁸ M. Gorlani, *La XII legislatura (1994-1996). Il Governo Dini: un esecutivo composto solo di non parlamentari*, in A. D'Andrea (a cura di), *Verso l'incerto bipolarismo*, cit., 365.

²⁹ C. Mainardis, *op. cit.*, 2843; G. Maestri, *op. cit.*, 1.

³⁰ G. Maestri, *op. cit.*, 13.

³¹ M. Tebaldi, *Presidenti della Repubblica e formazione del governo in Italia: una ricerca empirica*, in *Quad. sc. pol.*, 2, 2003, 365.

³² A. Baldassarre, *Il Capo dello Stato*, in G. Amato, A. Barbera (cur.), C. Fusaro (coll.), *Manuale di diritto pubblico. II. L'organizzazione costituzionale*, Bologna, 1997, 265.

³³ C. Mainardis, *op. cit.*, 2870.

³⁴ M. Fiorillo, *Il Capo dello Stato*, Roma-Bari, 2002, 172.

Dopo più di un decennio di Governi “politici”, non sempre retti da maggioranze omogenee e stabili, ma comunque in grado di succedersi l’uno all’altro senza una rilevante intermediazione presidenziale, la tematica degli Esecutivi “tecnici” è tornata prepotentemente alla ribalta nel 2011, anno segnato da una duplice grave crisi. Da una parte si assisteva allo sfaldamento della coalizione di centro-destra PDL-Lega Nord che, pur avendo vinto le elezioni del 2008 e ottenuto un’ampia maggioranza parlamentare, non si era dimostrata coesa al suo interno e aveva subito la fuoriuscita di Gianfranco Fini, cofondatore del PDL, e di un buon numero di parlamentari che ne condividevano le posizioni, nonché risultava fiaccata da alcuni scandali che coinvolgevano il Presidente del Consiglio Berlusconi. Dall’altra parte, si stava attraversando una fase di recessione mondiale dell’economia e di forte crisi economico-finanziaria e l’Italia doveva attuare urgenti misure, “caldamente” consigliate anche dalle istituzioni UE: risanare i conti pubblici e abbattere il debito pubblico, favorire la crescita economica e rilanciare lo sviluppo, non compromettere l’equità sociale. L’Esecutivo in carica presentava numerose difficoltà nell’affrontare queste urgenti sfide, tanto più che la maggioranza che lo sosteneva era sempre più debole e frammentata, prova ne è la mancata approvazione, da parte della Camera dei deputati, del rendiconto generale dell’Amministrazione dello Stato per l’esercizio 2010, documento equiparabile a un bilancio consuntivo che deve essere obbligatoriamente presentato dal Governo e che, per la sua natura puramente ricognitivo-contabile, non implica alcuna valutazione di merito.

Per tutti questi motivi il Presidente del Consiglio Berlusconi, pur non sfiduciato formalmente dalle Camere³⁵, rassegnò le dimissioni che, in modo assai inusuale, furono preannunciate da un comunicato del Quirinale. Non è qui la sede per ripercorrere le vicende che hanno portato alle dimissioni del IV Gabinetto Berlusconi; basti ricordare che su di esse è ancora acceso il dibattito tra chi ritiene che si sia verificata una forzatura da parte del Capo dello Stato e delle istituzioni europee per sostituire un Governo democraticamente legittimato e chi ritiene che l’eccezionalità della crisi abbia giustificato una soluzione che si è comunque realizzata nel rispetto del dettato costituzionale.

Certo è che Giorgio Napolitano, Presidente della Repubblica all’epoca in carica, ritenendo necessario «dar vita a un governo che possa unire forze politiche diverse in uno sforzo straordinario che l’attuale emergenza finanziaria ed economica esige» e operare «per il bene comune, facendo uscire il paese dalla fase più acuta della crisi finanziaria»³⁶, si impegnò in prima persona a trovare una soluzione alla crisi e individuò Mario Monti – docente all’Università Bocconi ed economista di chiara fama, molto stimato all’estero, già Commissario europeo per due mandati con deleghe economicamente significative – come la persona più adatta per guidare un Governo in grado di coagulare attorno a sé un vasto sostegno politico e di affrontare le urgenze economiche del Paese. Per la seconda volta nella storia della Repubblica, nessuno dei Ministri nominati era membro del Parlamento né apparteneva in modo organico a un partito, bensì furono scelte personalità principalmente provenienti dal mondo accademico e dall’alta amministrazione pubblica; i portafogli furono assegnati in base alle competenze tecnico-professionali.

Dal punto di vista della connotazione politica il nuovo Esecutivo era assai peculiare: ricevette la fiducia iniziale dalla quasi totalità delle forze politiche, tutte fuorché la Lega Nord, ma non aveva un programma ben definito³⁷, o meglio, il suo scopo era quello, delineato dal Presidente Napolitano, di compiere «scelte urgenti di consolidamento della nostra situazione finanziaria e di miglioramento delle prospettive di crescita economica e di equità sociale per il paese considerato nella sua unità»,

³⁵ Da rilevare che le dimissioni governative causate da un formale voto parlamentare di sfiducia costituiscono un evento assai raro nella storia della Repubblica.

³⁶ Dichiarazione del Presidente Napolitano al termine delle consultazioni, 13/11/2011.

³⁷ M. Olivetti, *Governare con l’aiuto del presidente*, in *Il Mulino*, 2, 2012, 235.

urgenti a causa della «gravità della crisi finanziaria e dei pericoli di regressione economica dinanzi a cui si trovano l'Italia e l'Europa»³⁸.

Il Governo Monti navigò in acque piuttosto agitate e, come prevedibile, non mancarono contrasti tra le forze della maggioranza che lo appoggiava. Esso si dimise quando, nel dicembre 2012, pochi mesi prima della scadenza naturale della legislatura, il PDL, uno dei due maggiori partiti della grande coalizione, dichiarò che avrebbe ritirato il suo sostegno al Gabinetto, ritenendo conclusa quell'esperienza. Le nuove elezioni del febbraio 2013 delinearono un panorama politico sostanzialmente tripolare - PD-SEL, PDL-Lega, M5S -, a causa del quale al Senato nessuno schieramento deteneva la maggioranza assoluta (contrariamente alla Camera, dove era invece scattato il premio di maggioranza). In tale contesto, il segretario del PD Bersani non riuscì a coagulare attorno a sé la maggioranza necessaria per formare un Esecutivo stabile. Il Presidente Napolitano dapprima rimandò la soluzione della situazione di stallo al suo successore e successivamente, dopo che grandi difficoltà si erano manifestate anche in relazione alla scelta del nuovo Capo dello Stato e avevano portato alla sua rielezione, sollecitò caldamente la formazione di un Governo "di larghe intese". Il 24 aprile 2013 affidò pertanto l'incarico ad Enrico Letta, esponente del Partito democratico. Non si può senz'altro dire che quest'ultimo sia un tecnico, poiché lunga è la sua militanza politica, anche in posizioni di vertice; ciononostante riscontro affinità tra la nomina di Letta e quella di Amato avvenuta nel 1992, poiché entrambi presentavano un alto profilo anche tecnico e si trovavano in quel preciso momento storico a non essere politicamente troppo esposti. Anche la composizione del Gabinetto era per lo più "politica", con numerosi Ministri provenienti dai partiti della "grande coalizione", anche se non mancavano soggetti qualificabili come tecnici (sia pure in senso lato) assegnati a Dicasteri importanti: Bonino agli Esteri, Cancellieri alla Giustizia, Saccomanni all'Economia³⁹, Giovannini al Lavoro, Moavero Milanesi agli Affari europei, Patroni Griffi sottosegretario alla presidenza. Occorre poi considerare che la connotazione politica del Governo Letta presentava molti di quegli elementi che abbiamo ritenuto costituenti la categoria (descrittiva) del Governo "tecnico": una maggioranza non spontanea né omogenea, ma frutto di un lungo e non facile lavoro di mediazione, un programma politico fortemente incentrato su misure economiche necessarie per uscire dalla crisi (risanamento dei conti pubblici, stimoli alla crescita economica, rimodulazione dell'imposizione fiscale, politica industriale più moderna, creazione di occupazione, riduzione dei costi della politica, attenzione ai territori meno sviluppati).

3. Ricostruzione del ruolo del Presidente della Repubblica nella formazione dei Governi "tecnici"

Gli esempi sopra descritti dimostrano che i Governi "tecnici" vengono ad esistenza specialmente in presenza di una duplice crisi, politica ed economica, cioè nei momenti in cui le forze politiche hanno notevole difficoltà o non sono in grado di esprimere una maggioranza a sostegno di un Esecutivo stabile, che possa fronteggiare gli urgenti problemi, specie di natura economica, del Paese. Un ulteriore dato che emerge è, inoltre, la contiguità temporale dei Governi "tecnici", segno che il superamento dei periodi critici da un punto di vista sia politico-istituzionale sia socio-economico non è generalmente rapido né facile, ma richiede l'impegno congiunto di tutti gli attori istituzionali, e anche dei cittadini.

³⁸ Dichiarazione del Presidente Napolitano al termine delle consultazioni, 13/11/2011.

³⁹ Anche se non è questa la sede idonea, vorrei rilevare che la tendenza degli ultimi anni è quella di assegnare, anche nei Governi "politici", il ruolo di Ministro dell'Economia ad una personalità tecnica e non politica, dotata di maggiori capacità di negoziare le misure economiche in ambito UE e di rapportarsi con i mercati internazionali; si ricordano al proposito Padoa-Schioppa nel secondo Governo Prodi e Padoan nell'attuale Governo Renzi.

La formazione dei Governi “tecnici” vede generalmente l’esercizio di ruolo più incisivo da parte del Capo dello Stato; ribadisco però, come già detto, che per addivenire a un maggiore “attivismo” presidenziale è necessaria la contemporanea presenza di entrambe le situazioni di crisi: dinnanzi a una crisi solo politica ma in un contesto economico florido e poco problematico (o ritenuto tale) sarà infatti possibile che lo stallo delle forze politiche nella formazione dei Governi sia maggiormente accettato e inquadrato nella normale dialettica politica e che la formazione di Gabinetti instabili ed effimeri non desti particolari preoccupazioni; nel caso in cui la crisi sia solo economica ma non anche politica, invece, saranno i partiti stessi a organizzarsi in modo autonomo e spontaneo per dare una risposta forte alle urgenze del Paese e adottare i provvedimenti necessari per risollevarlo.

Come visto *supra*, un più energico ruolo presidenziale trova suo fondamento nella scarna disposizione dell’art. 92, co. 2 Cost. – «Il Presidente della Repubblica nomina il Presidente del Consiglio dei ministri e, su proposta di questo, i ministri» - che delinea un potere presidenziale non ben definito.

In Assemblea Costituente, nel dibattito sulla forma di governo si affermò la preferenza per il parlamentarismo, ma si avvertì anche la necessità di evitarne le degenerazioni, come quelle che si erano realizzate nella III Repubblica francese. La volontà di adottare un sistema parlamentare dotato degli strumenti idonei a tutelare la stabilità governativa fu consacrata, il 5 settembre 1946, con l’approvazione da parte della seconda sottocommissione della Commissione per la Costituzione di un ordine del giorno proposto dall’On. Perassi. Una volta scelta la forma di governo, il dibattito si focalizzò sul ruolo del Capo dello Stato e sui poteri da attribuirgli in relazione al Governo e al Parlamento. Non mancavano posizioni favorevoli ad un’impostazione dualista: in tal senso spiccava Vittorio Emanuele Orlando. Si privilegiò, però, una figura presidenziale priva di compiti di governo – a capo della maggioranza e dell’Esecutivo era infatti il Primo Ministro –, ma dotata ugualmente di rilevanti funzioni, sia pure tratteggiate per lo più con formule solenni e connotate da una certa vaghezza: grande consigliere, magistrato di persuasione e di influenza, titolare di una missione di equilibrio e coordinamento⁴⁰, grande regolatore del gioco costituzionale⁴¹, supremo moderatore e regolatore dei poteri dello Stato⁴².

E’ da leggersi nell’ambito di queste concezioni il fatto che il Presidente della Repubblica sia stato delineato in modo enigmatico – la figura è stata definita «la più enigmatica e sfuggente fra le cariche pubbliche previste dalla Costituzione»⁴³ – e abbia mantenuto alcuni compiti tipici di una forma dualista, quali la nomina del Presidente del Consiglio e lo scioglimento anticipato delle Camere. Come già visto, tali poteri, e in particolare, per quanto è di interesse per il presente lavoro, quello inerente alla formazione del Governo, sono stati enunciati in Costituzione in modo poco dettagliato, e sono quindi soggetti a diverse interpretazioni.

Senza voler in questa sede ripercorrere le numerose ricostruzioni del Capo dello Stato elaborate da autorevolissima dottrina, mi limito a ritenere piuttosto convincente la tesi secondo cui il Presidente della Repubblica è figura complessa e non riconducibile ad uno schema unitario, ma assomma su di sé sia funzioni di garanzia e controllo costituzionale sia poteri, più propriamente “politici”, di influenza e intermediazione, che possono spingersi fino a rendere il Presidente decisivo nel

⁴⁰ *Relazione del Presidente della Commissione Ruini presentata alla Presidenza dell’Assemblea Costituente il 6 febbraio 1947*, 11-12.

⁴¹ Intervento dell’On. Tosato, in *Assemblea Costituente, seduta pomeridiana di venerdì 19 settembre 1947*, 338.

⁴² Interventi dell’On. Ruini, in *Assemblea Costituente, seduta pomeridiana di venerdì 19 settembre 1947*, 355-357 e *seduta antimeridiana di giovedì 23 ottobre 1947*, 1480-1481.

⁴³ L. Paladin (voce), *Presidente della Repubblica*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 236.

raccordare gli organi costituzionalmente attivi e le forze politiche nei momenti di inceppamento o di crisi del sistema istituzionale⁴⁴.

La Corte Costituzionale ha recentemente affermato, nella nota sentenza 1/2013, che la «attività informale di stimolo, moderazione e persuasione» costituisce «il cuore del ruolo presidenziale nella forma di governo italiana»⁴⁵. Si legge infatti nella pronuncia che il Presidente della Repubblica, «collocato dalla Costituzione al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato e, naturalmente, al di sopra di tutte le parti politiche», è dotato di attribuzioni che «non implicano il potere di adottare decisioni nel merito di specifiche materie, ma danno allo stesso gli strumenti per indurre gli altri poteri costituzionali a svolgere correttamente le proprie funzioni da cui devono scaturire le relative decisioni di merito»; tutti i poteri che gli sono attribuiti «hanno dunque lo scopo di consentire allo stesso di indirizzare gli appropriati impulsi ai titolari degli organi che devono assumere decisioni di merito, senza mai sostituirsi a questi, ma avviando e assecondando il loro funzionamento, oppure, in ipotesi di stasi o di blocco, adottando provvedimenti intesi a riavviare il normale ciclo di svolgimento delle funzioni costituzionali»⁴⁶. Il Capo dello Stato deve quindi «tessere costantemente una rete di raccordi allo scopo di armonizzare eventuali posizioni in conflitto ed asprezze polemiche, indicare ai vari titolari di organi costituzionali i principi in base ai quali possono e devono essere ricercate soluzioni il più possibile condivise dei diversi problemi che via via si pongono»⁴⁷.

Occorre comunque ribadire che, anche alla luce di quanto appena visto, un ruolo presidenziale più incisivo nella formazione dei Governi, e in particolare di quelli “tecnici”, incontra comunque dei limiti. Non ritengo infatti opportuno aderire alle tesi di chi ritiene che il Capo dello Stato possa nei momenti di crisi divenire reggitore dello Stato e, in via eccezionale, assumere su di sé le attribuzioni e i compiti spettanti agli organi di indirizzo politico, neppure in modo transitorio⁴⁸. Reputo invece preferibile l’orientamento, avallato dalla Corte Costituzionale, secondo cui il Capo dello Stato ha la funzione non di sostituirsi agli organi di indirizzo politico, ma di stimolarli ad agire, specie nei momenti di maggiore difficoltà e di stasi; per dirla con autorevole dottrina, egli «non deve decidere, ma può costringere gli altri a farlo»⁴⁹; la sua funzione infatti «non è quella di prendere parte all’azione di Governo, bensì di porre le forze di maggioranza in condizioni di governare»⁵⁰.

In conclusione, non nego di aver proposto, nel mio lavoro, un’accezione piuttosto ampia di Governo “tecnico”, ricomprensivo non solo i casi in cui l’intera compagine ministeriale è composta da non parlamentari, ma anche le ipotesi di Esecutivi nati (e vissuti), in periodi particolarmente delicati dal punto di vista economico, non per accordi spontanei tra le forze politiche omogenee sulla base di programmi e obiettivi organici, ma grazie a un apporto determinante del Presidente della Repubblica, che di fronte alle difficoltà politiche e alle urgenze economiche ha esercitato con maggiore autonomia il compito assegnatogli dall’art. 92, co. 2 Cost. I Gabinetti riconducibili a tale ampia e variegata categoria sono accomunati dalla stessa origine: vengono infatti formati in presenza di situazioni di doppia criticità. Alla luce di ciò, mi preme ribadire la necessità e l’auspicio che i momenti di crisi politica ed economica siano sempre circoscritti nel tempo e non divengano mai la regola, e che, di conseguenza, il Presidente della Repubblica non si trovi continuamente “costretto” a optare per Governi “tecnici”. Ritengo condivisibili le posizioni secondo cui i Governi debbano

⁴⁴ A. Baldassarre (voce), *Capo dello Stato*, in *Digesto IV ed. (disc. pubbl.)*, II, Torino, 1987, 483, 488-489.

⁴⁵ Corte cost., sent. 15-01-2013, n. 1, Cons. dir. pt. 8.3.

⁴⁶ Corte cost., sent. 1/13, cit., Cons. dir. pt. 8.2.

⁴⁷ Corte cost., sent. 1/13, cit., Cons. dir. pt. 8.3.

⁴⁸ Si veda al proposito C. Esposito, voce *Capo dello Stato*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 237-241.

⁴⁹ G. Silvestri, *Il Presidente della Repubblica: dalla neutralità-garanzia al governo delle crisi*, in *Quad. cost.*, 1, 1985, 51-52.

⁵⁰ E. Cheli, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia*, in L. Lanfranchi (cur.), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, 28.

normalmente godere di una legittimazione popolare sostanziale e non solo di quella formale parlamentare⁵¹, e pertanto penso che sia opportuno che il circuito di indirizzo politico Parlamento-Governo conservi, e se del caso riacquisti, la centralità che gli è propria in una Repubblica parlamentare e possa affrontare in modo stabile ed efficiente i problemi del Paese e garantirne la buona gestione e lo sviluppo, senza bisogno di continui interventi del Capo dello Stato dettati dall'emergenza.

Abstract

The paper deals with the “technical”/“technocratic” Governments (or Governments of Experts) in Italy during periods of economic crisis and the role of the President of the Republic in their formation.

In the first part, we analyze the constitutional articles about Executive Power and the main features of the “technocratic” Governments, in particular their composition and their political connotation. Then, we examine the main historical experiences of Italian technical Governments (the Governments formed by Mr. Amato in 1992, Mr. Ciampi in 1993, Mr. Dini in 1995, Mr. Monti in 2011, Mr. Letta in 2013). Finally, we reflect on the role of the President of the Republic in the formation of technical Governments.

We note that technical Governments are formed when the crisis is both political and economic; they involve a significant intervention of the President of the Republic and are (or should be) not ordinary experiences, but exceptional ones.

⁵¹ T.E. Frosini, *op. cit.*, 274.

Costituzione finanziaria e fiscale

La riforma dell'articolo 81 della Costituzione tra flessibilità operativa, valorizzazione del patrimonio pubblico e tutela dei diritti

Sommario: 1. La riforma dell'art. 81 Cost.: contesto storico-economico e profili critici – 2. La rinnovata *governance* della finanza pubblica tra valorizzazione del patrimonio pubblico e tutela dei diritti

1. La riforma dell'art. 81 Cost.: contesto storico-economico e profili critici

La revisione costituzionale del 2012 con il conseguente impatto sulla gestione della finanza pubblica si pone all'esito di un più generale processo di riforma maturato a livello sovranazionale¹. Durante la crisi che dal 2007 aveva colpito il mercato finanziario prima e l'economia reale poi, la necessità di fronteggiare l'eccessiva esposizione dei debiti sovrani – che poneva a rischio la stabilità della moneta unica e dell'Unione stessa –, ha indotto le Istituzioni europee ad intervenire con misure più stringenti sulla *governance* delle finanze pubbliche nazionali. In questa direzione si sono resi più rigidi i meccanismi europei (con la revisione del Patto di Stabilità e Crescita)² ma si è anche agito direttamente sulle discipline nazionali di bilancio, sia con strumenti di diritto comunitario (*Patto Europlus*) che con norme pattizie a carattere internazionale (*Fiscal compact*)³.

Per garantire maggior controllo sulle procedure di bilancio nel nostro ordinamento è stata avviata una revisione della Carta costituzionale: con la legge cost. 20 aprile 2012, n. 1 si è così modificato l'art. 81 Cost. al fine di introdurre il principio del c.d. "pareggio di bilancio", incidendo anche su altre disposizioni per estenderne la portata agli Enti locali (art. 117 e 119 Cost.)⁴ e al sistema complessivo delle pubbliche amministrazioni (art. 97 Cost.).

Guardando al contenuto della riforma occorre però sgomberare il campo da un pregiudizio ancora diffuso benché non supportato da alcun dato normativo: nessuna delle disposizioni comunitarie, infatti, imponeva una riforma delle Carte costituzionali nazionali. Sia il *Patto Europlus* che il *Fiscal compact* chiedevano sì l'adozione di misure sufficientemente rigide e permanenti, capaci di garantire un maggior controllo dei parametri di finanza pubblica ma nulla dicevano sullo strumentario tecnico con cui attuarle⁵. Tuttavia, pur non essendo formalmente tale, la necessità di una tale revisione è stata avvertita come sostanzialmente imposta⁶.

¹ Sul punto si veda A. Antonelli, *L'introduzione del "pareggio" di bilancio nella Costituzione: nuove prospettive per la governance della finanza pubblica*, in www.federalismi.it, 2016.

² Le modifiche sono emerse tra 2011 e 2013 con vari regolamenti ed una direttiva (c.d. *six pack* e *two pack*) che rafforzano le procedure sui disavanzi eccessivi (art. 126 TFUE). Si vedano, M. Degni, P. De Ioanna, *Il vincolo Stupido. Europa e Italia nella crisi dell'euro*, Roma, Castelvechi, 2015; R. Dickmann, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in www.federalismi.it, 2012; G. Della Cananea, *Lex fiscalis Europea*, in *Quad. cost.*, 2014, 1, 7 ss.

³ Si tratta di un accordo approvato nel marzo 2012 che prevede per i Paesi contraenti il rispetto di clausole vincolanti quali l'obbligo di perseguire il pareggio di bilancio; di non superare la soglia di *deficit* strutturale dello 0,5% del PIL; di ridurre ogni anno il rapporto debito-PIL di un ventesimo della parte eccedente il 60% del PIL.

⁴ Su cui, E. Di Carpegna Brivio, *Quali prospettive per le autonomie locali dopo l'introduzione dell'equilibrio di bilancio?*, su www.federalismi.it, 2015.

⁵ Come conferma il *Conseil constitutionnel* francese nella *décision* n. 2012-653 DC del 9 agosto 2012, in *Journal officiel*, 11/08/2012, 13283 ed in particolare nei considerando 19-23 e nel considerando 30 secondo cui «*le paragraphe 2 de l'article 3 n'imposant pas qu'il soit procédé à une révision de la Constitution...*». Sul punto, M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in www.astrid.it, 2012, 25 e R. Casella, *Il Consiglio costituzionale francese e il trattato sul Fiscal compact*, in www.forumcostituzionale.it, 2012.

⁶ Come dimostrano, nel rispetto dei termini previsti dall'art. 138 Cost., la rapidità dell'approvazione (tra la prima approvazione alla Camera dei deputati, del 30 novembre 2011 e la definitiva approvazione, in seconda lettura, in

La *ratio* di tale condotta sembrerebbe allora risiedere nel contesto storico-politico ed economico in cui si è agito: la stretta emergenzialità nella quale il legislatore è dovuto intervenire parrebbe inquadrabile tra quei fenomeni fattuali capaci di produrre effetti giuridici ben al di là della loro reale portata normativa e con una forza innovativa dell'ordinamento che ne superi il mero dato formale. Un contesto peculiare in cui l'alterazione dei principi stessi di *governance* della finanzia pubblica sarebbe espressione di un vero e proprio potere costituente capace di tradursi nella matrice prima di quella concreta esigenza di riforma della Costituzione.

Su questo aspetto emerge poi un secondo rilevante nodo problematico: il rischio cioè che l'esigenza di fronteggiare una crisi imminente dei debiti sovrani abbia indotto il legislatore a ridisegnare procedure di finanzia pubblica eccessivamente sbilanciate su meccanismi di tipo emergenziale⁷ - come il Meccanismo Europeo di Stabilità - funzionali sì al ripristino dei normali parametri economico-finanziari connessi all'andamento del *deficit* e del debito pubblico ma per loro stessa natura provvisori e chiamati ad intervenire in casi di già manifesta grave instabilità. Questi, infatti, pur agendo con efficacia immediata, non sembrano capaci di affrontare le fasi di ordinario "controllo" di quei parametri né la loro successiva stabilizzazione che rischiano così di essere gestite con strumenti privi di una piena capacità di produrre effetti permanenti nel tempo.

Fatta questa premessa, occorre ora valutare l'impatto che la riforma del 2012 ha avuto sul modello di *governance* della finanzia pubblica tracciato dall'art. 81 Cost.⁸.

La sua formulazione originaria oltre a stabilire alcuni principi tutt'ora vigenti per i documenti di bilancio (annualità, trasparenza ed esercizio provvisorio) individuava nel combinato disposto del 3 e 4 comma un modello procedurale che, impedendo alla legge di bilancio di introdurre nuovi tributi e nuove spese ed imponendo ad ogni «altra» legge di spesa («altra» rispetto alla legge di bilancio) di indicare i mezzi per farvi fronte, permetteva al sistema di mantenersi in equilibrio⁹ evitando un accumulo eccessivo di *deficit* e l'aumento del debito. Il legislatore costituente senza aderire ad uno specifico orientamento economico non imponeva quindi al processo di bilancio vincoli contenutistici limitandosi a disegnarne un preciso percorso procedurale e metodologico che solo indirettamente finiva per incidere anche gli esiti materiali.

Nel tempo poi la flessibilità della norma rispetto ai contenuti aveva consentito sia l'apertura in via interpretativa (con la sent. 7 gennaio 1966, n. 1 della Corte costituzionale¹⁰) al ricorso

Senato, svoltasi il 17 aprile 2012, sono trascorsi poco più di quattro mesi) e l'ampiezza della maggioranza parlamentare che l'ha sostenuta con la quasi unanimità dei presenti e votanti.

⁷ Sul bilanciamento tra emergenzialità del contesto e stabilità degli interventi correttivi si veda A. Brancasi, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it, 2012.

⁸ Sul tema si veda, *ex pluribus*, N. Lupo, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in www.arsae.it, 2011; F. Bilancia, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Rivista AIC*, 2012; Aa.Vv., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Milano, 2013; M. Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in www.cortecostituzionale.it, 2013; G. Martinico, L. Pierdominici, *Crisis, Emergency and Subnational Constitutionalism in the Italian Context*, in *Perspectives on Federalism*, 2014, 116 ss.

⁹ Se non già in pareggio come risulta dai lavori preparatori in sede di Assemblea costituente richiamati da G. Di Gaspare, *Innescare un sistema in equilibrio della finanzia pubblica ritornando all'art. 81 della Costituzione*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2005. Nell'originale formulazione i commi 3 e 4 stabilivano che «con la legge di approvazione del bilancio non si possono stabilire nuovi tributi e nuove spese» mentre «Ogni altra legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte».

¹⁰ In essa la Corte afferma che «l'interpretazione cosiddetta estensiva dell'obbligo imposto dall'ultimo comma dell'art. 81 sia quella conforme alla lettera e allo spirito della Costituzione. Che la limitazione dell'obbligo della "copertura" al

all'indebitamento come fonte di copertura per le maggiori spese sia la possibilità in via legislativa (con la legge 5 agosto 1978, n. 468) che quei meccanismi subissero un sostanziale aggiramento con l'adozione della legge finanziaria. Si trattava però di interventi finalizzati sì ad un superamento del dato normativo ma condotti, pur sempre, sul terreno delle procedure e non dei risultati.

Il nuovo art. 81 Cost., invece, introduce un meccanismo innovativo che ne tradisce l'impianto originario imponendo ora ai documenti di finanza pubblica e alla legge di bilancio non un mero percorso metodologico ma un preciso obbligo di risultato – l'equilibrio (non il pareggio) tra entrate e spese –, che lo Stato deve assicurare «*tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico*» affiancandovi un espresso divieto di ricorso all'indebitamento se non «*al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, al verificarsi di eventi eccezionali*»¹¹.

Si abbandona così la precedente impostazione che prevedeva meri criteri operativi – e solo in via mediata e attraverso questi anche taluni risultati “gestori” (più auspicati che imposti) –, individuando adesso un preciso obiettivo da perseguire incidendo direttamente sull'oggetto e sul prodotto dei processi di bilancio e che diviene anche parametro di legittimità costituzionale per i documenti di finanza pubblica, censurabili dalla Corte costituzionale laddove non ne diano attuazione¹². Trova così giustificazione la stessa soppressione del 3 comma dell'art 81 Cost.: dovendosi perseguire uno specifico risultato possono decadere quei limiti procedurali cui la legge di bilancio era sottoposta riconoscendole ora, vincolata com'è a quell'obiettivo, una piena capacità di incidere i macro-aggregati economici che rende superato anche il ricorso alla legge di stabilità¹³.

Questo sistema si sosterebbe, quindi, su previsioni maggiormente rigide di controllo della finanza pubblica. In realtà le nuove disposizioni, specie quelle contenute nella legge 24 dicembre 2012, n. 243 di attuazione della riforma, prevedono ipotesi derogatorie all'azione di quei limiti che ne incrementano l'elasticità. Una flessibilità che, come per lo spazio operativo dei vincoli, subisce una traslazione dal piano procedurale a quello materiale-contenutistico.

Un primo elemento di flessibilità deriva dalla definizione stessa che la legge 243/2012 dà di “equilibrio”: questo non è interpretabile come “pareggio” in senso contabilistico e manifesta una certa vaghezza concettuale¹⁴ dovuta anche al rimando che il legislatore fa alle diverse e spesso confliggenti definizioni di matrice comunitaria dei molteplici profili economici e contabili¹⁵ chiamati a costruire il precetto normativo.

solo esercizio in corso si riduca in una vanificazione dell'obbligo stesso [...]» per cui «l'obbligo della "copertura" deve essere osservato dal legislatore ordinario anche nei confronti di spese nuove o maggiori che la legge preveda siano inserite negli stati di previsione della spesa di esercizi futuri [e] ammettere la possibilità di ricorrere, nei confronti della copertura di spese future [...] a nuovi tributi o l'inasprimento di tributi esistenti, la riduzione di spese già autorizzate, l'accertamento formale di nuove entrate, l'emissione di prestiti e anche alla previsione di maggiori entrate [...]». Si veda la ricostruzione teorica di V. Onida, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, Milano, 1969.

¹¹ Secondo i nuovi primo e secondo comma dell'art. 81 Cost. come attuati dalla l. 243/2012.

¹² Sul punto, G. Scaccia, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Rivista AIC*, 2012, 3.

¹³ La legge 4 agosto 2016, n. 163 ha così espunto dal nostro ordinamento la legge di stabilità assegnandone i contenuti (ed i connessi esiti sugli andamenti economico-finanziari) ad una specifica sezione della riformata legge di bilancio.

¹⁴ Si vedano le ricostruzioni di M. Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali*, cit., 21 ss.; M. Passalacqua, «Pareggio» di bilancio contro intervento pubblico nel nuovo art. 81 della Costituzione, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2012, 4 ss. e N. D'Amico, *Oplà: il pareggio di bilancio non c'è più*, in www.brunoleoni.it, 2012, 2.

¹⁵ Ex art. 2, 3 e 14 della l. 243/2012. Sul punto, M. Nardini, *La legge n. 243/2012 e l'adeguamento dell'ordinamento nazionale alle regole europee di bilancio*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2013.

Ma la flessibilità riguarda anche, sul piano pratico, lo spazio in cui si colloca il raggiungimento dell'equilibrio prevedendo ipotesi in cui questo possa legittimamente non realizzarsi. Non solo l'equilibrio deve essere perseguito tenendo conto delle fasi avverse e di quelle favorevoli del ciclo economico ma in casi eccezionali – che la legge 243/2012 individua in gravi recessioni economiche a carattere regionale e in eventi straordinari fuori dal controllo dello Stato quali gravi crisi finanziarie o calamità naturali –, ne è consentito un attenuamento purché espressamente autorizzato dalla Camere con legge approvata a maggioranza assoluta dei loro componenti e in previsione di un piano di rientro¹⁶. Infine, in via generale, è sempre possibile uno scostamento dall'equilibrio purché sia più contenuto di quello considerato “significativo” ai sensi della disciplina europea e che richiede un immediato intervento correttivo¹⁷.

Analoghe valutazioni valgono poi per il complementare divieto di ricorso all'indebitamento: anche qui, oltre alle ipotesi eccezionali che ne giustificano il mancato rispetto – secondo i limiti e le procedure (legge di autorizzazione a maggioranza qualificata) previsti per il non raggiungimento dell'equilibrio –, esiste una generale ipotesi derogatoria che consente sempre il ricorso all'indebitamento, in assenza peraltro di analoghe prescrizioni (l'approvazione parlamentare), laddove occorra fronteggiare un «*ciclo economico avverso*».

La discrezionalità del decisore pubblico sull'azione di tali vincoli impone una duplice riflessione.

Anzitutto, stante il tenore letterale della norma, escludendo che le recessioni dell'economia reale possano essere ricondotte a questa seconda deroga – rientrando piuttosto tra gli eventi eccezionali che richiedono l'approvazione parlamentare –, alla nozione di «*ciclo economico avverso*» sarebbe riferibile la sola ipotesi di un ciclo “finanziario” negativo connesso alla necessità di fronteggiare la crescita degli oneri di servizio del debito pubblico causata dall'incremento del costo di questo¹⁸. In questo modo, però, si rischierebbe di scaricare surrettiziamente sul bilancio pubblico, senza peraltro alcun procedimento autorizzatorio formale, il maggior costo del debito derivante dalla forza speculativa dei capitali sui mercati globali a danno di quel principio di sostenibilità della finanza pubblica che rappresenta oggi un obiettivo essenziale da perseguire.

Infine, una maggior attenzione merita la natura del debito che in queste “oasi” derogatorie è consentito. Le norme si limitano a circoscrivere con maggiore o minore flessibilità il raggio d'azione delle deroghe al principio generale di divieto all'indebitamento ma non vi affiancano ulteriori e più stringenti confini contenutistici¹⁹. Sarebbe stato opportuno invece, come già avviene per gli Enti Locali *ex art. 119 Cost.*, individuarne specifiche modalità operative e gli esiti ultimi anche in termini di risultato che, in quei casi, il ricorso all'indebitamento è chiamato a realizzare. Ne deriverebbe una netta distinzione tra debito improduttivo, destinato a finanziare spese di parte corrente e da considerare sempre vietato ed indebitamento produttivo, finalizzato a garantire una prima copertura per spese d'investimento cui ancorare invece l'azione di quelle deroghe²⁰. Solo vincolando il

¹⁶ Ai sensi dell'art. 6 della l. 243/2012.

¹⁷ Già a partire dall'esercizio successivo, i contenuti e le tempistiche del piano di rientro, *ex art. 8 della l. 243/2012*, devono essere previsti dettagliatamente dai documenti di finanza pubblica.

¹⁸ È condivisibile la ricostruzione di G. Di Gaspare, *Il nuovo art. 81 Costituzione: dallo Stato finanziatore allo Stato scommettitore?*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2015, 4.

¹⁹ Non pare, infatti, sufficiente vincolare il ricorso all'indebitamento al solo superamento delle fasi avverse del ciclo economico o dei danni causati dagli eventi eccezionali ma occorre definirne obiettivi e contenuti onde evitare ne derivino effetti negativi ulteriori rispetto a quelli che è chiamato a rimediare.

²⁰ Un principio, quello della netta distinzione tra spese improduttive e spese d'investimento, che meriterebbe dunque pieno riconoscimento non solo per la gestione finanziaria degli Enti locali ma anche, *ex art. 81 e 97 Cost.*, quale canone operativo generale della finanza pubblica.

“legittimo” ricorso all’indebitamento a specifici obblighi di risultato connessi agli andamenti dell’economia reale si avrebbe quindi una flessibilità controllata e ragionevole capace di indurre la stabilità della finanza pubblica e lo sviluppo del sistema-Paese.

2. La rinnovata governance della finanza pubblica tra valorizzazione del patrimonio pubblico e tutela dei diritti

Il sistema delineato dalla riforma del 2012 definisce dunque con maggior rigore gli esiti delle procedure di bilancio ed i contenuti dei documenti di finanza pubblica imponendo loro più stringenti obblighi di risultato; ma, al contempo, vi affianca ipotesi derogatorie fin troppo vaghe e scarsamente circoscritte. Il nuovo modello di *governance* economico-finanziaria che ne deriva impone quindi alcune riflessioni conclusive, generali e di sistema, tra loro strettamente connesse.

Anzitutto, sembra doveroso un maggiore sforzo ricostruttivo verso una “coesistenza pacifica” tra imposizione di vincoli alla finanza pubblica e garanzia e promozione dei diritti civili e sociali. La necessità di ridurre le risorse pubbliche sembrerebbe, infatti, comportare una limitazione dei diritti riconosciuti in capo ai consociati che incorrerebbero così, oltre al tradizionale criterio del bilanciamento con i contrapposti interessi, in un limite intrinseco di natura finanziaria capace di comprimerne ulteriormente il perimetro applicativo sottoponendoli alla c.d. riserva del possibile²¹. La riforma del 2012 “costituzionalizzerebbe” quindi il criterio della vincolatività economica cui soggiace lo spazio di espansione dei diritti civili e sociali, definendo un rapporto diretto tra il loro “costo” e la determinazione delle (sempre più scarse) risorse pubbliche destinategli.

A ben vedere però, il rapporto esistente tra esigenze di contenimento della spesa e piena affermazione di tali diritti (e dell’ordinamento liberal-democratico che questi delineano) merita di essere ricostruito non in un’ottica di contrasto ma di complementarità. Certo, molto dipende da come in concreto i meccanismi di controllo della finanza pubblica vengono attuati, ma il limite alla crescita incontrollata del debito pubblico che questi garantirebbero mirerebbe, con i conseguenti esiti in termini di stabilizzazione economica, a porre l’intero sistema al riparo dai rischi derivanti dalle potenziali degenerazioni dello stato assistenziale e dalle gestioni finanziarie incontrollate che spesso ne scaturiscono. In questa prospettiva allora, anche in attuazione della teoria dei controlimiti, i vincoli di bilancio agirebbero come baluardo rispetto alla compressione che in casi particolarmente gravi (quali il *default*) proprio quei diritti storicamente subiscono, individuandone un nucleo essenziale da preservare e tutelare.

Inoltre, la riforma del 2012 apre oggi la strada anche ad un sostanziale ripensamento del perimetro operativo riconosciuto alla gestione della finanza pubblica²².

²¹ Sul principio della c.d. *Vorbehalt des Möglichen* secondo cui l’erogazione delle prestazioni a carico dello Stato, pur garantendone un livello minimo essenziale deve sempre tener conto delle disponibilità finanziarie del bilancio pubblico, si vedano i più recenti interventi giurisprudenziali, quali le sent. 10-12-2013, n. 310; 09-07-2014, n. 219; 09-02-2015, n. 10 e 12-05-2015, n. 155, della Corte costituzionale ed i molti spunti dottrinali, tra cui, A. Pace, *Libertà e diritti di libertà*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2009; A. Ruggeri, “Livelli essenziali” delle prestazioni relative ai diritti e ridefinizione delle sfere di competenza di Stato e Regioni in situazioni di emergenza economica (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2010), in www.forumcostituzionale.it, 2010; R. Calvano, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, in www.costituzionalismo.it, 2013; C. Padula, *Dove va il bilanciamento degli interessi? Osservazioni sulle sentenze 10 e 155 del 2015*, in www.federalismi.it, 2015.

²² Sul punto si veda G. Pisauro, *La regola costituzionale del pareggio di bilancio e la politica fiscale nella Grande Recessione: fondamenti economici teorici e pratici*, in www.rivistacorteconti.it, 2012.

La flessibilità che pervade l'intero sistema, pur accompagnata dai necessari profili di rigidità²³, consente, infatti, di superare il tradizionale binomio tra riduzione della spesa pubblica (sia questa attuata attraverso tagli lineari o in regime di *spending review*) ed incremento del debito pubblico, pur finalizzato a promuovere spese d'investimento. In mezzo a questi due poli esiste una terza via che, anche grazie agli esiti ultimi della riforma, sembrerebbe oggi più agevolmente percorribile: quella, cioè, della valorizzazione del patrimonio pubblico.

Agendo in questa direzione, infatti, oltre alla dismissione dei componenti patrimoniali non più sostenibili (o comunque sottoposti *ex lege* a regimi di privatizzazione) o rispetto ai quali sia più proficua un'immediata cessione al mercato per esigenze finanziarie di breve periodo²⁴ è possibile delineare un primo percorso di piena messa a reddito per quegli *assets* che, se sapientemente valorizzati, consentirebbero, a fronte di un impegno di spesa iniziale, un incremento delle entrate extratributarie ed una maggiore stabilizzazione della finanza pubblica. Ne deriverebbe così, nel lungo periodo, un radicale cambio di prospettiva rispetto al modo con cui guardare all'impiego delle risorse pubbliche²⁵ e, più in generale, al concreto svolgersi dell'attività di gestione dei beni pubblici anche in direzione del perseguimento delle funzioni cui questi sono destinati e del soddisfacimento dei sottesi interessi generali ad esse connessi.

Tra i settori in cui la necessità di un'opera di razionalizzazione e riqualificazione non fine a sé stessa ma funzionale alla valorizzazione in senso "assiologico" degli *assets* pubblici appare più incalzante, particolare attenzione merita quello del patrimonio mobiliare dello Stato e degli Enti locali, ovvero delle quote di partecipazione che questi detengono in società miste o totalmente pubbliche ed in particolare in quelle incaricate della gestione e fornitura di servizi pubblici²⁶.

Si tratta di un settore assai peculiare ove le esigenze di compressione del perimetro pubblico e del suo costo sono strettamente connesse proprio alla promozione di quegli interessi pubblici – e dei diritti fondamentali che questi sottendono – emergenti dall'oggetto stesso (il servizio pubblico) dell'attività che tali società svolgono. Tuttavia, pur nella sua specificità, l'analisi dell'impatto dei processi di razionalizzazione della finanza pubblica su questi segmenti del patrimonio pubblico consente comunque di individuare problematiche e principi validi in via generale.

Nelle diverse normative in materia²⁷, accanto ad interventi di riorganizzazione delle strutture interne delle società pubbliche (anche sul versante dei costi di gestione) e ai vincoli diretti posti in capo alle amministrazioni pubbliche, l'obiettivo di fondo è rimasto, però, prevalentemente quello della mera dismissione delle quote azionarie ritenute non più strategiche e redditizie, secondo logiche di maggior rigore contabile, affiancata da espressi divieti alla loro nuova assunzione (e alla costituzione di tali società).

²³ Specie i limiti che questa pone all'incremento della spesa pubblica il cui tasso annuo di crescita, ridimensionato, è rimesso dalla l. 243/2012 ai documenti di finanza pubblica.

²⁴ Nel rispetto ovviamente dei diversi regimi proprietari stabiliti in materia di beni pubblici dagli art. 822 ss. c.c. e dei diversi vincoli alla loro alienabilità che questi pongono, su cui G. Colombini (cur.), *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali*, Napoli, Jovene, 2009.

²⁵ Pur non intervenendo direttamente sul versante delle entrate (art. 53 Cost.), la nuova *governance* della finanza pubblica consentirebbe, secondo quanto già è avvenuto con il patrimonio immobiliare (benché con risultati non esaltanti) e con quello culturale, di intervenire sulle poste attive di bilancio. Sul punto S. Cassese, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 673 ss. e M. Dugato, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio privato di utilità sociale*, su www.aedon.mulino.it, 2007.

²⁶ Sul tema, sia consentito il rinvio ad A. Antonelli, *Regole per valorizzare il patrimonio mobiliare degli enti locali nel processo di revisione della spesa*, in M. Passalacqua (cur.), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino, 2015, 209 ss.

²⁷ In particolare, le leggi finanziarie per il 2007 (l. 296/2006) ed il 2008 (l. 244/2007) ed il d.l. 78/2010.

Se questo percorso appare coerente e necessario rispetto al fenomeno delle c.d. società strumentali degli Enti pubblici²⁸ analoghe conclusioni non varrebbero, in applicazione anche di un doveroso principio di differenziazione, per altre tipologie societarie, tra cui le stesse società incaricate della gestione di servizi pubblici. Per queste seconde, infatti, sembrerebbe assai più convincente intraprendere la strada della valorizzazione “in senso stretto” che unita ai pur imprescindibili e connessi processi di revisione della spesa consentirebbe un reale potenziamento della capacità reddituale dei cespiti patrimoniali che vi sono sottoposti (*i.e.* il patrimonio azionario) a vantaggio dell’Ente proprietario²⁹.

Per comprendere a fondo le implicazioni di un tale processo gestorio occorre anzitutto individuarne quelli che dovranno esserne i principi cardine chiamati a definirne gli obiettivi ed i canoni operativi che diano loro concreta attuazione.

Un primo profilo di analisi riguarda il concetto stesso di valorizzazione. Questa non solo comporta un potenziamento della “ordinaria” attività di gestione del patrimonio pubblico ma, tenuto conto delle specificità materiali degli *assets* che ne sono oggetto, consente la realizzazione di un’opera di conferimento o accrescimento del valore degli stessi – con conseguente incremento di ricchezza per il soggetto che ne è titolare –, favorendo, nel caso del patrimonio azionario, la messa a reddito e la successiva produzione di maggiori indici economici e finanziari (e profitti) dalle partecipazioni detenute anche accrescendone la capacità patrimoniale³⁰.

Definito il profilo concettuale dell’attività di valorizzazione occorre poi individuare lo spazio materiale entro cui darle corpo tenendo conto che questa, per produrre effetti concreti, non può limitarsi ad investire singole componenti patrimoniali ma deve piuttosto coinvolgere l’insieme complessivo degli *assets* dell’Ente che vi ricorre guardando, in via generale, a tutte le partecipazioni detenute ed ai rapporti giuridici di natura economica che ne derivano. Sarà così possibile un più efficace potenziamento degli attivi patrimoniali anche grazie agli effetti sinergici che tale operazione produrrebbe in virtù della sua dimensione organica e sistemica³¹.

Ma il dato operativo di maggior interesse rispetto a questa attività è quello connesso alla possibilità di fare ricorso non solo a poteri ed atti di natura amministrativa-autoritativa, pur dotati di profili contrattuali, ma anche a strumenti di tipo privatistico, societari e finanziari, nonché all’intervento di risorse private. La valorizzazione consente così, al soggetto pubblico di accedere allo strumentario tipico del diritto privato – ed in particolare del diritto societario (si vedano, in tema di società pubbliche, le ipotesi di fusione o aggregazione di società, di internalizzazione delle funzioni o di quotazione su mercati regolamentati) –, unendovi la possibilità di un diretto coinvolgimento dei soggetti privati, chiamati ad apportare non solo risorse finanziarie ma anche le conoscenze tecniche (*know-how*) maturate in quel determinato settore economico.

²⁸ Ove tuttavia rischia di tradursi in un abbandono dei principi di efficienza tipici della gestione societaria con il ritorno all’esercizio diretto, da parte degli Enti stessi, delle connesse attività.

²⁹ Una simile impostazione sarebbe sembrata in parte emergere dalla legge di stabilità per il 2014 (l. 147/2013) e dalla legge delega per la riforma della pubblica amministrazione (l. 214/2015).

³⁰ Potenziando cioè non solo la capacità delle partecipazioni detenute di generare flussi finanziari per l’ente detentore ma, prima ancora, la possibilità che dalla loro titolarità derivino per questo ulteriori e potenzialmente profittevoli situazioni giuridiche di vantaggio (ovvero i connessi diritti proprietari sulla società cui le quote di partecipazione appartengono).

³¹ Sul versante più strettamente operativo, il processo di valorizzazione richiede poi una preliminare attività di censimento dei beni cui si rivolge ed una contestuale opera di pianificazione strategica degli interventi da realizzare in direzione della complessiva *governance* del patrimonio pubblico.

L'Ente detentore potrebbe allora agire come "collettore" tra pubblico e privato svolgendo un ruolo a tutto campo: non limitandosi a gestire il proprio patrimonio ma, al fine di incrementarne le potenzialità reddituali, potendo intervenire direttamente, pur nel rispetto di taluni vincoli di natura pubblicistica connessi all'attività economica svolta (si pensi agli obblighi di servizio pubblico), sui complessivi profili organizzativi, gestionali e patrimoniali della società partecipata verso la loro valorizzazione industriale³².

Pur dovendone dare una lettura sintetica ed ancorata al tema delle società di gestione dei servizi pubblici locali, è evidente come da tale processo possano emergere spunti ben più generali, interessanti ed originali con cui affrontare la sempre più necessaria opera di ristrutturazione dei bilanci pubblici. La conseguente positiva interazione tra le diverse componenti patrimoniali e finanziarie pubbliche potrebbe così essere indirizzata non alla loro mera ed asettica delimitazione ma, affianco ad essa, ad accrescerne la piena capacità di generare nuove fonti di reddito.

Ed è proprio sul terreno della valorizzazione del patrimonio pubblico che la tutela dei diritti civili e sociali, pur in presenza dei rinnovati vincoli di finanza pubblica³³, può conoscere nuova e più proficua possibilità di emersione.

La flessibilità del sistema dispiegherebbe, così, i propri effetti positivi sul ciclo economico-finanziario e, agendo sul versante delle entrate (accrescendole) e delle spese (razionalizzandole), consentirebbe una più corretta predeterminazione delle priorità che il soggetto pubblico deve perseguire anche e soprattutto in direzione della promozione dei diritti dei consociati. Le risorse così ottenute, infatti, non dovrebbero essere destinate al solo rispetto dei parametri di finanza pubblica, secondo una visione puramente contabilistica, ma potrebbero invece essere funzionali proprio alla possibilità di garantire (e finanziare) una più profonda opera di tutela e promozione di tali diritti³⁴ non necessariamente sorretta dalla sola spesa in *deficit*.

Ragionando in questa prospettiva, allora, equilibrio di bilancio e sostenibilità finanziaria da un lato, flessibilità procedurale e valorizzazione del patrimonio pubblico dall'altro, diverrebbero i canoni operativi, tra loro interdipendenti, di un più complesso sistema di *governance* economico-finanziaria i cui meccanismi di sana e corretta gestione, agendo anche sul versante delle entrate extratributarie, sappiano liberare risorse da impiegare nella tutela della stabilità economia e, da ultimo, proprio in direzione della garanzia dei diritti e della promozione di quel benessere collettivo che questi contribuiscono ad individuare.

Abstract

The Italian constitutional reform, experienced in 2012 during the financial crisis, introduces in the Italian legal system, in application of new European rules, budget balance and public debt sustainability. The new public-finance's management system, supported by an evident flexibility, while imposing a public-spending's reduction, allows to identify a new prospective in civil and social rights promotion, through the management and development of public assets.

³² Sul tema della valorizzazione industriale delle società partecipate incaricate di servizi pubblici locali, si veda M. Passalacqua (cur.), *Il «disordine» dei servizi pubblici locali*, cit., *passim* ed in particolare 295 ss.

³³ È questo vale ancor più nel settore dei servizi pubblici locali i quali, al di là del profilo della valorizzazione, per loro natura sono già chiamati e rapportarsi con il tema della tutela dei diritti (e delle connesse esigenze che mirano a soddisfare) celati dietro le attività economiche ad essi connesse.

³⁴ Garantendo, a monte, un'attività di incentivazione e promozione dello sviluppo economico e sociale del Paese da realizzare anche attraverso il finanziamento di ricerca ed innovazione.

Il dovere tributario nella crisi fiscale dello Stato

Sommario: 1. Introduzione: l'attualità dell'art. 53 della Costituzione - 2. La crisi fiscale dello Stato: una nozione extragiuridica - 3 Il contesto europeo e la sovranità fiscale perduta - 4 Ritornare al quadro costituzionale: il dovere tributario come dovere inderogabile di solidarietà e il legame tra gli artt. 2, 3 e 53 - 5 Conclusioni: il principio costituzionale di progressività come "leva fiscale" dell'uguaglianza sostanziale

1. Introduzione: l'attualità dell'art. 53 della Costituzione

L'art 53, su cui si basa questo breve contributo, non sembra aver avuto molto successo tra gli studiosi del diritto costituzionale. Eppure l'importanza di queste tematiche è fondamentale, ed «è urgente che i costituzionalisti concorrano insieme agli studiosi di diritto tributario ad un riesame organico della legislazione e della giurisprudenza sub specie constitutionis, in uno dei settori più esposti al deperimento dello Stato di diritto»¹. Infatti, il crescente svuotamento di potere degli Stati nazionali e la conseguente cessione di sovranità ha toccato anche la cosiddetta "sovranità fiscale", ponendo una serie di ineluttabili interrogativi: qual è e quale sarà il ruolo dello Stato-Nazione nel garantire i diritti fondamentali che la sua Costituzione prevede? Quale spazio di manovra rimane al legislatore per attuare i principi in essa contenuti? Al dovere costituzionale del cittadino di contribuire alle spese pubbliche quali diritti sociali corrispondono? Se è vero quello che è stato sostenuto da eminenti filosofi del diritto come Sunstein Cass e Holmes, e cioè che i diritti non solo esistono nella misura in cui l'ordinamento li riconosce, ma dipendono anche dalle risorse che l'ordinamento è disposto a devolvere a tale scopo (e per questo affermano che «i diritti costano e la libertà dipende dalle tasse»²), su chi ed in che misura deve gravare la contribuzione e chi ne potrà essere esente? L'attuale realtà di crisi economica e finanziaria, inoltre, non è l'unico fattore di "pericolo" delle Costituzioni democratiche e dei suoi diritti, perché come avvertiva già l'economista James O' Connor, bisogna anche considerare la crescente "crisi fiscale dello Stato"³.

2. La crisi fiscale dello Stato: una nozione extragiuridica

Una semplice ed efficace definizione di "crisi fiscale" è inquadrata proprio da James O' Connor⁴, che la descrive come «la tendenza delle spese governative ad aumentare più delle entrate». Ogni classe e gruppo economico e sociale vuole infatti che il governo spenda somme sempre maggiori per un numero sempre maggiore di richieste, ma nessuno vuole pagare nuove imposte né aliquote più elevate. Al contrario, tutti vogliono meno imposte. Può dunque il sistema fiscale sopravvivere nella forma attuale? Si evidenzia che le richieste che la società rivolge ai bilanci locali e statali sembrano illimitate, ma è evidente che la disponibilità e la capacità del pubblico di sopportare gli oneri relativi sono strettamente limitati. Sta di fatto che i bisogni crescenti, giunti ad un livello tale che solo lo Stato sembra poterli soddisfare, generano aspettative crescenti nel bilancio pubblico. Le istituzioni del welfare state quindi hanno cessato di essere al servizio delle fasce più deboli della società, trasformandosi, in parte, in uno strumento della politica clientelare, con la conseguenza di deresponsabilizzare anche quella parte di classe sociale che dello Stato assistenziale non avrebbe bisogno in quanto "benestante"⁵. Non si è tenuto conto, però, che al generale aumento della vita

¹ L. Antonini, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, 1996, Milano, 1-2. L'autore cita E. De Mita

² S. Holmes, R. Sunstein Cass, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, 2000, Bologna.

³ J. O' Connor, *La crisi fiscale dello Stato*, 1977, Torino.

⁴ J. O' Connor, *op.cit.*, 6.

⁵ Questo venne fatto notare anche da Papa Giovanni Paolo II, il quale, nella Enciclica "Centesimus Annus" del 1991, dichiarò che «non sono però mancati eccessi ed abusi, che hanno provocato, specialmente negli anni più recenti, dure

media e alla diminuzione di coloro che versano i contributi sociali, è corrisposto un fortissimo aumento dei percettori di pensione e indennità, nonché dei “consumatori” di servizi scolastici e sanitari, che grazie all’evoluzione tecnologica ed al progresso scientifico del tempo, sono sempre più costosi. Se consideriamo poi che contemporaneamente la globalizzazione dell’economia rende particolarmente difficile l’aumento del prelievo fiscale sulle classi più alte, pena il rischio di emigrazione all’estero dei capitali, ne consegue che la crisi fiscale dello Stato, pur essendo una nozione extragiuridica, sembra destinata a chiamare ad una seria riflessione anche la dottrina giuridica. Il “dare a tutti” senza controllare la spesa, ed in particolare il dare di più a chi era più in grado di farsi sentire e non a chi in realtà aveva maggiormente bisogno, ha certamente distorto quelli che in origine erano gli obiettivi assistenzialistici dello Stato. Inoltre, l’attuale “degenerazione” dello Stato sociale garantisce soltanto le generazioni presenti, senza preoccuparsi per quelle future. Eppure, come è stato evidenziato, le politiche sociali richiedono ai governanti, agli operatori economici, e a quanti hanno una qualche responsabilità della vita di una nazione, un’attitudine particolare: «riuscire a tener conto del futuro disponendo per il presente»⁶. Si è efficacemente sostenuto, con forte spirito critico, che da tempo «lo Stato è stato vittima di apprendisti stregoni che l’hanno indotto con leggerezza a percorrere la strada dell’espansione della spesa pubblica», e ora si trova di fronte a una situazione di dissesto, «sia per la reazione dei contribuenti divenuti sempre più intolleranti dell’aggravarsi degli oneri fiscali, sia per l’evidente incapacità di assicurare l’adeguatezza e l’efficienza dei servizi pubblici che potrebbero in qualche modo giustificare l’espansione della spesa, sia per il processo di diffusione delle aspettative crescenti alimentato dalla pressione imitativa dei vari gruppi sociali»⁷. Queste riflessioni sintetizzano, almeno in parte, i caratteri della crisi fiscale, che sembra aver permeato l’intero modello di Stato sociale indipendentemente dalla appartenenza geografica, quasi come se fosse un suo dato “fisiologico”.

3. Il contesto europeo e la sovranità fiscale perduta

Fondamentale è un’analisi del contesto europeo, la cui organizzazione costituzionale è caratterizzata da un duplice paradosso: l’UE infatti «non è uno Stato ma ha una forma di Stato; ha un governo ma non è una forma di governo»⁸. Viviamo d’altronde in un momento di “europeizzazione” degli Stati nazionali, in cui forse occorre trovare e ripensare una loro identità ed un loro ruolo, almeno per evitare di cadere nel dogma ideologico del “meno Stato e più mercato”, in quanto «l’erosione della sovranità dello Stato passa anche per la contestazione, in nome della libertà dei privati, delle prerogative dell’apparato pubblico»⁹. Sul punto anche autorevoli economisti hanno sostenuto che

critiche allo Stato assistenziale: intervenendo direttamente e deresponsabilizzando la società, lo Stato provoca la perdita di energie umane e l’aumento esagerato degli apparati pubblici, dominati da logiche burocratiche più che dalla preoccupazione di servire gli utenti bisognosi, con enorme crescita delle spese» in P. Del Debbio, *Dal secolo della giustizia distributiva a quello della giustizia commutativa*, in AA. VV., *Democrazia attiva*, Milano, 2006, 88.

⁶ G. Gazzola, *Lo Stato sociale tra crisi e riforme: il caso Italia*, Bologna, 1994, 23-24 L’autore inoltre pone l’accento su un aspetto da non dimenticare: in Italia, ogni bambino che nasce riceve in dono da quanti l’hanno preceduto un debito di circa 30 milioni. C’è dunque un’etica della responsabilità che deve entrare a far parte del nostro bagaglio di valori.

⁷ J. O’Connor, *op.cit.*, prefazione di Federico Caffè.

⁸ T.E. Frosini, *La dimensione europea della forma di Stato e di Governo*, in www.federalismi.it, 2012, 1-2. L’autore, nelle sue conclusioni, sostiene inoltre che nella vigna del costituzionalismo europeo c’è ancora da lavorare: il terreno è fertile e le viti sono robuste. La definizione e la stabilizzazione della forma di Stato e, soprattutto, della forma di governo, rappresentano un forte rilancio istituzionale per la UE e per la piena realizzazione del suo *federalizing process*.

⁹ R. Bin, *La sovranità nazionale e la sua erosione*, in A. Pugiotto (cur.), *Per una consapevole cultura costituzionale*, Napoli, 2013, 376 -377. L’autore ci mette in guardia dall’“ideologia del mercato” che sta dominando la scena nazionale ed europea in questo attuale momento storico, specificando che «a favore della libertà dei privati penso che tutti alzeremo la mano; però la libertà dei privati subisce alcuni pesanti condizionamenti a causa dello strapotere di chi esercita il potere economico, e questi condizionamenti vanno messi in evidenza, vanno capiti e arginati: per arginare

oggi «la sovranità sembra fermarsi dove cessa la solvibilità»¹⁰. Una volta “erosa” la sovranità nazionale, sembra che si voglia “erodere” anche la sovranità europea, rendendola sottoposta a poteri diversi da quello principalmente politico. In altri termini, l’ordinamento comunitario ha compiuto (e sta compiendo) un’operazione inversa rispetto al costituzionalismo democratico-sociale: non è partito dai diritti, ma sono stati i diritti ad essere interpretati a partire dagli obiettivi economici. Ed a preoccupare non è solo la natura “ideologica” delle misure che si tenta di imporre, le quali possono essere condivisibili o meno dal punto di vista politico; a preoccupare è piuttosto l’approccio del tutto unilaterale della loro prospettiva, in quanto esse sembrano considerate come unica alternativa possibile nel contesto della crisi, inneggiando al «there is no alternative»¹¹. Peraltro, l’aver accettato di aprire i mercati a livello di organizzazione mondiale del commercio, per cui merci e capitali possono circolare liberamente, ha portato alla conseguenza che «i mercati hanno imposto regole di comportamento agli Stati, regole che nessuno Stato può più contraddire»¹², portando ad una “tax competition” esasperata che sgretola la sovranità degli Stati nazionali, riducendo lo spazio europeo ad una sorta di comunità di competitori fiscali a ribasso. Come è stato sostenuto anche da altri autori¹³, con le frontiere aperte la ricchezza può fuggire verso paesi con regimi fiscali più vantaggiosi: così è stato da quando è iniziata la crisi finanziaria, con il trasferimento di centinaia di miliardi di euro (cosiddetto “effetto Depardieu”¹⁴) che ha privato i paesi d’origine di gran parte dei capitali da destinare agli investimenti. Questo accade perché nell’UE non è stata ancora realizzata un’armonizzazione fiscale su ampia scala. Con il trasferimento dei poteri verso l’Unione, si è formata la convinzione che una serie di servizi fondamentali tradizionalmente offerti dallo Stato nazionale sarebbe stata d’ora in avanti garantita dalla stessa Unione Europea, svuotando così lo Stato nazionale medesimo: ma è stato fatto notare che «il fatto stesso che la fiscalità non coincida più con le dimensioni del mercato spinge verso il decentramento. Ad esempio ci sono cespiti che a livello nazionale non si riescono più a tassare, perché la mobilità dei capitali impedisce pure di identificarli»¹⁵. Bisognerebbe quindi “tornare a fare politica” nel senso di “riprendere sovranità” ed affrontare il problema della legittimità democratica della stessa UE. Quello a cui stiamo assistendo fino ad ora d’altronde è un duro colpo per la stessa sopravvivenza della forma di Stato sociale che si è delineata con grande fatica nel corso della storia europea, perché mentre i capitali e le imprese sono divenute completamente mobili, la tassazione sugli stessi è rimasta saldamente nelle mani nazionali, con l’effetto di generare

il sopruso dei privati c’è bisogno di un’autorità pubblica. Ogni volta che sentite qualcuno inneggiare al mercato, sappiate che sta proponendo anche meno garanzie per la parte meno forte sul piano economico tra quelli che agiscono sul mercato».

¹⁰ Sono le parole che emergono dal rapporto prodotto dal “gruppo Tommaso Padoa Schioppa” dell’*Institut Jacques Delors* nel settembre 2012, citate in A. Giovannelli (cur.), *Aspetti della governance economica nell’UE e in alcuni Stati dell’Unione*, Torino, 2014, 12.

¹¹ Tale acronimo, diventato poi il famoso neologismo “tina” (da, appunto, *There Is No Alternative*), è diventato frequente nel lessico politico dopo la Presidenza di Margaret Thatcher, ed esprime la volontà di imporre una decisione unica scartando a priori le altre alternative possibili.

¹² R. Bin, *op.cit.*, 379-380. Evidenzia l’autore che «lo Stato italiano non potrebbe decidere, se anche lo volesse, che siccome è giusto tassare il parassitismo economico colpirà con nuove imposte la proprietà immobiliare improduttiva o chi vive di speculazioni finanziarie. E’ chiaro che coloro che non concorrono alla produzione di ricchezza, ma sfruttano una posizione di vantaggio dovrebbero essere tassati di più di chi lavora e di chi produce. Sarebbe probabilmente un discorso di buon senso, ma ahimè anche un discorso impossibile da tradursi in risultati, per il semplice fatto che i capitali sono liberi di circolare e vanno dove sono meno tassati. Anche le imprese vanno dove sono meno tassate e dove costa meno produrre. Se possono trasferirsi le imprese, e quindi capannoni e macchine ecc, immaginiamo di come possono volare i soldi, che ormai sono tutti virtuali».

¹³ C. Offe, *L’Europa in trappola*, Bologna, 2014, 33.

¹⁴ Riferendosi provocatoriamente al noto attore francese Gerard Depardieu, che spostò, durante il governo Hollande, il suo ingente patrimonio di capitale in Russia, per reazione all’imposta del 75% sulle grandi ricchezze.” Si veda C. Offe, *op. cit.*, 33.

¹⁵ M. Bordignon, *Europa: la casa comune in fiamme*, Bologna, 2012, 12.

problemi crescenti di concorrenza fiscale tra i diversi paesi (ecco la "tax competition"). E il risultato è peggiorativo per tutti. Si evidenzia che «le imposte su capitali e imprese sono scese ovunque in Europa, scaricando l'onere fiscale sui cespiti non mobili, cioè in sostanza sui redditi del lavoro (...) con il conseguente effetto di deflagrazione delle diseguaglianze sociali»¹⁶. Anche coloro che appartengono ad una cultura politica sostanzialmente liberista stanno prendendo atto, con onestà intellettuale, che questa situazione ha bisogno di un veloce mutamento¹⁷: «una moderata concorrenza fiscale tra gli Stati europei può sortire effetti positivi, inducendo i singoli paesi a gestire in modo più accorto le finanze pubbliche. Oggi però siamo di fronte ad una concorrenza eccessiva. La libera circolazione dei capitali e delle persone consente di trasferirsi agevolmente in un altro paese portando con sé il proprio denaro, ed il vincolo di decidere all'unanimità in materia fiscale diventa ancora più nefasto all'aumentare del numero degli stati membri». Questo ci porta ad una considerazione: possiamo continuare a parlare male dello Stato, perché è uno Stato burocratico o perché ci tassa troppo o per tanti altri motivi, ma il fatto, da tenere bene a mente, è che la perdita di peso della sovranità statale non si accompagna affatto con la perdita di peso della sovranità del potere. "Sovranità e potere", come ha sostenuto apertamente Bin, «sono la stessa cosa», e se lo Stato perde la sua sovranità non assistiamo affatto a una perdita generale del potere, ma semplicemente ad un trasferimento della sovranità in mani spesso sconosciute, ignote. E il vero problema è che «la sovranità non è più sottoposta a regole, è un potere sregolato»¹⁸. La "sfida" del futuro dunque non sarà tanto un conflitto tra i sostenitori di un'integrazione europea e tra i sostenitori del ritorno al tradizionale Stato nazionale: essa sarà molto di più, perché sarà una sfida sul concetto stesso di Europa¹⁹, e l'attribuzione della titolarità fiscale e dei principi di giustizia sociale (fiscale) che possono essere sanciti a livello "costituzionale europeo" deve essere fondamentale per la delineazione di tale struttura giuridica.

4. Ritornare al quadro costituzionale: il dovere tributario come dovere inderogabile di solidarietà e la rottura del legame tra gli artt. 2, 3, 53 della Costituzione

Questa crisi non deve però far perdere di vista il dato essenzialmente giuridico: il dovere fiscale, nella Costituzione del 1948, assume infatti una valenza profondamente diversa da quella dello Statuto Albertino proprio in forza del collegamento sistematico che si instaura tra la seconda parte dell'art 2 e l'art 53. Nella nostra Legge Fondamentale esso sembra trascendere quella logica statalistica propria delle concezioni dogmatiche elaborate dai metafisici tedeschi dello Stato, e non è neppure inquadrabile all'utilitarismo della tradizione anglosassone, ma trova valore come dovere inderogabile di solidarietà, una sorta di terza via, è una traduzione in termini normativi di una concezione originale, derivante proprio dal superamento di quei presupposti che fondavano la relazione tra Stato e individuo. Ma ha senso parlare di solidarietà? Sul punto la Corte Costituzionale ha ad esempio definito l'evasione fiscale come «una rottura del vincolo minimale che lega fra loro i cittadini e comporta quindi la violazione di uno dei doveri inderogabili di solidarietà sui quali, ai sensi dell'art 2 Cost. si fonda una convivenza civile ordinata ai valori di libertà individuale e giustizia

¹⁶ M. Bordinon, *op.cit.*, 51.

¹⁷ S. Goulard, M. Monti, *La democrazia in Europa*, Milano, 2012, 84-85.

¹⁸ R. Bin, *op. cit.*, 381.

¹⁹ C.A. Ciampi, *A un giovane italiano*, Milano, 2011, 89. Il Presidente scrisse che «le classi dirigenti europee devono convincersi, e convincere l'opinione pubblica, che l'Europa è destinata a scivolare nell'insignificanza se non ritrova le ragioni e l'azione di un progetto unitario, che esige vista lunga e impegno massimo».

sociale»²⁰; inoltre, come evidenziato da parte della dottrina, il tema della solidarietà è fondamentale perché porta a chiedersi perché si pagano le tasse, perché deve esserci un lealismo fiscale. L'Italia d'altronde è tra i paesi europei quello che registra il maggior tasso di insoddisfazione fiscale: « "i livelli italiani sono quasi tutto fuori dalla norma; perché si è consolidata nel tempo tale avversione come avversione al modo in cui si è gestito il bene comune e le risorse comuni; è un fatto culturale, storico, la sfiducia nello Stato e la percezione delle imposte come sottrazione piuttosto che come contributo a un qualche tesoro comune»²¹; inoltre, per richiamare altri autori, «la solidarietà è un valore che deriva dalla centralità della persona nel disegno costituzionale»²². Come è stato posto in evidenza non si può quindi parlare di solidarietà fiscale se non rifacendosi al dettato costituzionale; è basilare, a riguardo, l'affermazione di Pellegrino Rossi, secondo cui «ogni ramo del diritto ha i suoi fondamenti nel diritto costituzionale. Il diritto tributario li ha più di ogni altro»²³. Questa connessione tra doveri e solidarietà, lungi dall'esaurirsi in un temperamento in senso sociale dell'individualismo dei diritti, segna così un cambio di paradigma nelle concettualizzazioni degli stessi, e significativo a tal punto è il ragionamento di Guido Alpa, secondo cui «diritti e doveri, nella cornice dell'art. 2 Cost., concorrono dunque a realizzare i principi personalista e pluralista e la solidarietà, realizzandosi in doveri politici, economici e sociali per conservare coesione sociale e convivenza civile»²⁴. Ciò che l'art. 2 richiede al cittadino è quindi, essenzialmente, un impegno attivo nella vita sociale, fatto di partecipazione e solidarietà. Dunque, l'art. 2 da un lato sancisce l'invulnerabilità dei diritti della persona, e dall'altro l'inderogabilità dei doveri di solidarietà, ponendo proprio la solidarietà come ratio giustificatrice dei doveri, e l'inderogabilità diventa espressione della volontà del Costituente di porre a carico di tutti i consociati, senza eccezioni, l'assolvimento di quei doveri. Ma una delle domande ricorrenti, specialmente tra i "detrattori" del concetto di solidarietà, è sostanzialmente questa: la solidarietà è un valore effettivo? Se lo è, a chi spetta riconoscere tale effettività? La domanda apre interrogativi seri, ai quali fino ad ora è stata data una risposta essenzialmente negativa. La ricerca di una risposta a queste domande aprirebbe una strada troppo lunga da percorrere in questa sede, e ci sembra più congruo limitarci qui a riportare la più significativa parte di giurisprudenza costituzionale che ha comunque dato, seppur in via incidentale, una definizione di "solidarietà", andando a rafforzarne dal punto di vista giuridico il concetto. Come si legge nella sentenza della Corte costituzionale n. 75/1992, ad esempio, la solidarietà è il principio in forza del quale «la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa» e per tale motivo, «è posta dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta Costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente». Dunque, il principio di solidarietà, e con esso i doveri che ne sono specificazione, si pone «come preconditione perché si possa attribuire significato a libertà e eguaglianza»²⁵. Interessante a tal punto è ancora la giurisprudenza costituzionale, la quale mette in evidenza il carattere "trasformativo" della solidarietà, la cui realizzazione avviene attraverso condotte attive che, come si legge nella sentenza della Corte

²⁰ La sentenza ed un suo breve commento sono riportate in P. Boria, *Art 53* (voce) in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (cur.), *Commentario della Costituzione*, 15-16.

²¹ C. Sacchetto in *Il dovere di solidarietà nel diritto tributario*, in C. Sacchetto, B. Pezzini (cur.), *Il dovere di solidarietà*, 2005, Milano, 170.

²² S. Prisco, *La solidarietà verticale: autonomie territoriali e coesione sociale*, in C. Sacchetto, B. Pezzini, *op. cit.*, l'autore cita le parole del giurista Serio Galeotti.

²³ C. Sacchetto, *op. cit.*, 171.

²⁴ G. Alpa, *La solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, 371.

²⁵ S. Rodotà, *Solidarietà: un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 24.

costituzionale n. 500/1993²⁶, «andando oltre i tradizionali schemi di beneficenza e assistenza e superando l'ancoraggio ai doveri normativamente imposti» concorrono a realizzare l'uguaglianza sostanziale. La solidarietà che l'art. 2 pone come valore fondante dell'ordinamento giuridico non è statica, non consiste né si risolve nella mera assistenza e beneficenza, ma piuttosto in un processo di costruzione e partecipazione cui tutti i consociati sono chiamati a contribuire (motivo per cui è erroneo e fuorviante concepire lo Stato sociale come Stato meramente assistenziale) perché, come si legge anche nella sentenza della Corte costituzionale n. 217/1988²⁷, «contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l'immagine universale della dignità umana» è compito «cui lo Stato non può abdicare in nessun caso». Eppure, guardando alla situazione odierna, questo legame solidaristico sembra essere piuttosto in crisi.

5. La progressività come “leva fiscale” dell'uguaglianza sostanziale

Per far riemergere lo spirito costituzionale di solidarietà occorre fare riferimento al principio di progressività, insito nel dovere costituzionale di contribuire alle spese pubbliche di cui all'art. 53, che è concettualmente legato, per tradizione, alla scelta del costituente di realizzare un sistema fiscale equo, in cui le ricchezze fossero redistribuite e le diseguaglianze sociali attenuate proprio attraverso la leva fiscale: la progressività come esercizio di equità, dunque, nella ripartizione dei carichi pubblici. «Se nel pensiero economico liberale moderno» viene sostenuto, «lo Stato rappresenta ancora l'ultimo garante dei diritti di libertà e di welfare, potremmo dire che i discorsi sulla progressività del sistema tributario presuppongono un sistema sociale diseguale, del quale proprio la progressività dovrebbe essere la cura»²⁸. Sul punto anche altri autori sostengono che la progressività costituisce un meccanismo di riparto del carico fiscale chiaramente destinato a produrre risultati redistributivi tra i consociati, in quanto «produce un depauperamento patrimoniale più che proporzionale nei soggetti dotati di maggiore ricchezza»²⁹. Se nel paragrafo precedente abbiamo brevemente messo in evidenza il legame con l'art. 2, ora notiamo che esiste anche una forte correlazione tra i secondi comma degli art 3 e 53; il principio di progressività sembra presentarsi come uno degli strumenti “materiali” per la realizzazione concreta dell'uguaglianza sostanziale, nucleo di quel progetto di trasformazione della società ampiamente dibattuto in Costituente e destinato ad eliminare «gli ostacoli di fatto che impediscono il pieno sviluppo della personalità umana», perché, come diceva il Maestro Norberto Bobbio, «libero non è colui che ha un diritto astratto senza il potere di esercitarlo, bensì colui che oltre al diritto ha anche il potere di esercizio»³⁰. Da una concezione del diritto tributario come «limitatorio ed eccezionale», si passa allora a concepire il diritto tributario come un «mezzo per attuare la politica sociale di cui la nuova Costituzione è permeata; vi è un passaggio da un modello autoritativo del tributo e del rapporto tra Stato e contribuente ad una nuova idea, solidaristica e partecipativa, della contribuzione alle spese pubbliche»³¹. Anche la dottrina costituzionale più classica ha posto in evidenza questa interrelazione di principi; Giorgio Lombardi, nella sua celebre trattazione sui doveri costituzionali³², scrive che «il richiamo alla progressività opera in funzione qualificatrice del criterio di capacità contributiva, aggiungendo ad esso una ulteriore nota specifica, in modo da precisare come

²⁶ Corte cost., sent. n. 500/1993

²⁷ Corte cost., sent. n. 217/1988

²⁸ L. Carpentieri, *L'illusione della progressività*, cit., XX.

²⁹ P. Boria, *op. cit.*, 21.

³⁰ Citato in *Fisco: la Costituzione tradita*, a cura della fondazione Don Lorenzo Milani e dell'associazione art. 53, Firenze, 58.

³¹ L. Carpentieri, *op. cit.*, 30-31.

³² G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 376-377.

la proporzione postulata dal collegamento con il principio di eguaglianza debba realizzarsi». La diversità di trattamento che deve corrispondere alle differenze di posizioni economiche implica non già una semplice diversità delle prestazioni astrattamente considerate, ma dei prelievi economici visti nel loro collegamento con la base imponibile, per cui «il rapporto si snoda tendenzialmente secondo un modulo geometrico e non aritmetico» ed occorre inoltre ricordare l'influenza che, nel quadro di tale processo di attuazione, assume il 2°co dell'art. 3 Cost.: «esso, ricollegandosi all'eguaglianza sostanziale, della quale prescrive la realizzazione ad opera dei pubblici poteri, implica, da un lato, che la capacità contributiva operi secondo un criterio di solidarietà non semplicemente economica, ma, in senso più ampio, sociale (ed implica l'esenzione dei redditi minimi), mentre d'altro canto postula che lo Stato, al fine di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, redistribuisca le entrate, erogandole sul piano della pubblica spesa, in misura e secondo modalità atte sia a favorire il pieno sviluppo della persona umana, sia a perseguire l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica economica e sociale del paese»³³. Da queste conclusioni sembra quindi possibile dedurre una conferma di quegli orientamenti dottrinali che vedono nei principi costituzionali relativi alla materia tributaria il superamento del principio tradizionale della cosiddetta "neutralità dell'imposta". Come è stato evidenziato anche da altri autori, infatti, la Costituzione repubblicana ha abbandonato la nozione meramente liberale di "finanza neutrale", per cui l'imposizione deve lasciare inalterate le posizioni economiche dei contribuenti e che può essere giustificata solo per la rimozione delle cause di inefficienza del funzionamento del mercato, per assumere un'impostazione di "finanza funzionale"³⁴; in questa funzionalità non si può non sottintendere anche una funzione perequativa e redistributiva del reddito in ottemperanza all'art 3. La funzione dell'imposizione tributaria sembra apparire quindi non come una mera "funzione fiscale", ma come una sorta di "funzione extrafiscale", destinata alla realizzazione materiale dei principi di eguaglianza e giustizia sociale sanciti nella Carta, e "assicurati" dalla richiesta di adempimento dei doveri inderogabili sanciti allo stesso art. 2. Se lo Stato preleva i tributi in relazione ad un dovere di solidarietà, ciò comporta altresì che la funzione del prelievo tributario non è meramente fiscale; la funzione dell'imposizione è quella di reperire entrate, ma questo è solo l'esito materiale immediato, intermedio; la vera funzione finale è quella di intervenire nelle regole dell'economia. Il tributo, nella forma dell'imposta, diventa lo strumento per realizzare la giustizia che opera attraverso una redistribuzione dei redditi. Anche parte della teoria economica, anche se non maggioritaria, sembra essere di questo orientamento, tanto che uno dei recenti economisti emergenti quale Thomas Piketty, ha dichiarato che «l'imposta progressiva costituisce sempre un metodo relativamente liberale per ridurre le diseguaglianze»³⁵, e dello stesso parere anche altri tributaristi, i quali sostengono che «la progressività è strumento di uguaglianza e di redistribuzione che deve permeare il sistema tributario nella sua interezza per ragioni di giustizia, e anche per il superamento del conflitto intergenerazionale che pesantemente riguarda l'attuale contesto politico-sociale»³⁶.

³³ G. Lombardi, *op. cit.*, 378-379.

³⁴ C. Sacchetto, *op. cit.*, 187. Sul punto, della medesima opinione, anche P. Boria, *op. cit.*, 21 ss. il quale sostiene che «la progressività costituisce un meccanismo di riparto del carico fiscale chiaramente destinato a produrre risultati redistributivi tra i consociati, in quanto produce un depauperamento patrimoniale più che proporzionale nei soggetti dotati di maggiore ricchezza, e un depauperamento meno che proporzionale nei soggetti più poveri». Di opinione contraria invece G. Falsitta, *L'imposta confiscatoria*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, 122 ss.

³⁵ T. Piketty, *Le capital au XXI^e siècle*, Ed. Du Seuil, Paris, 2013, 816, «l'impôt progressif constitue toujours une method relativement libérale pour reduire les inegalités».

³⁶ F. Marchetti, *La progressività come strumento per combattere le diseguaglianze anche generazionali*, 2014 (intervento tenuto in occasione del seminario "Astrid" del 21 luglio nell'ambito del gruppo di lavoro "Ripensare il sistema fiscale" coordinato dal Prof. F. Gallo). Tra le opinioni contrarie spicca invece D. Stevanato, *La giustificazione sociale dell'imposta*, Bologna, 2014.

Preso atto di questa “correlazione” tra gli art 2, 3 e 53 della nostra Costituzione, possiamo quindi affermare, seguendo parte della dottrina costituzionale, che il sistema fiscale delineato dalla Costituzione non è appunto “neutrale”, ma “funzionale” alla realizzazione dei principi astratti in essa contenuti, o, per riportare le parole di altri autori, «è corretto parlare non di abbandono della neutralità dell'imposta, quanto di abbandono della neutralità del sistema nel suo complesso»³⁷ e che «il fisco non solo non è mai neutrale, ma secondo la Carta costituzionale non deve essere neutrale. (...) Concorrere in modo non proporzionale ma progressivo significa svolgerlo in funzione dei bisogni non solo propri ma anche di quelli altrui, significa rompere il nesso tra tributo da corrispondere e vantaggi ricevuti, aspetto che costituisce il profilo più importante della nozione di tributo»³⁸. Di fatto, però, la progressività appare oggi in grande crisi, nonché sottoposta a radicali critiche, sia economiche che politiche. Dal punto di vista giuridico sembra invece che lo scontro sia ancora imperniato tra “giusnaturalisti” e “organicisti”: uno scontro tra differenti visioni dello Stato, e quindi del tributo e del rapporto tra pubblico e contribuente, tra una concezione espropriativa e una concezione solidaristica dell'imposta, tra la considerazione dell'art 53 come norma meramente programmatica o come effettiva e precettiva. Bisognerebbe però tornare a rivalutare la centralità dell'art. 53 senza incrostature ideologiche, rivalutarne il principio di progressività, valutando anche la possibilità di nuove forme in cui esso possa estrinsecarsi, ossia su forme anche diverse dalla mera misurazione reddituale, soprattutto considerando che nel mezzo di una situazione di evasione fiscale patologica come quella che caratterizza l'Italia, l'imposta progressiva classica finisce spesso per colpire proprio coloro i quali della progressività avrebbero più bisogno, ma che invece ne sono colpiti per il solo fatto di aver dichiarato onestamente e doverosamente i redditi percepiti³⁹.

Abstract

The article 53 of the Constitution is a continuously changing norm, as if its social function has been distorted furthermore; it has to be considered within a financial crisis of the state, which alters its own tax function. This is very important since a right does not exist only as far as the law itself identifies it but its value actually depends on the resources the law is able to provide in a certain situation. Therefore, should the tax duty be reconfigured or, on the contrary, is it advisable to reconsider the constitutional framework from the inside?

³⁷ G. Lombardi, *op. cit.*, 380.

³⁸ C. Sacchetto, *op. cit.*, 188-189.

³⁹ Sul punto, interessante appare la lettura di M. Bertolissi, *Contribuenti e parassiti in una società civile*, Torino, 2012.

L'impatto del principio di *Estabilidad Presupuestaria* sull'autonomia finanziaria delle Comunità Autonome spagnole

Sommario: 1. L'introduzione del principio di *Estabilidad Presupuestaria* nella Costituzione spagnola 2. Il contenuto della riforma costituzionale 3. La *Ley organica* 2/2012 e l'impatto sull'autonomia finanziaria delle Comunità Autonome 4. Le critiche mosse dalla dottrina: il mancato dibattito parlamentare e il restringimento degli spazi di autonomia per le Comunità Autonome 5. Conclusioni

1. L'introduzione del principio di *Estabilidad Presupuestaria* nella Costituzione spagnola

Il 27 settembre 2011, a seguito della pubblicazione sul Bollettino Ufficiale di Stato¹, la Spagna ha proceduto alla modifica dell'art. 135 della propria Costituzione², al fine di introdurre il principio di equilibrio dei bilanci delle Amministrazioni pubbliche, il rigido controllo, per mano dello Stato, sui bilanci delle Comunità Autonome spagnole, il limite al deficit strutturale ed al volume debitorio statale³.

La riforma, come noto, si inserì nel quadro delle gravissime tensioni finanziarie, causate dalla forte speculazione internazionale sui titoli del debito pubblico di alcuni degli Stati membri dell'Unione (in particolare l'Irlanda, la Spagna, l'Italia, il Portogallo e la Grecia), seguite all'esplosione della bolla speculativa immobiliare, avviatasi negli Stati Uniti sotto forma di crisi dei debiti privati e, successivamente, con effetto di "contagio" estesasi al Vecchio continente, sotto forma di una crisi dei debiti sovrani. La giustificazione offerta dai proponenti⁴ circa la necessità di riformare la Costituzione

¹ Reforma del artículo 135 de la Constitución Española (*Boletín Oficial del Estado* n. 233, del 27/09/2011).

² Tale riforma rappresenta, in ordine cronologico, la seconda novella della Carta costituzionale spagnola, risalendo la prima modifica al 27 agosto del 1992 (BOE n. 207, del 28/08/1992), ove, in funzione della ratifica del Trattato di Maastricht, venne modificato l'art. 13, II c., della Costituzione per consentire a qualunque cittadino dell'Unione europea, residente in un qualsiasi altro Stato membro, di poter partecipare al voto, sia attivamente sia passivamente, nelle elezioni municipali spagnole.

³ La dottrina spagnola ha sviluppato un ampio dibattito circa l'introduzione del principio di *estabilidad presupuestaria* nella Costituzione spagnola: si vedano, in particolare, E. Alberti Rovira, *El impacto de la crisis financiera en el Estado autonómico español*, in *Rev. esp. der. const.*, 98/2013, 63 ss.; A. Arroyo Gil, I. M. Giménez Sánchez, *La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia*, in *Rev. esp. der. const.*, 98/2013, 149 ss.; F. Balaguer Callejón, *Crisis económica y crisis constitucional en Europa*, in *Rev. esp. der. const.*, 98/2013, 91 ss.; J. Calvo Vérguez, *La crisis financiera de las Comunidades Autónomas y la creación del fondo de liquidez autonómico como mecanismo destinado a hacer frente a las dificultades de acceso a la financiación*, in *ReALA*, núm. 317, septiembre - diciembre (2011), 73 ss.; A. M. Carmona Contreras, *Costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio e limiti alla sovranità statale: l'esperienza della riforma costituzionale in Spagna*, in P. Marsocci (cur.), *Partecipazione politica transnazionale, rappresentanza e sovranità nel progetto europeo*, Napoli, 2016, 235 ss.; F. De La Hucha Celador, *La reforma del artículo 135 de la Constitución: Estabilidad presupuestaria y deuda pública*, in *Rev. Esp. Der. Fin.*, 153/2012, 21 ss.; A. Embid Irujo, *La constitucionalización de la crisis económica*, Madrid, 2012; J. García - Andrade Gómez, *La reforma del artículo 135 de la Constitución española*, in *Rev. admin. públ.*, 187/2012, 31 ss.; J. García Roca, *El principio de estabilidad presupuestaria y la consagración constitucional del freno al endeudamiento*, in *Crón. presup.*, 1/2013, 40 ss.; L. Jimena Quesada, *La reforma del artículo 135 de la carta magna española*, in *Teoría y realidad const.*, 30/2012, 335 ss.; D. Lopez Garrido - M. L. Martínez Alarcón (cur.), *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria: el artículo 135 de la Constitución española*, Madrid, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2013; G. Maestro Buelga, *La costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio nella riforma dell'art. 135 della Costituzione spagnola*, in R. Bifulco, O. Roselli (cur.), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, Torino, 2013, 169 ss.; O. Salazar Benítez, *La Constitución domesticada: algunas reflexiones críticas sobre la reforma del artículo 135 CE*, in *Teoría y realidad const.*, 29/2012, 409 ss.; J. F. Sánchez Barillao, *La crisis de la deuda soberana y la reforma del artículo 135 de la Constitución española*, in *Bol. mex. der. comp.*, 137/2013, 679 ss. Si veda, altresì, l'ampio dibattito contenuto nel volume di E. Álvarez Conde - C. Souto Galván (cur.), *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, Madrid, 2012.

⁴ Sottolinea P. García - Escudero Márquez, *La acelerada tramitación parlamentaria de la reforma del artículo 135 de la Constitución*, in *Teoría y realidad const.*, 29/2012, 165 ss., spec. 166, come la presentazione della proposta di modifica della Costituzione venne presentata dai due maggiori gruppi parlamentari, socialista e popolare, appena un mese prima dell'approvazione del testo medesimo, ovvero il 26 agosto 2011.

fu strettamente improntata a motivi di carattere economico e politico: in particolare, con lo *Spread*⁵ in rapidissima ascesa e la situazione finanziaria che andava progressivamente deteriorandosi, si affermò l'urgenza indefettibile della riforma, derivante dall'introduzione, a livello costituzionale, del principio di *Estabilidad Presupuestaria*, sia al fine di salvaguardare i conti pubblici e rinforzare la tenuta dell'economia spagnola sul medio e lungo periodo, sia agli occhi dei mercati, i quali avrebbero ricavato, nell'auspicio dei proponenti, assicurazioni e adeguate garanzie circa la solidità della finanza pubblica spagnola.

La riforma, dunque, fu imposta, almeno agli occhi degli approvanti, da condizioni di carattere eccezionale, quali il rischio, all'epoca in verità estremamente concreto, che gli effetti della crisi economico – finanziaria nella zona euro potessero condurre la Spagna ad uno stato di insolvenza. Un'ipotesi, quest'ultima, che avrebbe potuto produrre una reazione a catena, di dimensioni del tutto ignote, rispetto agli altri partner europei.

2. Il contenuto della riforma costituzionale

L'articolo 135⁶ della Costituzione spagnola, secondo la formulazione antecedente alla riforma⁷, costituiva una disposizione fortemente radicata nel tessuto costituzionale spagnolo, tanto da trovarne traccia, seppure mediante formulazioni differenti, in tutti i testi della storia costituzionale spagnola⁸. Anche in funzione di questa peculiarità, la riforma dell'art. 135 CE assume una rilevanza inedita nell'ordinamento giuridico spagnolo.

Venendo al contenuto della riforma costituzionale, essa, in prima istanza, vincola al principio dell'equilibrio di bilancio tutte le amministrazioni pubbliche.

Viene introdotto il divieto, tanto per lo Stato quanto per le Comunità Autonome, di incorrere in un deficit strutturale che superi i limiti prefissati dall'Unione europea⁹, rimettendo ad una *Ley Orgánica* successiva la fissazione dei limiti massimi di *deficit*, per lo Stato e le Comunità Autonome, in relazione al proprio prodotto interno lordo.

La riforma costituzionale ha, parimenti, rinviato alla stessa Legge rinforzata il compito di regolare la distribuzione dei limiti di *deficit* ed indebitamento per ciascuna amministrazione pubblica, il coordinamento istituzionale tra pubbliche amministrazioni e gli organismi comuni ove monitorare

⁵ Con il termine *Spread* intendiamo il differenziale di rendimento tra i titoli di Stato nazionali ed i *Bund* tedeschi, parametro di riferimento per valutare la solidità finanziaria dello Stato preso a riferimento e la sua capacità di far fronte ai debiti contratti sui mercati finanziari.

⁶ Per i commenti al disposto costituzionale, secondo la vecchia formulazione del testo, si vedano, tra gli altri, J. M. Tejerizo Lopez, *Comentario al Artículo 135: Deuda Pública*, in O. Alzaga Villaamil (cur.), *Comentario a la Constitución española del 1978*, Madrid, 1996, 345 ss.; F. De La Hucha Celador, *Comentario al Artículo 135 de la Constitución*, in M. E. Casas Baamonde - M. Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer (cur.), *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, 2009, 2049 ss.; L. M. Cazorla Prieto, *Comentario al Artículo 135 de la Constitución española*, in M. Garrido Falla (cur.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985, 2054 ss.

⁷ Art. 135 CE, v.f.: «1. El Gobierno habrá de estar autorizado por Ley para emitir Deuda Pública o contraer crédito. 2. Los créditos para satisfacer el pago de intereses y capital de la Deuda Pública del Estado se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de los presupuestos y no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la Ley de emisión».

⁸ Si vedano, in particolare, gli artt. 355 della Costituzione del 1812, 75 della Costituzione del 1837, 78 della Costituzione del 1845, 104 della Costituzione del 1869, 87 della Costituzione del 1876, 118 della Costituzione del 1931.

⁹ In effetti, a norma del riformato art. 135 CE (in particolare, il secondo comma, primo capoverso «El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados miembros», nonché il terzo comma, ultimo capoverso «El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea») è stato previsto un "rinvio mobile" ai parametri stabiliti dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, al fine del computo del corretto rapporto che deve intercorrere tra debito pubblico e prodotto interno lordo, "costituzionalizzando", in tal modo, parametri economici previsti in fonti esterne alla Costituzione.

la corretta applicazione dei parametri costituzionali, la responsabilità delle singole pubbliche amministrazioni in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi di bilancio.

Non è certamente secondario il fatto che, nel testo del riformato articolo 135 CE, venga fatto specifico cenno ai criteri stabiliti dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea¹⁰ quali parametri per valutare il corretto rapporto tra prodotto interno lordo e debito pubblico¹¹.

Il testo costituzionale riformato prevede, inoltre, che detti parametri siano oltrepassabili solo in caso di catastrofi naturali, recessione economia o situazioni di emergenza straordinaria che sfuggano al controllo dello Stato e pregiudichino significativamente la situazione finanziaria o la sostenibilità economica o sociale dello Stato, previo voto del Congresso a maggioranza assoluta dei suoi membri.

Si prevede, infine, la priorità assoluta del pagamento degli interessi sul debito e dei debiti contratti dalle pubbliche amministrazioni.

3. La *Ley organica 2/2012* e l'impatto sull'autonomia finanziaria delle Comunità Autonome

La *Ley Orgánica 27* aprile 2012, n. 2¹², inerente la stabilità dei bilanci pubblici e la sostenibilità finanziaria dello Stato, rinviene il suo fondamento, come poc'anzi accennato, in quanto disposto dall'art. 135, c. 5, della Costituzione¹³.

La norma, oltre a recepire e sviluppare i principi già fissati nel nuovo art. 135 CE, prevede che, nell'ipotesi in cui si verifichi il mancato raggiungimento, da parte delle amministrazioni pubbliche, degli obiettivi di risanamento dei bilanci e controllo della spesa pubblica, lo Stato possa porre in essere una serie di meccanismi volti a favorire il rispetto dei vincoli costituzionali.

In effetti, il capitolo IV della norma è dedicato alle "misure preventive, correttive e coercitive", nel caso in cui le Comunità Autonome dovessero deviare dagli obiettivi fissati in Costituzione e declinati nella *Ley Orgánica*¹⁴.

La disposizione, a ben guardare, ha sensibilmente ristretto gli spazi di autonomia finanziaria delle Comunità Autonome¹⁵, prevedendo, in particolare, che in caso di deviazione dagli obiettivi

¹⁰ Vi è da sottolineare, parimenti, come gli unici passaggi in cui la Costituzione spagnola fa riferimento, a qualsiasi titolo, all'Unione europea siano, appunto, quelli citati *sub* nt. 9 introdotti dalla novella costituzionale del 2011.

¹¹ Con specifico riguardo al profilo dell'influenza della disciplina di bilancio dell'Unione europea sugli Stati membri e sulla ridefinizione della *governance* economico-finanziaria europea si vedano, tra gli altri, A. Bar Cendón, *La reforma constitucional y la gobernanza económica de la Unión europea*, in *Teoría y realidad const.*, 30/2012, 59 ss.; C. Closa Montero, *Los cambios institucionales en la gobernanza macroeconómica y fiscal de la UE: hacia una mutación constitucional europea*, in *Rev. estudios pol. (nueva época)*, 165/2014, 65 ss.; E. D. Cosimo, *En búsqueda de la soberanía perdida. El principio del equilibrio presupuestario entre la coordinación constitucional y la reforma de la gobernanza económica de la unión europea*, in E. Álvarez Conde - C. Souto Galván (cur.), *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, Madrid, 2012, 85 ss.

¹² *Ley Orgánica 2/2012*, de 27 de abril, de *Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera* (BOE n. 103, del 30/04/2012).

¹³ La disposizione costituzionale ha affidato alla *Ley Orgánica* il compito di disciplinare «a) La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse. b) La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural. c) La responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria».

¹⁴ Già nel preambolo della *Ley Orgánica* si precisa che «La Ley contempla medidas automáticas de corrección. Así, el cumplimiento de los objetivos de estabilidad se tendrá en cuenta tanto para autorizar las emisiones de deuda, como para la concesión de subvenciones o la suscripción de convenios. Además, en caso de incumplimiento de un plan económico-financiero, la administración responsable deberá aprobar automáticamente una no disponibilidad de créditos y constituir un depósito. Finalmente, en los supuestos de no adoptarse por las Comunidades Autónomas los acuerdos de no disponibilidad o de no acordarse las medidas propuestas por la comisión de expertos, la Ley habilita al amparo del artículo 155 de la Constitución a la adopción de medidas para obligar a su cumplimiento forzoso».

¹⁵ Prima della riforma costituzionale, la disciplina di bilancio delle Comunità Autonome era affidata alla *Ley Orgánica 5/2001* de 13 de diciembre, *complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria* (BOE n. 299, del 14/12/2001), successivamente modificata dalla *Ley Orgánica 3/2006*, de 26 de mayo, de *reforma de la Ley Orgánica 5/2001* (BOE n. 126, del 27/05/2006).

previsti, le Comunità Autonome debbano approntare un piano di risanamento finanziario¹⁶, da sottoporre al vaglio del Ministero dell'Economia, il quale, al termine del procedimento (disciplinato, in particolare, dagli art. 23 e 24), avrà l'ultima parola circa l'approvazione del piano medesimo.

Nel caso in cui il piano non venga ritenuto adeguato e/o realizzabile, lo Stato può imporre alle Comunità Autonome misure coercitive per il raggiungimento di detti obiettivi (art. 25 e 26). Tali misure si caratterizzano per la loro crescente capacità coercitiva, andando dalla costituzione di un deposito di garanzia presso la Banca di Spagna sino alla diretta sostituzione¹⁷ dello Stato nei confronti degli organismi istituzionali delle Comunità autonome (previa approvazione del Senato a maggioranza assoluta dei suoi componenti), al fine di adempiere agli obblighi previsti dalla Costituzione e dalla *Ley Orgánica*.

Le Comunità Autonome, complice anche la condizione, tutt'altro che rosea, dei propri bilanci, vedono così fortemente eroso il proprio margine di discrezionalità in merito alle scelte di bilancio (che costituisce, da sempre, la più forte garanzia di autonomia), con grave nocumento delle proprie prerogative statutarie e costituzionali.

4. Le critiche mosse dalla dottrina: il mancato dibattito parlamentare e il restringimento degli spazi di autonomia per le Comunità Autonome

La dottrina spagnola ha mosso numerose critiche alla riforma costituzionale in parola. In primo luogo, è stato posto l'accento sull'approvazione estremamente rapida della novella costituzionale; di fatto, non vi fu un vero ed approfondito dibattito circa le misure da introdurre nella Carta costituzionale, a cagione, affermarono i proponenti, dell'assoluta urgenza di approvare la riforma costituzionale e, di fatto, "rassicurare" i mercati circa la solidità ed affidabilità dei conti pubblici spagnoli¹⁸.

La riforma costituzionale venne approvata dalle due forze politiche maggioritarie (Partito popolare e Partito socialista), senza il consenso delle altre formazioni politiche presenti in Parlamento, mediante il procedimento d'urgenza, durato appena un mese, con lettura unica e senza sottoposizione del testo a referendum¹⁹.

La qual cosa induce a ritenere che detta urgenza fosse motivata più da fattori di carattere psicologico (la necessità urgente ed indefettibile di rassicurare i mercati) che da un reale bisogno concretamente tangibile.

¹⁶ L'art. 21 della *Ley Orgánica* 2/2012 disciplina il contenuto minimo del piano di risanamento, tra cui devono rientrare, in particolare: a) le motivazioni del mancato raggiungimento dell'obiettivo; b) le previsioni tendenziali di entrate ed uscite; c) la descrizione, quantificazione e calendarizzazione delle misure previste nel piano; d) le previsioni finanziarie e di bilancio che giustificano la fattibilità del piano.

¹⁷ La specifica disposizione inerente la sostituzione del Governo agli organi delle Comunità Autonome rinviene la propria legittimazione sulla base di quanto disposto dall'art. 155 CE, laddove si prevede che, nel caso in cui una Comunità Autonoma non adempia agli obblighi che la Costituzione o altre leggi impongono, il Governo, sentito il Presidente della Comunità Autonoma e con l'approvazione del Senato a maggioranza assoluta dei suoi membri, può adottare i mezzi necessari al fine di ottenere l'adempimento forzoso da parte della Comunità Autonoma.

¹⁸ Sul tema del rapporto fra mercati, crisi del debito sovrano e ruolo svolto dalle Agenzie di *rating*, si vedano le riflessioni critiche di G. Grasso, *Rating dei debiti sovrani e diritto costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1/2015, 87 ss.

¹⁹ La riforma venne approvata con 316 voti favorevoli e 5 contrari (29 deputati non parteciparono al voto, in polemica con la scelta di adottare il procedimento rapido per l'approvazione del testo). Una minuziosa ricostruzione del procedimento di approvazione, della rapidità del medesimo e del dibattito intercorso tra le forze parlamentari è offerta, in particolare, da P. García - Escudero Márquez, *La acelerada tramitación parlamentaria de la reforma del artículo 135 de la Constitución*, cit., spec. 170 ss.; J. M. Ridaura Martínez, *La reforma del artículo 135 de la Constitución española: ¿pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?*, in *Teoría y realidad const.*, 29/2012, 237 ss., nonché da F. Lopez Aguilar, *De la Constitución «irreformable» a la reforma constitucional «expres»*, in *Teoría y realidad const.*, 29/2012, 199 ss.

Inoltre, a sostegno di quanto sinora evidenziato, giova ricordare che, all'atto della costituzionalizzazione della regola aurea, non fosse stato ancora sottoscritto (lo sarà nel marzo del 2012) il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria (c.d. *Fiscal Compact*), il quale, come noto, prescrive l'introduzione negli ordinamenti giuridici nazionali della regola del pareggio di bilancio, mediante «disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente costituzionali – o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio»²⁰.

In realtà, la supposta urgenza della riforma viene, in parte, smentita da alcune circostanze che la dottrina spagnola non ha mancato di sottolineare.

In prima battuta, viene sottolineato come il principio della stabilità dei bilanci pubblici (statale, autonomico e locale) preesisteva allo scoppio della crisi economico – finanziaria, individuando il principio stesso, nell'ambito dell'ordinamento giuridico spagnolo, nella Legge 12 dicembre 2001, n. 18²¹, disciplinante i principi generali di equilibrio dei bilanci pubblici²².

Tale disposizione, che recepiva nell'ordinamento spagnolo quanto stabilito nel Patto di stabilità e crescita²³, oltre a rappresentare la prima previsione normativa che, puntualmente, vincolasse tutte le amministrazioni pubbliche nel loro complesso²⁴ al rispetto dei parametri ivi indicati, definiva in maniera puntuale cosa si dovesse intendere per *Estabilidad Presupuestaria*²⁵.

Peraltro, sul fronte dell'incidenza di detta normativa sulle competenze delle Comunità Autonome, ha avuto modo di pronunciarsi il Tribunale costituzionale spagnolo, mediante la sentenza n. 134 del 2011²⁶. In detta pronuncia, in particolare, il Tribunale affermò come il principio stabilito nella disposizione normativa debba esser ricompreso nell'ambito dell'orientamento generale della politica economica dello Stato, di piena competenza statale, a patto che rispetti l'autonomia politica

²⁰ Cfr. l'art. 3, par. 2, del Trattato sul *Fiscal Compact*.

²¹ Ley 18/2001, de 12 de diciembre, *General de Estabilidad Presupuestaria* (BOE n. 298, del 13/12/2001), in parte modificata dal *Real Decreto legislativo 2/2007*, de 28 de diciembre, *Texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria* (BOE n. 313, del 31/12/2007). Per un ampio commento della disposizione si rinvia a F. Pascua Mateo, *Las nuevas leyes de Estabilidad Presupuestaria: aspectos formales y materiales*, in *Rev. admin. públ.*, 158/2002, 119 ss.

²² Già nella Ley 18/2001, infatti, nell'esposizione dei motivi (I) fondanti la necessità di introdurre tale disciplina, veniva specificato come «el equilibrio presupuestario va a ser la gran contribución de la política presupuestaria a la estabilidad macroeconómica que posibilita seguir desarrollando el verdadero potencial de crecimiento y de generación de empleo de la economía española y con ello avanzar en el proceso de convergencia real con los países más desarrollados».

²³ Esposizione dei motivi (I), Ley 18/2001: «En este sentido, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, acordado en el Consejo de Ámsterdam en junio de 1997, limita la utilización del déficit público como instrumento de política económica de la Unión Económica y Monetaria. En virtud del referido Pacto, los Estados miembros de la Unión se comprometen a perseguir el objetivo a medio plazo de situaciones presupuestarias próximas al equilibrio o en superávit, de forma que, cuando los estabilizadores automáticos actúen, el déficit se mantenga siempre por debajo del 3 por 100. Los Estados también se comprometen a presentar anualmente Programas de Estabilidad o Convergencia que recojan las medidas necesarias para alcanzar ese objetivo».

²⁴ Ancora nell'esposizione dei motivi (II), si rinviene, quale fondamento costituzionale del vincolo di bilancio imposto a tutte le pubbliche amministrazioni, l'art. 149, c. 1, della Costituzione, inerente le competenze esclusive dello Stato, con specifico riguardo alle competenze n. 13 e 18 (13. Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; 18. Las bases de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas).

²⁵ Art. 3, c. 2, Ley 18/2001: «Se entenderá por estabilidad presupuestaria la situación de equilibrio o de superávit, computada en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, y en las condiciones establecidas para cada una de las Administraciones públicas».

²⁶ STC 134/2011, 20 luglio 2011 (BOE n. 197, del 17/08/2011).

e finanziaria delle Comunità Autonome (formulazione quanto mai vaga, che di certo concede ampi margini di discrezionalità all'intervento dello Stato)²⁷.

Inoltre, se consideriamo l'urgenza dell'approvazione e le motivazioni sottese a tale urgenza, la riforma costituzionale fissa l'entrata in vigore dei limiti consentiti al *deficit* strutturale per le Pubbliche Amministrazioni per l'anno 2020²⁸, il che induce a ritenere, a maggior ragione, come la modifica costituzionale non fosse lo strumento più idoneo, nel breve periodo, per fronteggiare la crisi dei bilanci pubblici nazionali.

Sotto il profilo dell'autonomia costituzionale delle entità decentrate, uno degli aspetti maggiormente contestati è stato il restringimento degli spazi di autonomia riservati alle Comunità Autonome²⁹. Queste, infatti, dovendosi obbligare al rispetto dei parametri economici definiti in sede europea e "costituzionalizzati" dalla riforma, saranno soggette ad una rigida sorveglianza (al pari del ruolo di "controllore" svolto dall'Unione europea nei confronti degli Stati membri) da parte dello Stato centrale, il quale, in caso di mancato rispetto degli obblighi di bilancio, potrà agire nei confronti delle Comunità Autonome con i mezzi coercitivi consentiti e disciplinati dalla *Ley Orgánica 2/2012*.

5. Conclusioni

Le notazioni conclusive che emergono da quanto sinora evidenziato ineriscono alcuni profili di evidente criticità: il rapporto tra lo Stato e le Comunità Autonome, in ragione dell'introduzione di disposizioni che accentuano il rigore finanziario; la relazione intercorrente tra lo Stato ed i mercati e, parimenti, la conciliabilità del principio di *Estabilidad Presupuestaria* con la garanzia costituzionale dell'autonomia finanziaria riconosciuta alle Comunità Autonome.

Rispetto al primo profilo, ci si dovrebbe interrogare sulla circostanza che, nel ventre della crisi economico – finanziaria, lo Stato centrale ha, di fatto, messo in moto un'opera di riaccentramento³⁰ delle competenze, a danno delle Comunità Autonome³¹. Questa considerazione deriva, in particolare, dall'analisi della legislazione ordinaria posteriore alla modifica della Costituzione, laddove, sovente, si è fatto ricorso alla motivazione della necessità, dettata dalla crisi, di uniformare ambiti e materie

²⁷ STC 134/2011, p.to 8, lett. a), *Fundamentos jurídicos*: «La definición de estabilidad presupuestaria se configura como una orientación de política económica general que el Estado puede dictar ex art. 149.1.13, aunque su ejercicio haya de respetar la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas». Ed ancora, p.to 17, lett. a), *Fundamentos jurídicos*: «No puede olvidarse que la fijación del objetivo de estabilidad presupuestaria se inscribe en la competencia estatal del art. 149.1.13 CE y que se proyecta sobre el triple nivel territorial de nuestro ordenamiento: estatal, autonómico y local». Si vedano, nel medesimo senso, le sentt. TCE n. 157/2011, 186/2011 e 215/2014.

²⁸ Si veda, in tal senso, la *Disposición adicional única*, c. 3, del testo di riforma dell'art. 135 della Costituzione spagnola: «Los límites de déficit estructural establecidos en el artículo 135.2 de la Constitución Española entrarán en vigor a partir de 2020».

²⁹ Interessante, rispetto al profilo in parola, è l'analisi svolta da J. I. Gorospe Oviedo, *La estabilidad presupuestaria de las comunidades autónomas y la reforma del artículo 135 CE*, in E. Álvarez Conde – C. Souto Galván (cur.), *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, Madrid, 2012, 339 ss. Per una riflessione circa la compressione dell'autonomia locale, stretta negli angusti limiti imposti dal rigore finanziario, si veda F. Bilancia, *Spending review e pareggio di bilancio. Cosa rimane dell'autonomia locale?*, in *Dir. pubbl.*, 1/2014, 45 ss.

³⁰ Per un'approfondita analisi circa il rafforzamento dell'integrazione europea in materia fiscale e di bilancio, nonché sul processo di ricentralizzazione statale delle competenze quale corollario dell'introduzione del principio di *estabilidad presupuestaria* nella Costituzione spagnola, si vedano M. Medina Guerrero, *La constitucionalización de la regla del equilibrio presupuestario: integración europea, centralización estatal*, in *Rev. estudios pol. (nueva época)*, 165/2014, 189 ss.; I. Urrutia Libarona, *Crisis económica, estabilidad presupuestaria y recentralización de competencias*, in A. Nogueira Lopez – M. I. Lois González, I. Diz Otero (cur.), *Crisis, Derechos Sociales e Igualdad*, Valencia, 2015, 65 ss.

³¹ E' quanto sostenuto, in particolare, da V. Álvarez García, *La recentralización de competencias en España por imperativo del derecho europeo*, in *Rev. gen. der. const.*, 18/2014, 1 ss., il quale analizza, parimenti, il ruolo svolto dal *Tribunal constitucional* nel processo di ricentralizzazione delle competenze legislative.

fin lì attribuiti alla disciplina, eterogenea, dettata dalle Comunità Autonome³². Si tratta della c.d. “legislazione della crisi”, ovvero quel complesso di atti normativi, spesso situati oltre gli stretti confini del riparto delle competenze, che a causa della situazione emergenziale in atto vengono emanati e mediante i quali, di fatto, si procede allo spoglio delle competenze degli enti di autonomia³³.

Con specifico riguardo al rapporto tra lo Stato ed i mercati finanziari, non si può non partire da una considerazione evidente. La riforma della Costituzione spagnola del 2011 è stata approvata, con le modalità ed i contenuti poc'anzi descritti, con il precipuo scopo (o quantomeno con l'obbiettivo primario) di “tranquillizzare”³⁴ i mercati, le istituzioni sovranazionali e gli investitori; ossia, di dimostrare che la tenuta del sistema non fosse in discussione e che, mediante la contrazione della spesa (e, parallelamente, della garanzia dei diritti sociali), la crisi sarebbe stata ammortizzata e superata. Invero, su tale profilo, autorevole dottrina si esprime favorevolmente (pur condividendo gli spunti critici sinora sollevati, in particolare, con riferimento alla mancata conferma popolare, mediante referendum, della riforma costituzionale), rispetto alla modifica costituzionale, in quanto «non si può ignorare il fatto che, in assenza di espliciti limiti costituzionali, all'indebitamento e al deficit eccessivo, i governi tendono a spendere senza incrementare corrispettivamente la pressione tributaria. Così facendo si attiva un circolo non virtuoso in cui i disavanzi crescono continuamente e nel quale la sopravvivenza dello Stato viene gravemente compromessa»³⁵.

Che gli Stati non debbano esclusivamente ricevere la fiducia, sul versante interno, dai propri cittadini ma, parimenti, riceverla dai mercati finanziari è, oramai, cosa nota³⁶. La prassi, inoltre, mostrerebbe che una crisi finanziaria può non solo provocare una modifica costituzionale, ma anche, indirettamente, ispirare nuovi contenuti, nuovi principi e nuove regole che garantiscano la stabilità dei bilanci pubblici e l'affidabilità dello Stato, in qualità di debitore, rispetto ai propri titoli di debito emessi sui mercati finanziari³⁷.

A discapito, evidentemente, dei principi posti a tutela dei diritti sociali³⁸ che, nella pratica, sono stati sacrificati, in tutto o in parte, a cagione della necessità di ridurre drasticamente la spesa pubblica³⁹.

³² Il pilastro su cui poggia tale processo riposa sull'art. 150, c. 3, CE, in base al quale «El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad».

³³ Esemplificativa, in tal senso, è la *Ley 27/2013*, de 27 de diciembre, de *Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*. Si vedano, con riferimento all'impatto della disciplina in parola sull'Amministrazione locale, A. Galán Galán, *La aplicación autonómica de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, in *ReALA*, núm. extr., enero (2015). Rispetto al nuovo ruolo svolto dall'Amministrazione centrale si vedano, per tutti, R. Galán Vioque, *La Administración General del Estado*, in H. Gosálbez Pequeño (cur.), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Madrid, 2016, 153 ss.; M. A. González Bustos, *Principios de buena regulación y evaluación de su cumplimiento*, in E. Gamero Casado (cur.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector Público*, Valencia, 2016, 2539 ss.

³⁴ L'espressione è utilizzata da J. M. Ridaura Martínez, *La reforma del artículo 135 de la Constitución española: ¿pueden los mercados quebrar el consenso constitucional?*, cit., 240.

³⁵ A. M. Carmona Contreras, *Costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio e limiti alla sovranità statale: l'esperienza della riforma costituzionale in Spagna*, cit., 250.

³⁶ Una approfondita riflessione sul punto venne già sviluppata tempo addietro da T. Padoa Schioppa, *Il governo dell'economia*, Bologna, 1997, spec. 93 - 94. Più di recente, si rinvia alla riflessione di G. Pitruzzella, *Crisi economica e decisioni di governo*, in *Quad. cost.*, 1/2014, 29 ss.

³⁷ In tal senso, si veda G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi*, Napoli, 2012.

³⁸ Per un'analisi degli effetti della crisi sulla tutela dei diritti sociali nel mercato unico si rinvia, in particolare, a F. Bilancia, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra Mercato unico e unione monetaria*, in *Rivista telematica AIC*, 2/2014.

³⁹ Sul problema della tutela e dell'evoluzione dei diritti sociali al tempo della crisi economica e finanziaria, svolge alcune rilevanti riflessioni A. Nogueira Lopez, *Los derechos sociales en la crisis, la crisis de los derechos sociales: cambio de modelo con vocación de estabilidad*, in A. Nogueira Lopez, M. I. Lois González, I. Diz Otero (cur.), *Crisis, derechos sociales e igualdad*, Madrid, 2015, 45 ss. Con riguardo al profilo della lesione arrecata dalle misure anticrisi alla tutela dei diritti

Infine, meritevole di una riflessione è il ruolo svolto dall'art. 135 CE nella contrazione dell'autonomia finanziaria delle Comunità Autonome.

Occorre, cioè, chiedersi fino a che punto lo Stato, in forza della riforma costituzionale, possa incidere negli spazi di autonomia delle Comunità. Non pare di secondario momento ricordare come la giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo sia stata tutt'altro che chiarificatrice sul punto.

La già citata pronuncia n. 134 del 2011, in effetti, ammette che la fissazione dell'obiettivo di *Estabilidad Presupuestaria* si iscriva nell'alveo delle competenze statali, in particolare relativamente all'ambito della pianificazione generale dell'attività economica, la quale si staglia su tutti i livelli di governo in cui si riparte l'ordinamento giuridico spagnolo (statale, autonomico, locale), riconoscendo altresì, quale unico limite, il rispetto dell'autonomia finanziaria delle Comunità.

Ed è pur vero, parimenti, che l'art. 148, c. 1, della Costituzione, disciplinante le materie sulle quali le Comunità possono esercitare la propria competenza, prevede la competenza delle Comunità Autonome in materia di sostegno allo sviluppo economico interno alle Comunità medesime, "all'interno degli obiettivi fissati dalla politica economica nazionale"⁴⁰.

In definitiva, che l'autonomia finanziaria delle Comunità Autonome sia stata riformata, in senso evidentemente restrittivo, alla luce del nuovo dispositivo costituzionale, non pare discutibile. Occorre interrogarsi, tuttavia, se la previsione, contenuta nella *Ley Orgánica* 2/2012, del procedimento "partecipato" tra Stato e Comunità, al termine del quale (con obbligo di essere esperito) lo Stato possa decidere, discrezionalmente, se le misure intraprese dalle Comunità siano sostenibili (oppure si debba procedere con l'irrogazione delle misure coercitive, a salvaguardia del raggiungimento degli obiettivi di bilancio), sia del tutto sufficiente a tutelare la quota residua di autonomia finanziaria rimasta in capo alle Comunità Autonome.

Abstract

Spain, in 2011, amended article 135 of its Constitution introducing the principle of financial and budgetary stability, as well as the strict control over public administration and the Autonomous Communities budgets limiting as well the "structural deficit". The effect of this reform was the strengthening of supervisory powers and financial control of the State in the Autonomous Communities overcoming local communities' competences. The financial Constitution, in time of crisis, changes its meaning, in the light of much stronger interrelation among national legislation, European fiscal rules and financial markets.

sociali, particolare riguardo merita l'analisi di A. Rodríguez Bereijo, *La reforma constitucional del artículo 135 CE y la crisis financiera del Estado*, in *Crónica presupuestaria*, 1/2013, 5 ss., spec. 16, il quale, pur sottolineando come «Es cierto que la profundidad y amplitud de la crisis económica y financiera y las duras medidas de ajuste presupuestario y consolidación fiscal impuestas por la Unión europea plantean un serio desafío a la pervivencia del modelo constitucional del Estado social» chiarisce di seguito come, a suo avviso, sostenere che «esta reforma constitucional, por los estrictos controles al déficit y endeudamiento públicos, destruye «los fundamentos» del Estado social y democrático de Derecho que nuestra Constitución consagra parece exagerado». *Contra*, tuttavia, A. Galera Victoria, *Los derechos sociales en tiempos de crisis económica*, in www.tiempodelosderechos.es, a giudizio della quale «La democracia es alterada por la irrupción de la economía. Las decisiones públicas son adoptadas en función de su capacidad para alcanzar un resultado fijado por la economía. En este contexto, la voluntad política expresada por las vías democráticas sólo resulta válida si logra alcanzar los objetivos requeridos para resolver la situación económica. Las voluntades expresadas democráticamente por los ciudadanos de los Estados miembros son relegadas en la medida en que no cubren los intereses generales subyacentes en los objetivos económicos fijados por Bruselas. En este escenario, el impacto de estas decisiones sobre los derechos sociales ha sido evidente. Desde el comienzo de la crisis, los derechos sociales se han visto afectados por las medidas de austeridad y de desregulación y flexibilización del mercado de trabajo».

⁴⁰ Art. 148 CE (*Competencias de las Comunidades Autónomas*), c. 1, n. 13: «El fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional».

L'incrinatura dell'assetto costituzionale tra diritti fondamentali e vincoli di bilancio, dallo *ius condito* allo *ius condendo*

Sommario: 1. *Governance* economica europea, costituzionalizzazione del principio dell'equilibrio di bilancio e Stato democratico-sociale – 2. Gli orientamenti della Corte costituzionale tra equilibrio dei conti pubblici e tutela dei diritti a prestazione: le (discusse) sentenze n. 10, 70 e 178 del 2015 – 3. Una proposta di legge per "orientare" le (e intervenire sulle) sentenze "a rischio spesa": il d.d.l. A. S. n. 1952

1. *Governance* economica europea, costituzionalizzazione del principio dell'equilibrio di bilancio e Stato democratico-sociale

La disciplina di bilancio del nostro ordinamento, a livello sia costituzionale sia legislativo, ha subito negli ultimi anni notevoli mutamenti, in buona parte derivanti dalle normative UE e dagli impegni assunti dal nostro Paese nelle sedi europee, a seguito della difficile congiuntura economica e finanziaria che ha investito (non solo) il Vecchio continente¹.

Nell'ordinamento dell'UE, a partire dal Trattato sull'Unione europea, sono state progressivamente inserite numerose prescrizioni costitutive dei vincoli alla finanze pubbliche dei Paesi aderenti all'Unione economica e monetaria. Il condizionamento della politica economica – e, specificamente, della politica di bilancio – degli Stati membri, indotto dalla crisi principciata nel 2008, è ulteriormente aumentato per effetto delle nuove più restrittive regole europee di bilancio. Tale dato, va detto, «non è frutto di un'avocazione unilaterale di funzioni, derivante dalla partecipazione degli Stati al processo di integrazione europea»², ma è sintomo di un nuovo modello di gestione dell'economia e della finanza ispirato ai principi di monitoraggio europeo, sia preventivo che successivo, sulle politiche di ciascun Paese: per mezzo di accordi stretti tra questi ultimi e le istituzioni dell'UE, vengono stabiliti i correttivi alle politiche interne finalizzati alla stabilità finanziaria e, all'interno dell'eurozona, alla solidità della moneta comune.

Il progressivo aggravarsi degli indicatori economici interni ha indotto i Paesi della zona euro a rafforzare il coordinamento economico con una serie di interventi, assunti anche con strumenti internazionalistici. Il più recente di questi è il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria (c.d. *Fiscal compact*), sottoscritto il 2 marzo 2012 da 25 Paesi dell'UE³, i quali si sono così impegnati a introdurre nei rispettivi ordinamenti il principio del pareggio di bilancio⁴ entro un anno dalla sua entrata in vigore (avvenuta il 1° gennaio 2013), «tramite disposizioni vincolanti di natura permanente – preferibilmente costituzionale – o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio» (art. 3, par. 2)⁵. Secondo quanto recita l'articolo 3 del *Fiscal compact*, infatti, i bilanci degli Stati firmatari devono essere «in pareggio o in avanzo», considerandosi rispettato tale obiettivo «se il saldo strutturale annuo [...]

¹ Sulle misure adottate a livello europeo a partire dal 2010, v., tra gli altri, R. Dickmann, *Governance economica europea e misure nazionali per l'equilibrio dei bilanci pubblici*, Napoli, Jovene, 2013, 3 ss.; G. Pitruzzella, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, in *Quad. cost.*, 2012, 9 ss.

² Come sostenuto da R. Perez, *Cessioni di sovranità e poteri di bilancio*, in AA.VV., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Milano, 2013, 349 ss.

³ Tutti gli Stati allora membri, salvo il Regno Unito e la Repubblica Ceca, contrari all'introduzione di vincoli tanto stringenti nei rispettivi ordinamenti.

⁴ Per il vero, questo principio non rappresenta una novità assoluta, in quanto già il Trattato di Amsterdam del 1997 aveva integrato nel Patto di stabilità e crescita l'obiettivo di bilancio a medio termine del raggiungimento di una posizione vicina all'equilibrio di bilancio. I limiti entro i quali è possibile discostarsi dall'equilibrio di bilancio, per converso, sono divenuti più stringenti.

⁵ Non pare, quindi, discendere da tali vincoli un puntuale e formale obbligo giuridico di procedere a una modifica costituzionale in materia di bilancio, come rileva M. Luciani, *Costituzione, bilanci, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid Rassegna*, n. 3, 2013, 18 ss.

è pari all'obiettivo di medio termine specifico per il paese, quale definito dal Patto di stabilità e crescita rivisto, con il limite inferiore di un disavanzo strutturale dello 0,5% del prodotto interno lordo». La deviazione da tale obiettivo è consentita solo di fronte a circostanze eccezionali, sempre che essa sia «temporanea» e «non comprometta la sostenibilità del bilancio a medio termine». Inoltre, all'articolo 5, è prevista una procedura di sorveglianza specifica in relazione allo Stato che sia stato riconosciuto in una posizione di *deficit* eccessivo. In un simile caso, lo Stato membro deve produrre un programma di partenariato budgetario ed economico, che includa una dettagliata descrizione delle riforme strutturali che intende approvare, e deve presentarlo al Consiglio e alla Commissione – titolari del potere di sorveglianza – per l'approvazione.

In ossequio agli obblighi imposti dal *Fiscal compact*, il Parlamento italiano ha provveduto a introdurre in Costituzione il principio dell'equilibrio dei bilanci⁶, mediante la legge costituzionale n. 1 del 2012 che ha modificato gli articoli 81, 97, 117 e 119 Cost. A completare la disciplina di bilancio è stata la legge n. 243 del 2012 – approvata con la maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera – che stabilisce il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese e la sostenibilità del debito del complesso delle amministrazioni pubbliche. Alle disposizioni di quest'ultima legge è stato affidato anche il conseguimento dell'obiettivo della riduzione dell'ammontare del debito pubblico, tramite l'introduzione di regole di spesa che consentano la salvaguardia degli equilibri di bilancio e la riduzione del rapporto tra debito pubblico e PIL nel lungo periodo, in coerenza con gli obiettivi di finanza pubblica.

Per determinare quanto sia stringente la nuova regola costituzionalizzata, occorre verificare in quali casi è concesso discostarsi dal pareggio e ricorrere all'indebitamento. Il ricorso a quest'ultimo «da decisione sostanzialmente libera ... diventa un'eccezione costituzionalmente condizionata»⁷: ai sensi del secondo comma dell'articolo 81 Cost., esso è consentito «solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali». Tali «eventi eccezionali», tassativamente indicati all'articolo 6 della legge 243/2012, sono individuati in «periodi di grave recessione economica», nonché in «gravi crisi finanziarie» e «gravi calamità naturali, con rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria»; per la loro definizione viene, inoltre, fatto rinvio all'ordinamento UE. In presenza di uno di questi fattori è consentito uno scostamento temporaneo dal saldo dell'obiettivo programmatico, determinato sulla base della citata procedura aggravata, che richiede altresì il parere della Commissione europea, competente a calcolare l'indebitamento strutturale e a giudicare l'adeguatezza delle politiche di bilancio.

Secondo parte della dottrina⁸, le nuove disposizioni costituzionali confliggerebbero con la forma di Stato sociale riconosciuta dalla nostra Carta, limitando – quando non persino impedendo – la concreta tutela di importanti situazioni giuridiche soggettive, subordinata ai vincoli finanziari determinati in sedi sovranazionali. Non pochi hanno espresso preoccupazione per il rischio di arretramento degli *standards* relativi alla tutela dei diritti fondamentali, con particolare riferimento ai

⁶ La dottrina concorda sul fatto che la riforma è volta a perseguire il principio dell'«equilibrio» e non del più rigoroso «pareggio» contabile: cfr. A. Brancasi, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in www.osservatoriosullefonti.it, n. 2, 2012, 2 ss.; R. Perez, *Dal bilancio in pareggio all'equilibrio tra entrate e spese*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 10, 2012, 929 ss. Si noti, peraltro, che nel testo dei nuovi art. 81, 97 e 119 Cost., nonché nell'art. 5 della l. 243/2012, si parla sempre di «equilibrio di bilancio».

⁷ Come spiega A. Morrone, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in www.rivistaaic.it, n. 1, 2014, 6.

⁸ V., tra gli altri, G. Bucci, *Le fratture inferte dal potere monetario e di bilancio europeo agli ordinamenti democratico-sociali*, in www.costituzionalismo.it, n. 3, 2012, *passim*; S. Gambino, W. Nocito, *Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto*, in *Astrid Rassegna*, n. 13, 2012, 26 ss.; F. Bilancia, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, in www.rivistaaic.it, n. 2, 2012, 3.

diritti “che costano” (si pensi, in particolare, agli articoli dal 32 al 38 Cost.)⁹. Il regime di rigore finanziario, stabilito in sede europea e recepito dal nostro ordinamento a livello anzitutto costituzionale, limita la disponibilità decisionale degli organi di indirizzo politico nel governo della spesa pubblica, mettendo a repentaglio il perseguimento degli obiettivi programmatici indicati dalla Costituzione (su tutti, la realizzazione dell’eguaglianza sostanziale di cui all’art. 3, comma 2, Cost.). Il modello democratico-sociale del nostro Stato potrebbe, dunque, subire squilibri derivanti dal fatto che «le politiche di bilancio conformate sui criteri del rigore finanziario producono l’effetto di limitare la spesa delle amministrazioni e di ostacolare, di conseguenza, il soddisfacimento dei bisogni fondamentali dei cittadini-lavoratori»¹⁰.

A ciò si aggiunga, infine, quale significativo elemento di pressione sull’assetto costituzionale configurato dalla Carta, la crisi economico-finanziaria manifestatasi nel 2008, che ha (con)causato un’alterazione dell’organizzazione dei poteri, della tutela dei diritti fondamentali, dei rapporti tra gli organi costituzionali e delle relazioni tra gli enti territoriali¹¹. Si è così innescato un corto circuito tra contingenza di crisi economico-finanziaria e assetti costituzionali: dove la prima si è manifestata, «gli equilibri costituzionali hanno finito per indebolirsi e, nell’intento di mettere le istituzioni in condizione di fronteggiarla, è stata con insistenza prospettata la necessità di modifiche costituzionali»¹².

2. Gli orientamenti della Corte costituzionale tra equilibrio dei conti pubblici e tutela dei diritti a prestazione: le (discusse) sentenze n. 10, 70 e 178 del 2015

Nel contesto caratterizzato da una lunga e difficile congiuntura economica e dai vincoli europei di stabilità, riverberatisi sui provvedimenti di austerità adottati a livello nazionale, non può non venire in considerazione la posizione di primario rilievo in cui si è trovata la Corte costituzionale. In ragione dell’incidenza delle misure anticrisi su settori prevalentemente disciplinati con norme di carattere costituzionale a garanzia dei diritti, sul giudice costituzionale si sono riversate le aspettative di quanti hanno visto nel suo ruolo un cruciale (se non l’ultimo) presidio in grado di opporsi al ridimensionamento dello Stato sociale e di ripristinarne, quantomeno in parte, gli equilibri profondamente alterati¹³.

⁹ Per il vero, come fa notare G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi*, Napoli, 2012, 148, «tutti i diritti hanno un margine di costo, a volte maggiore, a volte minore», siano essi diritti sociali (istruzione, tutela della salute, assistenza, previdenza sociale), siano diritti civili o di libertà (libertà personale, libertà di riunione, libera manifestazione del pensiero), siano anche diritti politici (diritto di voto), ma «tutti i diritti costano, perché non ci sono strutture pubbliche che si reggono senza finanziamenti adeguati» per erogare un servizio a garanzia di un diritto costituzionalmente riconosciuto. In tal senso anche M. Luciani, *op. cit.*, 8, e – ancor prima – lo studio di S. Holmes, C. R. Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty depends on Taxes*, New York-London, 1999.

¹⁰ In questo senso, G. Bucci, *op. cit.*, 27, riprendendo le argomentazioni di S. Gambino, W. Nocito, *op. cit.*, 26-27, i quali, a tal proposito, parlano espressamente di «regressioni costituzionali».

¹¹ Come ricorda E. Olivito, *Crisi economico-finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della BCE al Governo italiano*, in www.rivistaaic.it, n. 1, 2014, 13, secondo cui le tendenze distorsive, a livello costituzionale, cagionate (*rectius*: aggravate) dalla crisi economica «sono divenute il pretesto per riproporre, spesso in chiave strumentalmente simbolica, il tema delle inadeguatezze della Costituzione e, conseguentemente, quello delle riforme costituzionali». Nel medesimo contributo, l’A. ricostruisce inoltre in maniera lucida il “seguito” normativo – con pesanti ricadute negative sul *welfare state* – che hanno avuto le sollecitazioni europee nei confronti del Governo italiano, in ordine all’adozione (e alle modalità di attuazione) di misure anticrisi puntualmente indicate nella “irrituale” lettera inviata dalla BCE al Governo italiano, il 5 agosto 2011.

¹² *Ibidem*.

¹³ In merito all’incidenza della crisi sull’effettività dei diritti, *ex plurimis*, v. gli studi di A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale, sostenibile)*, in www.rivistaaic.it, n. 4, 2011, 1 ss.; I. Ciolli, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in www.constituzionalismo.it, n. 3, 2012; S. Gambino, W. Nocito, *op. cit.*, 1 ss.

Il sindacato di legittimità sui provvedimenti adottati dal legislatore implica un non facile contemperamento fra esigenze di protezione dei diritti e di salvaguardia della stabilità degli equilibri di bilancio. Tale attività, assai delicata, ha infatti importanti riflessi sulle finanze pubbliche e sul rispetto dei vincoli europei, nonché sulle tensioni che potrebbe ingenerare con gli organi politici¹⁴.

La prima sentenza in ordine cronologico, nonché quella in cui il nuovo articolo 81 Cost. sembra aver inciso maggiormente, è la n. 10 dell'11 febbraio 2015, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni impugnate¹⁵ (per violazione degli art. 3 e 53 Cost.), ma con efficacia solo *pro futuro*, ovvero dal giorno successivo alla pubblicazione, escludendone quindi l'applicabilità anche al giudizio *a quo*¹⁶. In questa circostanza, il giudice costituzionale ha per la prima volta affermato con chiarezza il proprio potere di modulare gli effetti delle pronunce di accoglimento sotto il profilo temporale, in considerazione della loro incidenza su principi costituzionali diversi da quelli violati dalle disposizioni dichiarate illegittime¹⁷. Tale modulazione degli effetti è stata ritenuta necessaria per «evitare che la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione di legge determini, paradossalmente, “effetti ancor più incompatibili con la Costituzione” (sentenza n. 13/2014) di quelli che hanno indotto a censurare la disciplina legislativa»¹⁸. La limitazione degli effetti della pronuncia è stata giustificata, in primo luogo, con riferimento all'equilibrio di bilancio costituzionalizzato nel nuovo articolo 81 Cost., il quale subirebbe una «grave violazione» in caso di applicazione retroattiva della declaratoria, causando «uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva»¹⁹. In aggiunta, la Corte ha fatto riferimento ad altri principi costituzionali che sarebbero stati compromessi in caso di applicazione retroattiva della pronuncia: il principio solidaristico e quello di uguaglianza sarebbero stati potenzialmente lesi dalla inevitabilità di una manovra finanziaria aggiuntiva – per colmare il disavanzo cagionato – che avrebbe comportato, in periodo già di «perdurante crisi economica e finanziaria che pesa sulle fasce più deboli, una irragionevole redistribuzione della ricchezza»²⁰.

La seconda sentenza che viene in rilievo – e che ha sollevato accese polemiche²¹ – è la n. 70 del 30 aprile 2015, con cui è stato dichiarato incostituzionale, per violazione dei principi di solidarietà, ragionevolezza e uguaglianza sostanziale e del diritto a una prestazione previdenziale proporzionata e adeguata (ai sensi degli art. 36 e 38, c. 2, Cost.), il meccanismo di blocco della rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici di importo complessivo superiore a tre volte il trattamento minimo INPS, per gli anni 2012 e 2013. Nel caso in questione, la Corte non ha provveduto ad

¹⁴ Cfr. P. Masala, *La tutela dei diritti sociali nelle situazioni di crisi economica: gli orientamenti della Corte costituzionale italiana*, in AA.VV., *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*, Napoli, 191-192. Sui conflitti politico-istituzionali che hanno accompagnato le «sentenze finanziariamente onerose», v. A. Morrone, *Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2015, 576 ss.

¹⁵ Si tratta della c.d. *Robin Hood Tax*, introdotta dall'art. 81, c. 16, 17, 18, del d.l. 112/2008, convertito dalla l. 133/2008, consistente in un'imposta speciale (*rectius*: un'addizionale all'imposta sul reddito) a carico delle società che operano nel settore petrolifero ed energetico.

¹⁶ Per la modulazione degli effetti temporali è una sentenza senza precedenti nella giurisprudenza costituzionale, come sottolineato da A. Pugiotto, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, n. 4, 2015, 2-3.

¹⁷ In quanto non previsto espressamente né dalla Costituzione né dalla legislazione ordinaria, il potere della Corte di limitare l'efficacia retroattiva delle proprie decisioni è stato da più parti criticato in dottrina: per una ricognizione delle posizioni espresse nel dibattito anteriore alla sentenza, v. A. Anzon Demmig, *La Corte costituzionale “esce allo scoperto” e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in www.rivistaaic.it, n. 2, 2015, 3 ss.

¹⁸ *Considerato in diritto*, punto 7.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Cons. dir.*, punto 8.

²¹ In dottrina, in senso critico verso tale sentenza, cfr. A. Barbera, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in www.rivistaaic.it, n. 2, 2015; A. Morrone, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, n. 10, 2015. A favore, invece, cfr. G. M. Salerno, *La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, in www.federalismi.it, n. 10, 2015.

un'analoga modulazione nel tempo degli effetti della pronuncia di accoglimento, ricorrendo ad una classica "sentenza di spesa", senza lasciarsi condizionare dalla valutazione degli effetti finanziari. Si aggiunga che l'articolo 81 Cost. non viene in alcun modo menzionato, pur potendosi dedurre che il giudice costituzionale abbia implicitamente ritenuto che «il principio dell'equilibrio di bilancio non fosse sufficiente a giustificare la limitazione dell'efficacia retroattiva della decisione di incostituzionalità»²².

La Corte è partita dal riconoscimento della necessaria discrezionalità in capo al legislatore, cui spetta dare maggiore o minore peso a ciascun valore considerato, a seconda degli obiettivi politici che desidera raggiungere; al tempo stesso, tuttavia, vengono ribaditi i limiti esterni a tale discrezionalità, costituiti dalla ragionevolezza delle scelte legislative e dal rispetto del nucleo minimo e intangibile dei diritti fondamentali da salvaguardare²³. In concreto, il limite esterno della ragionevolezza – secondo il giudice costituzionale – è stato violato dall'azzeramento del meccanismo perequativo, dal momento che il diritto ad una prestazione previdenziale adeguata risultava «irragionevolmente sacrificato nel nome di esigenze finanziarie non illustrate in dettaglio»²⁴. Benché non espressamente, con tale pronuncia si è voluto fissare il principio per cui, pur a seguito della costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio, questo non può indiscriminatamente prevalere sulla tutela dei diritti sociali, anche in danno del loro "nucleo minimo".

Ci si soffermi, infine, su un'altra misura di austerità su cui la Corte ha dovuto pronunciarsi a pochi mesi di distanza dalla decisione appena vista. Con la sentenza n. 178 del 24 giugno 2015 è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo il prolungato blocco, applicato dal 2011, del rinnovo della contrattazione collettiva (e il conseguente mancato aggiornamento del trattamento economico) per i dipendenti pubblici, quale risultante dalle disposizioni impugnate e da quelle successive che lo avevano prorogato, per la parte economica, fino alla fine del 2015. La reiterata proroga della sospensione delle procedure di negoziazione contrattuale, tale da far assumere a queste carattere "strutturale", è stata giudicata lesiva del principio di libertà sindacale sancito dall'art. 39 Cost.

Questa volta la Corte ha scelto di non ricorrere a una sentenza di incostituzionalità "differita", ma si è invece servita dello schema della incostituzionalità "sopravvenuta", con efficacia decorrente dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza, «lasciando impregiudicati, per il periodo già trascorso, gli effetti economici derivanti dalla disciplina esaminata»²⁵. Ciò significa che la "sopravvenienza" sarebbe intervenuta, secondo la Corte, solo al momento della pronuncia, in quanto soltanto allora si sarebbe manifestata la «natura strutturale della sospensione della contrattazione» ed il suo carattere «sistematico»²⁶, mentre – se ne dovrebbe dedurre – fino a quel momento essa risultava ancora temporanea e giustificata dalla situazione congiunturale. Dalla motivazione, che menziona espressamente l'art. 81 Cost., emerge che nel compiere la scelta di escludere l'efficacia retroattiva della dichiarazione ha pesato anche una attenta considerazione del suo impatto economico²⁷.

²² Così P. Masala, *op. cit.*, 216-217.

²³ Scrive la Corte – nel *Cons. dir.*, punto 8 – richiamandosi a un noto precedente, che «il legislatore, sulla base di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali deve "dettare la disciplina di un adeguato trattamento pensionistico, alla stregua delle risorse finanziarie attingibili e fatta salva la garanzia irrinunciabile delle esigenze minime di protezione della persona" (sentenza n. 316 del 2010)».

²⁴ *Cons. dir.*, punto 10.

²⁵ *Cons. dir.*, punto 18.

²⁶ *Cons. dir.*, punto 17.

²⁷ Cfr. *Cons. dir.*, punti 15 e 16. L'effettuazione del test di ragionevolezza ha condotto, invece, ad escludere la violazione degli art. 3, c. 1, e 36 Cost.: la Corte ha ritenuto non irragionevole tale limitazione del diritto a una retribuzione sufficiente e proporzionata (*ex art. 36 Cost.*), alla luce della natura pluriennale delle politiche di bilancio e della «particolare gravità della situazione economica e finanziaria».

3. Una proposta di legge per “orientare” le (e intervenire sulle) sentenze “a rischio spesa”: il d.d.l. A. S. n. 1952

Visti i più recenti orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di contemperamento tra tutela dei diritti ed equilibrio di bilancio, si ritiene opportuno segnalare la “reazione” parlamentare – o, per meglio dire, di alcuni senatori – che ha fatto seguito alla Corte cost., sent. 70/2015, cit., con l’obiettivo di scongiurare, o quantomeno arginare, future sentenze “di spesa”²⁸.

Il 9 giugno 2015 è stato presentato al Senato un disegno di legge di iniziativa parlamentare, intitolato «Modifiche alla legge 11 marzo 1953, n. 87, e alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di istruttoria e trasparenza dei giudizi di legittimità costituzionale» e mirato ad apportare alcune rilevanti modifiche nel diritto processuale costituzionale²⁹. Al momento il d.d.l. è assegnato alle commissioni riunite I (Affari costituzionali) e V (Bilancio) in sede referente, ma non ne è ancora cominciato l’esame.

La relazione di accompagnamento richiama espressamente la sentenza di accoglimento sopra citata, che «costituisce la giustificazione dell’intervento proposto» dai senatori firmatari³⁰. In essa si afferma infatti, con toni di grande preoccupazione, che tale pronuncia «ha suscitato non pochi interrogativi nell’opinione pubblica, allarme nel Governo, nel Parlamento e nell’UE, forte dibattito tra i costituzionalisti e gli economisti». Nonostante dichiarino di non voler affrontare il merito della decisione, i proponenti esprimono con forza il loro punto di vista, fortemente negativo rispetto alla scelta della Corte di non aver considerato a sufficienza – a loro dire – la difficile congiuntura economica nel cui contesto è stata approvata la disposizione poi dichiarata incostituzionale. Inoltre, i firmatari ricordano come il giudice costituzionale non possa compiere valutazioni di natura politica e relative alla discrezionalità del legislatore, ai sensi dell’art. 28 della legge n. 87 del 1953.

La proposta di legge in questione è composta da due articoli, di cui il primo introduce tre modifiche alla legge 87/1953, mentre il secondo interviene sulla legge di contabilità e finanza pubblica, n. 196 del 2009. Riguardo alla prima legge, si segnalano – senza soffermarsi – una novità inerente a una questione a lungo dibattuta in dottrina: si tratta della proposta di introdurre la c.d. opinione dissenziente, tramite cui ciascun giudice può manifestare, in maniera pubblica e motivata, la propria contrarietà rispetto alla decisione finale, assunta a maggioranza³¹.

Con un’altra novella, che aggiunge un comma all’articolo 13 della legge 87/1953, verrebbe conferita alla Corte, in fase di istruttoria, la «facoltà di chiedere all’Ufficio Parlamentare di Bilancio³² ... una relazione sugli effetti finanziari dell’eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale», «nell’ipotesi in cui la soluzione della questione di legittimità costituzionale possa comportare

²⁸ Sulla questione relativa alle “sentenze che costano”, da tempo dibattuta in dottrina, v. almeno AA. VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l’art. 81, u.c.*, Milano, 1993.

²⁹ Iniziativa definita «seguito legislativo straordinario (e sistemico) alla sentenza n. 70/2015» da A. Turturro, *Una proposta di seguito legislativo straordinario (e sistemico) alla sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale: “nuovi” poteri istruttori, introduzione del dissent e potere di modulazione degli effetti temporali delle decisioni di accoglimento. Prime osservazioni*, in www.forumcostituzionale.it, n. 12, 2015, affiancandolo al «seguito ordinario» consistente nel d.l. 65/2015, convertito con l. 109/2015, con cui è stata modulata la restituzione delle somme illegittimamente non corrisposte in base alla normativa dichiarata incostituzionale.

³⁰ Come evidenzia C. Favaretto, *Le conseguenze finanziarie delle decisioni della Corte costituzionale e l’opinione dissenziente nell’A.S. 1952: una reazione alla sentenza 70/2015?*, in www.osservatoriosullefonti.it, fasc. 2, 2015, 1. Non sfugga, in proposito, «il breve lasso di tempo intercorrente tra il deposito e la pubblicazione in G.U. della decisione della Corte (rispettivamente, il 30 aprile e il 6 maggio 2015) e la presentazione del d.d.l.» (A. Turturro, *op. cit.*, 5).

³¹ Per una rassegna delle opinioni in dottrina sul tema, v. E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2014, IV ed., 79.

³² Organismo formalmente indipendente (disciplinato agli art. 16-19, l. 243/2012), cui spettano funzioni di analisi e di monitoraggio degli andamenti di finanza pubblica – finalizzate a fornire elementi di valutazione al Parlamento e, segnatamente, alle Commissioni permanenti competenti per materia – e di valutazione dell’osservanza delle regole di bilancio.

maggiori oneri o minori entrate per la finanza pubblica». Si tenga presente che, allo stato attuale, oltre alle informazioni fornite dalle parti, gli strumenti conoscitivi a disposizione della Corte costituzionale consistono nelle ordinanze istruttorie, cui tuttavia raramente è fatto ricorso³³.

Sotto un primo aspetto, sembra che le proposte di legge poco aggiunga all'ampia previsione già vigente³⁴, la quale riconosce al giudice costituzionale il potere di assumere «i mezzi di prova che ritenga opportuni», stabilendone termini e modi (art. 12 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale). Sotto altro profilo, invece, non è irragionevole sollevare perplessità sul fatto che tale Ufficio, diretta emanazione del Parlamento, fornisca assolute garanzie di indipendenza nella elaborazione delle informazioni necessarie alla Corte costituzionale³⁵. A ciò si potrebbe ovviare, nel perseguimento del medesimo obiettivo, ripristinando una struttura interna per la valutazione finanziaria delle proprie decisioni, sulla scia di quanto avvenuto negli anni '90 sotto la presidenza Baldassarre con l'istituzione, presso il Servizio Studi, dell'Ufficio per la documentazione e la quantificazione finanziaria³⁶. Inoltre, pur non mettendo in discussione che quest'ultima debba tenere conto degli effetti delle proprie decisioni, non si trascuri il rischio che la stessa potrebbe correre qualora venga costretta, o comunque fortemente sollecitata, ad «effettuare valutazioni, quali quelle relative al bilancio dello Stato, caratterizzate, al contempo, da un elevato tasso di complessità tecnica e di politicità, difficilmente riconducibili all'esercizio di una funzione giurisdizionale»³⁷.

Un'ulteriore innovazione, che interviene sull'art. 30 (l. 87/1953), consiste nel conferire espressamente alla Corte il potere di modulare nel tempo l'efficacia delle sue decisioni, «a tutela di altri principi costituzionali», consentendole di posticipare il termine di decorrenza degli effetti dell'accoglimento. In tal modo, la disposizione potrà essere «dichiarata illegittima sin dalla sua entrata in vigore, ma gli effetti della sentenza sono dilazionati, proprio al fine di tutelare l'equilibrio finanziario»³⁸. I proponenti traggono spunto dalla Corte cost., sent. 10/2015, cit., in cui si ritiene che il principio di retroattività possa consentire eccezioni coerenti con i principi costituzionali, in modo da assicurare «una tutela sistemica e non frazionata e impedire la tirannia di un valore nei confronti degli altri»³⁹. Ferma la regola generale, si tratta di positivizzare un potere che trova giustificazione nell'esigenza di evitare che la dichiarazione di incostituzionalità determini effetti ancor più incompatibili con la Costituzione di quelli che hanno portato a censurare la disposizione in questione. Tuttavia, mentre la Corte nell'attribuire a sé tale potere si è preoccupata di fissare alcuni limiti, stabilendo uno stringente onere motivazionale, il d.d.l. non dispone alcuna limitazione di sorta, salvo

³³ Sul tema, v. G. A. Ferro, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino, 2012, 205 ss.

³⁴ Come sostenuto anche da C. Favaretto, *op. cit.*, 2.

³⁵ A tal proposito, se ne ricordi la composizione: seppur debbano essere scelti «tra persone di riconosciuta indipendenza e comprovata competenza ed esperienza in materia di economia e di finanza pubblica» (art. 16, l. 243/2012), i tre membri che costituiscono il «Consiglio» dell'Ufficio sono nominati dai Presidenti delle due Camere, d'intesa fra loro, nell'ambito di un elenco di dieci soggetti, indicati dalle competenti Commissioni parlamentari permanenti, a maggioranza dei 2/3 dei relativi componenti. Di diverso avviso, in ordine alle garanzie di indipendenza dell'Ufficio, A. Turturro, *op. cit.*, 9.

³⁶ Ufficio che, nonostante il mancato stanziamento di risorse adeguate, per circa cinque anni ha svolto tale compito, «consistente in richieste di informazioni, in particolare alla Ragioneria generale, la cui relazione conclusiva veniva allegata a quella predisposta dagli assistenti di studio», come riporta A. Turturro, *op. cit.*, 8. Cfr. T. Groppi, *La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalle decisioni della Corte costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul procedimento costituzionale*, in P. Costanzo (cur.), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, 275 ss.

³⁷ *Ibidem*, 10.

³⁸ Così C. Favaretto, *op. cit.*, 4.

³⁹ *Cons. dir.*, punto 7.

l'esigenza di «tutela di altri principi costituzionali» non meglio precisati. Così formulata, la novella sembrerebbe quindi «consentire un uso maggiormente disinvolto di tale potere»⁴⁰.

L'ultima modifica prevista dal d.d.l. in esame – che sostituisce il comma 13 dell'articolo 17 della legge 196/2009 – è indirizzata a conferire al Governo la facoltà di assumere iniziative legislative volte a determinare modalità e tempi di esecuzione delle sentenze di organi giurisdizionali o della Corte costituzionale da cui possano derivare maggiori oneri per il bilancio. Mentre la normativa vigente prevede che sia compito del Ministro dell'Economia e delle Finanze (e non del Governo) adottare iniziative legislative volte ad assicurare il rispetto dell'art. 81 Cost., il d.d.l. si spinge fino a prevedere che tali iniziative legislative possano modulare gli effetti temporali e le modalità di esecuzione delle sentenze. Sembra si possa, quindi, concludere ritenendo che a seguito di tale modifica la pronuncia di un organo giurisdizionale «sarebbe sospensivamente condizionata a successivi provvedimenti legislativi, vanificando l'automatica produzione degli effetti postulata dal vigente sistema di giustizia costituzionale»⁴¹. Ciò comporterebbe un'inaccettabile invasione di campo del legislatore nelle prerogative di un altro potere dello Stato, sia esso un organo giudiziario o il massimo organo di garanzia della legittimità costituzionale del prodotto del legislatore stesso.

In conclusione, da quanto emerge anche alla luce delle considerazioni svolte in premessa circa la tempistica dell'iniziativa e il tono della relazione di accompagnamento, l'intento dei proponenti sembra fosse quello di «esercitare qualche forma di pressione nei confronti del giudice costituzionale rispetto una questione tanto delicata quale effettivamente è quella degli effetti sul bilancio dello Stato delle pronunce di accoglimento»⁴², piuttosto che quello di intervenire realmente sulla disciplina vigente. Resta, comunque, da vedere se la proposta di legge proseguirà il suo *iter* parlamentare e, in tal caso, a quale esito perverrà.

Abstract

This paper aims at reflecting on the 2012 Italian constitutional reform, that introduces the principle of the balanced budget, and on its consequences from the perspective of the protection of fundamental rights. Starting from the European rules, the research examines the new budgetary constraints. Moreover, the analysis of the most recent Constitutional Court decisions highlights the different approaches in relation to financial means and fulfilment of the rights that involve considerable costs. Lastly, the paper discusses a bill concerning some modifications to the legislation about Constitutional Court process.

⁴⁰ Così A. Turturro, *op. cit.*, 17. In dottrina si era proposto di introdurre il potere in questione, purché però fosse accompagnato dall'indicazione, per quanto generica, delle «ragioni che possono determinare la limitazione degli effetti delle decisioni di incostituzionalità» (M. Ruotolo, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000, 355).

⁴¹ Così A. Turturro, *op. cit.*, 6.

⁴² *Ibidem*, 20. Se si ponesse in connessione tale iniziativa con la di poco successiva Corte cost., sent. 178/2015, cit., i cui effetti temporali sono stati modulati a tutela degli interessi di bilancio, si potrebbe avere l'impressione che il giudice costituzionale non sia rimasto sordo a tale "monito".

I vincoli di bilancio in alcuni ordinamenti degli Stati europei e negli Stati Uniti

Sommario: 1. Premessa – 2. USA: genesi e cenni storici sui vincoli di bilancio – 3. Aspetti salienti delle riforme costituzionali di Germania, Spagna, Italia e Francia – 4. Conclusioni

1. Premessa

Il 2 marzo 2012 è stato siglato dagli Stati membri dell'Unione europea il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance*¹ (TSCG)². Tale trattato è un atto di diritto internazionale, collocato all'esterno della sfera del diritto dell'UE. Tale collocazione è però temporanea, l'art. 16 del Trattato ne prevede l'incorporazione nella sfera del diritto dell'UE. Il TSCG statuisce che esso stesso dovrà essere incorporato dagli Stati firmatari nella legislazione comunitaria, sulla base della valutazione delle proprie esperienze in relazione all'attuazione dello stesso, entro e non oltre il 1° gennaio 2018.

Alcuni Stati, tra cui Germania e Spagna, hanno avviato un processo di riforma costituzionale, al fine di inserire tali clausole di bilancio nelle loro Costituzioni, prima dell'entrata in vigore del *Fiscal Compact*.

Le prime reazioni degli Stati alle condizioni economiche avverse generate dalla crisi economica si configurano come eventi isolati, paragonabili a piani di rilancio nazionali; in reazione a queste politiche statali si è assistito all'individuazione, da parte del Consiglio europeo, di un meccanismo di assistenza finanziaria composto da due elementi: il Meccanismo europeo di stabilità finanziaria (MESF) ed il Fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF). A questi strumenti è seguita l'adozione, in data 29 settembre 2010, del c.d. *Six Pack*. Quest'ultimo pacchetto normativo è stato, poi, superato dalla stipula, da parte di venticinque Stati membri, del TSCG.

Questa analisi è indirizzata a studiare il ruolo e gli effetti del TSCG all'interno dell'area Euro, cercando di dirimere alcuni interrogativi sorti riguardo l'implementazione di questo trattato negli ordinamenti domestici.

Al fine di ricostruire e analizzare il nuovo assetto fiscale europeo è utile, in prospettiva comparata, occuparsi della genesi dei vincoli di bilancio nell'esperienza costituzionale statunitense.

2. USA: genesi e cenni storici sui vincoli di bilancio

Negli Stati Uniti i vincoli di bilancio si sono affermati gradualmente, durante il XIX sec., in seguito a una serie di crisi economiche e fiscali combinate con l'assenza di una politica di salvataggio del Governo federale.

Tra il 1820 e il 1830 l'economia pubblica subisce profonde trasformazioni³: la metamorfosi economica richiedeva ingenti capitali per creare le infrastrutture necessarie a supportarla; in questo contesto le autorità pubbliche entrarono nel mercato per assicurare la realizzazione di tali opere.

Un esempio di intervento pubblico di successo degli inizi del XIX secolo è quello relativo alla realizzazione dell'*Erie Canal*, finanziato con bond emessi dallo Stato di New York: è la prima grande opera viaria realizzata con capitali pubblici. L'*Erie Canal* consentì uno sviluppo industriale ed economico repentino di molti centri del *Mid-West* e divenne paradigma di riuscita di intervento pubblico nell'economia; molti Stati federati, auspicando di ripetere i successi archiviati dallo Stato di

¹ C. Marchese, *Vincoli Di Bilancio, Finanza Pubblica E Diritti Sociali Prospettive Comparate: Germania, Spagna, Portogallo E Grecia*, Servizio Studi Corte Costituzionale, 2016.

² *European Council*, 2 March 2012. Retrieved 17 August 2012.

³ M. Van Mallegheem, *Unbalanced Budget Rules in Europe and America*, in M. Adams, F. Fabbrini, P. Larouche, *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford, 2014.

New York, procedettero ad un indebitamento eccessivo e sistematico volto al finanziamento di grandi opere pubbliche.

La realizzazione di grandi opere sostenute dall'intervento pubblico, tuttavia, si rivelò un Giano bifronte: l'industria e il sistema di infrastrutture si svilupparono rapidamente, le casse pubbliche, invece, registrarono un accumulo di debito mai raggiunto prima. Dal 1820 al 1841 il debito degli Stati federati passò da 2 mln a 200 mln di dollari⁴, dando inizio a un periodo di recessione economica caratterizzato da una forte crisi del sistema bancario.

Gli investimenti pubblici errati, combinati con la crisi economica e bancaria, si rivelarono letali; a partire dal 1843 nove Stati⁵ dichiararono fallimento.

Il *default* di questi Stati fu dovuto, oltre che alle condizioni economiche avverse, al diffuso convincimento che lo Stato centrale sarebbe intervenuto con politiche di salvataggio per la riduzione del debito; tale idea era ragionevolmente fondata: il Governo federale si era fatto carico dei debiti assunti dopo la guerra del 1812 e in seguito, nel 1836, di quelli contratti dal distretto della Columbia; è evidente che il rischio di *moral hazard* fosse realmente presente. In tale contesto i Governi locali contrassero un debito insostenibile⁶.

I fattori di criticità economica, qui sinteticamente elencati, furono la causa di adozione della prima ondata di regole legali poste al bilancio statale. La crisi aveva creato consapevolezza riguardo la necessità di intraprendere una azione governativa finalizzata ad assicurare sostenibilità fiscale. Il risultato fu tangibile: prima del 1840 nessuno Stato federato aveva all'interno del proprio ordinamento regole di bilancio, invece, a partire dal 1855 diciannove Stati avevano adottato delle leggi atte a controllare e regolare il bilancio pubblico.

Il contesto economico, qui sinteticamente delineato, offre – in via comparata – la possibilità di individuare i punti comuni e le differenze tra la crisi finanziaria occorsa negli Stati Uniti durante il XIX sec. e la crisi, non ancora esauritasi, dell'Eurozona.

I vincoli di bilancio vennero inseriti negli ordinamenti degli Stati federati dopo la crisi finanziaria iniziata nel 1837⁷; per quanto riguarda il caso europeo, una possibile chiave interpretativa riguardante l'adozione del TSCG si può individuare nella relazione tra la grave crisi finanziaria e la necessità degli Stati membri di salvaguardare la stabilità interna. L'adozione dei vincoli di bilancio in Europa è volta anche a combattere politiche fiscali imprudenti e, talvolta, eventi legati alla corruzione politica; anche questo aspetto è simile a quanto verificatosi negli Stati Uniti nel XIX sec. I vincoli di bilancio si affermano sia in USA sia in Europa come conseguenza all'istituzione di un'unione monetaria. Tuttavia, si rilevano significative differenze e innovazioni introdotte dal TSCG: l'UE ha adottato, tramite questo trattato, un apparato di supervisione fiscale su tutta l'area Euro. In tale prospettiva sono importanti gli obiettivi dei vincoli di bilancio fissati dal TSCG; essi hanno una valenza più ampia rispetto a quelli promulgati negli USA: oltre al chiaro intento di contenere le politiche fiscali dei Governi, essi hanno l'obiettivo di rinforzare l'effettività del TSCG a prescindere dalle volontà dei Governi nazionali.

⁴ J. Wallis, *Constitutions, Corporations and Corruption: American States and Constitutional Change, 1842 to 1852*, in *Journal of Economic History*, 2005, 211, 216.

⁵ Maryland, Pennsylvania, Arkansas, Florida, Illinois, Indiana, Louisiana, Michigan, and Mississippi. Va sottolineato che lo Stato della Florida, incluso usualmente in questo computo, nel 1843 era ancora un territorio autonomo. Nel 1819, secondo i termini del Trattato Adams-Onís, la Spagna cedette la Florida agli Stati Uniti. Divenuta territorio autonomo nel 1821, entrò nell'Unione come 27° stato il 3 marzo 1845.

⁶ C. Randall Henning, M. Kessle in Working Paper Series, *Fiscal Federalism: US History for Architects of Europe's Fiscal Union*, 2012.

⁷ *Ibidem*.

Ulteriori differenze sono ancora più evidenti se si considerano i meccanismi tramite i quali i vincoli al bilancio sono stati introdotti.

Negli USA i vincoli sono stati introdotti tramite un processo legislativo, in capo ai singoli Stati, totalmente indipendente e autonomo rispetto al Governo centrale; tale approccio ha prodotto una eterogenia normativa con una finalità comune ma privo di una visione unitaria. Questa configurazione prodottasi nel sistema statunitense non va letta come una esigenza determinata e giustificata dal modello federale ma come una modalità adottata in seguito ad eventi di carattere prevalentemente economico e finanziario che necessitavano una azione rapida.

In Europa, invece, i vincoli di bilancio sono il risultato di trattati inter-governativi, culminati nel TSCG; tali accordi sono il risultato di un approccio *top-down*: un apporto coordinato dai differenti attori comunitari finalizzato a originare un sistema legale armonizzato e coerente tra gli Stati Membri dell'Unione.

Differiscono, inoltre, in maniera significativa, le motivazioni che hanno condotto all'introduzione di regole di bilancio in Europa e negli Stati Uniti. Nel primo caso, uno degli obiettivi è quello di mitigare il rischio di *moral hazard* da parte degli Stati derivante dall'eventuale previsione di salvataggio in caso di rischio di *default*: ciò è dovuto alla percezione diffusa che il *default* di uno Stato potrebbe essere contagioso e dannoso per l'intera Eurozona. Nel secondo caso, invece le regole al bilancio sono state applicate per evitare nuovi *default*.

2.1 Sistematica dei vincoli di bilancio nell'esperienza statunitense

Riferirsi in modo generico ai vincoli di bilancio può rivelarsi fuorviante. In termini normativi ci si riferisce ad un procedimento secondo il quale si cerca di mantenere le spese di uno Stato sotto controllo, ma non ci si riferisce, necessariamente, ad un meccanismo che mette in relazione solamente le entrate e le uscite delle casse pubbliche.

Differenti tipi di vincoli al bilancio possono essere così di seguito definiti.

Un tipo di vincolo è quello con c.d. "scopo pubblico". Questa fattispecie limita la possibilità del Governo di investire in imprese private privilegiando gli investimenti di carattere pubblico. Un'altra via per limitare l'indebitamento è quella di agire in via legislativa su aliquote fiscali e limiti alla spesa; queste disposizioni riducono l'aumento della tassazione oppure limitano l'utilizzo del gettito fiscale. Un'altra tipologia di vincolo è quella definita *rainy day fund*: una legge obbliga lo Stato a risparmiare denaro durante i cicli economici prosperi al fine di poter riutilizzare tali ricchezze durante i cicli economici e finanziari avversi e, così, non alterare le politiche pubbliche tramite interventi di *austerity*. Una ultima categoria può individuarsi in un vincolo *strictu sensu*: il bilancio pubblico deve essere chiuso "in attivo" calcolando entrate ed uscite al netto dell'indebitamento.

Nell'esempio di una tradizione consolidata, come quella statunitense, questi differenti vincoli normativi agiscono in concerto per delineare una cornice legislativa che riesce a mantenere il budget statale in equilibrio⁸.

Una importante distinzione metodologica deve essere fatta rispetto la natura dei vincoli al bilancio, cioè se essi vengono implementati negli ordinamenti statali tramite la Costituzione o tramite Legge ordinaria. Nel primo caso, pertanto, un budget in deficit comporterebbe dei procedimenti aggravati per approdare all'approvazione del bilancio: dichiarazione di incostituzionalità del budget ovvero modifica costituzionale.

⁸ In via generale gli Stati membri registrano disposizioni in materia di bilancio sia a livello costituzionale sia a livello di legge ordinaria. Gli unici Stati che non prevedono esplicite previsioni nelle relative costituzioni sono Minnesota, New Hampshire, Washington DC.

Un'altra distinzione, utile soprattutto per problematiche strettamente economiche, è quella tra vincoli *ex ante* e vincoli *ex post*. I primi richiedono che il Governo avanzi una proposta di bilancio in accordo con le rendite previste rispetto al futuro anno fiscale; i secondi obbligano il Governo a equilibrare il bilancio in relazione alle reali entrate che ha registrato lo Stato.

I vincoli al bilancio, infine, vanno distinti in base alla loro natura sostanziale o meramente procedurale.

Un vincolo sostanziale limita materialmente la possibilità del Governo di incorrere in una situazione debitoria; un vincolo procedurale non può essere considerato un vincolo *stricto sensu*, poiché un budget in debito non sarebbe considerato *contra legem*.

2.2 Fattori critici che si evincono dall'esperienza europea

La comparazione con l'elaborata normativa statunitense in materia di vincoli di bilancio è illuminante per cogliere i punti di debolezza di quanto sancito dal TSCG⁹.

L'art 3 c.2 del TSCG prevede che il vincolo al bilancio sia implementato nella legge nazionale «tramite disposizioni vincolanti e di natura permanente - preferibilmente costituzionale - o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio»¹⁰.

Comparando queste disposizioni con quelle statunitensi sono evidenti alcune lacune del TSCG. Innanzitutto non si specifica quale bilancio deve essere vincolato: quello proposto, quello approvato dalle Camere, o il bilancio ratificato e divenuto Legge? Qual è il significato della clausola dell'art. 3 c. 2 «garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio»? Si riferisce a vincoli *ex ante* o *ex post*? Questi punti (e altri) non trovano risposte esaustive all'interno del TSCG.

Una caratteristica propria dell'art. 3 del TSCG si individua nel proposito di armonizzare le regole di controllo della fiscalità già presenti in ogni singolo Paese dell'Unione. Si può desumere, pertanto, con chiarezza che il vincolo di bilancio in oggetto è configurato per regolare «l'obiettivo di medio termine specifico per il Paese»¹¹. Altre caratteristiche proprie del TSCG emergono da parametri quantitativi: l'obiettivo di ridurre il debito degli Stati il cui rapporto tra PIL e debito supera il 60%¹² chiarifica che l'obiettivo del TSCG è di agire sul bilancio strutturale e non nominale.

Questa breve comparazione riguardante la natura giuridica, l'effettività e l'applicazione dei vincoli di bilancio statunitensi ed europei rivela che il legislatore europeo ha prestato più attenzione alla forma dei vincoli d'oltreoceano che agli effetti che essi hanno generato durante la loro lunga esistenza. Un parametro che resta molto vago (problematica già citata in questo scritto) è quella relativa alla tipologia (vincolo proposto, adottato, approvato come legge) e al momento di applicazione (vincolo *ex ante* o *ex post*).

Forse la struttura fiscale già esistente in UE prima dell'entrata in vigore del TSCG può ovviare a questi limiti; tuttavia è legittimo chiedersi quale sia il valore aggiunto del TSCG, sotto che aspetti era lacunoso il sistema precedentemente in vigore e come il TSCG possa rinforzarlo. Queste domande non trovano una risposta chiara ed immediatamente desumibile dal testo normativo e, per tale motivo, una comparazione delle modalità di accoglimento del vincolo imposto dal TSCG, seppur breve come quella affrontata in questo scritto, aiuta a mettere in luce determinati aspetti del TSCG.

⁹ Art.3 TSCG.

¹⁰ Art.3 c.2 TSCG.

¹¹ Art. 3 c.3 lett. b TSCG.

¹² Art. 3 c1 lett. d TSCG.

3. Aspetti salienti delle riforme costituzionali di Germania, Spagna, Italia e Francia

Le riforme costituzionali occorse in Germania, Spagna, Italia e Francia, qui analizzate per la tradizione costituzionale che caratterizza questi Stati, seppur affrontate con modalità differenti e ascrivibili a genesi differenti, hanno un denominatore comune: il tentativo di placare l'agitazione in seno ai mercati finanziari¹³.

La riforma tedesca si può contestualizzare in un più ampio e annoso dibattito sul bilancio interno dello Stato Federale. La Germania era destinata ad affrontare l'instabilità finanziaria in alcuni Länder: principale manifestazione di questa instabilità era il Land di Berlino, che fece domanda di salvataggio per instabilità economica, dichiarando una emergenza di bilancio. Per tale motivazione nel 2009 è stata avviata la "Seconda Riforma del Federalismo" (Föderalismusreform II)¹⁴, divenendo un punto di riferimento in Europa per le successive riforme.

In Italia e Spagna gli emendamenti costituzionali sono stati approvati in modo avventato in seguito alla pressione esercitata dalle Istituzioni europee e dai mercati finanziari¹⁵.

In Francia, in seguito all'avvicendamento alla presidenza tra N. Sarkozy e F. Hollande, si è intrapresa una strada differente rispetto a quella delineata dalla bozza di riforma costituzionale precedentemente avviata¹⁶.

Nel 2011 era stata presentata una bozza di riforma costituzionale in accordo con l'Euro Plus Pact¹⁷, riforma che sarebbe stata in accordo con i dettami futuri del TSCG. Tuttavia, la bozza non fu approvata per via dello scioglimento delle Camere; nel frattempo era stato ratificato il TSCG ma, sotto la guida del nuovo Esecutivo, si optò per la strada dell'implementazione dei vincoli di bilancio tramite Legge organica e legislazione ordinaria invece di una riforma costituzionale.

3.1 Germania

La cultura giuridica tedesca, a partire dalla fine della seconda Guerra Mondiale, ha sempre manifestato un'attenzione politica e costituzionale nei confronti della stabilità dei bilanci.

La regolamentazione delle problematiche relative al bilancio a livello costituzionale è sempre stata molto dettagliata a differenza del *trend* europeo.

È importante ricordare come la riforma del 2009¹⁸ sia una tappa di un più vasto processo di riforma delle istituzioni tedesche iniziato nel 2006¹⁹.

¹³ F. Fabbrini, *Il pareggio di bilancio nelle Costituzioni europee*, in *Quad. cost.*, 2012, 2, 434.

¹⁴ Art. 109 [Separazione di competenza tra la Federazione e i Länder; principi in materia di bilancio], sancendo la responsabilità congiunta della Federazione e dei Länder per il rispetto degli obblighi della Germania in relazione al Patto di stabilità europeo. Le sanzioni a carico della Germania per la violazione dei criteri del Patto di stabilità europeo saranno dunque sopportate dalla Federazione e dai Länder, in misura rispettivamente del 65% e del 35%. La quota dei Länder va ulteriormente suddivisa: del 35% risponderanno tutti i Länder in proporzione alla rispettiva popolazione, il restante 65% ricadrà sui Länder che hanno causato la sanzione in misura proporzionale alla responsabilità. La disciplina di dettaglio è affidata ad una legge federale.

¹⁵ A. Arroyo Gil – I.M. Giménez Sánchez, *La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia*, in *Revista española de derecho constitucional*, 2013, n. 98, 149;

¹⁶ La decisione del *Conseil constitutionnel* 2012-653 del 9 agosto 2012 stabilisce che la ratificazione del TSCG e la sua implementazione nell'ordinamento francese non necessita di revisione costituzionale.

¹⁷ J. M. Barroso, (2011): *Der Euro-Plus-Pakt – Bestandsaufnahme*, Vortrag am 9.12.2011 vor dem Europäischen Rat, Brussels.

¹⁸ R. Bifulco, *Il Pareggio Di Bilancio In Germania: Una Riforma Costituzionale Postnazionale?*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2011.

¹⁹ Cfr. *Föderalismusreform I* (2006) e *Föderalismusreform II* (2009). La riforma del 2006 assume particolare rilevanza nello studio dell'ordinamento tedesco poiché è la riforma costituzionale più importante a partire dal 1949.

In questo contesto si inserisce la riforma costituzionale del 2009²⁰ che si caratterizza per aver introdotto, con l'art. 109 c.3 della Legge Fondamentale (LF) il principio del pareggio del bilancio senza il ricorso al prestito²¹. Tale principio è ritenuto valido quando la rendita ottenuta dal prestito di fondi "non eccede dello 0.35% in relazione al PIL nominale"²². Queste disposizioni (*Schuldenbremse*), vengono applicate sia a livello federale sia ai Länder. Un nuovo organo di controllo è stato istituito: il "Consiglio per la stabilità" (Stabilitätsrat)²³, come sancito dall'art. 109 lett. a della *Grundgesetz*. Nel peggiore degli scenari di crisi ipotizzabili, tale organo, che ha competenze sia a livello federale sia a livello statale, andrebbe a definire i principi di istituzione e amministrazione di programmi per risolvere le emergenze finanziarie²⁴.

La legge fondamentale, come le altre Costituzioni emendate, prende in considerazione la dimensione ciclica dell'economia pubblica, prescrivendo che, ove si presentino andamenti congiunturali che deviano dalla normalità, si debba tener conto in modo simmetrico degli effetti sul bilancio sia nelle fasi di ripresa sia in quelle di declino²⁵; la disposizione è stata oggetto di forti critiche poiché, pur riprendendo in modo fedele quanto prescritto dai Trattati dell'UE, non specifica i parametri per individuare la situazione di normalità (*Normallage*) e, pertanto, sarebbe impossibile individuare quando tale condizione verrebbe meno. Nella disposizione esaminata si fa riferimento a possibili deroghe (*Ausnahmeregelung*) «nel caso di calamità naturali o in seguito a situazioni eccezionali di emergenza che esulano dal controllo dello Stato e che compromettono gravemente la sua capacità finanziaria»²⁶.

Altra deroga temporanea alla "regola aurea" di bilancio è quella concessa ai Länder di *Berlin, Bremen, Saar, Sachsen-Anhalt* e *Schleswig-Holstein* nel periodo che va dal 2011 al 2019 al fine di consentire una ripresa finanziaria in linea con quella degli altri Länder²⁷.

3.2 Spagna

A differenza della *Grundgesetz*, e nonostante l'influenza dei Costituenti post franchisti, la Costituzione Spagnola (CS) del 1978 presentava diverse lacune in materia di questioni finanziarie.

Prima del 2011, l'art. 134 CS, disposizione principale della "Costituzione finanziaria", investiva l'esecutivo del ruolo di principale attore nei processi di bilancio. In particolare l'art. 134 c.6 CS recitava: «Ogni proposta o emendamento che comporti aumento dei crediti o diminuzione delle entrate di bilancio richiederà, per aver corso, l'accettazione del Governo». In aggiunta, l'art. 135 CS contiene delle prescrizioni sull'indebitamento pubblico²⁸. Se si considerano le leggi organiche e ordinarie, tuttavia, un principio di stabilità era già presente nell'ordinamento spagnolo e la Corte Costituzionale lo riconosceva come principio fondamentale in un giudizio del 2011²⁹.

²⁰ La riforma costituzionale è contenuta nel *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 91c, 91d, 104b, 109, 109a, 115, 143d)* del 29 luglio 2009.

²¹ La traduzione italiana del testo della riforma è quella realizzata dalla citata ricerca del Servizio Studi del Senato, *La riforma costituzionale tedesca del 2009 (Föderalismusreform II) e il freno all'indebitamento*.

²² art.109, c.3, nonché art.115, c.2, LF.

²³ Art.109 lett.a LF; il Consiglio di stabilità è composto dal ministro federale delle finanze, i ministri delle finanze dei Länder, il ministro federale per l'economia e la tecnologia. v. Bifulco 2011, 4, nt. 22.

²⁴ Art. 109a LF

²⁵ Art.115, c.2, per.3 LF.

²⁶ Art.109, c.2, per.3, LF.

²⁷ Art. 143d, c.2, LF.

²⁸ Art. 135 c.1 CS "Il Governo dovrà essere autorizzato con legge per emettere Debito Pubblico o contrarre crediti".

²⁹ *Tribunal constitucional de España*, n. 134/2011.

La bozza di emendamento costituzionale, volta a introdurre il vincolo di bilancio nella carta fondamentale spagnola, fu presentato al Congresso dei deputati il 26 agosto 2011, allo scopo di reagire alla dilagante preoccupazione riguardante le finanze pubbliche dello Stato spagnolo e delle comunità autonome.

Dopo una approvazione eccezionalmente rapida, la riforma costituzionale ha ricevuto l'approvazione delle Cortes il 27 settembre 2011.

L'art. 135 CS³⁰ novellato predispone che «tutte le pubbliche amministrazioni devono adattare le proprie decisioni al principio di stabilità finanziaria» e introduce clausole dinamiche riferite ai limiti di deficit e di debito definiti dalle Istituzioni europee³¹.

È importante ricordare, tuttavia, che le leggi costituzionali riferite all'azione della Corte Costituzionale spagnola nei riguardi della Pubblica Amministrazione non sono state riformate. Tale aspetto, pertanto, potrebbe creare dei problemi riguardo la giustiziabilità dei novellati articoli di fronte alla Corte Costituzionale. Un ruolo importante è svolto dal "Consejo de Política Fiscal y Financiera"³², un organismo interdipartimentale che, sostanzialmente, svolge il ruolo dello "Stabilitätsrat" tedesco.

3.3 Italia

Il 18 aprile 2012 è stato definitivamente approvato il disegno di legge costituzionale che ha portato alla modifica di tre articoli della Costituzione. Innanzitutto, modifica l'art. 53 aggiungendovi un nuovo comma, il quale costituzionalizza il principio di pareggio di bilancio relativamente all'aggregato delle pubbliche amministrazioni; secondariamente, il disegno di legge riformula l'art. 81 introducendovi il principio nella disciplina di pareggio di bilancio dello Stato; da ultimo, l'art. 119 è stato modificato con lo scopo di applicare il principio di pareggio di bilancio nella disciplina relativa alla finanza di Regioni, Comuni, Province e Città metropolitane³³. L'emendamento che interessa questa analisi è quello relativo al novellato art. 81 c.3 Cost.: «Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte³⁴»; questa è una delle disposizioni più controverse della Costituzione italiana, l'ambiguità che la connota è il risultato compromissorio ottenuto in seno all'Assemblea Costituente per conciliare le diverse correnti ideologiche.

Tale ambiguità, inoltre, è il risultato di una determinata evoluzione costituzionale.

La Corte Cost. ha più volte sottolineato che il raggiungimento del pareggio di bilancio deve essere valutato più come un obiettivo politico che come una obbligazione legale³⁵. Lo scopo implicito, prima di accogliere gli indirizzi comunitari, dell'art. 81 Cost. non era tanto quello di stabilire un limite sostanziale all'indebitamento ma, piuttosto, di arginare l'iniziativa parlamentare nel settore della finanza pubblica. Pertanto, tale principio può essere visto come strumento di razionalizzazione del sistema parlamentare. Le disposizioni che sanciscono il vincolo di bilancio e le possibili deroghe³⁶

³⁰ Implementato dalla Ley organica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

³¹ Art. 135 c.2 CS.

³² Art. 3 *Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas*.

³³ A. Pirozzoli, *Il vincolo costituzionale del pareggio di bilancio*, in *Rivista AIC* 4/2011.

³⁴ Il precedente disposto all'art. 81 c. 3 recitava: «Ogni altra legge che importi nuove e maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte».

³⁵ Corte Cost. sent. 1/1966.

³⁶ art. 81 c.1 c.2: "Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico.

sono in linea con quanto sancito dalle riforme delle carte costituzionali analizzate; inoltre l'art. 5 c. 1 let. f della legge costituzionale 1/2012 provvede all'istituzione di un organo indipendente di vigilanza, creato sul modello del CPFF spagnolo³⁷ e dello *Stabilitätsrat* tedesco, con la funzione di analizzare e riesaminare gli andamenti della finanza pubblica e valutare la conformità con le regole di bilancio. Queste disposizioni sono state implementate nell'ordinamento italiano tramite la Legge 243/2012³⁸.

3.4 Francia

L'evoluzione normativa francese, durante l'ultimo decennio, è stata caratterizzata da cambiamenti radicali. Le riforme possono essere viste con una prospettiva più ampia rispetto alle necessità di allineamento al TSCG e considerate utili a modernizzare la Costituzione Francese (CF) del 1958.

Il 16 marzo 2011 nell'Assemblea nazionale francese è stato presentato dal Presidente della Repubblica il progetto di legge costituzionale n. 722 sull'equilibrio delle finanze pubbliche. Il progetto, arrivato alla terza lettura nel luglio 2011, è stato abbandonato in seguito all'avvicendamento alla presidenza. È tuttavia utile ricordarne gli aspetti più rilevanti: il primo riguarda l'introduzione, nell'art. 34 della Costituzione, di una nuova fonte del diritto: la legge quadro di equilibrio della finanza pubblica; il secondo riguarda il rafforzamento del ruolo del Consiglio Costituzionale; il terzo le procedure parlamentari di esame sui programmi di stabilità che il Governo invia alla Commissione europea³⁹. Con l'elezione di F. Hollande nel 2012, l'art.3 c. 2 del TSCG è stato implementato nell'ordinamento francese con Legge organica, dando effettività all'art. 34 CF emendato nel 2008: programmi pluriennali (*lois de programmation des finances publiques*) devono raggiungere l'equilibrio di bilancio nel medio termine. È evidente, seppur trattando l'argomento in estrema sintesi, che la Francia abbia preferito un approccio più flessibile per implementare la *regle d'or*. Come per gli altri Stati analizzati, la Legge organica prevede l'istituzione, all'interno della Corte dei Conti, di un organo di controllo: L' Haut Conseil des finances publiques (HCFP)⁴⁰, il cui scopo è quello di elaborare previsioni e consigli riguardo il bilancio pubblico.

4 Conclusioni

Da queste brevi considerazioni appare chiaro come il TSCG sia collocato tra due politiche conflittuali. La comparazione con il sistema statunitense, inoltre, sottolinea il carattere bivalente del *Fiscal Compact*, che appare quasi come una spada a due lame: da un lato gli Stati si aspettano di bilanciare le proprie casse, dall'altro sono investiti dalla responsabilità di stabilizzare l'economia e provvedere a politiche di redistribuzione fiscale al fine di non contravvenire ai dettami costituzionali che sanciscono l'attuazione dello Stato sociale⁴¹. È altrettanto evidente che questi due obiettivi non possano, però, essere raggiunti simultaneamente.

Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali."

³⁷ Consejo de Política Fiscal y Financiera.

³⁸ Sulla lettura della legge n. 243 del 2012 come "legge organica" si veda N. Lupo, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti, Relazione al Convegno "Costituzione e pareggio di bilancio"* (Roma, 18 maggio 2012), in *Il Filangieri, Quaderno 2011*, Napoli, 2012, 108-109.

³⁹ C. Decaro, *La limitazione costituzionale del debito in prospettiva comparata: Francia e Spagna, Costituzione e pareggio di bilancio*, ARSAE, 267-295.

⁴⁰ Art. 11 LOI organique n° 2012-1403 du 17 décembre 2012.

⁴¹ C. Pinelli, *Il discorso sui diritti sociali all'epoca della crisi economica*, in www.europeanrights.it.

Nel peggior scenario di crisi economica e fiscale ipotizzabile il TSCG sarebbe applicato rigidamente nell'accezione propria di vincolo di bilancio a detrimento della stabilizzazione macroeconomica e delle politiche redistributive, tale previsione porta ad acutizzare le tensioni sistemiche presenti all'interno dell'Unione Monetaria Europea, potendo portare a un eventuale collasso dell'eurozona. La cronaca più recente obbliga a rivalutare il periodo ipotetico dell'ultima frase; la consultazione referendaria del giugno 2016 avvenuta nel Regno Unito, che ha prodotto un risultato, seppur al limite, di disconoscimento delle istituzioni europee e una volontà di indirizzare le politiche in direzione nazionalistica, è senza dubbio, un parametro di allarme in relazione alle politiche di austerità percorse dalle Istituzioni europee.

Il Regno Unito, inoltre, aveva abbandonato la regola di vincolo al bilancio nel 2009. Pertanto, è meno vincolato, rispetto agli Stati che hanno ratificato il TSCG, nelle proprie politiche macroeconomiche; ciò potrebbe far presagire un periodo di crisi della legittimazione delle istituzioni europee e, in particolare, delle politiche di austerità negli Stati che hanno implementato la regola aurea al bilancio nelle proprie Costituzioni.

Altra problematica aperta è quella relativa alla eventuale permanenza temporale di tali politiche: avere elevato tali vincoli al rango Costituzionale è utile per consentire alle Corti Costituzionali di controllare le spese statali e razionalizzare il bilancio oppure si è sancita l'austerità *ad libitum*?

È importante sottolineare anche che le varie ipotesi di eccezionalità poste nelle Costituzioni emendate, volte a derogare i vincoli di bilancio, indeboliscono l'azione unitaria del TSCG.

Illustrata l'architettura del federalismo fiscale europeo, alcune alternative all'interno di questa cornice possono essere ipotizzate. In linea con molte proposte già avanzate è l'adozione di un sistema fiscale europeo cui gli Stati parteciperebbero con somme superiori di quelle attuali, in modo da poter attuare una reale politica redistributiva tra gli Stati ed, eventualmente, di porre in essere aiuti finalizzati a contenere gli shock asimmetrici⁴². In questa ipotesi i vincoli sanciti dal TSCG potrebbero essere attuati rigidamente, senza intaccare la prosperità dell'Eurozona, concepita come un *unicum* e non come la sommatoria di più Stati con volontà differenti.

Abstract

This paper highlights the problematics regarding the provisions and the national implementations of the Treaty on Stability, Coordination and Governance. Also called TSCG, this international treaty establishes budget balance rules for the Eurozone States, in order to prevent future instabilities in cases of economic crises. A comparison with the U.S. experience on the subject – regarding both the genesis of these budgetary constraints and their characteristics – is given in order to better explain the gaps left by the European law. Whereas the U.S. budgetary system was established by the independent laws of different States, the TSCG designs a series of norms which have to be implemented in every State of the Eurozone, with a top-down approach, in order to create a harmonized system throughout all the States. Nonetheless, the Treaty itself has many gaps which have been differently filled by national laws. These gaps regard relevant aspects of the discipline: even the characteristics of the constraints themselves are not clearly established. Moreover, the implementation of the TSCG has been conducted in different ways, because of the different stages of development of the national budgetary laws. Germany has always focused on the financial stability of the Federation; Spain urged a reform in financial law because of the crisis; Italy changed its Constitution to comply to the TSCG; France had an ongoing process of modernization of the Constitution. The TSCG is designed to promote financial stability; however, it impedes redistribution policies, creating tensions among the Eurozone States. In this sense, other solutions giving more responsibility and power to the central organs of the EU might be more effective.

⁴² P. Krugman, *Geography and Trade*, London, 1991.

Itinerari del riaccentramento territoriale in Italia e Spagna durante la crisi economico-finanziaria. I poteri di coordinamento finanziario dello Stato

Sommario: 1. Introduzione - 2. Ordinamento italiano - 2.1 Quadro normativo, problematicità della nozione di coordinamento - 2.2 La giurisprudenza costituzionale "della crisi" - 2.3 Cenni alle Regioni ad autonomia speciale - 3. Ordinamento spagnolo - 3.1 Le disposizioni costituzionali - 3.2 La (discussa) giurisprudenza costituzionale - 4 Conclusioni

1. Introduzione

A livello classificatorio, con riferimento alle forme di decentramento territoriale, Spagna e Italia sono abitualmente accomunate nella forma di Stato regionale¹. Si tratta in realtà di una categoria intrinsecamente problematica sul piano definitorio, essendo avvicinata talora alla forma di Stato federale, talora considerata una mera forma di decentramento di uno Stato unitario². Come si vedrà, le riflessioni sui profili finanziari possono, in questa fase, fornire utili spunti al dibattito teorico.

Oltre a questo dato, le ragioni di uno studio comparato fra Italia e Spagna sul tema dell'autonomia finanziaria e dei poteri di coordinamento dello Stato, nel periodo della crisi economico-finanziaria, sono molteplici e, prima di tutto, si apprezzano sul piano delle fonti del diritto. Entrambi gli ordinamenti sono infatti sottoposti ai vincoli europei in materia di bilancio, che si tratti di diritto dell'Unione Europea³ o di fonti di natura formalmente internazionalistica⁴. Non solo. La crisi delle finanze pubbliche investe in misura simile i due Stati, si pensi al rapporto fra debito e prodotto interno lordo: tali grandezze peraltro trascendono ormai il piano empirico, assurgendo a criterio per l'applicazione di differenti regolazioni giuridiche, sia livello eurounitario che nella legislazione, costituzionale e ordinaria, dei due Stati.

In questo contesto, se la presenza di poteri statali di coordinamento finanziario può considerarsi un tratto comune delle forme di federalismo fiscale c.d. 'di spesa' - ovvero di quelle declinazioni del fenomeno in cui il potere di spesa assume in concreto importanza preponderante rispetto al potere impositivo e ai sistemi di perequazione fra enti territoriali⁵ - si può osservare sul piano dinamico come l'esercizio del 'coordinamento' si faccia, in entrambi gli ordinamenti, così penetrante da porre in discussione la stessa garanzia costituzionale del riparto delle competenze, che dovrebbe essere un elemento caratterizzante la forma di Stato regionale.

2. Ordinamento italiano

2.1 Quadro normativo, problematicità della nozione di coordinamento

Nel testo costituzionale vigente, il «coordinamento della finanza pubblica» è ambito di potestà legislativa concorrente fra Stato e Regioni (art. 117, comma 2, Cost.)⁶. Coerentemente, l'art. 119 Cost.,

¹ V., *ex multis* G. De Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2011, vol. I, 441 ss.

² G.F. Ferrari (cur.), *Federalismo, sistema fiscale, autonomie*, Roma, 2010, 4-5.

³ Ad esempio, il c.d. Semestre europeo, Six Pack e Two-Pack, sui quali si rimanda sintenticamente a D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *European Union Law. Text and Materials*, Cambridge, 2012, 740 ss.

⁴ Particolarmente il Trattato sulla stabilità, coordinamento e governance nell'Unione economica e monetaria, contenute il c.d. Fiscal compact, come sottolinea ad esempio A. Guazzarotti, *Il ruolo dei diritti sociali (e dei giudici) nella "costituzionalizzazione" dell'Unione Europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, 1, 55 ss.

⁵ G.G. Carboni, *Federalismo fiscale comparato*, Napoli, 2013, 135 ss.

⁶ Prima della l.cost. 1/2012, di cui si dirà oltre, il coordinamento finanziario formava un'endiadi con la competenza relativa alla "armonizzazione dei bilanci pubblici" (secondo l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale fin

nel riconoscere l'autonomia finanziaria delle Regioni, richiama i 'principi' relativi al coordinamento finanziario⁷. Con tale competenza concorrente, s'intreccia poi la novella costituzionale, introdotta dalla l. cost. 20 aprile 2012, n. 1, (in particolare l'art. 81 Cost., come modificato) e la legge rinforzata 24 dicembre 2012, n. 243, approvata sulla base del comma 6 del medesimo articolo, al fine di disciplinare, fra l'altro, «le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni». Come è noto, l'introduzione di tali vincoli a livello costituzionale, costituiva un adempimento di quanto pattuito a livello europeo nel c.d. *Fiscal compact*.

Anche sulla base di quanto poi affermato dalla Corte costituzionale con sent. n. 88 del 2014, secondo parte della dottrina la novella costituzionale del 2012 finisce dunque per sdoppiare i poteri di coordinamento finanziario previsti a livello costituzionale fra la figura generale prevista dall'art. 117, comma 3, Cost. – consistente, almeno in linea teorica, in sole norme di principio – e il potere di coordinamento di cui alla legge cost. n. 1 del 2012, che abilita a porre anche norme di dettaglio, seppure col duplice limite della fonte (legge rinforzata) e dell'ambito materiale, (blandamente) delimitato dall'art. 5, comma 2, lett. b) e c) della legge costituzionale⁸.

A tutto questo, si aggiunga come, in prospettiva, la riforma costituzionale approvata dal Parlamento inserisse il potere di coordinamento nel 'nuovo' comma 2 dell'art. 117⁹. Anche qui si davano due letture. Una prima lettura vedeva tale collocazione come un'opera di riordino del tessuto costituzionale delle competenze e una scelta dovuta a seguito dell'eliminazione della potestà legislativa concorrente. Altra lettura – al contrario – riteneva che questo spostamento comportasse il travolgimento della giurisprudenza formatasi in materia e una nuova, più forte, legittimazione per la politica di tagli lineari portata avanti dal livello centrale di governo¹⁰.

In realtà, sembra potersi affermare che la problematicità della nozione di coordinamento non è tanto estrinseca – ovvero legata alla sua collocazione nell'uno o nell'altro titolo di competenza – quanto intrinseca, e dipende dal contenuto normativo che si attribuisce a tale figura. Esso non può dirsi pacifico nemmeno nella dogmatica amministrativistica, all'interno della quale tale relazione organizzativa aveva ricevuto l'originaria sistematizzazione scientifica¹¹.

Sviluppandosi dunque la questione, più che sul piano delle fonti, su quello dell'interpretazione, sono essenziali le scelte compiute sul punto dalla Corte costituzionale.

dalla sentenza 16-01-2004, n. 17). Ora, quest'ultima competenza risulta fra le competenze esclusive dello Stato: sulle relative implicazioni, v. L. Mercati, *Armonizzazione dei bilanci pubblici e principi contabili*, in www.federalismi.it, 15 gennaio 2014; S. Bartole, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni anche alla luce della legge costituzionale n. 1 del 2012*, negli atti del Seminario di Studio *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e delle Regioni. La lezione dell'esperienza* (Palazzo della Consulta, 15 maggio 2015), presenti sul sito www.cortecostituzionale.it.

⁷ Dopo un lungo periodo di inerzia, il legislatore statale ha iniziato a dare attuazione a tale disposizione costituzionale con la legge delega 5 maggio 2009, n. 42: l'ulteriore fase di attuazione – di cui non è possibile dare conto in questa sede – è stata segnata dall'intersecarsi di altre dinamiche, determinate dalla crisi finanziaria, fra le quali quelle descritte in questo contributo. Per una valutazione critica v., ad esempio, M. Bertolissi, *Autonomia e responsabilità sono un punto di vista*, Napoli, 2015, 427 ss.

⁸ G. Brancasi, *La Corte costituzionale al bivio tra il tradizionale paradigma del coordinamento finanziario e la riforma costituzionale "introduttiva del pareggio di bilancio"*, in *Giur. cost.*, 2014, 1633 ss.; G. Rivosecchi, *Finanza delle autonomie speciali e vincoli di sistema*, in *Rivista AIC*, 1, 2016, part. 27 ss. Sulla giurisprudenza formatasi su questi profili, v. E. Albanesi, *La giurisprudenza ed il ruolo della Corte costituzionale nel delineare i rapporti tra Stato e Regioni alla luce del principio di equilibrio di bilancio (nel contesto della crisi economica)*, in *AA.VV., Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*, Napoli, 2016.

⁹ Ci si riferisce al d.d.l. di riforma costituzionale, approvato dalla Camera dei deputati, in seconda deliberazione, il 12 aprile 2016, successivamente sottoposto il 4 dicembre 2016 a referendum confermativo, ai sensi dell'art. 138 Cost., con esito negativo.

¹⁰ L. Antonini, *L'autonomia finanziaria delle Regioni tra riforme tentate, crisi economica e prospettive*, in *Rivista AIC*, 4, 2014.

¹¹ F.G. Scoca (cur.), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 70-71.

2.2 La giurisprudenza costituzionale “della crisi”

È ormai dato acquisito nella riflessione sul regionalismo il fatto di considerare la crisi economico-finanziaria come uno spartiacque nella giurisprudenza costituzionale sul coordinamento finanziario¹².

La rilettura dello stesso come funzione piuttosto che come ambito materiale di competenza ha permesso allo Stato di utilizzare tale titolo a giustificazione di svariati interventi di dettaglio su materie appartenenti alla potestà legislativa concorrente e alla potestà legislativa esclusiva delle regioni¹³. La funzionalizzazione di tali poteri - oltre che da riferimenti all'emergenza finanziaria - è puntellata, nelle motivazioni della Corte, anche dalla necessità per lo Stato di rispettare i vincoli finanziari stabiliti a livello europeo¹⁴.

D'altro canto, la giurisprudenza pone certamente anche dei limiti ai poteri di coordinamento, usualmente compendiate nella globalità/non esaustività e nella temporaneità delle disposizioni¹⁵; sulla consistenza degli stessi è però opportuno fare delle precisazioni:

- lo scrutinio sulla globalità e non esaustività delle disposizioni sembra infatti condotto in maniera piuttosto deferente, in particolare ove permette di intervenire direttamente su specifiche voci di spesa, specie se di particolare rilevanza sul piano quantitativo (come le spese per il personale)¹⁶;
- per quanto riguarda la temporaneità, come avvenuto anche con la recente sentenza n. 64 del 24 marzo 2016, la mancata previsione di un termine finale non conduce a una sentenza di accoglimento *tout court* ma a una sentenza additiva con la quale la Corte ‘salva’ le norme impugnate, individuando il termine della loro vigenza in un triennio. La Corte ricava in questo caso le ‘rime obbligate’ dall’andamento triennale delle politiche di bilancio realizzate dalla Legge di stabilità, a norma dell’art. 11 della Legge di contabilità e finanza pubblica (l. 31 dicembre 2009, n. 196).

Stando così le cose, sul piano dei poteri statali viene parzialmente ridimensionato il peso del microsistema - o, in altri termini, della nuova competenza esclusiva - creati dalla l. cost. n. 1 del 2012, dato che il contenzioso costituzionale continua sostanzialmente a svolgersi lungo i binari degli art. 117 e 119 Cost., seppur riletti alla luce delle esigenze di equilibrio finanziario.

2.3 Cenni alle Regioni ad autonomia speciale

Non è possibile a questo punto non fare un cenno alla posizione occupata in questo contesto dalle Regioni ad autonomia speciale. La specialità, in generale, ma particolarmente nelle sue declinazioni finanziariamente più efficienti, potrebbe costituire l'occasione di realizzare il coordinamento in maniera meno unilaterale e centralistica. Non sempre uniformità e virtuosità, infatti, fanno rima. L'applicazione di tagli lineari può produrre, paradossalmente, delle diseconomie, se condotta senza aver riguardo delle specifiche scelte amministrativo-finanziarie compiute dalle diverse realtà.

¹² A. D'Atena, *Il riparto delle competenze tra Stato e regioni ed il ruolo della Corte costituzionale*, in *Rass. parl.*, 4, 2015, 787-807.

¹³ In questo senso, anche M. Belletti, *Le materie di potestà legislativa concorrente*, in www.osservatorioaic.it, 2, 2016, 7 ss. V. ad esempio il quadro tracciato da L. Mollica Poeta, *L'autonomia degli enti territoriali alla prova della crisi economica: nuovi vincoli ed equilibrio di bilancio*, in www.gruppodipisa.it, 20 ss.

¹⁴ M. Salerno, *Autonomia finanziaria regionale e vincoli europei di bilancio*, Napoli, 2013, 153 ss.; M. Belletti, *Corte costituzionale e spesa pubblica. Le dinamiche del coordinamento finanziario ai tempi dell'equilibrio di bilancio*, Torino, 2016.

¹⁵ G.G. Carboni, *Lo Stato regionale al tempo del rigore finanziario*, in *Rivista AIC*, 2, 2014, 14 ss.

¹⁶ V., *ex multis*, sent. 3-3-2011, n. 69 e 6-12-2013, n. 289.

Il metodo pattizio – consacrato dagli Statuti speciali, prima, dalla giurisprudenza costituzionale, poi, e infine dall’art. 27 della legge 5 maggio 2009, n. 42¹⁷ – permette ad esempio di realizzare in maniera concordata gli obiettivi di riduzione della spesa prestabiliti a livello statale, «determina[ndo] nel loro complesso punti controversi o indefiniti delle relazioni finanziarie tra Stato e Regioni, [...] modulando le regole di evoluzione dei flussi finanziari dei singoli enti, in relazione alla diversità delle situazioni esistenti nelle varie realtà territoriali», riallocando, se necessario, le risorse «anche ad esercizio inoltrato»¹⁸. La giurisprudenza chiarisce peraltro come tale strumento debba declinarsi all’interno degli spazi che residuano a seguito delle determinazioni che lo Stato deve compiere per rispettare le regole finanziarie europee, che risultano dunque prevalenti rispetto al principio pattizio.

Il metodo negoziale consente altresì di pensare modalità alternative, e – si può dire – più raffinate sul piano giuridico, per realizzare quella fondamentale funzione di coordinamento statale che è la perequazione, che non deve necessariamente realizzarsi con la rinuncia di spazi finanziari per le regioni, ma può tradursi anche nell’assunzione di ulteriori competenze a parità di risorse e, quindi, con salvezza dell’erario¹⁹. Una declinazione della solidarietà che premia e non sacrifica le abilità di governo delle classi politiche regionali più capaci.

Bisogna tuttavia registrare come, nella più recente giurisprudenza costituzionale, anche il principio pattizio sia risultato talora soccombente nel bilanciamento rispetto alle esigenze di equilibrio finanziario²⁰. Il riferimento è specialmente alla complessa sent. n. 155 del 2015: la Corte, nonostante l’unilateralità seguita dallo Stato nell’adozione di norme pesantemente impattanti sulla fiscalità locale, ha dichiarato inammissibili tutte le questioni poste dalle regioni, in quanto impossibilitata ad adottare una pronuncia a rime obbligate, spettando al legislatore il compito di bilanciare tutti gli interessi che si intersecano attorno al riparto delle entrate tributarie nel percorso di attuazione del federalismo fiscale²¹. In modo realistico, si potrebbe rilevare come, paradossalmente, maggiore è l’invasività dell’intervento del livello centrale di governo, maggiore l’impatto sulle finanze statali, minore – in modo inversamente proporzionale – è la propensione della Corte di intervenire concretamente a tutela delle autonomie.

3. Ordinamento spagnolo

Passando all’analisi dell’ordinamento spagnolo, prima di mettere in luce le analogie con il caso italiano, è bene ricordarne brevemente alcuni profili peculiari.

Prima di tutto, la conflittualità del sistema è molto più elevata – a partire dal piano politico²² – e i profili finanziari sono un punto nodale dei dissidi in atto. Basti a testimoniarlo il tentativo compiuto

¹⁷ E. D’Orlando, *Clausola di salvaguardia e metodo negoziale: suggestioni (in controtendenza) per un nuovo statuto costituzionale delle autonomie speciali*, in F. Palermo e S. Parolari (cur.), *Riforma costituzionale e Regioni. Riflessioni a prima lettura sul nuovo Titolo V della Costituzione*, Bolzano, 2015.

¹⁸ Corte cost., sent. 26-02-2015, n. 19, *cons. dir.* 6.2; con nota di R. Bin, *L’autonomia finanziaria delle regioni speciali tra vincoli europei, obbligo di solidarietà e leale collaborazione*, in www.forumcostituzionale.it, *Novità dal forum – Rassegna* 7/2015.

¹⁹ B. Baldi, *Regioni a statuto speciale e federalismo fiscale: un’analisi comparata*, in *Istituzioni del federalismo*, 1, 2012, 245 ss.

²⁰ C. Padula, *Dove va il bilanciamento degli interessi? Osservazioni sulle sentenze 10 e 155 del 2015*, in www.federalismi.it, 14 ottobre 2015; G. D’Amico, *La finanza delle Regioni speciali tra mancata attuazione degli statuti e accordi “riparatori”*. Nota a commento della sent. n. 155 del 2015, in www.forumcostituzionale.it, *Novità dal forum – Rassegna* 4/2016.

²¹ La sentenza n. 155 del 2015 si era tuttavia pronunciata al riguardo di misure provvisorie, che incidevano sul gettito relativo soltanto a determinati periodi d’imposta: a fronte della successiva “stabilizzazione” delle stesse (mediante l’eliminazione dei relativi termini finali), la Corte costituzionale le ha dichiarate costituzionalmente illegittime con sent. 20 luglio 2016, n. 188.

²² Fino ai tentativi di tenere un *referendum* sul futuro politico della Catalogna che metteva in discussione la permanenza della stessa all’interno dello Stato spagnolo, su cui J. M. Castellà Andreu, *The Proposal for Catalan Secession and the Crisis of the Spanish Autonomous State*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2, 2015, 429 ss.

dalla Catalogna di introdurre, a livello statutario²³, un sistema che si allontanava sensibilmente dal regime ordinario di finanziamento, tentativo poi affossato dal *Tribunal constitucional*²⁴.

A livello dottrinale, poi, si potrebbe dire che l'autopercezione delle autonomie territoriali come elemento caratterizzante il sistema è molto più accentuato che a livello italiano, tanto che vi è chi afferma che la Spagna è «uno degli Stati più decentralizzati del mondo»²⁵.

Infine, il sistema delle competenze è ancora più complesso e venato di una forte dose di ambiguità, che deriva dalla compresenza di un elemento strutturale di differenziazione e asimmetria – rappresentato, a livello di fonti, dagli statuti – con una forte spinta politica all'uniformità, storicamente concretatasi nelle diverse fasi dei *Pactos autonómicos*²⁶.

3.1 Le disposizioni costituzionali

A livello costituzionale, l'art. 156 CE prevede espressamente «i principi di coordinamento con le finanze statali» come limite all'autonomia finanziaria delle CC.AA.; tuttavia, con riferimento al sistema delle competenze, grande valenza hanno avuto anche le competenze esclusive statali in *Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica* e *Hacienda general y Deuda del Estado* (Art. 149.1.13 e 149.1.14). La giurisprudenza costituzionale spagnola a questo proposito, come si vedrà in seguito, è di particolare interesse.

Anche la Spagna, in parallelo all'Italia, ha introdotto a livello costituzionale il principio di equilibrio di bilancio, novellando l'art. 135 CE, introducendo anche in questo caso – ai commi 3 e 5 – una specifica competenza di coordinamento, con riserva di legge organica, prontamente attuata con la Legge Organica 27 aprile 2012, n. 2, la quale reca cospicui e stringenti limiti alla spesa, all'indebitamento, al sistema contabile e, in generale, all'autonomia finanziaria delle CC.AA.²⁷.

Quello che più interessa però, nella sistematica del presente contributo, è il fatto che si possa registrare una chiara tendenza dello Stato a intervenire direttamente in ambiti riservati alla competenza delle CC.AA. (come i salari dei funzionari pubblici, le loro condizioni di lavoro, le prestazioni sanitarie ed educative, etc.), anche al di fuori delle logiche e dei procedimenti della citata legge organica, sulla base delle competenze esclusive in materia economico-finanziaria²⁸, causando la reazione delle Comunità autonome, che cercano tutela di fronte alla giurisdizione costituzionale.

²³ M. Parodi, *Le conseguenze della crisi economico-finanziaria dell'Europa sulle rivendicazioni indipendentiste nello Stato spagnolo*, in P. Vipiana (cur.), *Tendenze centripete e centrifughe negli ordinamenti statali dell'Europa in crisi*, Torino, 2014, 129 ss.; G.G. Carboni, *La risposta della Spagna alla crisi: economia e istituzioni scelgono la strada delle riforme costituzionali*, in C. Cerrina Feroni e G.F. Ferrari (cur.), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2012, 211 ss.; A.M. Carmona Contreras, *Il finanziamento delle Comunità autonome in Spagna; dalla Costituzione, alla LOFCA, agli statuti di autonomia riformati? Cronaca di un complesso intreccio normativo*, in F. Palermo, M. Niccolini (cur.), *Federalismo fiscale in Europa. Esperienze straniere e spunti per il caso italiano*, Napoli, ESI, 2012, 63 ss.

²⁴ Tribunal constitucional, sent. 28-06-2010, n. 31.

²⁵ Così, J.L. García Guerrero, *Lo Stato autonomico, evoluzione e qualche conclusione sulla prima riforma integrale di alcuni statuti*, in www.federalismi.it, 18, 2008, 1. Più ampiamente, J.F. Lopez Aguilar, *Lo stato autonomico spagnolo. Stato composto asimmetrico e fatti differenziali nella Costituzione spagnola del 1978. Un'analisi dello Stato delle autonomie nella prospettiva del costituzionalismo comparato. Federalismo asimmetrico e fatti differenziali costituzionalmente rilevanti*, Padova, 1999, 7 ss.

²⁶ J.O. Bercholz, *El Tribunal Constitucional español y el desarrollo autonómico a través del control de constitucionalidad*, in *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 10, 2015, 50 ss.

²⁷ L. Ferraro, *La crisi finanziaria e lo stato autonomico spagnolo*, in *Rivista AIC*, 4, 2012; T. de la Quadra-Salcedo Janini, *¿Se ha transformado la autonomía política y financiera de la comunidades autónomas tras la reforma constitucional del artículo 135 y la adopción de la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera?*, in *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 6, 2013, 59 ss.; M.D. Arias Abellán, *Estabilidad presupuestaria y deuda pública: su aplicación a las comunidades autónomas*, in *Rev. estudis autonòmics i federals*, 18, 2013, 126 ss.

²⁸ M. Corretja Torres, *El sistema competencial español a la luz de la eficiencia: indefinición, duplicidades, vulnerabilidad de las competencias autonómicas y conflictividad*, in *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 5, 2013, 35 ss.

3.2 La (discussa) giurisprudenza costituzionale

In questo quadro conflittuale, controversa è la posizione del *Tribunal constitucional*, accusato da parte della dottrina di non assicurare garanzie alle competenze autonome²⁹. Una vivace dialettica non si realizza qui, come in Italia, solo fra il formante dottrinale e quello giurisprudenziale, ma anche all'interno di quest'ultimo, potendo i giudici costituzionali formulare dei *votos particulares*, che costituiscono un prezioso strumento per comprendere i contrasti interpretativi in atto³⁰.

In effetti, è indubbio che il *Tribunal constitucional* legga le competenze relative alle «Basi e coordinamento della pianificazione generale dell'attività economica» e alle «Finanze generali e debito dello Stato» nella medesima maniera finalistica nella quale la Corte costituzionale italiana legge il coordinamento della finanza pubblica, permettendo allo Stato di regolare ogni aspetto si reputi avere un'incidenza economico-finanziaria³¹.

Per apprezzare il mutare degli itinerari interpretativi nel contesto della crisi economico-finanziaria si tenga presente che la competenza relativa alla *Hacienda general*/finanze generali era stata ritenuta dalla dottrina sempre riferita precipuamente al profilo delle entrate finanziarie: è l'importante sentenza del *Tribunal constitucional* n. 130 del 4 giugno 2013, sulla *Ley general de subvenciones*, che la estende per la prima volta all'ambito della spesa (*gasto publico*)³².

L'emergenza finanziaria e il rischio per lo Stato di incorrere nell'inadempimento degli obblighi europei relativi ai bilanci nazionali sono utilizzati anche per giustificare l'utilizzo della decretazione d'urgenza (ovvero dello strumento del *real decreto-ley*) per incidere in tal modo sulle competenze autonome³³. La legittimazione di un ampio uso di fonti emergenziali impedisce anche l'esplicitarsi della funzione di tutela dell'autonomia svolta dalle forme di negoziazione previste, seppure a livello multilaterale, come il *Consejo de Política Fiscal y Financiera*, alle quali precedenti pronunce avevano garantito un ruolo, almeno sul piano partecipativo³⁴.

Un ultimo profilo che si può qui mettere in luce della giurisprudenza spagnola 'della crisi', è quella che è stata chiamata la resurrezione dell'*interés general* nello Stato autonomo³⁵. Tale criterio – che in realtà era già stato utilizzato in alcune pronunce degli anni '80 – viene ricavato in via interpretativa da un combinato disposto di precetti costituzionali (art. 31 e 135 CE) e viene utilizzato per rinforzare l'ambito di competenza dello Stato. Si differenzia quindi dall'*interés general* previsto dall'art. 150.3 CE, che abilita sì la legge statale a intervenire nelle competenze esclusive delle CCAA, ma solo con la maggioranza assoluta di entrambe le *Cortes*.

Sempre in un gioco di richiami con l'ordinamento italiano, il pensiero va subito all'art. 117, comma 5, introdotto dalla riforma costituzionale varata dal Parlamento (c.d. clausola di supremazia), ovvero con la previsione espressa dell'interesse generale come titolo legittimante l'intervento della legge statale in ambiti di competenza esclusiva delle regioni.

²⁹ J.O. Bercholz, *El Tribunal Constitucional*, cit., 53; C. Aymerich Cano, *Subvenciones y Estado Autonomico. Crítica de la última jurisprudencia constitucional*, in *Rev. Vasca de Administración Pública*, 97, 2013, 221 ss.

³⁰ Si veda, ad esempio, il Voto particular alla sentenza del Tribunal constitucional, 4-6-2013, n. 130.

³¹ G. Martín i Alonso, *La realidad del estado autonómico reflejada en la sentencias del tribunal constitucional 130/2013 y 135/2013, relativas a la ley general de subvenciones*, in *Rev. estudis autonòmics i federals*, 20, 2014; M. Carrillo, *Constitución y control de las finanzas públicas*, in *Rev. esp. der. const.*, 101, 2014, part. 37-40.

³² G. Martín i Alonso, *La realidad del estado autonómico*, cit., 13.

³³ Da ultimo, Tribunal constitucional, sent. 4-2-2016, n. 18, e altre ivi richiamate. L'ampio uso (e abuso) del decreto legge su questi profili – nell'alveo di una radicata prassi italiana – caratterizza anche la nostra esperienza costituzionale nel medesimo periodo, come rileva P. Vipiana, *Le ripercussioni della crisi economica sull'assetto delle autonomie in Italia: un ritorno all'accentramento*, in *Id.* (cur.), *Tendenze centripete e centrifughe*, cit.

³⁴ STC 31/2010.

³⁵ P. Requejo Rodriguez, *La resurrección del interés general en el estado autonómico*, in *Rev. derecho pol.*, 87, 2013, 149 ss.

4. Conclusioni

In conclusione, si può osservare come la comparazione sia strumento indispensabile, da un lato, per far emergere le consonanze che si vengono a creare in diversi ordinamenti, anche per la comune partecipazione all'Unione Europea³⁶, e, dall'altro (quasi al rovescio della medaglia), per valutare trasversalmente le conseguenze delle politiche poste in essere a livello sovranazionale³⁷.

Alla contingente situazione finanziaria degli Stati e alle modificazioni normative introdotte a livello europeo è conseguita un'interpretazione estensiva delle competenze di coordinamento finanziario del livello centrale di governo da parte di entrambe le Corti costituzionali. Tale interpretazione ha portato a giustificare l'intervento del legislatore statale in ambiti materiali riservati alle competenze delle autonomie territoriali.

Se la crisi finanziaria si presta, di per sé, a essere considerata un fenomeno contingente, non è in ogni caso possibile qualificare soltanto come 'emergenziali' i vincoli in materia finanziaria: al contrario, essi si apprestano a essere il quadro dentro il quale si svolgeranno nei prossimi anni i rapporti di finanza pubblica. Perciò, due sono le alternative ragionevolmente percorribili, anche *de jure condendo*, in prospettiva futura. La prima è prendere atto di un inesorabile 'tramonto dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali'³⁸, avendo lo Stato reagito alla crisi finanziaria e al nuovo quadro regolatorio europeo «provando a conservare un minimo di autonomia finanziaria nutrendosi di quella residua rimasta in capo agli enti territoriali»³⁹. L'altra – forse più consona ad un assetto pluralistico e autonomistico – è la ridefinizione in un senso di chiarezza del ruolo dei diversi livelli di governo nella realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica e dei metodi da seguire, se del caso nell'ottica di un regionalismo asimmetrico. Altrimenti, per tornare al problema classificatorio accennato all'inizio, potrebbe diventare difficile distinguere sotto questo aspetto un ordinamento unitario decentrato da un ordinamento regionale, con le relative garanzie costituzionali delle autonomie.

Abstract

The paper illustrates the consequences of the economic and financial crisis on the financial autonomy of Regions. This will be pursued by analysing the cases of Italy and Spain. The analysis will follow the specific point of view of the use and interpretation of the coordination powers recognised to the State in both countries.

The State has undoubtedly intervened at high degree in the fields constitutionally reserved to Regional powers in both countries, justifying its behaviour on the after-crisis fiscal needs and on the new EU legal framework. The financial coordination powers are often claimed by the central tiers of government in the judgements in front of the constitutional courts.

³⁶ G. Recchia, *Consonanze e dissonanze nel diritto pubblico comparato*, Padova, 2000, 39 ss.

³⁷ Per il caso italiano, v. le interessanti considerazioni di G. Martinico e L. Pierdominici, *Crisis, emergency and subnational constitutionalism in the Italian context*, in *Perspectives on Federalism*, 6, 2014, 116 ss. In questo contesto, però, è particolarmente opportuno tenere presenti anche le 'dissonanze', sia interne (come, per quanto riguarda l'Italia, il caso delle regioni ad autonomia speciale), sia le esperienze – che non è stato possibile approfondire in questo contributo – degli Stati che hanno saputo perseguire gli obiettivi di risanamento finanziario in modo maggiormente rispettoso delle autonomie territoriali: si vedano, ad esempio, J. Woelk, *I rapporti finanziari tra i livelli di governo nell'ordinamento tedesco*, 15 ss.; E. D'Orlando, *I rapporti finanziari tra i livelli di governo e le antinomie del modelli federale austriaco*, 43 ss.

³⁸ F. Gallo, *Il principio costituzionale di equilibrio di bilancio e il tramonto dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali*, in *Rass. trib.*, 6, 2014, 1199-1213.

³⁹ A. De Siano, *Autonomia finanziaria degli enti territoriali e politiche pubbliche di coesione*, in www.federalismi.it, 19 dicembre 2015, 21.

The first section of the discussion will be devoted to the main constitutional and legal innovations adopted in Italy and Spain after the ratification of the Treaty on Stability, Coordination and Governance. As a matter of fact, such innovations give a stronger legitimation to State interventions on regional budget decisions.

The second section focus on constitutional courts. Their jurisprudence allows to evaluate the role played by these measures in the fiscal relationships between central power (State) and autonomies (Regions). Even though the emergency measures adopted by the States during the financial crisis appear to be naturally temporary, the constitutional reform approved by Italian parliament aims to make stable these re-centralisation dynamics on fiscal powers.

Keynes il fuorilegge: racconto comparatistico di una messa al bando costituzionale

Sommario: 1. La Public Choice e la Constitutional Political Economy – 2. Gli Stati Uniti e la vicenda della non costituzionalizzazione del pareggio di bilancio - 3. Il pareggio di bilancio in ambito continentale: la prospettiva ordolibera ed il caso tedesco - 4. *Note conclusive minime*. Il principio costituzionale del pareggio di bilancio: tra comando pedagogico e parametro costituzionale

1. La Public Choice e la Constitutional Political Economy

L'utilizzo della lente d'ingrandimento comparatistica permette di ricondurre il sostrato ideologico del vincolo costituzionale del pareggio di bilancio alle riflessioni degli esponenti della c.d. 'teoria della scelta pubblica' (*Public Choice*)¹.

L'armamentario teorico della scuola virginiana (*Center for Study of Public Choice*²) affonda le sue radici nel movimento giuridico post-moderno di *Law and Economics* del quale per una parte vengono ripresi gli assunti tradizionali, mentre, nel contempo, altri di innovativi se ne aggiungono³.

Un primo elemento di originalità rispetto alla radice tradizionale, per ciò solo, si può far coincidere con l'impegno teso a trasferire la discussione all'interno della cittadella giuspubblicistica, fino ad allora considerata - a differenza di quanto accaduto con il diritto dei traffici privati - territorio del tutto immune dalla speculazione efficientista ed economicista⁴.

Il diverso oggetto di studio - nonché l'angolo di osservazione del tutto "eterodosso" rispetto alle dinamiche di mercato care ai colleghi di Chicago - contribuisce in parte a giustificare la visione (neo-)contrattualistica della *Public Choice*⁵.

Come è noto, la nascita della dottrina in esame si fa convenzionalmente risalire agli scritti istituzionalisti del Premio Nobel per l'economia James Buchanan⁶, ed in particolare alla pubblicazione del volume - confezionato con Gordon Tullock - '*The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*' (1962)⁷.

¹ Per un'introduzione generale di matrice comparatistica cfr., per tutti, N. Gauropa, T. Ginsburg, *Economic analysis and comparative law*, in *The Cambridge companion to comparative law*, M. Bussani, U. Mattei (a cura di), Cambridge, 2012, 57 ss., in particolare 65-66; per una panoramica essenziale si veda anche N. Mercurio, S. G. Medema, *Economics and the Law: From Posner to Post-modernism*, Princeton, Princeton University Press, 1998, 84 ss. Quanto alla letteratura italiana, di fondamentale contributo il volume di G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 31-40. Da ultimo, per una trattazione proveniente dalla stessa dottrina economica, cfr. E. Marelli, M. Signorelli, *Politica Economica: teorie, scuole ed evidenze empiriche*, Torino, 2010, 477-479.

² Il centro di ricerca venne istituito nel 1957 presso l'*University of Virginia*, per poi trasferirsi in un secondo momento (1983) presso la *George Mason University*, dove tutt'ora ha sede.

³ Sulla genesi ed i caratteri del movimento giuseconomico doveroso il riferimento a G. Minda, *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence At Century's End*, New York and London, 1995, 83-105.

⁴ *Ibidem*, 98: l'autore inserisce la Teoria in una nuova generazione di analisi economica del diritto che si contraddistingue e differenzia - rispetto alla prima ondata (Coase, Calabresi e Posner) - per una maggiore ecletticità e per un consistente pragmatismo.

⁵ Cfr. G. Napolitano, M. Abrescia, *op. cit.*, 32.

⁶ James Buchanan conseguirà il premio nel 1986, sulla scia di altri macroeconomisti neoclassici: Friedrich von Hayek nel 1974 e Milton Friedman nel 1976. Per una (originale) storia economica, presentata attraverso le biografie dei suoi Premi Nobel, si rinvia a T. Karier, *Intellectual Capital: Forty Years of the Nobel Prize in Economics*, Cambridge, 2010, in particolare 28-33. Per meglio comprendere le ragioni dell'accantonamento - economico, e quindi politico - della teoria keynesiana, e dunque il correlato cambio di paradigma a favore dei monetaristi, assolutamente magistrale la spiegazione offerta da J. K. Galbraith, *Storia dell'economia*, Milano, 2013, 300 ss.

⁷ Ad onor del vero, c'è chi rinviene le fondamenta strutturali degli studi di *Public Choice* nelle riflessioni dell'economista Kenneth Arrow - ed in particolare in quello che venne poi ribattezzato 'teorema dell'impossibilità' - così come già contenute nel libro del 1951 '*Social Choice and Industrial Values*'. Non potendo indugiare sulla complessa speculazione organizzata da Arrow, non resta che rinviare all'analisi condotta da A. Cerri, *Dal contrattualismo al principio di maggioranza: approccio giuridico ed approccio economico-matematico al processo politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 3, in particolare 647-650. Per una carrellata dei possibili «precursori teorici» cfr. gli stessi

L'opera buchaniana, poi arricchitasi nel corso degli anni con una produzione amplissima, già nelle sue prime battute concentra buona parte dell'*ideal core* costituzionalistico della scelta pubblica⁸.

Il primo dei pilastri su cui si fonda la speculazione di Buchanan – ed in un secondo momento dei suoi allievi – si ricollega all'assunto secondo il quale ogni contesto collettivo (enti, istituzioni ed organismi) sia intellegibile anche e soprattutto per il tramite del comportamento degli individui che, attraverso connessioni ed interazioni reciproche, operano al suo interno (*individualistic postulate*)⁹. Altrimenti detto, si ribalta il paradigma organicistico a favore di uno spiccato individualismo tanto metodologico che sociologico: «Avendo rifiutato la concezione organica dello stato ... ci ritroviamo con una concezione puramente individualista della collettività. Consideriamo l'azione politica come il prodotto dell'azione di individui che scelgono di perseguire i loro scopi collettivamente piuttosto che da soli, e il governo niente di più di un insieme di processi, un meccanismo, che consente a tale azione collettiva di aver luogo»¹⁰. A ben vedere, si tratta di un presupposto concettuale particolarmente dirimente per l'intera costruzione teorica, in mancanza del quale il ragionamento economico sarebbe difficilmente estendibile in area politologica.

Il gruppo, così destrutturato nelle sue unità, si "riscopre" popolato ed animato da soggetti identificabili con quell'*homo oeconomicus* che rappresenta l'attore per eccellenza delle sceneggiature di *Law and Economics*: con l'unica differenza che l'agire razionale, prima di allora, non era mai stato esteso alla sfera pubblica in maniera così categorica¹¹.

Ebbene, ragionando in riferimento all'arena politica, l'interesse esclusivo che tale *homo* intenderebbe massimizzare coincide con l'acquisizione, dapprima, e con la conservazione, dappoi, delle posizioni apicali nello scenario amministrativo-istituzionale. Nel caso dei *policy makers* l'obiettivo d'azione sarà guidato dalla tanto agognata rielezione, mentre, per il personale burocratico, si tratterà di perpetuare e consolidare le proprie prerogative gestorie.

Il terzo – ed ultimo – tassello è costituito dalla rappresentazione del processo politico-legislativo come piazza di scambio, né più e né meno di quanto accade all'interno dell'ordinario meccanismo di mercato¹².

Esaurita la disamina statica della piattaforma ideologica della *Public Choice*, non resta che spostare l'attenzione sulla sua declinazione dinamica e prescrittiva.

A questo proposito, Buchanan e sodali ritengono che nei regimi democratico-rappresentativi le istanze provenienti dalla base si tradurrebbero inesorabilmente – e malauguratamente – in una crescita incontrollata delle politiche di spesa, le quali saranno decise da governanti (parlamentari ed esecutivi) interessati alla sola, pronta e reiterata conferma elettorale¹³. Peraltro, ad accrescere l'insieme delle uscite contribuirebbe un collaudato meccanismo di solidarismo corporativo (c.d.

J. M. Buchanan, G. Tullock, trad. it., *Il calcolo del consenso. Fondamenti logici della democrazia costituzionale*, Bologna, 1998, 427 ss. Cfr. anche, tra le trattazioni più recenti, P. Martelli, *Analisi delle istituzioni politiche*, Torino, 2012, 103 -110.

⁸ Si può qui ricordare che buona parte degli scritti sono consultabili all'interno dello spazio web della '*Liberty Fund*' in www.econlib.org, organizzazione statunitense che si prefigge lo scopo di contribuire alla diffusione della cultura liberista e libertaria.

⁹ Per una sintetica - ma efficace - destrutturazione della Teoria, per tutti, si rinvia a G. Napolitano, M. Abrescia, *op. cit.*, 33-36.

¹⁰ J. M. Buchanan, G. Tullock, *op. cit.*, 58.

¹¹ Peraltro, gli stessi Buchanan e Tullock si mostrano ben coscienti dei limiti del modello della razionalità individuale (*ivi*, 85-88), specie se applicato alle scelte di politica collettiva. Cionondimeno concludono che «aspettative comparativamente più modeste non costituiscono una ragione sufficiente per distoglierci dal tentativo di elaborare modelli di questo genere» (*ivi*, 88). Per una composita messa in discussione dell'ideologia dell'agente razionale cfr., ad esempio, il recente contributo collettaneo: AA. VV., *Oltre il soggetto razionale. Fondamenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, G. Rojas Elgueta, N. Vardi (a cura di), Roma, 2014.

¹² J. M. Buchanan, G. Tullock, *op. cit.*, 355 ss.

¹³ *Ibidem*, 383-384.

logrolling): l'orizzonte opportunistico comune innescherebbe all'interno delle forze partitiche, ancorché idealmente contrapposte, un reciproco ed incrociato gioco di sostegni legislativi¹⁴.

Così ragionando, tra le altre cose, si finisce per confondere pericolosamente le relazioni egoistico-privatiste con quelle solidaristico-pubbliche, dimenticando – o fingendo di dimenticare – che esiste pur sempre una netta distinzione tra partiti e rappresentanze elettorali, da un lato, e gruppi di potere/pressione dall'altro: solo i primi, e non anche i secondi, sono tenuti a motivare le loro scelte in modo trasparente, non ultime quelle di compromesso parlamentare sulle quali si imporrà il successivo giogo della responsabilità politica¹⁵.

Da ultimo, quanto ai burocrati: per i sostenitori della *Public Choice*, le alte dirigenze solleciterebbero l'estensione della mano pubblica nella convinzione che ciò possa accrescere la macchina amministrativa e quindi, di risulta, il loro dominio sulla gestione esecutiva degli interessi di natura collettiva¹⁶.

La retorica appena riassunta presenta l'ovvio corollario dell'abbandono assoluto di ogni politica economica di *welfare*, specialmente se di stampo keynesiano¹⁷. Invece, non altrettanto scontato appare il risultato prescrittivo cui si perviene come possibile rimedio per lo scenario finora riassunto e che tanto sembra allarmare i teorici della scelta pubblica.

In quest'ottica, l'unica soluzione auspicabile sarebbe quella di una rifondazione istituzionale che imponga la dimensione della 'costituzione finanziaria' al di sopra di ogni altra matrice (eventualmente) presente nel testo fondamentale: in particolare, si tratta di costringere per via costituzionale ad una politica annuale di pareggio del bilancio pubblico, sacrificando dunque le disposizioni di tenore redistributivo. Così facendo si offrirebbe il solo antidoto realmente efficace per ogni possibile tentazione di spesa in *deficit*. In altre parole, attraverso l'inserimento di una sorta di *Grundnorm* finanziario-costituzionale si disinnescerebbe la "perversione" quasi coesistente ad ogni sistema democratico-rappresentativo: «*A meaningful constitutional norm is required, independently of just what this norm might be within rather broad limits. Budgets cannot be left adrift in the sea of democratic politics*»¹⁸.

Ad impedire il virtuoso processo di costituzionalizzazione si frapporrebbe, ovunque in Occidente, quello «scribacchino accademico» di Lord Keynes che, all'opposto, «ha lasciato carta bianca ai politici: ha distrutto i vincoli al normale desiderio dei politici di spendere e spendere senza la pur evidente necessità di tassare. Da una valutazione oggettiva risulta che politicamente il keynesianismo rappresenta sostanzialmente una malattia che nel lungo periodo può essere fatale alla sopravvivenza della democrazia»¹⁹.

Prescindendo dai furori retorici appena menzionati, spesso dalla natura gratuitamente offensiva, la "messa al bando" della proposta keynesiana passa per una critica economico-politica che si può così sintetizzare: l'implementazione del compromesso keynesiano causerebbe una spirale

¹⁴ In origine, lo studio del sistema di scambi incrociati fu oggetto di ricerca da parte del solo Tullock: cfr. G. Tullock, *Problems of Majority Voting*, in *J. Pol. Econ.*, 67, 1959, 571-579.

¹⁵ Sulla necessaria distinzione – quanto a funzione e modalità d'azione – tra partiti, gruppi di interesse/pressione e *lobby*, cfr. la ricca tassonomia terminologica e sostanziale di P.G. Petrillo, *Democrazie sotto pressione: parlamenti e lobby nel diritto pubblico comparato*, Milano, 2011, 44 ss.

¹⁶ «*As agencies become larger, however, and the bureaucracy members come to make up a larger and larger share of the total voting constituency, the possibility of the usage of civil servant voting power to expand salaries directly becomes real*», così limpidamente si esprimono i due economisti in occasione di un breve scritto a quattro mani dal titolo '*The Expanding Public Sector: Wagner Squared*', in *Public Choice*, 1977, 31, 148 (147-150).

¹⁷ Cfr. J.M. Buchanan e R.E. Wagner, *Democracy in Deficit. The Political Legacy of Lord Keynes*, New York, 1977; nonché J.M. Buchanan, R.E. Wagner, *La democrazia e le costituzioni keynesiane: tendenze politiche e conseguenze economiche*, in *Scelte pubbliche. Costi della politica e controllo democratico*, S. Carrubba, D. Da Empoli (a cura di), 1984, Firenze, 117-133.

¹⁸ J. M. Buchanan e R. E. Wagner, *Democracy in Deficit*, cit., 183.

¹⁹ J. M. Buchanan e R. E. Wagner, *La democrazia e le costituzioni keynesiane*, cit., 133.

inflazionistica di cui i governi – preoccupati elettoralmente della sola questione occupazionale – difficilmente si faranno carico; in un secondo momento, l'utilizzo della leva del *deficit* provocherà una dissimulazione del costo “reale/effettivo” delle politiche interventiste, permettendo all'amministrazione in carica di poter sbandierare *coram populo* un'efficienza finanziaria costruita in modo artificioso²⁰.

Un programma di revisione costituzionale così robusto non mancò di scatenare, già all'indomani delle sue prime apparizioni, una serie di critiche tra di loro eterogenee che, per ragioni di spazio, in questa sede non è possibile indagare esaustivamente²¹. Non resta dunque che riassumere il variegato mosaico di obiezioni attraverso delle brevi notazioni.

In primo luogo, l'immediata operatività di una *budget rule* di rilievo costituzionale, impatterebbe rovinosamente sulle aspettative fino ad allora legittimamente acquisite, specie dai titolari di quei diritti sociali che per primi sarebbe oggetto di compressione e sacrificio²².

In secondo luogo, il funzionamento di un siffatto vincolo richiederebbe l'abbandono della formulazione aperta, propria delle disposizioni costituzionali, a favore di un'inopportuna scrittura dal sapore “ragionieristico”.

Da ultimo, perché si pervenga ad un procedimento di riforma, occorre che la stessa trovi l'appoggio di un'assemblea legislativa ciecamente guidata da un assoluto ‘velo d'ignoranza’ circa le possibili conseguenze – specie in area progressista – dell'applicazione dell'obbligo di pareggio; ipotesi quest'ultima che, fuori dall'ideal-tipo fittizio rawlsiano, appare come inverosimile²³.

Ad ogni modo, nonostante le contingenze di trattazione, non si può qui sorvolare su di un difetto pregiudiziale per l'intero schema buchaniano. Ci si trova al cospetto di una proposta che nella mente dei suoi ideatori avrebbe dovuto perseguire fini liberatori – rispetto agli “abusi del consenso” – e che invece si trasforma in una teoretica paternalista che pretende di ridisegnare l'intero schema secondo un ordine assiologico del tutto parziale, ma surrettiziamente proposto come obiettivamente preferibile. Le motivazioni scientifico-razionali lasciano quindi il campo a quelle ideologico-moralistiche, peraltro tutt'altro che celate dagli stessi autori cardinali della Teoria della scelta pubblica²⁴.

Sebbene la *Public Choice* non sia riuscita nell'intento di conseguire – nel panorama costituzionale statunitense ed occidentale – la traduzione delle sue prescrizioni scientifiche in altrettante disposizioni normative, altri studiosi dal *background* ideologico simile, a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, hanno cercato di mantenere sulla scena del “mercato delle idee” anche quella efficientista: è questo in un certo qual modo il manifesto della c.d. *Constitutional Political Economy*²⁵.

Da un raffronto tra i canoni classici del pensiero giuseconomico di rilievo pubblicistico e le riflessioni del “nuovo” movimento, non sembrano emergere delle discrepanze di rilievo: il secondo

²⁰ *Ibidem*, 129.

²¹ Per una saziante carrellata si rinvia ad A. Zorzi Giustiniani, *Costituzione americana ed equilibrio finanziario. Il caso della legislazione antideficit*, Pisa, 2000, 266 ss.

²² Cfr., ad esempio ed in riferimento alla oramai celebre sentenza della Corte Costituzionale italiana del 10 marzo 2015 n. 70, il contributo di D. Porena, *Sostenibilità, diritti acquisiti ed irretroattività della legge. Prime osservazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 70/2015*, in www.federalismi.it, 10, 2015, in particolare 5-6.

²³ Non è dunque un caso se la recente introduzione a livello di costituzioni degli Stati europei sia stata il frutto di comandi di livello sovranazionale; cfr. in tal senso – diffusamente – AA. VV., *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, M. Adams, F. Fabbrini, P. Larouche (cur.), Oxford-Portland, 2014. Comunque, che il velo d'ignoranza in ambito contrattualistico-costituzionale sia una finzione sotto molti aspetti claudicante, era stato già discusso con efficacia ed autorevolezza da J. Habermas, *Reconciliation Through the Public use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism*, in *J. Phil.*, 92, 3, 1995, 109-131.

²⁴ Cfr. J. M. Buchanan, G. Tullock, *op cit.*, 398.

²⁵ Il battesimo del movimento si fa risalire al primo numero dell'omonima rivista che risale al 1990. Sulle origini e caratteristiche della *Constitutional Political Economy* cfr., ad esempio, G. Napolitano, M. Abrescia, *op. cit.*, 36-38.

si muove principalmente all'interno del solco tracciato dal primo. A dimostrazione del rapporto di identità, sarà qui sufficiente richiamare le conclusioni d'indagine cui perviene uno dei capofila della *Constitutional Political Economy*, ovvero l'economista canadese Albert Breton: «I burocrati e i politici sono complementari ... tale cooperazione consente di realizzare un gran numero di politiche pubbliche che comportano una massimazione del loro benessere»²⁶. Dunque, nulla più che un distillato della teoretica buchiana.

2. Gli Stati Uniti e la vicenda della *non* costituzionalizzazione del pareggio di bilancio

Malgrado il contesto statunitense abbia rappresentato il terreno di coltura originario per ogni discussione attorno ad una possibile costituzionalizzazione del vincolo del pareggio, l'ordinamento fondamentale degli Stati Uniti non accoglie al suo interno alcuna disposizione che si esprima in questo senso: la clausola è tutt'ora presente solo a livello di costituzioni statali.

Tra i Padri Fondatori era diffuso un giudizio di sostanziale concordia circa la possibilità di avvalersi - entro certe condizioni - della leva del debito pubblico. Di conseguenza, nessuna disciplina di vincolo fu immaginata per la Carta del 1787, né si pensò ad un suo inserimento nelle prime ondate di revisione che accompagnarono il testo lungo i primi decenni di travagliata storia nazionale²⁷.

Nell'aprile del 1781, quando ancora la Costituzione era da farsi, il futuro (primo) Segretario al Tesoro Alexander Hamilton, in una missiva indirizzata al suo sodale Robert Morris (poi divenuto *grand commis* delle Finanze), così categoricamente si esprimeva: «il debito nazionale, se non eccessivo, è una benedizione, un potente cemento per la Nazione ... e la tassazione necessaria per il pagamento dell'interesse sul debito uno stimolo per l'industria»²⁸.

Benché l'incedere del tempo abbia lasciato il segno su di tali considerazioni, appare del tutto evidente che si è ben lontani dall'odierna teologia del debito come colpa, macchia, peccato, dal quale sia il debitore pubblico che quello privato dovrebbero liberarsi senza indugio alcuno²⁹.

Nel contempo, è pur vero che - almeno inizialmente - era abbastanza comune un atteggiamento di tendenziale prudenza nella finanza pubblica la cui gestione era spesso equiparata alla *governance* economico-familiare³⁰. Tuttavia, laddove la Presidenza di turno avesse considerato necessario il "male" dell'indebitamento non avrebbe certamente esitato nel farvi ricorso. Così ad esempio - come è del tutto noto - per perseguire obiettivi di piena occupazione (c.d. "*full-employment deficits*"): si pensi *ça va sans dire* alle politiche rooseveltiane del *New Deal*; od ancora e piuttosto, alla lunga storia di investimenti militari cui nessuna amministrazione - democratica o repubblicana in egual modo - si è mai sottratta³¹.

Soltanto a partire dal 1969, parallelamente al rinascimento delle dottrine economiche (neo)classiche, il problema della costituzionalizzazione inizia ad animare il dibattito politico-

²⁶ A. Breton, *Economia della democrazia rappresentativa*, in *Scelte Pubbliche*, S. Carrubba, D. Da Empoli (a cura di), *cit.*, 104.

²⁷ Cfr. R. E. Wright, *One Nation Under Debt: Hamilton, Jefferson, and the History of What We Owe*, New York, 2008.

²⁸ Il testo è riportato da M. Battistini in *A National Blessing: debito e credito pubblico nella fondazione atlantica degli Stati Uniti d'America*, in *Scienza e politica*, 48, 2013, 19.

²⁹ Il tutto, ad esempio, viene ben sintetizzato dal sostantivo tedesco singolare '*Schuld*' (colpa) e dal suo plurale '*Schulden*' (debiti); cfr. E. Stimilli, *Debito e Colpa*, Roma, 2015, diffusamente, ed in particolare 107-148.

³⁰ Secondo taluni, almeno fino al *New Deal*, si potrebbe parlare di una sorta di 'costituzione materiale' che avrebbe tra i suoi cardini (anche) quello del pareggio di bilancio: cfr. in tal senso G. Bognetti, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, Vol. I, *La Costituzione liberale*, Torino, 1998, 215.

³¹ Cfr. l'appendice riassuntiva contenuta all'interno della preziosa analisi di J. S. Saturno, M. S. Lynch, *A Balanced Budget Constitutional Amendment: Background and Congressional Options*, 2011, 42-43; indagine realizzata per conto del *Congressional Research Service* e liberamente consultabile al link [fas.org/sgp/crs/misc/R41907.pdf].

istituzionale statunitense³². In quell'anno fu costituito un *think tank* di stampo conservatore - la *National Taxpayers Union* - con oggetto sociale il sostegno lobbistico ad un emendamento costituzionale sul pareggio di bilancio³³.

Nel 1980 si arrivò alla discussione congressuale (Senato) sull'emendamento del parlamentare democratico - a dimostrazione di una sensibilità in parte trasversale - Dennis De Concini: in questa proposta si imponeva al Presidente di predisporre annualmente un bilancio in pari, aggiungendo che solo una maggioranza qualificata (tre quinti) di ciascuna Camera avrebbe potuto derogare al vincolo in questione.

Negli anni successivi fu il Presidente Ronald Reagan a farsi sostenitore di una soluzione di compromesso: da un lato si imponeva l'obbligo di pareggio, mentre, dall'altro, si erodeva il potere governativo di indebitamento a favore di una maggiore incidenza congressuale³⁴. I rappresentanti repubblicani rincararono la dose approfittando della campagna di *middle term* del 1994: alle costrizioni di pareggio, fu affiancata una mozione secondo la quale ogni incremento di tasse avrebbe dovuto trovare il *placet* di una maggioranza dei tre quinti di entrambe le Camere (*sic!*)³⁵. Anche questa proposta, come del resto quelle passate, non subì mai una seria ponderazione dell'Aula, ed in ogni caso nessuna delle mozioni vide poi la luce.

Evidentemente, per quanto vituperato, il debito pubblico rappresenta una componente imprescindibile per la gestione di ogni economia capitalistica³⁶. Il che riporta *in auge* l'esclamazione tradizionalmente attribuita (perfino) a Milton Friedman, ed in un secondo momento al Presidente Richard Nixon: ovvero, *We are all Keynesians (now)*³⁷.

3. Il pareggio di bilancio in ambito continentale: la prospettiva ordoliberal e il caso tedesco

Da una lettura ponderata del coacervo di teorie, tensioni e accadimenti che nel Novecento contrassegnarono le tappe vitali del contesto tedesco - Weimar, Nazionalsocialismo, ricostituzione democratica - riemerge in superficie il peso imprescindibile che la 'dottrina ordoliberal' ebbe sull'intera gamma delle vicende storiche sopraindicate³⁸.

Non è certo nelle capacità della seguente indagine, né nei suoi intendimenti, offrire un quadro completo (genesi e sviluppo, sostrato e declinazioni, maestri, allievi ed eredi) di tale dottrina economica. Ad ogni modo, volendo procedere per sunti, va dapprima annotato che le fondamenta dell'ordoliberalismo furono gettate, sulle ceneri della Repubblica di Weimar, in epoca nazionalsocialista, da un gruppo di scienziati sociali, cui si può certamente attribuire la qualifica di

³² Cfr. J. S. Saturno, M. S. Lynch, *op cit.*, 25 ss.; si rinvia inoltre al già menzionato A. Zorzi Giustiniani, *op. cit.*, 245 ss.

³³ Il *think tank* è ancora oggi pienamente operativo, preoccupandosi al momento di saggiare la serietà d'impegno in materia di equilibrio fiscale dei diversi candidati alle elezioni presidenziali: si veda in tal senso l'apposito spazio web dell'organizzazione, www.candidatecost.org.

³⁴ La proposta prevedeva che si potesse incrementare l'indebitamento con il solo voto favorevole dei due terzi del Congresso.

³⁵ Ciò che accomuna i differenti progetti di riforma è da individuarsi nei *quorum* necessari per acconsentire la spesa in *deficit*: analoghi a quelli previsti dall'art. 5 della Costituzione Federale per gli emendamenti al testo originario.

³⁶ Per una critica alle perversioni anti-redistributive dell'indebitamento pubblico cfr. J. O'Connor, *La crisi fiscale dello Stato*, Torino, 1977.

³⁷ Cfr. L. H. White, *The Clash of Economic Ideas: The Great Policy Debates and Experiments of the Last Hundred Years*, Cambridge, 2012, 314.

³⁸ Dal nome della rivista '*Ordo*' fondata nel 1948 da alcuni pionieri del movimento. L'indagine, in questa sua sezione, è particolarmente debitrice del volume di A. Somma, *La dittatura dello spread: Germania, Europa e crisi del debito*, Roma, 2014, in particolare 56 ss.

founding fathers: Walter Eucken, Leonhard Miksch, Wilhelm Röpke Alexander Rüstow (economisti); Hans Großmann-Doerth e Franz Böhm (giuristi)³⁹.

Il sostrato teorico della Scuola si può invece così ricomporre. Innanzitutto, l'idea che il sistema economico capitalista vada protetto senza dubbio alcuno, anche "a costo" di un intervento dello Stato, chiamato ad agire per indirizzare ogni soggetto verso l'ordine economico proprietario. A questa convinzione di fondo, non poteva che accompagnarsi un apprezzamento – quasi maniacale – per la competizione concorrenziale, unico motore capace di generare lo sviluppo collettivo. Ai pubblici poteri, cui altri compiti precipui non sembrerebbero concessi, l'obbligo di presidiare la divina concorrenza. Solo così si sarebbe potuta contrastare la "naturale" tendenza degli individui alla fuga dalla lotta fratricida⁴⁰.

Quanto già esposto è sufficiente ad individuare uno dei tasselli chiave del pensiero ordoliberal, ovvero, per ciò che qui interessa, il rifiuto incondizionato di ogni politica di *welfare*. A ciò si accompagna – con alla mente l'esperienza weimariana – una forte disaffezione nei confronti dei meccanismi democratico-parlamentari: il consesso rappresentativo sarebbe facile occasione per interessi particolari che fagocitano e tengono in ostaggio la macchina statale, con tutto svantaggio per le ragioni dell'ordine di mercato; Alexander Rüstow arriverà addirittura a teorizzare il bisogno di una «dittatura entro i confini della democrazia»⁴¹. In definitiva, si può parlare – per buona parte di esse – di riflessioni buchianiane *ante litteram*⁴².

Eppure, nonostante la profonda incidenza ordoliberal sull'architettura tedesca, le speculazioni degli studiosi di Friburgo non si declinarono in quella costituzione (anche) finanziaria che costoro avevano in mente.

In particolare, nessuna costituzionalizzazione del vincolo di bilancio si affaccerà in Germania almeno fino alla prima riforma del 1969 (art. 115 *Grundgesetz*, GG) allorché si permise l'accesso al debito solo per le spese in conto capitale; dunque debito pubblico in "salsa" keynesiana⁴³. Una disposizione della quale si avvantaggerà il c.d. 'miracolo economico' post-bellico (*Wirtschaftswunder*)⁴⁴, sotto la guida dei primi governi cristianodemocratici, e poi a seguire nei decenni di alternanza.

Bisognerà attendere l'intervento salomonico del Tribunale costituzionale federale che nel 2007 denuncerà, con una sentenza "monitoria" fortemente discussa, l'incapacità dell'allora normativa vigente di arginare il *deficit* nazionale⁴⁵.

Si arriva pertanto al 2009 allorché si assiste ad un'ulteriore – e profonda – novella costituzionale (*Föderalismus-Reform II*) il cui principio cardine è contenuto nell'art. 109 co. 3 GG: «i

³⁹ Per una rassegna biografica di alcuni degli esponenti citati cfr. J. Backhaus (cur.), *The Elgar Companion to Law And Economics*, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2005, 489 ss.

⁴⁰ Cfr. A. Somma, *op. cit.*, 58-61.

⁴¹ *Ibidem*, 58.

⁴² Dunque, tutt'altro che casuale il richiamo all'opera di Wilhelm Röpke che compare in J. M. Buchanan, G. Tullock, *op. cit.*, 374 ss.

⁴³ Cfr. AA. VV., *Reforming the Constitutional Budget Rules in Germany*, 2009, liberamente consultabile in www.kas.de, il *paper* è il risultato di un lavoro collettaneo commissionato dal Ministero tedesco delle Finanze (*Bundesfinanzministerium*); si rinvia inoltre a J. Hamker, *Implementing Germany's New Constitutional Fiscal Rules*, in AA. VV., *Rules and Institutions for Sound Fiscal Policy after the Crisis*, Banca d'Italia Pubblicazioni, collana 'Seminari e Convegni', 11, 2012, in particolare 301 ss.; il *paper* da ultimo citato è anch'esso liberamente consultabile in www.bancaditalia.it.

⁴⁴ Cfr. P. Sylos Labini, *Osservazioni intorno al «miracolo» dell'economia tedesca*, in *Riv. soc.*, 3-4, 1959, 610-616.

⁴⁵ *Bundesverfassungsgericht*, 2BvF 1/04 del 9 luglio 2007, punti 133-135. Sul ruolo delle corti costituzionali europee in materia di *budget-rule* cfr. F. Fabbrini, *Economic Governance in Europe: Comparative Paradoxes and Constitutional Challenges*, Oxford, 2016, 45-47.

bilanci della Federazione e dei Länder, di norma, devono essere portati in pareggio senza ricorrere al prestito»⁴⁶.

Prescindendo dalla portata analitica della disciplina (differenze tra piano centrale e periferico, clausole d'eccezione), *timing* e verso della riforma tradiscono chiaramente l'origine sovranazionale della modifica costituzionale⁴⁷. E ciò in un duplice significato: da una parte si è trattato di conformarsi al mutato assetto europeo *crisis-oriented*, dall'altra si è edificato un sistema che, in ragione della dominanza geo-politica della Germania contemporanea, rappresenterà un modello per il futuro evolversi della *governance* economica europea⁴⁸.

4. Note conclusive minime. Il principio costituzionale del pareggio di bilancio: tra comando pedagogico e parametro costituzionale

La vicenda della (relativamente) recente costituzionalizzazione italiana dell'equilibrio di bilancio, dovendo e volendo prescindere dall'esegesi completa del suo portato⁴⁹, se letta alla luce dello strumentario ideologico illustrato in apertura, conduce ad una conclusione essenziale.

La riforma sembrerebbe rappresentare la declinazione municipale di quel comando *pedagogico* sovranazionale che domina l'intera nuova *governance* economica europea: la stabilità della zona euro, e più in generale dell'intero contesto europeo, impone, nella visione dominante, una bonifica della spesa pubblica sociale, con il contestuale abbandono di quell' "insostenibile" modello sociale di cui talune carte costituzionali del Novecento europeo si sono fatte promotrici⁵⁰. A corredo del monito di pedagogia istituzionale si sono approntate una serie di fitte gabbie legali - norme e sanzioni - che elevano l'obbligo morale (*rectius*: moralizzatore) a precetto giuridico⁵¹.

In qualche misura, del tutto paradossalmente, parrebbe che in special modo da parte socialdemocratica si sia realizzata una sorta di abiura del compromesso keynesiano, anche attraverso una sua "criminalizzazione" giuridico-costituzionale⁵².

A ben vedere, grazie a tale stigmatizzazione normativa, le forze progressiste (europee) sembrerebbero essersi cautelate da ogni futura tentazione di "recidiva", e questo nonostante il rischio che il tutto conduca - a mo' di contraltare - ad una loro seria messa in discussione sia ideologica che d'azione⁵³.

⁴⁶ Si richiama il testo della Legge Fondamentale, in una sua traduzione italiana, così come riportato all'interno di una preziosa ricerca del Servizio Studi del Senato, *La riforma costituzionale tedesca del 2009 (Föderalismusreform II) e il freno all'indebitamento*, 2011, 287, 23.

⁴⁷ Cfr. in tal senso R. Bifulco, *Il pareggio di bilancio in Germania: una riforma costituzionale postnazionale?*, in *Rivista AIC*, 3, 2011, 1 ss.

⁴⁸ Da questo punto di vista, si pensi al tenore degli ultimi periodi dell'attuale terzo comma dell'art. 109 GG, allorché - ad esempio - si prescrive che per il solo bilancio federale l'obbligo di pareggio è pienamente ossequiato «se le entrate da prestiti non superano la soglia dello 0,35 per cento del prodotto interno lordo nominale»; una disciplina così dettagliata si ritroverà qualche anno dopo nelle regole fiscali approvate in sede europea, verosimilmente ispirate all'esperienza nazionali più "avanguardiste", non ultima quella tedesca.

⁴⁹ Cfr., per tutti, il commento critico - in toto qui condiviso - di M. Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, Relazione al convegno "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012", Corte Costituzionale, 22 novembre 2013, in www.cortecostituzionale.it.

⁵⁰ Cfr. F. Losurdo, *Lo Stato sociale condizionato: stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 155 ss.

⁵¹ Sulla funzione educativo-pedagogica del diritto conservano - *mutatis mutandis* e con il distinguo del caso - una certa attualità le considerazioni di H. J. Berman, *La giustizia nell'URSS: interpretazione del diritto sovietico*, Milano, 1965, in particolare 281.

⁵² Cfr., tra gli altri, il contributo di B. Bugaric, *Europe against the Left? On legal limits to progressive politics*, LSE 'Europe in Question' Discussion Paper Series, n. 61, 2013, in www.lse.ac.uk.

⁵³ Per alcuni versi, non si è molto distanti dall'eco della critica - qui invero, sommessamente e per altre ragioni, non integralmente sottoscrivibile - che Michel Foucault oppose al Partito Socialdemocratico tedesco (SPD) a causa della

ANTONIO IANNÌ

In ogni caso, il risultato dell'insieme delle tensioni e scelte sopra menzionate è pressoché detto: ovvero, la sostanziale messa al bando dell'economia keynesiana che, come accadeva per i banditi del vecchio West, non resta che neutralizzare *dead or alive* che essa sia.

Abstract

This paper describes and analyses the european constitutional reforms - introducing a new budget-rule - in a public choice framework. These involve a legal abandonment of Keynesian economics.

svolta "mercatista" perfezionata in occasione del celebre congresso di Bad Godesberg (novembre 1959); cfr. M. Foucault, *Nascita della biopolitica: corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2005, 86 ss.

Vincoli di bilancio, finanza pubblica e diritti sociali. Prospettive comparate

Sommario: 1. Rimodulazione della spesa pubblica e fondamento giuridico - 2. Gli interventi legislativi volti a razionalizzare la spesa pubblica - 3. Il ruolo dei Tribunali costituzionali in tempo di crisi e la salvaguardia del minimo vitale - 4. Conclusioni

1. Rimodulazione della spesa pubblica e fondamento giuridico

La revisione della spesa pubblica, posta in essere a seguito dello scoppio della crisi economica e della situazione di indebitamento eccessivo nella quale sono incorsi taluni Stati, rinvia un differente fondamento giuridico a seconda del Paese dell'Eurozona che si intende prendere in considerazione. Nella presente indagine saranno oggetto di approfondimento il quadro normativo e quello giurisprudenziale che hanno caratterizzato negli anni più recenti la Spagna, la Grecia ed il Portogallo, con taluni riferimenti alla Germania, in relazione al settore dei diritti sociali.

Volendo operare una distinzione, è possibile rilevare come sussistano almeno tre percorsi, tra loro sovrapponibili, che hanno condotto gli Stati europei all'adozione di misure di razionalizzazione della spesa pubblica ed, in taluni casi, di *austerità*.

Una prima strada è quella seguita dai Paesi che, prima dell'emersione della crisi economica, hanno posto in essere un processo di riforma della disciplina del bilancio, sia a livello costituzionale che di normativa di rango primario. È questo il caso della Germania, là dove la disciplina prevista dalla Legge Fondamentale di Bonn è stata oggetto di riforma nel 2009 con la c.d. *Stabilitätsratsgesetz*, che ha novellato in maniera puntuale la disciplina del bilancio. Quest'ultima ha reso più stringenti i vincoli da rispettare sia per lo Stato federale che per i Länder, stabilendo direttamente nella Carta costituzionale il limite alla possibilità di ricorrere all'indebitamento ed individuando i criteri di ripartizione della responsabilità tra Stato centrale e Länder per il caso di scostamento dall'equilibrio di bilancio.

Una simile disciplina ha percorso i tempi rispetto all'adozione della c.d. *golden clause* da parte degli Stati che hanno siglato il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* (TSCG), quale vincolo introdotto preferibilmente a livello costituzionale al rispetto dell'equilibrio tra le entrate e le spese del bilancio. Tale vincolo, lungi dal rappresentare un obbligo meramente contabile, si prefigge di evitare il ricorso all'indebitamento, se non per quanto risulta necessario al fine di rinnovare i prestiti già contratti, tenendo conto degli effetti sul ciclo economico e della possibile verifica di eventi eccezionali che legittimino uno scostamento dall'equilibrio.

La necessità di perseguire tale obiettivo di bilancio ha indotto gli Stati ad adottare atti normativi che rimodulassero la spesa pubblica, considerato peraltro che l'obbligo di rispettare l'equilibrio non vincola gli Stati nel periodo immediato, bensì è previsto un lasso temporale più o meno ampio per potersi adeguare. In questa ottica devono essere interpretate le norme che dispongono misure di *austerità* suscettibili di incidere su quei diritti il cui soddisfacimento comporta un costo per il soggetto pubblico, primi fra tutti i diritti sociali.

Ad un simile modello normativo corrisponde la situazione italiana. Volendo essere precisi, in Italia la riforma costituzionale della disciplina in materia di bilancio ha avuto luogo con la l. cost. n. 1 del 2012, che ha apportato modifiche agli artt. 81, c. I e VI, 97, c. I, e 119, c. I, Cost. In relazione all'ordinamento spagnolo è, invece, possibile osservare come la disciplina del bilancio sia stata novellata nell'estate del 2011, riformando l'art. 135 della Costituzione.

In altri ordinamenti, la riforma della disciplina di bilancio e la rimodulazione della spesa pubblica hanno avuto luogo in ragione della situazione di indebitamento eccessivo in cui erano

incorsi gli Stati e della richiesta di assistenza finanziaria avanzata nei confronti dei Paesi dell'Eurozona.

L'erogazione di tale assistenza è stata subordinata all'adozione di riforme strutturali e di misure di ristrutturazione della spesa pubblica individuate, talvolta anche in maniera dettagliata, nei *Memoranda of Understanding* (MoU) siglati dai Paesi richiedenti assistenza con la Commissione, la Banca Centrale europea (BCE) ed il Fondo Monetario Internazionale (FMI). Precisamente, al fine di conseguire l'assistenza finanziaria, lo Stato richiedente è tenuto ad ottemperare alle condizioni previste sia nel *Memorandum of Economic and Financial Policies* (MEFP) siglato con le autorità del Fondo Monetario Internazionale sia nel *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality* (MoU).

Ciò detto, nel caso della Grecia ed in quello del Portogallo l'adozione di misure di rimodulazione della spesa pubblica è derivata dai vincoli di condizionalità all'assistenza finanziaria discendenti dalla firma dei summenzionati *Memoranda*. Per quanto concerne la Grecia, dal 2010 sino ad oggi, sono stati adottati tre *Memoranda* con la conseguente erogazione di differenti prestiti. In relazione al Portogallo è, invece, possibile far riferimento al *Memorandum* del giugno 2011, al quale è seguito sul piano interno l'adozione di una serie di misure controverse.

2. Gli interventi legislativi volti a razionalizzare la spesa pubblica.

Alla luce delle riforme costituzionali in materia di bilancio, nonché degli impegni assunti a livello internazionale al fine di conseguire l'assistenza finanziaria, sono stati adottati numerosi atti normativi volti a rivedere la distribuzione delle risorse ed a risanare le finanze pubbliche.

Simili provvedimenti hanno assunto non solo la forma di tagli alla spesa pubblica, bensì anche di riforme strutturali che hanno riguardato i più disparati settori. In relazione ai diritti sociali, è possibile distinguere i provvedimenti che hanno riguardato l'ambito giuslaburistico, le riforme pensionistiche e quelle del sistema della sicurezza sociale. Sono stati, altresì, oggetto di modifiche normative i settori del sistema sanitario nazionale e quello dell'istruzione.

Muovendo dalle riforme che hanno interessato il mercato del lavoro, occorre rilevare come esse siano state approvate da tutti i Paesi oggetto del presente studio. Il primo Stato che ha adottato simili misure è stato proprio la Germania, che ha varato la riforma del mercato del lavoro con il c.d. «*pacchetto Hartz IV*».

In Grecia ed in Portogallo si sono rivelate particolarmente incisive le riforme che hanno riguardato sia le politiche di lavoro attivo sia l'erogazione di sussidi legati alla disoccupazione. Nella penisola ellenica sono state introdotte diverse misure per ridurre i costi della disoccupazione: in primo luogo, sono stati aboliti quei benefici legati a particolari settori economici o ad una determinata area geografica; in secondo luogo, si è previsto un limite temporale massimo per la durata degli stessi pari a quattro anni; in terzo luogo, si è intervenuti sull'ammontare, diminuendo il tetto massimo entro il quale ne è possibile l'erogazione. A fronte di simili riduzioni, è stata prevista a partire dal 2012 l'estensione del sussidio anche ai lavoratori autonomi. Riforme similari sono state adottate in Portogallo nel corso del 2011, là dove è stata riformata la disciplina dei benefici previsti per coloro che abbiano perso la propria occupazione.

Se in relazione alle politiche in materia di disoccupazione la disciplina portoghese e quella greca presentano rilevanti similitudini, diversa è la situazione per quanto concerne le politiche di lavoro attivo.

Le misure più rigide sono state adottate in Grecia a seguito del I *Memorandum* con il quale si è inteso facilitare l'uso di contratti a termine e *part-time*, includendo la possibilità di ricorrere a salari

al di sotto del minimo per i più giovani¹. Tali misure, adottate a partire dal 2011, sono state accentuate dal II *Memorandum*².

Per quanto concerne le politiche portoghesi di attuazione del *MoU*, esse si sono incentrate sulla riduzione della segmentazione del mercato del lavoro e sul tentativo di implementare la creazione di posti di lavoro. Significativa è stata la riforma della disciplina concernente i trattamenti di fine rapporto, che tradizionalmente costituivano uno dei maggiori costi per il soggetto pubblico, equiparando il trattamento spettante per i contratti a termine e quello previsto per i contratti a tempo indeterminato. Contestualmente sono stati istituiti due fondi previdenziali con la finalità di sostenere il pagamento della liquidazione ai nuovi assunti, imponendo loro il pagamento di una sorta di contribuzione.

Ulteriori modifiche, in entrambi i Paesi, hanno riguardato la contrattazione collettiva e la definizione del minimo salariale. L'individuazione di quest'ultimo, invece di essere rimessa alla contrattazione collettiva, è avvenuta in via legislativa, così come è stato abbassato il minimo salariale differenziandolo sulla base dell'età³.

Anche il settore pensionistico è stato oggetto di riforme. I due Stati qui considerati, precedentemente alla crisi economica, presentavano un sistema pensionistico profondamente diverso: mentre il Portogallo era caratterizzato da un sistema centralizzato di sicurezza sociale con un numero esiguo di fondi complementari, in Grecia il settore pensionistico si presentava profondamente frammentato tra comparti e professioni, registrandosi la presenza di una pluralità di fondi pensionistici.

Ciononostante, in entrambi i Paesi le misure adottate al fine di soddisfare i *Memoranda* hanno fatto leva su tagli alle pensioni, aventi la forma di congelamenti e sospensioni delle indicizzazioni, blocco della tredicesima e della quattordicesima. In aggiunta a tali misure, per quanto concerne la Grecia, il primo *Memorandum* prevedeva, altresì, l'adozione di una riforma strutturale che garantisse un riordino dei fondi pensionistici, favorendo un sistema centralizzato⁴.

Nonostante tali previsioni, i vincoli imposti alla Grecia dal primo *Memorandum* incontrano il limite espresso della garanzia del minimo vitale per le persone più anziane. Come vedremo, infatti, il problema che si pone di fronte a simili misure volte a contingentare la spesa pubblica è quello di individuare il punto oltre il quale non sia possibile scalfire i diritti sociali.

¹ Risulta peculiare la misura introdotta in Grecia ad opera della l. n. 3986 del 2011 che ha introdotto la c.d. "riserva lavorativa" per i dipendenti pubblici che non siano funzionari. Secondo tale norma, questi ultimi lavoratori, qualora in eccesso, devono essere collocati in aspettativa e riceveranno, pertanto, il 60% del salario per un periodo di 12 mesi. Trascorso tale periodo, qualora vi siano vacanze nell'organico, essi potranno essere reintegrati; in caso contrario, pensionati anticipatamente o licenziati.

² Tra gli atti normativi che hanno dato attuazione al II *Memorandum* vi è la l. n. 4081 del 2012 recante misure di riduzione della spesa pubblica, regolazione delle questioni di controllo finanziario ed altre disposizioni; la l. n. 4093 del 2012 di approvazione della strategia fiscale a medio periodo 2013-2016; la normativa in materia di privatizzazioni di cui alla l. n. 4070 del 2012 ed alle successive leggi n. 4092 del 2012 e 4152 del 2013; la l. n. 4144/2013 destinata a combattere il lavoro nero; la l. n. 4109 del 2013 in materia di lavoro presso le Pubbliche Amministrazioni.

³ In Grecia occorre ricordare le previsioni della l. n. 3845 del 2010 che ha stabilito un taglio del 3% ai salari pubblici, una riduzione delle voci complementari al salario pari all'8%, così come la soppressione della paga di Pasqua, estate e Natale, sostituite da un unico pagamento dell'ammontare di 1000 euro per i lavoratori che percepiscano una retribuzione inferiore ai 3000 euro netti al mese. La l. n. 3979 del 2011 ha esteso l'orario di lavoro nel settore pubblico. La l. n. 3833 del 2010 ha introdotto un taglio del 30% sulla retribuzione prevista dai contratti collettivi. Su tale aspetto è intervenuta la l. n. 3899 del 2010 che ha ridotto ulteriormente le retribuzioni previste per il personale della P.A. contrattato a mezzo di contratti di diritto privato o mediante contratti di collaborazione esterna.

⁴ Tra le riforme in materia pensionistica adottate in Grecia la disciplina più incisiva è quella introdotta dalla l. n. 3845 del 2010. In attuazione del *Memorandum* II, la l. n. 4093 del 2012 ha poi disposto una riduzione progressiva di tutte le pensioni il cui ammontare sia superiore a 1000 euro, l'aumento dell'età pensionabile da 65 a 67 anni, l'eliminazione dei benefici pensionistici speciali, una riduzione delle pensioni legate allo svolgimento di cariche elettorali. La l. n. 4051 del 2012, infine, ha riformato il sistema delle pensioni complementari.

In relazione alla Grecia, è necessario ricordare che nel mese di agosto 2015 è stato siglato, dopo una lunga trattativa, un ulteriore *MoU* avente ad oggetto l'erogazione di un prestito, in differenti *tranches*, di un ammontare pari a 86 milioni di euro. La stipula di tale accordo è apparsa imprescindibile al fine di poter onorare gli impegni precedentemente assunti e restituire gli aiuti conseguiti. Non si è, dunque, trattato di somme erogate al fine di consentire investimenti nel Paese. Le condizioni imposte sotto il vincolo della condizionalità da tale *Memorandum* sono particolarmente stringenti, prevedendo l'adozione di un'ulteriore riforma del sistema pensionistico, l'introduzione di tagli alla spesa quasi automatici, l'adozione di un Codice di Procedura Civile, privatizzazioni nel settore energetico, l'allineamento della disciplina dei licenziamenti collettivi agli *standard* europei.

Per quanto concerne la Spagna, anche in tale Paese sono state adottate misure di riduzione della spesa pubblica, sebbene non così incisive quanto quelle introdotte in Grecia e Portogallo⁵. L'adozione di simili misure ha avuto luogo a partire dal 2010 a seguito di una decisione del Consiglio europeo che sollecitava la riduzione della situazione di *deficit* eccessivo⁶. Conformemente a quanto registrato in precedenza, anche in Spagna le maggiori riforme hanno avuto luogo nel settore del lavoro e delle pensioni.

Al fine di ridurre il debito pubblico, le prime misure sono state adottate ad opera del RDL n. 8 del 2010 e della successiva l. n. 39/2010 che hanno disposto una riduzione dei salari di coloro che intrattengono rapporti di lavoro con le Pubbliche Amministrazioni.

La riforma del mercato del lavoro ha, però, avuto luogo solo tramite la l. n. 35 del 2010, che ha riformato la disciplina della contrattazione collettiva, accentuando la flessibilità interna ed in uscita. Il medesimo testo normativo, inoltre, ha previsto una serie di interventi a tutela dei giovani lavoratori, ampliando le forme di protezione sociale nei loro riguardi⁷.

L'insieme di tali misure non è risultato sufficiente al fine di risollevarne l'economia spagnola, così che la Spagna ha approvato, in prima battuta, il RDL n. 10 del 2011 recante misure urgenti per l'impiego dei giovani e, successivamente, la LO n. 2 del 2012 in materia di equilibrio di bilancio e sostenibilità finanziaria.

L'adozione di simili misure non ha impedito di richiedere nel giugno 2012 l'assistenza finanziaria nell'ambito del FESF, siglando in data 23 luglio 2012 un *Memorandum* di accordo. Al fine di rispondere alle obbligazioni assunte mediante tale accordo è iniziato un periodo intenso di riforme, tra le quali merita particolare attenzione il RDL n. 20 del 2012 che ha disposto una riforma radicale in materia di pubblica amministrazione e diritti sociali⁸.

L'adozione di tali riforme non ha impedito alla Commissione di rilevare la persistenza di una situazione di squilibrio macroeconomico eccessivo, imponendo al Governo l'adozione di un ulteriore Piano Nazionale di Riforme⁹.

⁵ Per una rapida illustrazione delle misure adottate in Spagna, v. L. Flores Anarte, *El ataque constitucional al estado social: un análisis crítico de la reforma del artículo 135 de la Constitución española*, in *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 2014, 9, 321; I. Gomez Fernandez, *Derechos sociales y política anticrisis*, in www.gruppodipisa.it.

⁶ Ci si riferisce alla decisione del Consiglio 2009/417/CE in merito all'esistenza di un *deficit* eccessivo in Spagna.

⁷ Per un esame accurato di questa normativa si rinvia a A. Guamán Hernández, *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social*, Madrid, 2015, 162.

⁸ Segnatamente, il RDL n. 20 del 2012 ha aumentato le possibilità di controlli in materia di prestazioni e sussidi, permettendo all'ente erogatore di sospendere gli stessi qualora vi siano indizi sufficienti dell'esistenza di una frode; ha riformato la disciplina dei sussidi di disoccupazione, soprattutto per quanto concerne l'ammontare degli stessi, prevedendo, altresì, un innalzamento del limite di età necessario per fruirne. Inoltre, il decreto *de quo* ha considerevolmente ridotto la copertura del Fondo di Garanzia Salariale ed ha disposto il congelamento degli aumenti retributivi del personale del settore pubblico, contestualmente aumentando la giornata lavorativa.

⁹ Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo ed al Consiglio del 10 aprile 2013, COM (2013).

In ambito laburistico le riforme più incisive sono state adottate a mezzo del RDL n. 4 del 2013 che ha inciso soprattutto in relazione alla flessibilità in entrata, al fine di incentivare l'occupazione giovanile. Particolarmente interessante è la disciplina inerente alla sicurezza sociale ed ai sussidi di disoccupazione, posto che questa legislazione ammette la compatibilità della percezione del sussidio di disoccupazione con lo svolgimento di un'attività lavorativa autonoma qualora il soggetto percettore abbia meno di trent'anni. In linea di continuità con questa disciplina si colloca l'istituzione di un Sistema Nazionale di Garanzia Giovanile.

Anche la materia pensionistica, analogamente a quanto avvenuto in Grecia e Portogallo, è stata oggetto di riforme. In particolare, con il R.D.L. n. 5 del 2013 sono state adottate misure per favorire l'invecchiamento attivo e la prosecuzione dell'attività lavorativa da parte di persone in età avanzata, mentre con la l. n. 23 del 2013 è stata portata a 67 anni l'età pensionabile, rendendo più difficile l'accesso alla pensione anticipata, aumentando gli anni di lavoro necessari per il pensionamento e, infine, modificando l'ammontare stesso della pensione.

Oltre alla sfera retributiva e pensionistica, che sicuramente assumono un rilievo determinante ai fini del contenimento della spesa pubblica, le riforme hanno riguardato i settori dell'istruzione e della sanità.

In Grecia la riforma della sanità è stata portata a termine con la l. n. 3918 del 2011, recante "Riforme strutturali nel sistema della salute". Tale riforma non incide sulla gestione del personale medico e sui costi dello stesso, né sull'erogazione delle prestazioni sanitarie; piuttosto, essa ha rimodulato l'organizzazione dei fondi assicurativi sulla salute ed ha incentivato la gestione privata dei presidi medici. Una simile normativa è stata giudicata timida dalla dottrina e dagli osservatori internazionali, che hanno evidenziato il bisogno di una riforma strutturale del sistema ospedaliero greco¹⁰.

Pertanto, al fine di ridurre in maniera più incisiva i costi in tale settore, il legislatore ha adottato le leggi n. 4052 del 2012 e 4093 del 2012, che sono intervenute nel settore farmaceutico ed in relazione alle esenzioni dal pagamento, nonché bloccando le assunzioni e riducendo il personale medico ed ospedaliero a contratto.

In Spagna la riforma del sistema sanitario ha avuto luogo mediante la l. n. 33 del 2011, quale "Legge Generale in materia di salute pubblica" ed il RDL n. 16 del 2012 in materia di "Coesione e qualità del Sistema Nazionale della Salute". Tale normativa è particolarmente interessante in quanto la riduzione dei costi del sistema sanitario è operata mediante una restrizione nell'individuazione dei destinatari delle prestazioni gratuite. In relazione a questi ultimi, infatti, il riferimento alla cittadinanza è sostituito da quello agli "assicurati" ed ai "beneficiari", mentre per coloro che non rientrano in tali categorie è stata riconosciuta l'erogazione di prestazioni sanitarie generiche e minime.

Come è possibile notare dall'analisi sin qui compiuta, le misure più rigide risultano essere quelle adottate in Grecia. Simili misure, tuttavia, non hanno portato i risultati sperati, anzi hanno determinato un aggravamento della situazione. Le pur rigide misure adottate in Portogallo non hanno raggiunto il rigore delle misure greche, così come le reazioni che esse hanno determinato da un punto di vista giuridico, come vedremo nel prossimo paragrafo, sono state profondamente differenti.

3. Il ruolo dei Tribunali costituzionali in tempo di crisi e la salvaguardia del minimo vitale

¹⁰ Sul punto, v. A. Guamán Hernández, *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad: la UE contra el constitucionalismo social*, cit., 132.

Con l'Acordao n. 353/2012 il Tribunale costituzionale portoghese si è pronunciato in merito alla sospensione del pagamento della tredicesima e della quattordicesima mensilità ai dipendenti pubblici alla luce di quanto previsto dalla legge di bilancio per il 2012, mentre con l'Acordao n. 187/2013 esso ha deciso differenti ricorsi inerenti alla legge di bilancio per il 2013 nella parte in cui questa disponeva la riduzione delle retribuzioni superiori a 1.500 euro per i dipendenti pubblici, la sospensione totale o parziale del pagamento delle ferie ai lavoratori della pubblica amministrazione, la sospensione del pagamento del 90% delle ferie o di qualunque prestazione corrispondente alla quattordicesima per i pensionati.

In entrambe le pronunce il Tribunale costituzionale ha ritenuto che le misure adottate dal legislatore violassero i canoni di proporzionalità e ragionevolezza, in quanto esse cagionavano un sacrificio ingiustificato ai lavoratori del settore pubblico imponendo un trattamento lesivo del minimo vitale e, dunque, della dignità umana.

Il Tribunale, oltre a porre tale limite di proporzionalità, ha affermato che la possibilità di comprimere in tal misura i diritti può trovare la propria giustificazione in ragioni contingenti e temporalmente delimitate. In ciò risiede un ulteriore motivo di illegittimità della normativa, in quanto mediante la stessa è stata stabilizzata una politica di tagli e di blocchi stipendiali che aveva già trovato accesso in precedenza.

Tali declaratorie di illegittimità costituzionale non sono restate isolate, in quanto sono seguite ulteriori pronunce che hanno colpito le misure di *austerità* da parte di organi giurisdizionali di differenti Stati.

A tal riguardo, basti qui richiamare le decisioni del Consiglio di Stato greco n. 464/2013 e n. 602/2013, rispettivamente riguardanti la riforma della disciplina della cessazione del rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione e la contrattualizzazione del rapporto di lavoro dei funzionari pubblici, nonché il parere reso in data 30 ottobre 2012 dalla Corte dei Conti greca in merito alla riforma del sistema pensionistico.

Cominciando dal Consiglio di Stato greco, con la prima decisione esso ha statuito che le misure del Governo ellenico di tagli alla spesa pubblica, in particolar modo per quanto concerne gli stipendi e le pensioni, non hanno leso la Costituzione, in quanto trovavano giustificazione nella difficile contingenza economica e nel loro carattere temporaneo.

Tale pronuncia, seppure esclude una situazione di illegittimità costituzionale, si colloca in linea di continuità con le osservazioni del Tribunale costituzionale portoghese, giacché ammette limitazioni dei diritti sociali alla luce del delicato contesto economico purché si tratti di misure temporanee. Anche in questo caso è stata compiuta una valutazione di proporzionalità e ragionevolezza della misura, escludendo che la crisi economica possa diventare un argomento per stabilizzare misure limitative.

Diversamente, nella sentenza n. 1972/2012 il Consiglio di Stato greco ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della previsione sanzionatoria dell'interruzione dell'erogazione dell'energia elettrica a fronte del mancato pagamento del servizio, in quanto considerata una sanzione irragionevole e contraria al diritto al minimo vitale. Con analoghe decisioni il Consiglio di Stato ha dichiarato incompatibili con la Costituzione greca i tagli agli stipendi ed alle pensioni degli ufficiali di polizia¹¹.

Nella medesima ottica si colloca il parere reso dalla Corte dei Conti greca in ordine alla riforma del sistema pensionistico. La Corte, infatti, ha riscontrato una violazione della Costituzione in relazione all'innalzamento di due anni dell'età pensionabile, nella decurtazione delle pensioni sino al 15% e nella sospensione del pagamento delle ferie dei pensionati, nonché nell'innalzamento

¹¹ Così: Consiglio di Stato ellenico sentt. nn. 2192/2014 e 2194/2014.

dell'età rilevante ai fini dell'erogazione dell'assegno di solidarietà sociale. Siffatte misure sono state giudicate alla stregua di atti lesivi della dignità umana, del principio di uguaglianza, del diritto al lavoro e del dovere di solidarietà sociale.

Come è possibile notare, anche in tale giurisprudenza si pongono i limiti della temporaneità delle misure, del rispetto della dignità umana e del minimo vitale.

Dalla giurisprudenza greca e portoghese si discosta quella del Tribunale costituzionale spagnolo, che si è trovato a sindacare in più occasioni questioni di legittimità costituzionale sollevate in ordine alla riforma del mercato del lavoro introdotta con la l. n. 3 del 2012. Tali questioni sono state giudicate, in alcuni casi, inammissibili e, in altri, infondate.

È possibile, tuttavia, rilevare che, in maniera simile alla giurisprudenza degli altri organi di giustizia costituzionale, anche il Tribunale spagnolo ha fatto ricorso, nel vagliare le misure in questione, ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità, sancendo la legittimità di misure restrittive purché abbiano carattere congiunturale e temporaneo. Risultano, dunque, impiegate le medesime tecniche per giungere a risultati diversi.

Questo *trend* era già stato seguito dal Tribunale costituzionale spagnolo in relazione alle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riguardo alle disposizioni che introducevano tagli salariali e pensionistici¹². Con riguardo a tali previsioni era stata invocata innanzi alla Corte la lesione del principio di eguaglianza, nonché l'illegittimo uso del decreto legge al fine di regolare diritti fondamentali. La Corte ha rigettato simili doglianze osservando come situazioni straordinarie e urgenti legittimino il Governo ad adottare anche in materia di diritti fondamentali decreti legge, così come il particolare contesto di crisi economica ed i vincoli assunti a livello internazionale possono legittimare l'adozione di misure particolarmente stringenti.

Per quanto concerne il Tribunale costituzionale federale tedesco, occorre precisare che esso non si è pronunciato in merito a provvedimenti di revisione della spesa pubblica, adottati sulla base di piani di assistenza finanziaria, che abbiano inciso in materia di diritti sociali. Ciononostante, appare interessante lo studio della giurisprudenza di tale organo in relazione all'individuazione dei limiti di comprimibilità dei diritti *de quibus*.

In particolare, in Germania le riforme nel settore dei diritti sociali hanno interessato l'ambito del lavoro e della sicurezza sociale antecedentemente al 2009. A tal riguardo, è possibile far riferimento alla pronuncia della Corte costituzionale federale tedesca relativa alla c.d. riforma *Hartz IV*, mediante la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disciplina che prevedeva una considerevole decurtazione dei sussidi di disoccupazione¹³.

Siffatta normativa contrastava con il diritto fondamentale alla garanzia di un minimo vitale dignitoso. Quest'ultimo diritto costituisce una situazione giuridica la cui ricostruzione è consolidata nella giurisprudenza costituzionale tedesca, essendo fondata sul combinato disposto dell'art. 1.1 GG e sul principio dello Stato sociale, di cui all'art. 20 della Legge Fondamentale¹⁴.

Come è possibile notare, anche la giurisprudenza tedesca è solita far ricorso al criterio del minimo vitale al fine di individuare l'argine oltre il quale non è possibile comprimere i diritti sociali. Tale limite, tuttavia, è ricostruito in maniera più dettagliata rispetto a quanto fatto dagli altri organi di giustizia costituzionale in quanto il *Bundesverfassungsgericht* tende ad individuare il contenuto del diritto al minimo vitale, nonché le modalità attraverso le quali il legislatore deve

¹² V. ATC nn. 85/2011; 179/2011; 180/2011; 8/2012; 35/2012; 246/2012.

¹³ V. BVerfGE, 1 BvL 1/09; BvL 3/09; BvL 4/09 del 9 febbraio 2010.

¹⁴ In dottrina, sul punto v. P. Häberle, *Stato costituzionale*, in *Enc. giur.*, Roma, 2000, 13; H. Caroli Casavola, *Dignità della persona e diritto al minimo vitale nello Stato sociale tedesco*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2011, 298; G. Delledonne, «*Minimo vitale*» e Stato sociale in una recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca, in *Quad. cost.*, 3, 2010, 599.

provvedere a garantirlo e la tipologia di controllo che può essere esercitato dal Tribunale costituzionale stesso.

Per quanto concerne il contenuto, esso è stato individuato non solo nel diritto di godere di quei mezzi che siano strettamente necessari ad assicurare un'esistenza dignitosa, bensì anche nella possibilità di fruire di quelle misure minime che consentano una partecipazione alla vita sociale, culturale e politica del Paese. Una simile ricostruzione del diritto al minimo vitale è legata al nesso tra lo stesso e la realizzazione della dignità umana.

In relazione al ruolo del legislatore, si richiede che questi individui il minimo vitale attraverso un procedimento trasparente ed appropriato. Pertanto, il legislatore è tenuto a definire, in un primo momento, i bisogni rilevanti ed i costi collegati agli stessi ed a determinare, in un secondo momento, il bisogno complessivo.

Per quanto attiene al ruolo del Tribunale costituzionale federale, esso è chiamato a verificarne il rispetto non in astratto, bensì in relazione al caso concreto, verificando che i presupposti individuati dal legislatore ed il metodo di determinazione della prestazione sociale siano rispondenti alle finalità del diritto.

Peraltro, la determinazione del minimo vitale deve avere luogo tenendo in considerazione le situazioni compresenti, così che la sfera di tutela garantita dal soggetto pubblico non può spingersi oltre la "riserva del possibile", ossia ciò che l'individuo può ragionevolmente aspettarsi dalla società.

4. Conclusioni

La disamina sin qui svolta pone in evidenza come il limite alla compressione dei diritti sociali possa essere individuato nella tutela del minimo vitale. Una simile conclusione appare suffragata sia dal dato legislativo che da quello giurisprudenziale.

In relazione al primo profilo sia sufficiente, a titolo esemplificativo, far riferimento all'introduzione di un sussidio di disoccupazione minimo per i lavoratori autonomi sia in Grecia che in Portogallo, nonché alle previsioni del primo *Memorandum* siglato dalla Grecia che espressamente statuiscono quale limite alla riforma strutturale del sistema pensionistico la garanzia del minimo vitale per le persone più anziane. La medesima ottica è desumibile dalla riforma del sistema sanitario nazionale adottata in Spagna che, pur operando una restrizione dei destinatari delle prestazioni sanitarie gratuite, garantisce un accesso generalizzato alle prestazioni sanitarie generiche e minime.

Con riguardo al formante giurisprudenziale, è invece possibile evidenziare come gli organi di giustizia costituzionale ricostruiscano in maniera non del tutto coincidente il diritto alla salvaguardia del minimo vitale. In particolare, mentre nella giurisprudenza portoghese ed in quella greca esso tende ad assumere i contorni sfumati di un principio, una tutela più definita è presente nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco.

Quest'ultimo è incline a ricostruire il minimo vitale come una vera e propria situazione giuridica soggettiva, ricomprendente non solo quanto necessario ad assicurare un'esistenza dignitosa, bensì anche quanto necessario per prendere parte alla vita sociale, culturale e politica del Paese.

La maggiore concretezza può essere colta anche nella definizione puntuale dei compiti a cui è chiamato il legislatore nel tutelare il minimo vitale e dei controlli che è chiamato a svolgere lo stesso Tribunale costituzionale.

L'aspetto maggiormente interessante di tale ricostruzione risiede, tuttavia, nel rendere il minimo vitale uno strumento di sviluppo della personalità umana e di realizzazione dell'individuo, come singolo e nelle formazioni sociali di cui è parte.

Una simile ricostruzione restituisce forza alla concezione dei diritti sociali quali strumenti di sviluppo della persona necessari al fine di realizzare un'effettiva partecipazione democratica. Tale ricostruzione riprende gli orientamenti che affermano la complementarità tra diritti di libertà e diritti sociali¹⁵. In particolare, affinché l'individuo possa pienamente godere dei propri diritti di libertà e possa partecipare al governo della *res publica* deve essere garantita la parità di *chances* iniziali e tale compito spetta ai pubblici poteri, mediante la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale.

A questa ricostruzione si contrappone la concezione dei diritti sociali riconducibile alle teorie neoliberali ed all'economia sociale di mercato, là dove la garanzia dei diritti avviene prevalentemente in funzione della realizzazione del libero mercato e della concorrenza¹⁶. Siffatta concezione è riscontrabile nelle odierne politiche di assistenza finanziaria che, perseguite prevalentemente attraverso atti formalmente esterni al diritto dell'Unione, hanno condotto a politiche di *austerity*¹⁷.

La situazione alla quale è possibile assistere è, dunque, espressiva dell'attrito tra due differenti ricostruzioni dei diritti sociali: da un lato, la visione neoliberale dei diritti *de quibus* e, dall'altro lato, la ricostruzione dei diritti sociali quali situazioni giuridiche necessarie ai fini dell'attuazione del principio personalista e della partecipazione democratica¹⁸.

Nella giurisprudenza costituzionale illustrata quest'ultima ricostruzione appare prevalente, avendo trovato espressione nella formula del diritto al minimo vitale quale strumento di realizzazione dell'individuo come singolo e nella collettività della quale è parte. La tutela del singolo, pertanto, appare suscettibile di divenire un investimento anche per la collettività.

Abstract

The aim of this study is to describe the reasons which have led the European States to adopt, in the recent years, politics of austerity and to describe, from a comparative point of view, the laws and the jurisprudence regarding the reforms in the social rights area.

¹⁵ In dottrina, v. *ex plurimis* anche M. Mazziotti, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 805; A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 29; L. Principato, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2001, 890; G. Laneve, *L'attenzione sui diritti sociali, paradigma di un tempo*, in www.federalismi.it, 2014, 11;

¹⁶ Per tutti, v. A. Somma, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, in *Contr. e impresa*, 2016, 1, 124.

¹⁷ In dottrina, M. Caredda, *Una responsabilizzazione sociale per l'Europa*, in *Dir. e soc.*, 2015, 3, 529; G. Maestro Buelga, *Estado de mercado y constitución económica: algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, 2007, n. 8; O. Salazar Bénéitez, *La Constitución domesticada: algunas reflexiones críticas sobre la reforma del artículo 135 CE*, in *Teoría y Realidad constitucional*, 2012, n. 29, 424.

¹⁸ In relazione al principio personalista, v. per tutti A. Ruggeri, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in www.federalismi.it, 2013, n. 17.

Diritti acquisiti o diritti *rebus sic stantibus*? Pensioni e stipendi in epoca di contrazione economica, fra poche sicurezze e molte incertezze

Sommario: 1. Un accenno alla storicità dei diritti (sociali) – 2. La rimeditazione del *Welfare State* innanzi alla (perdurante) crisi economica – 3. Le pensioni (e non solo) come diritti finanziariamente condizionati al cospetto della Corte costituzionale – 4. Le ultime tappe della giurisprudenza costituzionale in punto di rapporti fra il sistema retributivo e pensionistico e le contingenze di bilancio: *tempus edax rerum?* – 5. *The neverending story*: il giudicato costituzionale, il seguito legislativo, il riscontro giudiziale. – 6. Alcuni conclusivi spunti di riflessione

1. Un accenno alla storicità dei diritti (sociali)

Con l'adozione della Carta del 1948, poteva dirsi inaugurato anche in Italia il passaggio allo Stato sociale¹.

Il diritto alla salute, alla proporzionata retribuzione, alla previdenza, all'assistenza sanitaria sono stati individuati – fra gli altri – quali componenti del più ampio diritto alla «sicurezza sociale»², coerente con la nuova impostazione impressa dalla Costituzione ai rapporti fra Stato e cittadini³.

Pur nella varietà delle ricostruzioni proposte in materia⁴, il discrimine tra i diritti (civili e politici) della prima generazione e quelli (sociali) della seconda⁵ transita necessariamente per la sussistenza (o meno) di un'area d'intervento statale, funzionale alla concretizzazione dei diritti stessi⁶, benché tale puntualizzazione non vada enfatizzata, ove si pensi come anche le cc. dd.

¹ A tal proposito, pur essendo nota – in prospettiva storica – l'antecedenza di alcune forme prestazionali all'avvento della Repubblica italiana (basti pensare, a titolo esemplificativo, all'istituzione dell'INFPSS nel 1933, a sua volta preceduto da una certa varietà di enti assistenziali, di tipo essenzialmente assicurativo), la cifra insita nella Costituzione italiana è rinvenibile – quanto alla tematica qui esaminata – nell'armonica coesistenza di diritti di libertà, politici e sociali (secondo la tripartizione suggerita da L. Carlassare, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, I/1995, 33), ampiamente obliterata durante il Ventennio (e anzi sostituita, ad avviso di S. Lanaro, *La cittadinanza fra semantica e storia*, in C. Sorba (cur.), *Cittadinanza. Individui, diritti sociali, collettività nella storia contemporanea*, Atti del convegno annuale SISSCO, svoltosi a Padova il 2-3 dicembre 1999, Roma, 2002, 8, da un «baratto perverso, per quanto talora inconsapevole, delle garanzie di sicurezza economica con la rinuncia alla libertà personale». In Assemblea costituente, peraltro, sarebbero state avanzate autorevoli riserve – indotte dal timore (che fu proprio, ad esempio, di F. S. Nitti, seduta del 19 aprile 1947, in A. C. II, 1934) di preconstituire un'occasione di sicura inattuazione della Costituzione – in merito all'opportunità di rendere cogenti le disposizioni sui diritti sociali, per effetto del loro inserimento nell'articolato della Carta anziché in un preambolo (come invece suggerito da Piero Calamandrei), ma sulle medesime prevalsero gli orientamenti cattolico e socialista, di cui Fanfani e Togliatti si fecero rispettivamente portavoce: una ricognizione del dibattito avutosi *in subiecta materia* è offerta da A. Pace, *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Piero Calamandrei*, in P. Barile (cur.), *Ventidue saggi su un grande maestro*, Milano, 1990, 683, mentre una disamina del complesso inquadramento teorico dei diritti sociali è compiuta da B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali, Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001, *passim*.

² In termini, L. Violini, *Commento all'art. 38 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (cur.), *Commentario alla Costituzione*, 2006, I, 776.

³ In ordine al rapporto tra diritti sociali e forma di Stato, v. V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 127. Sulla centralità repubblicana dei diritti sociali, più recentemente, v. A. Ruggieri, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, *Relazione al Convegno "Cos'è un diritto fondamentale?"*, svoltosi a Cassino nei giorni 10 e 11 giugno 2016, in corso di pubblicazione.

⁴ Su cui la letteratura è stata particolarmente generosa: in proposito, *ex multis*, v. G. Corso, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, III/1981, 755 ss., e A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 1 ss., nonché C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000, 15 ss.

⁵ L'immagine "generazionale" dei diritti è fatta propria da N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 14.

⁶ Secondo quanto condivisibilmente sostenuto dalla manualistica più persuasiva: cfr., a riguardo, T. Martines, *Manuale di diritto costituzionale*, Milano, 2013, 606 ss., ove è colto il parallelismo fra libertà positive (*id est*: i diritti sociali) ed eguaglianza sostanziale.

“libertà negative” impongano un contegno fattivo da parte dello Stato e dei suoi organi, e viceversa⁷.

In tesi generale, peraltro, i diritti sociali costituiscono fra cittadino e Stato un rapporto di durata, e trattandosi di diritti soggettivi pubblici, preordinati al pieno sviluppo della persona umana, il loro riconoscimento non si esaurisce in un momento circoscritto, accompagnando l'individuo per tutto l'arco della propria vita, ed eventualmente sopravvivendo alla privazione di altro diritto di pari rango⁸.

Quanto appena affermato costituisce un argomento (ulteriore) a sostegno della storicità dei diritti in questione, i quali – immessi nel tempo – risentono inevitabilmente delle contingenze storiche, e sperimentano fluttuazioni spesso significative⁹: pur essendo quest'ultimo un approccio forse demitizzante, esso richiama l'attenzione ad una lettura giusrealistica dei diritti e dei loro margini di invero, scongiurando a monte ogni illusorio ragionamento decontestualizzante.

2. La rimeditazione del “Welfare State” innanzi alla (perdurante) crisi economica

La congiuntura economica nella quale l'intera comunità internazionale risulta precipitata all'incirca a partire dal 2008 è imputabile all'eccessiva leggerezza dei governi nella gestione del debito pubblico in periodi di espansione produttiva¹⁰: mercé una disinvolta conduzione della politica economica in fasi non emergenziali, la situazione dei conti pubblici di alcuni Paesi dell'Eurozona ha da ultimo sperimentato un rischioso avvitamento; è, dunque, comprensibile come la crisi del c.d. “debito sovrano”, con la progressiva svalutazione dei titoli emessi dagli Stati e la correlata impossibilità per questi ultimi di accedere continuativamente ai mercati finanziari, siano state – in realtà – esse stesse delle conseguenze di più risalenti comportamenti viziosi¹¹.

La reazione a catena provocata dal deterioramento del debito pubblico si è ben presto – e inevitabilmente – riverberata sui detentori privati dei medesimi titoli (*in primis*, numerosi istituti bancari), i quali hanno sperimentato uno scadimento del proprio portafoglio, aggiuntivamente aggravato dalla prospettiva non meno preoccupante, dell'irrealizzabilità dei propri crediti verso i privati (a loro volta funestati dall'avverso ciclo economico economico).

In questo quadro di sofferenza, una radicale operazione correttiva delle finanze pubbliche è sembrata indifferibile¹², anche alla luce della precipitosa volatilizzazione della fiducia riposta dai mercati nei riguardi dei Paesi meno solidi¹³.

⁷ Si ponga mente al diritto di voto, che a monte richiede lo svolgimento – da parte della pubblica autorità – di adempimenti amministrativi in grado di condurre all'effettivo esercizio del suffragio da parte dei cittadini; quanto, poi, al secondo (e simmetrico) aspetto, potrebbe addursi l'esempio di una comunità di residenti che fosse sistematicamente attinta da radiazioni elettromagnetiche (di comprovata dannosità), provenienti da un'antenna per le trasmissioni radiotelevisive appartenente al demanio statale.

⁸ La perdita del diritto di elettorato passivo, ad esempio, non si tradurrà mai nell'esclusione dal godimento di cure mediche.

⁹ Invero, N. Bobbio, *op. cit.*, 13, sostenne come «i diritti dell'uomo, per fondamentali che siano, sono diritti storici, cioè nati in certe circostanze, contrassegnate da lotte per la difesa di nuove libertà contro i vecchi poteri, gradualmente, non tutti in una volta e non una volta per sempre [mio il corsivo]».

¹⁰ Lo evidenzia A. Petretto, *Diritti sociali e disciplina fiscale: un'incompatibilità insanabile?*, in *Pers. e merc.*, IV/2014, 2.

¹¹ Di cui è prova, ad esempio, il *Rapporto* della Commissione Onofri, insediata nel 1997 dall'allora Presidente del Consiglio dei Ministri R. Prodi, occupatasi dell'analisi delle compatibilità macroeconomiche dello Stato sociale in Italia, e le cui principali conclusioni sono riportate in www.fondazionepromozionesociale.it

¹² Per una cui efficace e al contempo sintetica ricognizione, v. V. Lippolis, G. M. Salerno, *La repubblica del Presidente. Il settennato di Giorgio Napolitano*, Bologna, 2013, 37 ss.

¹³ N.R. Amadou, *The Systemic Regulation of Credit Rating Agencies and Rated Market*, Working Paper of the International Monetary Fund, WP/09/129, Washington D.C., 3, segnala – ad esempio – come le «credit rating agencies have played a key role in the origin of the current crisis, [and] the downgrades of a number of structured credit products and market participants in 2007 has been a catalyst of the current crisis».

A riprova della stretta interdipendenza tra normazione della contabilità pubblica e opzioni di politica economica e finanziaria, il Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance*, sottoscritto nel 2012¹⁴, conia per gli Stati membri dell'UE (con l'*opting-out* di Regno Unito e Repubblica Ceca) l'obbligo d'introdurre, in seno alle rispettive costituzioni, il principio dell'equilibrio di bilancio.

Gli analisti si sono interrogati in merito all'eventuale correlazione tra la riduzione della spesa pubblica e l'erogazione dei servizi di *welfare*; ne è scaturito, dunque, il seguente quesito: i diritti sociali sono una funzione diretta della spesa, e inversa dell'austerità economica?

In proposito, duplice è l'ordine di riflessioni concernenti il tema della compatibilità finanziaria delle politiche de l'*État-providence*, il quale pure esige un sindacato di tipo costituzionale¹⁵: da un lato, la disponibilità di risorse destinabili agli interventi pianificati rappresenta un limite non oltrepassabile dai decisori pubblici (se non a costo di esiziali artifici contabili); dall'altro, la stessa determinazione delle misure da implementare (nonché dei relativi tempi, modi e beneficiari) costituisce una tipica decisione informata a discrezionalità politica¹⁶.

D'altra parte, un'ipotetica desertificazione dei diritti non potrebbe comunque essere giustificata dalle avversità del ciclo economico¹⁷; poiché, però, la platea dei fruitori (*recte*: titolari) di diritti sociali non può essere arbitrariamente perimetrata¹⁸, s'impongono scelte ancor più oculate in merito alla modulazione dei diritti stessi: proprio della tenuta costituzionale delle scelte in commento si darà conto nel prosieguo della trattazione, attraverso la disamina della relativa giurisprudenza del giudice delle leggi.

3. Le pensioni (e non solo) come diritti finanziariamente condizionati al cospetto della Corte costituzionale

Lungo il percorso affrontato dalla Corte costituzionale in materia, constano tre aspetti salienti: a) la salvaguardia dell'effettività (e non mera simbolicità) dell'erogazione incamerata dal privato, b) la garanzia della complessiva sostenibilità economica delle misure approntate, e c) la circoscrizione

¹⁴ Il riferimento è all'art. 3, I c., del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'unione economica e monetaria, sottoscritto il 2 marzo 2012, reperibile in: eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=uriserv:1403_3.

¹⁵ Si è sostenuto, ad esempio, come «beyond its economic impact, the 2008 financial crisis has been producing new constitutional stories», senza dimenticare i «changes in the constitutional capabilities of state organs, along with changes in their relationship and the allocation of powers among rule production»: in tal senso, X. Contiades, *The Global Financial Crisis and the Constitution*, in X. Contiades (cur.), *Constitution in The Global Financial Crisis, A Comparative Analysis*, Farnham, 2013, 1-4.

¹⁶ È stato fatto notare, a questo proposito, come il concetto stesso di giustizia compendi in sé il problematico tema dell'ottimale distribuzione di risorse caratterizzate da scarsità, la cui delicatezza risulta viepiù accentuata in periodi di ancora maggiore carenza. In argomento, v. R. Spaemann, *Concetti morali fondamentali*, Casale Monferrato, 1993, 61. Risulta condivisibile, la critica ad H. Kelsen – secondo cui la giustizia resterebbe al di fuori del diritto, in quanto ideologica – formulata da F. Modugno, e posta in evidenza da G. Razzano, *Il concetto di costituzione in Franco Modugno, fra positivismo giuridico e "giusnaturalismo"*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, III, Napoli, 2011, 2771, conformemente alla quale non sarebbe ammissibile alcuno iato fra diritto e giustizia. Sul tema, peraltro, non possono sottacersi i contributi di R. Dworkin, *What is Equality*, in www.strongwindpress.com.

¹⁷ La quale, anzi, potrebbe costituire occasione per imprimere un nuovo impulso alle politiche sociali dello Stato, come evidenzia G. Razzano, *Lo "statuto" costituzionale dei diritti sociali*, in A. Cavasino, G. Scala, G. Verde (cur.), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*. Atti del Convegno svoltosi a Trapani l'8-9 giugno 2012, Napoli, 2013, 25.

¹⁸ Nella concorrente accezione relazionale dell'attributo, segnalata da A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi*, in www.rivistaaic.it.

dei margini di manovra entro cui il legislatore è ammesso a mutare la disciplina applicabile alla fattispecie in parola.

È emersa, innanzitutto, l'impalpabilità della categoria del diritto acquisito¹⁹, erosa dalla necessità di evitare ingessature nell'esercizio della funzione legislativa.

A questo proposito, con la sent. n. 390/1995, la Corte prendeva posizione sul rapporto fra (preesistente) regolazione di un rapporto previdenziale e sua sopravvenuta rivisitazione, affermando l'incensurabilità degli interventi normativi, se razionali, pur sancendo – al contempo – l'importanza sistemica del principio del legittimo affidamento²⁰.

La sentenza forniva, altresì, un'indicazione di metodo: il giudice delle leggi rinveniva nella modulazione temporale del mutamento normativo – concretamente spettante al raccordo fra Parlamento e Governo – la ragione quantomeno concorrente) di salvezza del disposto normativo oggetto delle riserve d'incostituzionalità; proprio l'inesistenza di vistose divaricazioni temporali nella ricostruzione del trattamento pensionistico consentiva, infatti, di preservare sufficientemente gli affidamenti serbati dai destinatari delle nuove norme.

Con la sent. n. 446/2002, poi, la Consulta avrebbe meglio indagato il rapporto sussistente fra le discipline di legge interessate dall'avvicendamento, così valorizzando la finalità «di salvaguardare equilibri di bilancio e contenere la spesa previdenziale», e mandando esenti da censure le disposizioni impugnate, sebbene incidenti anche sugli assegni previdenziali in erogazione.

Venivano, in tal modo, piantate le “colonne d'Ercole” della discrezionalità legislativa in politica economica: se già con la sent. n. 417/1996 la Corte aveva privilegiato le «inderogabili esigenze di contenimento della spesa», sei anni dopo essa appariva non meno sensibile alle criticità del sopraggiunto scenario economico, traendone spunti per un richiamo agli «equilibri di bilancio» e «al contenimento della spesa previdenziale», e facendo salva (solamente) l'ineliminabilità radicale de «il diritto ad una pensione legittimamente attribuita (in concreto e non potenzialmente)»²¹, pur esprimendo una certa preoccupazione innanzi «alla necessità economico-sociale di evitare in un momento di grave crisi economica notevoli disparità fra le diverse categorie di pensionati, con le conseguenti tensioni sociali».

Con la sent. n. 223/2012, poi, la Corte interveniva in materia di pensioni dei magistrati, argomentandone l'irriducibilità *a posteriori* in conseguenza della loro attitudine a salvaguardare l'indipendenza – costituzionalmente garantita ex art. 104 Cost. – del singolo magistrato e, suo tramite, dell'intero ordine.

Dalla succinta rassegna compiuta, dunque, possono già enuclearsi i criteri ispiratori degli avvicendamenti legislativi in materia.

¹⁹ Lo rammenta A. Valeriani, *I limiti costituzionali alla revisione delle pensioni: le prospettive per il futuro*, consultabile in www.bollettinoadapt.it.

²⁰ Sul legittimo affidamento, *ex multis*, v. V. Pampanin, *Legittimo affidamento e irretroattività della legge nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in www.academia.edu, nonché F.F. Pagano, *La mancata previsione dell'errore di diritto tra i casi di modifica o di revoca del provvedimento definitivo di liquidazione del trattamento pensionistico e la tutela del legittimo affidamento nell'ambito dei rapporti di durata*, in *Giur. cost.*, IV/2014, 3328 ss., e F. P. Rossi, *Il diritto alla pensione alla luce del risultato del referendum sulla riforma della Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/06/rossi.pdf, ma anche G. Marino, *Il contributo di solidarietà sulle pensioni d'oro non è incostituzionale*, in *Dir. & Giust.*, XXXII/2016, 23 ss., così come F. Ghera, *La Corte interviene a tutela dei titolari di pensioni soppresse, ma soltanto con decisione interpretativa di rigetto*, in *Giur. cost.*, II/2016, 522 ss., e G. D'Alessio, M. Maria, C. Coviello, *Prepensionamento progressivo” e “ricambio generazionale” nel lavoro privato e nel lavoro pubblico. i principi del diritto europeo e i recenti interventi legislativi italiani*, in *Il Lav. nelle pubbl. amm.*, V/2015, 611 ss.

²¹ «intervenedo in una fase avanzata del rapporto di lavoro, ovvero quando addirittura è subentrato lo stato di quiescenza, peggiorasse senza un'inderogabile esigenza, in misura notevole e in maniera definitiva un trattamento pensionistico in precedenza spettante, con la conseguente, irrimediabile vanificazione delle aspettative legittimamente nutrite dal lavoratore per il tempo successivo alla cessazione della propria attività».

In via preliminare, occorre rammentare come retribuzione e pensione – secondo la Consulta – siano due componenti del medesimo trattamento spettante al lavoratore: di talché risulta legittimo definire la pensione alla stregua di una «retribuzione ... differita»²².

Ancorché posta, però, sotto l'intera egida degli art. 36 e 38 Cost.²³, la pensione è rimodulabile dal legislatore nel tempo, tanto per il futuro²⁴ quanto per il passato²⁵: con riferimento a quest'ultima eventualità, la Corte ha escluso possa predicarsi una sorta di "diritto di sequela", del lavoratore nei riguardi della legislazione pensionistica sussistente al tempo del suo pensionamento, ovvero del suo ingresso nel mondo del lavoro, e ha aggiuntivamente rammentato come nemmeno si diano addentellati costituzionali alla pretesa di rivalutazione sistematica dell'assegno percepito²⁶.

In ordine al *quantum* del trattamento, in altre occasioni la Corte è parsa sposare una lettura al ribasso della funzione assoluta dalle provvidenze pensionistiche, con il solo limite «delle esigenze minime di protezione della persona»²⁷.

Volendo, allora, pervenire ad uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in punto di previdenza sociale, le accortezze del giudice delle leggi sono sembrate protese ad impedire il consolidamento d'"ipoteche sul futuro" delle finanze statali, e – correlativamente – dei margini d'intervento del legislatore in materia.

Proprio alla luce del contesto appena tratteggiato, risulta singolare il più recente corso intrapreso dalla giurisprudenza della Corte: gli elementi di apparente dissociazione della Consulta dai suoi precedenti formeranno, dunque, oggetto delle riflessioni che seguono.

4. Le ultime tappe della giurisprudenza costituzionale in punto di rapporti fra il sistema retributivo e pensionistico e le contingenze di bilancio: «tempus edax rerum»?

Nel quadro appena delineato irrompeva la sent. n. 70/2015, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale del comma 25 dell'art. 24 del d.l. n. 201 del 2011 (come convertito), introduttivo del blocco del meccanismo di rivalutazione di alcuni trattamenti pensionistici²⁸.

Come già chiarito in altra sede²⁹, la sentenza si allontanava dai propri immediati precedenti³⁰, e ridimensionava nettamente le preoccupazioni di tipo sistemico, imputando al difetto motivazionale

²² Corte cost., sent. n. 3/1966.

²³ Cfr. Corte cost., sent. n. 26/1980, ove si afferma come il «trattamento di quiescenza, al pari della retribuzione ... , deve essere proporzionato alla quantità ed alla qualità del lavoro prestato, e deve in ogni caso assicurare al lavoratore medesimo ed alla sua famiglia i mezzi adeguati alle loro esigenze di vita per un'esistenza libera e dignitosa».

²⁴ Non mancano, infatti, le pronunce dei giudici comuni con cui è stata tratteggiata la distinzione tra legittimo affidamento e mera aspettativa (immeritevole di tutela), suscettibili di dare la stura ad interventi normativi limitativi della robustezza del successivo assegno pensionistico, destinato a lavoratore ancora occupato, al tempo dell'entrata in vigore della nuova normativa: per tutte, si consideri Corte Cass., sent. n. 18338/2003.

²⁵ Si pensi alla variegata casistica in materia di blocco delle indicizzazioni e della perequazione automatica, un esempio della quale è rinvenibile nel disposto dell'art. 1, comma 19, della legge 24 dicembre 2007, n. 247, dichiarato non costituzionalmente illegittimo dalla sent. n. 316/2010; un'altra interessante pronuncia in argomento è la n. 22/2003, in cui risulta affermato il ruolo del principio di solidarietà interna al sistema pensionistico; per una rassegna delle condizioni cui devono intendersi sottoposti i prelievi su pensioni in costanza di rapporto, v. O. Bonardi, *La corta vita dei contributi di solidarietà*, in www.forumcostituzionale.it.

²⁶ In tal senso, Corte cost., sent. n. 316/2010.

²⁷ Il passaggio è rinvenibile nella sent. n. 30/2004, al sesto capoverso del punto 2 dei «ritenuto in fatto».

²⁸ Commentata da ampia parte della dottrina, fra cui (senza pretesa di esaustività), A. Barbera, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in www.rivistaaic.it nonché S. Ceccanti, *Una sentenza che lascia due seri motivi di perplessità*, in www.federalismi.it.

²⁹ Per economia di spazi, sia consentito rinviare al mio *La Corte costituzionale: guardiania (ragionevole) del tempo, o fredda ragionatrice? Riflessioni sul potere di modulazione quoad tempus degli effetti delle sentenze di incostituzionalità*, in A. Ruggeri (a cura di), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 1531 ss.

del legislatore (circa il fondamento e l'entità della misura sostanzialmente ablativa) le ragioni della dichiarata incostituzionalità.

Il *decisum* della Consulta, frustrando le esigenze di prevedibilità dell'evoluzione giurisprudenziale, sembrava obliterare l'implicito presupposto della coerenza giurisprudenziale – quantomeno di breve termine – giungendo ad adottare metodi argomentativi incapaci di azzerare il rischio di una certa... schizofrenia pretoria³¹.

Ai fini che qui occupano, nondimeno, la forza centrifuga della pronuncia costituzionale non sembra meritevole di particolare accentuazione.

La Corte, infatti, osservava come «al legislatore spett[] ... individuare idonei meccanismi che assicurino la perdurante adeguatezza delle pensioni all'incremento del costo della vita ... Pertanto, il criterio di ragionevolezza ... circoscrive la discrezionalità del legislatore e vincola le sue scelte all'adozione di soluzioni coerenti con i parametri costituzionali».

Nel merito, dunque, la sent. n. 70/2015 non offriva elementi innovativi rispetto ai precedenti adottati dalla Corte nella medesima disciplina: a più riprese, infatti, emergevano nel contesto della sentenza i consueti inviti (quali l'idoneità dei meccanismi normativi, e la consonanza tra erogazione previdenziale e costo della vita) alla ragionevolezza e proporzionalità delle opzioni legislative, come termini di scrutinio delle nuove disposizioni previdenziali. Di conseguenza, i profili di particolarità della richiamata sentenza si concentrano nella sola questione dell'apparente sconfessione, da parte della Consulta, dei propri insegnamenti (ex sent. n. 10/2015) in ordine alla modulazione temporale della portata della decisione, e la discendente divaricazione fra l'accertata – e dichiarata – incostituzionalità (*ab origine*) della disciplina impugnata e il mancato sbarramento *pro praeterito* dell'efficacia della sentenza, pur nella consapevolezza della gravità del suo impatto economico.

Nei mesi successivi, tuttavia, la Corte avrebbe imboccato un'ulteriore deviazione dai propri passi, occupandosi della vertenza relativa al blocco degli adeguamenti contrattuali³².

Per meglio cogliere l'inspiegabilità dell'ulteriore divergenza tra *rationes decidendi*, è bene constatare, da un lato, come la periodica rinegoziazione del contratto investa non soltanto la componente normativa del C.C.N.L., ma anche la dimensione economica degli emolumenti attribuiti ai lavoratori.

D'altra parte, premessa dalla Corte la qualificazione della pensione come retribuzione differita³³, gli argomenti sottesi a siffatto postulato avrebbero autorizzato – *a fortiori* – la traslazione delle coordinate ermeneutiche consegnate in ambito pensionistico anche alla sfera stipendiale, essendo lo stipendio una retribuzione *in atto*, e non solamente *in potenza*.

³⁰ Il riferimento è evidentemente alla sent. n. 10/2015, in cui la Corte – alla luce della propria collocazione e funzione ordinamentali – decideva di circoscrivere al solo tempo futuro gli effetti della pronuncia d'incostituzionalità, così rendendo il giudizio *a quo* impermeabile alle conseguenze – altrimenti restitutorie – della sentenza medesima, ed esponendosi alla sostanziale (e per certi versi stupefacente) disapplicazione della propria sentenza da parte del giudice rimettente. In proposito, v. A. Ruggeri, *Sliding doors per l'incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015)*, in www.forumcostituzionale.it, nonché A. Pugiotto, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it e T.F. Giupponi, *La Corte e il "suo" processo. Brevi riflessioni a margine della sent. n. 10 del 2015 della Corte costituzionale*, in *Lo Stato*, IV/2015, 187 ss., ma anche A. Morrone, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, e A. Morelli, *Tutela nel sistema o tutela del sistema? Il «caso» come occasione della «tutela sistemica» della legalità costituzionale e la «forza politica» del Giudice delle leggi (notazioni a margine di Corte cost. n. 10/2015)*, in www.forumcostituzionale.it.

³¹ Sebbene l'esigenza di prevedibilità non possa essere realisticamente enfatizzata più del giusto, negli ordinamenti contemporanei ispirati alla normazione per principi: lo ricorda S. Beratea, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli, 2002, 296.

³² Ai sensi dell'art. 16, comma 1, lettere b) e c) del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), come convertito e modificato dall'art. 1, comma 1, della legge 15 luglio 2011, n. 111.

³³ V. nota 23.

Vi è, però, di più.

La sent. n. 10/2015 – cui la pronuncia n. 178/2015 pare voler fare ritorno (in punto d'efficacia delle sentenze d'accoglimento), misconoscendo la frattanto intervenuta sent. n. 70/2015 – principiava da una lite tributaria, incardinata da una società per azioni operante nel settore della distribuzione di carburanti, la quale si doleva di un aumento dei tributi da versare all'Erario, a sua volta basato sul presupposto impositivo³⁴ per il quale, nel periodo di imposta precedente, detta società avesse conseguito un volume di ricavi superiore a venticinque milioni di euro.

Nel definire la questione, il giudice delle leggi aveva – come già esaminato – privilegiato le istanze di tenuta finanziaria del sistema, rispetto all'eventualità della rifusione delle somme in favore della ricorrente nel giudizio *a quo*: la quale eventualità sarebbe naturalmente conseguita³⁵ alla dichiarata incostituzionalità della norma tributaria, in mancanza di espresse statuizioni derogatorie provenienti dalla Corte.

Con la sent. n. 178/2015, invero, la Corte veniva interpellata in merito alla legittimità della sospensione dei meccanismi di contrattazione collettiva, involgente milioni di lavoratori del pubblico impiego³⁶, i quali solitamente rinvengono nello stipendio mensile la propria unica fonte di sostentamento quotidiano³⁷.

Appaiono, dunque, scarsamente comprensibili le ragioni per cui la Corte abbia ritenuto di assoggettare la sorte economica di tanti pubblici dipendenti alle medesime soluzioni processuali escogitate in riferimento ad una disciplina tributaria applicabile ad imprese dal fatturato multimilionario.

Più segnatamente, tra le due fattispecie testé raffrontate non è agevole ravvisare quell'omogeneità di elementi identificativi, la quale sola avrebbe potuto giustificare – ex art. 3 Cost. – la negazione, in ambo i casi, degli effetti parzialmente retroattivi della sentenza pronunciata.

Mentre, infatti, le vertenze rispettivamente incardinate innanzi alla Commissione tributaria e ai Tribunali ordinari non avrebbero potuto essere più diverse, sarebbe stato – di contro – assai agevole cogliere le similitudini intercorrenti fra gli oggetti dei giudizi definiti con le sentt. n. 70/2015 e 178/2015: meglio avrebbe fatto, allora, la Corte a decidere univocamente entrambe le questioni, poiché nella prima era controversa la legittimità del blocco dell'adeguamento sostanziale di «retribuzioni differite» (ossia, appunto, le pensioni, come rilette dalla Corte), laddove nella seconda era stata scrutinata la compatibilità costituzionale della cristallizzazione di (altrettante) retribuzioni versate in costanza di rapporto.

A farne conclusivamente le spese, la tenuta del principio di eguaglianza.

5. “The neverending story”: il giudicato costituzionale, il seguito legislativo, il riscontro giudiziale

A dimostrazione delle criticità intrinseche all'esaminata “trilogia” di pronunce, si consideri l'accoglimento loro tributato, all'indomani della pubblicazione.

Il seguito della sent. 10/2015 è il più gravido di implicazioni, poiché tradottosi nella non-applicazione della sentenza della Corte.

³⁴ Ex art. 81, commi 16, 17 e 18 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), come convertito dall'art. 1, comma 1, della legge 6 agosto 2008, n. 133.

³⁵ Ma, in merito all'epilogo del giudizio incidentale, si veda il prossimo paragrafo.

³⁶ Per una cui ricognizione statistica (sebbene aggiornata al 2012) in www.ilsole24ore.com.

³⁷ Cfr, in proposito, Corte cost., sent. n. 208/2014, p. 3 dei “considerato in diritto”.

Affidandosi a motivazioni formalistiche (ai limiti della capziosità), infatti, l'Autorità rimettente asseriva di non intravedere nella pronunzia ciò che, invece, ne rappresentava il dato saliente: l'irretroattività – *anche inter partes* – degli effetti caducatori della decisione e l'aggiramento (se non *ad personam*, senz'altro *ad processum*) del requisito dell'incidentalità, in tal guisa derivatone.

La sent. n. 217/3/2015 dell'anzidetta Commissione³⁸ giungeva, più precisamente, a negare l'intervento di qualsivoglia manipolazione temporale in seno alla sentenza costituzionale presupposta per poi accogliere nel merito l'azione spiccata dalla società ricorrente, così ergendosi a vessillo della sindacabilità diffusa delle decisioni rese dalla Corte costituzionale³⁹.

Quanto al seguito della sent. 70/2015, i suoi impegnativi riverberi sul bilancio dello Stato inducevano il legislatore a rifondere solo parzialmente le somme spettanti all'amplessima platea di titolari di assegni previdenziali⁴⁰, approntando un sistema di rimborsi progressivi, e un meccanismo di rivalutazione per classi⁴¹.

All'esito dell'intervento normativo di ottemperanza alla sentenza, alcune perplessità – relative alla mancata attuazione pedissequa del *dictum* costituzionale – possono effettivamente condividersi: occorre rammentare come la pronunzia della Consulta – sebbene dirompente quanto agli effetti, e di lì a poco sconfessata dalla decisione resa su questioni la cui affinità tematica si è cercato di evidenziare sopra non riservasse particolari margini di apprezzamento per il legislatore tenuto a darvi seguito⁴².

Entrambe le vicende inducono, peraltro, ad un'attenta riflessione in merito al giudicato costituzionale⁴³, al punto d'autorizzare a suggerire interventi in punto di diritto processuale costituzionale, tali da introdurre meccanismi di ottemperanza (più immediati e meno farraginosi dell'eventuale proposizione di una nuova *quaestio legitimitatis*, peraltro subordinata all'iniziativa di un rimettente, o di un ricorrente che vi sia legittimato), sì da costituire la Corte quale giudice dell'esecuzione delle proprie pronunce, pur nell'ovvio rispetto delle attribuzioni spettanti agli altri organi nei quali si articola l'architettura della Repubblica.

6. Alcuni conclusivi spunti di riflessione

All'esito dell'analisi sin qui compiuta, è forse possibile individuare alcune problematiche, affioranti nelle procellose acque del *welfare state* contemporaneo.

³⁸ Per esteso in www.giurcost.org.

³⁹ La sentenza emessa dalla giustizia tributaria inaugura orizzonti inediti nel rapporto fra la Corte e i giudici comuni, introduttori necessari del giudizio incidentale. Soprattutto, però, essa sembra sostanzialmente tradire il disposto dell'art. 137 Cost., il quale sancisce l'inappellabilità delle sentenze della Corte costituzionale, per dare ampio spazio ad una sorta di diritto di resistenza giudiziaria, ampiamente esecrabile – quand'anche animato da buone intenzioni di perseguimento della giustizia nel caso concreto – poiché non codificato, né controllabile. In proposito, A. Morelli, *Principio di totalità e "illegittimità della motivazione": il seguito giurisprudenziale della sentenza della Corte Costituzionale sulla Robin Tax*, in www.giurcost.org/studi/morelli3bis.pdf, ma anche R. G. Rodio, *Il seguito della sentenza n. 10/2015: verso il giudice a quo quale giudice d'appello (di fatto) sulle decisioni della Corte?*, in www.dirittifondamentali.it, il quale ipotizza alcuni possibili scenari ulteriori, quali la modifica della sentenza tributaria da parte della Commissione regionale ovvero del giudice nomofilattico, oppure – ancor più radicalmente – la proposizione, da parte della stessa Consulta, di un conflitto di attribuzioni in confronto del giudice tributario, peraltro (e inevitabilmente) innanzi a se stessa.

⁴⁰ L'attuazione della sentenza della Consulta era affidata al d.l. 65/2015, come convertito nella l. 109/2015.

⁴¹ Esplicato in termini piuttosto comprensibili in *La rivalutazione delle pensioni dopo il decreto-legge 65/2015: effetti redistributivi e di finanza pubblica* a cura dell'Ufficio parlamentare di Bilancio, reperibile in www.upbilancio.it.

⁴² Possono, dunque, condividersi le riserve di M. Esposito, *Il decreto-legge in-attuativo della sent. n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in www.osservatorioaic.it.

⁴³ Su cui A. Lollo, A. Morelli, *Vincolo del giudicato costituzionale e ruolo della Corte*, in www.rivistaaic.it.

In condizioni ottimali, un ideale patto fra governanti e governati implicherebbe la garanzia d'invariabilità (nell'*an* e nel *quantum*) dei diritti accordati *ratione temporis* da una determinata disciplina normativa, attribuendo all'art. 11 disp. prel. al c.c. una natura pressoché paracostituzionale, e garantendone la sistematica osservanza.

L'ondivago contesto socio-economico, tuttavia, preclude ragionamenti per assurdo, e richiama alla più realistica constatazione della fisiologica scarsità delle risorse.

In prospettiva storica, l'improvvida gestione dei conti pubblici ha cagionato un disavanzo le cui conseguenze finanziarie sono state quasi sempre riportate ad "esercizi finanziari" successivi, dando corso ad una "rimozione mentale" giustificatrice di sperperi.

Il biasimo suscitato dai passati malvezzi si giustifica anche senza scomodare il concetto di equità intergenerazionale⁴⁴, ove si pensi che ogni ordinamento reca impressa in sé la tendenza alla perpetuità, impensabile in mancanza di un accortoimpiego intertemporale delle risorse.

In ordine alla formulazione di una risposta all'interrogativo con cui ci siamo confrontati in questo scritto - se possa, cioè, avvalorarsi la pretesa dell'astrazione temporale dei diritti, anche di rango costituzionale⁴⁵ - l'approdo cui pervenire è negativo: invitata di pietra di ogni realistico ragionamento sui diritti, infatti, è la necessità di consentire aggiustamenti quali-quantitativi delle prestazioni pubbliche, al fine di riconoscere un domani l'accesso a diritti paragonabili a quelli attribuiti nel tempo presente⁴⁶.

Al legislatore va, dunque, rivolta l'esortazione al rispetto di quella ragionevolezza così frequentemente auspicata dalla Corte costituzionale⁴⁷, con l'augurio che le stesse indicazioni provenienti da quest'ultima siano motivo di orientamento ed indirizzo, e non di smarrimento o estemporaneità d'iniziativa.

Occorre conclusivamente rimarcare l'importanza del canone di solidarietà, espressivo della carica deontica coesenziale ad ogni diritto fondamentale: anche al fine di evitare che l'armonico avvicendamento delle generazioni possa tradursi in un conflitto intergenerazionale, sempre meno irrealistico⁴⁸.

Abstract

The Welfare State relies on public institutions to remove inequalities and ensure individuals' independence and decent existence. The Republic pursues this aim primarily through the recognition and guarantee of performance rights. However, due to the worst economic crisis ever, the dimension of these rights as financially conditional rights has been clearly perceived, and lead to a dramatic question: are social rights systematically allocated to their beneficiary once and for all?

⁴⁴ Sebbene ci sembrino molto persuasive le accurate riflessioni di A. Spadaro, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in www.forumcostituzionale.it. In argomento, cfr. M. Luciani, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Dir. e soc.*, II/2008, 145 ss., scettico sulla pensabilità di autentici diritti in capo alle generazioni future.

⁴⁵ Sul punto, cfr. l'orientamento dottrinale piuttosto risalente di C. F. Gabba, *Natura del diritto a pensione degli impiegati dello Stato e in specie di quelli del Comune e indole giuridica dei relativi regolamenti comunali*, in www.foro.it, I/1891, 41.

⁴⁶ Non è un caso, ad esempio, come l'OSCE abbia certificato, nel nostro Paese, la stasi dei meccanismi di mobilità sociale: in proposito, v. quifinanza.it/soldi/osce-mobilita-sociale/403/.

⁴⁷ Sul punto, v. L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, *passim*, in particolare 441, per il quale il principio di ragionevolezza concorre a determinare la complessiva architettura dell'ordinamento costituzionale.

⁴⁸ Lo segnala V. Valenti, *Diritto alla pensione e questione intergenerazionale. Modello costituzionale e decisioni politiche*, Torino, 2013, 78 ss.

ILARIO NASSO

This paper examines the constitutional case law on Welfare State performances, and highlights its critical issues and inconsistencies. The author, who doubts the existence of acquired rights, concludes that social rights are relational rights, which simultaneously establish a direct relationship between citizen and State, and an indirect one between the beneficiary and the remaining members of the community. As a result, each right is genetically exposed to those supervening measures of containment, which may be necessary to avoid the dangerous transformation of social rights in sporadic privileges, whom only some categories are admitted to benefit from.

Il principio costituzionale del pareggio di bilancio nell'esperienza della Regione Abruzzo a partire dalla Legge 243 del 2012

Sommario: 1. Cenni introduttivi - 2. La legge n. 243/2012 - 3. L'esperienza della Regione Abruzzo - 3.1 Il giudizio di parificazione del rendiconto generale della Regione per l'esercizio finanziario 2012 - 3.2 La giurisprudenza costituzionale - 3.3. La sentenza n. 275 del 2016 della Corte Costituzionale - 4. Riflessioni conclusive

1. Cenni introduttivi

La legge costituzionale n. 1 del 2012¹ ha modificato, com'è noto, gli art. 81, 97, 117 e 119² del nostro testo costituzionale, introducendo il principio dell'equilibrio delle entrate e delle spese del bilancio e, più specificatamente, la legge rinforzata n. 243 del 2012, attuativa del comma 6 dello stesso art. 81, contenente la disciplina delle norme fondamentali volte ad assicurare il suddetto equilibrio nonché la sostenibilità del debito delle pubbliche amministrazioni. Queste norme vanno necessariamente confrontate con quelle relative all'autonomia finanziaria delle Regioni e degli Enti locali, contenute nel Titolo V, Parte II, della Costituzione³ e nel *corpus* della legge n. 42 del 2009, attuativa sull'autonomia finanziaria delle Regioni e degli Enti locali e sulla loro posizione costituzionale.

Le disposizioni di legge in parola introducono nuove limitazioni nei confronti delle Autonomie sia mediante una costituzionalizzazione delle stesse, sia tramite la normativa di dettaglio contenuta nella legge di attuazione n. 243⁴. L'effetto è stato il rafforzamento dei limiti che in tema di bilancio la potestà legislativa dello Stato può porre all'autonomia finanziaria delle Regioni e degli enti locali.

In particolare, l'art. 81, c. 6, dispone che: «il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale». Questo significa non solo che i principi di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito sono estesi a tutte le pubbliche amministrazioni e, dunque, anche alle autonomie territoriali, ma anche che il potere di stabilire le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'attuazione dei due principi è riservato esclusivamente a una particolare legge statale, rinforzata nel procedimento. Viene così meno, in materia di bilancio, la possibilità di applicare il comma 3 dell'art. 117 Cost., il quale stabilisce che, ai fini del coordinamento della finanza pubblica,

¹ La recente riforma costituzionale, operata dalla legge n. 1 del 2012, che ha introdotto il principio del pareggio di bilancio per il complesso delle pubbliche amministrazioni, ha imposto ulteriori vincoli agli enti territoriali in tema di indebitamento che si sovrappongono a quelli fissati dall'articolo 119 della Costituzione.

L'introduzione del principio costituzionale del pareggio di bilancio esteso alle amministrazioni territoriali avrà incidenza sul livello di indebitamento ammesso, i cui spazi andranno a restringersi ulteriormente, essendo ora consentito il ricorso al debito nel rispetto dell'equilibrio complessivo dell'aggregato regionale, in leg16.camera.it/465?area=19&tema=787&L%27indebitamento+degli+enti+territoriali.

² Com'è noto, il disegno di legge costituzionale approvato dal Governo l'8 settembre 2011 su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Ministro dell'Economia, segna il punto di avvio del procedimento di revisione costituzionale dell'art. 81, nonché degli art. 53 e 119 Cost., relativamente all'inserimento del principio del pareggio di bilancio nella Carta Costituzionale. L'esigenza di promuovere tale riforma trova le basi nell'impulso che l'UE ha inviato agli Stati della zona euro nel corso degli ultimi anni. Con la riforma del Titolo V, l'articolo 119 della Costituzione ha elevato a livello costituzionale il principio della c.d. *golden rule*, secondo la quale gli enti locali possono indebitarsi esclusivamente per finanziare spese di investimento. La regola, già esistente nell'ordinamento degli enti locali, stabilisce un vincolo di destinazione alla contrazione dei debiti, che non possono finanziare spesa corrente.

³ Per utili approfondimenti a riguardo v., F. Benelli, *La smaterializzazione delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2006; B. Caravita Di Toritto, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Torino, 2009.

⁴ F. Gallo, *Il principio costituzionale di equilibrio di bilancio e il tramonto dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

la legge statale può intervenire solo per fissare i principi fondamentali e non anche criteri e norme di dettaglio⁵.

La legge costituzionale 1/2012, all'art. 5, c. 1, conferma questa interpretazione attribuendo espressamente alla legge rinforzata il compito di disciplinare «l'introduzione di regole sulla spesa che consentano di salvaguardare gli equilibri di bilancio e la riduzione del rapporto tra debito pubblico e prodotto interno lordo nel lungo periodo, in coerenza con gli obiettivi di finanza pubblica». Imputando allo Stato questa speciale potestà legislativa di tipo esclusivo, detto comma amplia, senza dubbio, l'ambito di intervento statale, fino a ricomprendervi anche la specifica, dettagliata disciplina della «introduzione di regole sulla spesa in coerenza con gli obiettivi di finanza pubblica».

2. La legge n. 243/2012.

Per quanto concerne la legge n. 243 del 24 dicembre 2012⁶, sin dal titolo si presenta quale normativa di attuazione del principio dell'equilibrio di bilancio, ai sensi dell'art. 81, c. 6, Cost., nella versione novellata dalla legge 1/2012 e destinata a entrare in vigore dall'esercizio finanziario 2014. La nuova versione del sesto comma dispone quanto segue: «il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale».

I concetti-chiave disciplinati dalla legge 243/2012 rappresentano la traduzione nell'ordinamento italiano delle regole europee di coordinamento delle politiche economiche e nello specifico: l'equilibrio di bilancio corrisponde all'obiettivo di medio termine⁷; gli scostamenti rispetto a tale obiettivo comportano l'attivazione di meccanismi correttivi ma solo se sono significativi ai sensi delle regole europee; gli eventi eccezionali, in presenza dei quali sono possibili scostamenti dagli obiettivi programmatici, devono essere individuati «in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea» e le relative misure possono essere adottate solo previo parere della Commissione europea.

Le disposizioni relative alle autonomie territoriali sono quelle contenute nel Capo II, cui sono strettamente collegati il Capo III e il Capo IV, quest'ultimo specificamente dedicato all'equilibrio dei bilanci degli enti territoriali e al loro concorso nel conseguimento di un debito pubblico sostenibile. Il Capo II si riferisce a tutte le amministrazioni pubbliche, dunque anche alle amministrazioni territoriali. All'interno di queste disposizioni sono traslati diversi punti cardine concernenti i meccanismi europei in materia di coordinamento finanziario⁸, il Capo III adempie a quanto previsto, soprattutto, nel *Fiscal Compact*⁹. Il Capo IV illustra gli strumenti per mezzo dei quali gli

⁵ L'art. 117, c. 3 recita, infatti che: «le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza».

⁶ Sulla lettura della l. n. 243/2012 come legge organica v. N. Lupo, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, Relazione al Convegno *Costituzione e pareggio di bilancio*, (Roma, 18 maggio 2012), in *Il Filangieri*, Quaderno 2011, Napoli, 2012, spec. 108-109.

⁷ Regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio, 7-7-1997, in G.U.C.E. L 209/1, "Per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche".

⁸ L. 243/2012, art. 3, c. 5: «L'equilibrio dei bilanci si considera conseguito quando il saldo strutturale, calcolato nel primo semestre dell'esercizio successivo a quello al quale si riferisce, soddisfa almeno una delle seguenti condizioni: a) risulta almeno pari all'obiettivo di medio termine ovvero evidenzia uno scostamento dal medesimo obiettivo inferiore a quello indicato dall'articolo 8, comma 1; b) assicura il rispetto del percorso di avvicinamento all'obiettivo di medio termine nei casi previsti dagli articoli 6 e 8 ovvero evidenzia uno scostamento dal medesimo percorso inferiore a quello indicato dall'articolo 8, comma 1».

⁹ *Fiscal Compact*, art. 3, par. 1, lett. e): «Qualora si constatino deviazioni significative dall'obiettivo di medio termine o dal percorso di avvicinamento a tale obiettivo, è attivato automaticamente un meccanismo di correzione. Tale

obiettivi di bilancio vengono proiettati sul sistema della finanza territoriale. È d'uopo, al riguardo, rimarcare che Regioni ed enti locali sono, altresì, chiamati a contribuire all'abbattimento del debito pubblico nazionale. I saldi di bilancio positivi possono essere destinati all'estinzione del debito dell'ente o – nel rispetto dei vincoli europei e del principio di equilibrio – a spese di investimento¹⁰. Nei periodi favorevoli, il DEF può imporre agli enti territoriali di contribuire al Fondo per l'ammortamento dei titoli di Stato¹¹, previo parere, tra l'altro, della Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica. Per contro, nelle fasi sfavorevoli o al ricorrere di eventi eccezionali, lo Stato può sovvenzionare gli enti territoriali con le risorse attivabili in tali circostanze: queste risorse alimentano il Fondo straordinario per il concorso dello Stato, finalizzato al «finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali»¹². In questo contesto va necessariamente rimarcato che anche l'identificazione delle fasi favorevoli e sfavorevoli avviene sulla base dei criteri stabiliti dall'ordinamento UE.

Un dovuto richiamo va riservato all'art. 10 in cui vengono elencate una serie di circostanze per cui gli enti territoriali possono trovarsi a ricorrere all'opzione dell'indebitamento, ai sensi dell'articolo 119, ultimo comma, Cost.: «solo per finanziare spese di investimento con la contestuale definizione di piani di ammortamento, purché, nel complesso, gli enti di ciascuna regione rispettino l'equilibrio di bilancio». Soprattutto rispetto a quest'ultimo passaggio, la legge 243/2012 pare, verosimilmente, alimentare i dubbi di compatibilità costituzionale rispetto al principio dell'autonomia degli enti locali costituzionalmente garantita. Sia rispetto al novellato articolo 119 della Costituzione che all'art. 10 della legge rinforzata, il principio di autonomia si scontra con un inopportuno principio di responsabilità finanziaria comune. Anche l'attribuzione alla legge 243/2012 del compito di disciplinare la facoltà degli enti territoriali di ricorrere all'indebitamento si configura come una riserva alla legge rinforzata in cui è ricompresa tutta la disciplina, anche di dettaglio, del ricorso all'indebitamento da parte degli enti territoriali. Quanto rilevato equivale a riconoscere al legislatore statale una competenza ben più ampia di quella – stabilita dall'art. 117, comma 3, Cost. – relativa alla fissazione delle norme fondamentali e dei criteri in materia di coordinamento della finanza pubblica. Risulta, dunque, evidente che in tutte le materie oggetto della legge rinforzata l'autonomia finanziaria degli enti territoriali non ha più una sua specifica tutela, ma è rimessa alle determinazioni di un legislatore statale operante con legge rinforzata.

Una profonda lesione dell'autonomia finanziaria è da individuare nella procedura, prevista dall'art. 12 della legge 243/2012, per la destinazione delle risorse degli Enti locali e delle Regioni al Fondo per l'ammortamento dei titoli di Stato nei periodi favorevoli del ciclo. È verosimilmente possibile affermare che la modifica delle richiamate norme costituzionali e la legge rinforzata aumentano in modo rilevante i vincoli che il legislatore statale può imporre riguardo alle entrate e alla spesa degli enti territoriali. L'estensione di questi vincoli pare segnare un orientamento che va oltre un semplice adeguamento dell'assetto costituzionale della forma di Stato alle esigenze della crisi economico-finanziaria e disegna un processo, sotto il profilo politico-culturale, inverso rispetto al modello di federalismo fiscale che era alla base, nel 2001, del Titolo V, Parte II, della Costituzione.

meccanismo include l'obbligo della parte contraente interessata di attuare misure per correggere le deviazioni in un periodo di tempo definito».

¹⁰ L. 243/2012, art. 9, Equilibrio dei bilanci delle regioni e degli enti locali, c.3: «...Nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea e dell'equilibrio dei bilanci, i saldi positivi di cui al primo periodo possono essere destinati anche al finanziamento di spese di investimento con le modalità previste dall'articolo 10».

¹¹ L. 243/2012, art. 12, Concorso delle regioni e degli enti locali alla sostenibilità del debito pubblico, c. 2: «Nelle fasi favorevoli del ciclo economico, i documenti di programmazione finanziaria e di bilancio, tenendo conto della quota di entrate proprie degli enti di cui al comma 1 influenzata dall'andamento del ciclo economico, determinano la misura del contributo del complesso dei medesimi enti al Fondo per l'ammortamento dei titoli di Stato. Tale contributo è incluso tra le spese di cui all'articolo 9, comma 1, lettera a)».

¹² Art. 11, L. 243/2012

3. L'esperienza della Regione Abruzzo

Il bilancio dello Stato è solo uno degli aggregati che qualifica il sistema di contabilità nazionale, insieme a quello del settore pubblico, in considerazione di questo, l'art. 19 della legge n. 196 del 2009, prescrive che la copertura degli oneri recati dalle leggi va assicurata anche lì dove ne derivi un impatto finanziario a carico dei bilanci delle pubbliche amministrazioni.

Proprio in base al presupposto secondo cui i conti regionali concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, già con il D.lgs. n. 76 del 2000 il legislatore ha posto i principi fondamentali e le norme di coordinamento in materia di bilancio delle Regioni a statuto ordinario. È stata accordata la possibilità alle Regioni di approvare una propria legge finanziaria e, nel bilancio regionale, sono state introdotte le unità previsionali di base e la regola del bilancio a legislazione vigente per determinare la copertura finanziaria delle leggi regionali.

Sulla materia è intervenuto poi l'art. 2, c. 1, lett. h), della legge n. 42 del 2009 con l'obiettivo di armonizzare i bilanci degli enti territoriali per renderli maggiormente confrontabili. Il successivo D.lgs. n. 118 del 2011 individua l'oggetto dell'armonizzazione dei bilanci pubblici nell'omogeneità dei bilanci e dei sistemi di rilevazione contabile delle regioni e degli enti locali, rispetto al bilancio dello Stato, e nelle conseguenti procedure di consolidamento dei conti pubblici ai fini di garanzia degli equilibri di finanza pubblica e del rispetto del patto di stabilità e crescita. Esso pone i principi per l'armonizzazione dei bilanci delle Regioni a statuto ordinario, disponendo l'articolazione del bilancio in missioni e programmi.

La disciplina regionale abruzzese in materia di leggi di spesa è condizionata poi anche dal Regolamento interno per i lavori del Consiglio regionale, che contempla disposizioni relative all'*iter* legislativo delle proposte di legge finanziariamente rilevanti¹³.

Per la Regione Abruzzo la copertura finanziaria delle leggi, ai sensi dell'art. 27 della legge n. 3 del 2002, è determinata, esclusivamente nei seguenti modi: utilizzo degli accantonamenti iscritti nei fondi speciali destinati a far fronte agli oneri derivanti da provvedimenti legislativi regionali che si perfezionano dopo l'approvazione del bilancio; riduzione di precedenti autorizzazione legislative di spesa; utilizzo delle economie di spese di natura non obbligatoria formatesi nel corso dell'esercizio; modifiche legislative comportanti nuove o maggiori entrate.

3.1 Il giudizio di parificazione del rendiconto generale della Regione per l'esercizio finanziario 2012

Ai fini dell'analisi in questa sede condotti, rileva, in particolare, il giudizio di parificazione del rendiconto generale della Regione Abruzzo per l'esercizio finanziario 2012. L'accertamento è stato indirizzato - si legge nel giudizio della Corte dei Conti - «all'analisi ed alla verifica della concordanza dei dati, sia per l'entrata che per la spesa, come risultanti dal disegno di legge sul rendiconto 2012, con quelli presenti nelle scritture tenute dal Servizio Ragioneria della Regione, nonché con quelli risultanti dalle registrazioni dei flussi di cassa effettuate dal Tesoriere regionale»¹⁴. Il bilancio 2012 è regolare, presenta però delle rilevanti criticità su alcuni punti, in particolare, sul disavanzo finanziario relativo ai residui attivi e passivi. Il rendiconto è stato istruito con residui attivi e passivi non accertati e verificati, non solo, anche il conto patrimoniale non è stato parificato: la Regione Abruzzo ha 34 sedi che generano spese obbligatorie gravose per il bilancio. Infine, l'ente è chiamato ad un maggior controllo sulle partecipate che presentano conti economici negativi. Passi avanti vengono invece rilevati dalla Corte sul fronte dei conti del sistema sanitario regionale, con avanzi di bilancio realmente accertati e riutilizzati. Sebbene non si sia fatto ricorso all'esercizio provvisorio, il bilancio di previsione 2012 approvato non rispecchia l'effettiva

¹³ V., in particolare, art. 59, c. 3, 97, c. 1 e 101, c. 2, lett. h), che considerano lo strumento della relazione tecnica per la quantificazione degli oneri finanziari recati dalle iniziative legislative di spesa, già previsto dal secondo comma dell'art. 27 L.R. 3/2002

¹⁴ www.corteconti.it, 2016.

situazione finanziaria dell'ente ed è stato chiuso in equilibrio formale e non sostanziale: vale a dire, con la riconduzione a pareggio attraverso la previsione della voce "avanzo di amministrazione presunto" o "saldo finanziario presunto positivo".

È stato inoltre ignorato il risultato negativo dell'esercizio 2011, sul punto, la sezione di controllo della Corte dei Conti ha richiamato la sentenza n. 70 del 2012, in G.U. 04/04/2012 n. 14, del Giudice delle leggi che ha definito «non conforme ai precetti dell'articolo 81 della Costituzione, realizzare il pareggio di bilancio in sede preventiva attraverso la contabilizzazione di un avanzo di amministrazione non accertato e non verificato a seguito della procedura di approvazione del bilancio consuntivo dell'esercizio precedente». Per il 2012, non essendo intervenute né l'approvazione del rendiconto 2011 né la necessaria variazione del bilancio preventivo, con copertura del disavanzo dell'esercizio precedente, il risultato è stato considerato come risorsa positiva, anziché negativa, con la violazione del principio dell'equilibrio e la mancata previsione di adeguata copertura del disavanzo. Non appare conforme a legge neppure la tecnica redazionale e procedimentale adottata che vede disattesa, anche nel 2012, la norma di contabilità regionale che fissa al 30 giugno il termine per l'assestamento di bilancio. La gestione dell'esercizio 2012 è caratterizzata da una preponderanza di risorse vincolate e da un lento ma progressivo restringimento della manovrabilità di bilancio, anche per i limiti imposti dal patto di stabilità. Le entrate sono diminuite del 5.7% nel 2012 rispetto al 2011. Una diminuzione che si accompagna ad un rigido vincolo sulle entrate tributarie che ne blocca l'88.4%. Su un totale di 2.773 milioni di euro di entrate tributarie accertate, solamente 316 milioni (l'11.6%) sono stati disponibili per politiche regionali diverse dalla sanità e dagli altri vincoli dettati dalla Regione. Il 78.4% delle risorse sono state destinate alla spesa corrente dando priorità assoluta al soddisfacimento degli obblighi derivanti dal Piano di rientro dai *deficit* sanitari pregressi. Il raggiungimento dell'equilibrio ha consentito alla Regione di poter disporre di una quota della leva fiscale regionale del 2012, che ha permesso di ridurre le aliquote fiscali vigenti, alleggerendo – seppur in parte – la pressione fiscale. Anche in termini di indebitamento sanitario è evidente la riduzione dovuta, da un lato, alla contrazione dei mutui e, dall'altro, dei prestiti obbligazionari. Per il resto, risulta evidente la riduzione degli impegni per Organi istituzionali e per l'Amministrazione generale mentre è cresciuta la spesa sul personale. L'aumento è dovuto alla riconduzione al bilancio regionale delle spese di funzionamento – quindi anche le spese per il personale – degli Enti strumentali regionali soppressi.

Il risultato finanziario al termine dell'esercizio 2012 è positivo, tiene conto delle risultanze della gestione di cassa al 31 dicembre e dell'ammontare dei residui attivi e passivi. E proprio l'esame sulla gestione dei residui ha evidenziato notevoli criticità. In bilancio, permangono crediti sui quali è ragionevole nutrire dubbi sulla effettiva esigibilità: infatti, mancano specifiche dimostrazioni sull'esistenza del credito stesso e sulle ragioni della mancata riscossione. Considerata l'incidenza del mantenimento dei residui riferiti a crediti inesistenti o non più esigibili sull'effettiva determinazione del risultato di amministrazione, la Regione è chiamata a valutarne con rigore la sussistenza e il mantenimento in bilancio.

Se il patto di stabilità è stato rispettato, ulteriori problemi si registrano per quel che riguarda il conto del patrimonio: non sussistendo una contabilità economica infatti, la situazione patrimoniale non offre un quadro attendibile dei valori esposti né consente valutazioni di ordine economico circa il reddito patrimoniale prodotto. Dunque, la Corte dei Conti dubita della attendibilità delle poste allocate alla voce beni immobili perché la Regione non è dotata di inventario aggiornato.

Nel febbraio 2016, nel corso dell'Adunanza della Sezione regionale di controllo per l'Abruzzo della Corte dei Conti per deliberare in pubblica udienza sulla parificazione del rendiconto generale della Regione Abruzzo per l'esercizio finanziario, sono emersi rilievi pesanti riferiti alle annualità 2012 e 2013. Nel settembre 2015, è stato effettuato il riaccertamento dei residui. Dai dati forniti attualmente dalla Regione i bilanci 2015 e 2016 sono in equilibrio e sono stati accantonati 80 milioni, 61 dei quali sono utilizzabili per colmare eventuali disavanzi provenienti dal passato. Il bilancio

2015, come dichiarato dall'assessore al Bilancio è in equilibrio e per il 2016 è stato iscritto un disavanzo presunto di 430 milioni, accantonando per la prima volta complessivamente 80 milioni, chiudendo dunque in equilibrio già nella previsione il 2016.

L'Attuale giunta dichiara inoltre di aver "sterilizzato" i 174 milioni di anticipazione di liquidità contratta nella scorsa legislatura e assimilati dal nuovo quadro normativo a mutuo. In sostanza si sta procedendo gradualmente a dare risposte positive e concrete ai tanti rilievi mossi dalla Corte dei Conti¹⁵.

La Regione Abruzzo, in buona sostanza, anche in considerazione del quadro nazionale e nel contesto delle altre Regioni, ha messo in campo un'azione di forte risanamento dei conti sia per quanto riguarda il bilancio sia rispetto al settore sanitario, in virtù dei dispositivi normativi del decreto sugli enti territoriali.

3.2 La giurisprudenza costituzionale

Particolarmente significativa appare, in tale contesto, la sentenza n. 250 del 2013¹⁶, in G. U. 30/10/2013 n. 44, rispetto alla legge regionale recante "Bilancio di previsione per l'esercizio finanziario 2013 - Bilancio pluriennale 2013 - 2015, art. 13, c. 1, e art. 14, comma 1, della legge della Regione Abruzzo 10 gennaio 2013, n. 3". Sotto il profilo della lesione dell'equilibrio del bilancio, è fondata limitatamente alla parte del c. 1 che determina le modalità di copertura della spesa. Il parametro costituzionale evocato opera sia in relazione ai criteri di imputazione della spesa, sia attraverso il principio "attuativo" dell'unità di bilancio, desumibile dall'art. 24, c. 1, della legge 196/2009 come già affermato dalla stessa Corte¹⁷. Entrambe le norme impugnate sono incompatibili con i precetti desumibili dall'art. 81, c. 4, in quanto comportano l'indebita utilizzazione dell'avanzo di amministrazione presunto per fronteggiare le obbligazioni perfezionate negli esercizi precedenti e scadute o in scadenza nell'esercizio 2013 nonché la creazione di uno squilibrio nel bilancio dovuto all'allargamento delle autorizzazioni di spesa della Regione a seguito di tale operazione. Quanto alla prima censura, è evidente, da un lato, che la copertura della spesa è viziata per effetto della non consentita imputazione all'avanzo di amministrazione presunto, entità giuridicamente ed economicamente inesistente (sent. 70/2012), e, dall'altro, che il principio di unità, prescrivendo «che il bilancio non può essere articolato in maniera tale da destinare alcune fonti di entrata a copertura di determinate e specifiche spese, salvi i casi di espresso vincolo disposti dalla legge per alcune tipologie di entrate (tributi di scopo, mutui destinati all'investimento, fondi strutturali di provenienza comunitaria, etc.)» (sent. 241/2013), non consente la correlazione vincolata tra la posta di entrata e la spesa, dal momento che nella fattispecie in esame non esiste alcuna specifica disposizione legittimante tale deroga. Quanto alla seconda censura, le descritte violazioni dei principi della copertura e dell'unità concorrono a rendere il bilancio dell'esercizio 2013 privo di equilibrio nel suo complesso, poiché determinano il sovradimensionamento della spesa rispetto alle risorse effettivamente disponibili.

Sono stati, inoltre, dichiarati incostituzionali, in via consequenziale, gli art. 1 e 4, L.R. 3/2013 nella parte in cui contabilizzano, rispettivamente sul versante dell'entrata e della spesa del bilancio di competenza e di cassa dell'esercizio 2013, l'avanzo di amministrazione presunto nella misura di euro 9.000.000,00, pari alla sommatoria degli importi destinati dagli articoli 13 e 14 alla riassegnazione dei residui passivi in conto capitale e di parte corrente. Analoga statuizione deve essere adottata nei confronti dell'art. 11 della legge 3/2013, nella parte in cui applica al bilancio di previsione 2013 l'avanzo di amministrazione presunto dell'esercizio 2012 nella misura di euro

¹⁵ V. in particolare, il testo della delibera n. 549 del 2015 della Regione Abruzzo, in leggi.regione.abruzzo.it/index.asp?modello=elencoDelibere&servizio=xList&stileDiv=monoLeft&template=intInde x&b=delibere2&tom=n:-1:2015:549

¹⁶ Corte Cost., sent. n. 250 del 2013.

¹⁷ Corte Cost., sent. n. 241 del 2013.

9.000.000,00, pari alla sommatoria degli importi destinati dagli artt. 13 e 14 alla riassegnazione dei residui passivi in conto capitale e di parte corrente. L'evidente correlazione con le suddette disposizioni comporta, infatti, un rapporto di chiara consequenzialità con la decisione assunta in ordine alle stesse¹⁸.

3.3. La sentenza n. 275 del 2016 della Corte Costituzionale

La sentenza n. 275 del 2016, in G.U. 21/12/2016 n. 51, della Corte costituzionale, pare limitare in maniera significativa il vincolo del pareggio di bilancio subordinandolo ai diritti inviolabili. Oggetto della pronuncia è il rapporto tra equilibrio di bilancio e garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni con disabilità.

Nei fatti, con ordinanza del 19 marzo 2014, il TAR abruzzese ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, c. 2-bis, della legge della Regione Abruzzo n. 78 del 15 dicembre 1978 recante "Interventi per l'attuazione del diritto allo studio", aggiunto dall'art. 88, c. 4, della legge n. 15 del 26 aprile 2004, recante "Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2004 e pluriennale 2004-2006", nella parte in cui prevede che, per gli interventi di cui all'art. 5-bis della legge 78/1978, la Giunta regionale garantisce un contributo pari al 50% della spesa necessaria e documentata dalle Province solo «nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa». Secondo il giudice, in tal modo, il godimento del diritto allo studio degli studenti con disabilità, tutelato dalla Costituzione, sarebbe rimesso ad arbitrari stanziamenti di bilancio di anno in anno decisi dall'ente territoriale e, nella fattispecie, dalla norma censurata. La difesa regionale rappresenta, tra l'altro, che l'effettività del diritto allo studio dell'alunno con disabilità deve essere bilanciato con altri diritti costituzionalmente rilevanti e, in particolare, con il principio di copertura finanziaria e di equilibrio della finanza pubblica di cui all'art. 81 Cost.

Il giudice ritiene fondata la questione specificando che «il diritto all'istruzione del disabile è consacrato dall'art. 38 Cost., e spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione di esso, affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale»¹⁹. La Corte prosegue specificando che «non può nemmeno essere condiviso l'argomento secondo cui, ove la disposizione impugnata non contenesse il limite delle somme iscritte in bilancio, la norma violerebbe l'art. 81 Cost. per carenza di copertura finanziaria. A parte il fatto che, una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali, è di tutta evidenza che la pretesa violazione dell'art. 81 Cost. è frutto di una visione non corretta del concetto di equilibrio di bilancio, sia con riguardo alla Regione che alla Provincia confinatrice. È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»²⁰. In sintesi sono anzitutto i diritti a dover essere garantiti a prescindere dall'equilibrio di bilancio, che alla doverosa erogazione di tali diritti deve conformarsi. La Corte non ha affermato che il bilancio non ha alcun limite preconstituito, ma indubbiamente ha messo i cittadini in condizioni di difendere ogni diritto fondamentale pretendendone la tutela anche di fronte a difficoltà di cassa soprattutto quando afferma che: «nella materia finanziaria non esiste un limite assoluto alla cognizione del giudice di costituzionalità delle leggi. Al contrario, ritenere che il sindacato sulla materia sia riconosciuto in Costituzione non può avere altro significato che affermare che esso rientra nella tavola complessiva dei valori costituzionali, cosicché non si può ipotizzare che la legge di approvazione del bilancio o

¹⁸ Per utili approfondimenti sulla giurisprudenza costituzionale in materia v., G. Lo Conte, *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale*, Torino, 2015.

¹⁹ P.to 4, *considerato in diritto*, sent. 275/2016

²⁰ P.to 11, *considerato in diritto*, sent. 275/2016

qualsiasi altra legge incidente sulla stessa costituiscano una zona franca sfuggente a qualsiasi sindacato del giudice di costituzionalità, dal momento che non vi può essere alcun valore costituzionale la cui attuazione possa essere ritenuta esente dalla inviolabile garanzia rappresentata dal giudizio di legittimità costituzionale (sent. n. 260/1990)»²¹.

4. Riflessioni conclusive

L'attribuzione allo Stato della potestà esclusiva di armonizzazione dei bilanci pubblici è accettabile ma di certo non fino al punto di assorbire in tale materia anche la vigente regola costituzionale che in tema di coordinamento della finanza pubblica limita il potere dello Stato alla fissazione dei principi fondamentali. La sensazione è quella di una volontà di voler ridurre ai minimi termini l'autonomia finanziaria degli enti territoriali agendo solo sul quadro istituzionale e competenziale, lasciando ai margini i principi cardine del federalismo fiscale e rimettendo, in ogni caso, il riparto delle risorse a complesse e articolate procedure concertative. Il rischio serio coincide con l'eventuale abbandono del modello costituzionale del pluralismo istituzionale e paritario che privilegia il livello di governo inferiore.

In conclusione sono numerosi gli interrogativi che restano aperti, soprattutto riguardo l'effettiva autonomia che resta in capo alle Regioni e agli Enti territoriali in materia economico-finanziaria, cui si aggiungono le riflessioni opportunamente sollevate dalla Corte costituzionale rispetto al rapporto tra equilibrio di bilancio e tutela dei diritti fondamentali di cui alla sentenza 275/2016. Proprio questa sentenza getta le basi di un nuovo modo di concepire il rapporto tra l'art. 81 e il vincolo dell'equilibrio di bilancio e i diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. La piena tutela di tali diritti diventa, nei fatti, già potenzialmente in grado di travolgere il pareggio in bilancio.

Abstract

The research analyzes the application of the constitutional principle of a balanced budget, in particular the experience of the Abruzzo region, covering the most significant steps both in legislative terms and law.

The culmination of the analysis coincides with the attempt to trace critical reflections on the current and concrete implementation of the constitutional principles of autonomy and subsidiarity of regional and local authorities at a time of particularly complex as the current one.

²¹ P.to 14, sent. 275/2016

Gli aiuti di stato e il regime “*de minimis*”

Sommario: 1. Definizione di impresa e di aiuto di stato - 2. Il concetto di incompatibilità come divieto relativo - 3. Il recupero degli aiuti illegali - 4. Gli aiuti *de minimis* - 5. Clausola *Deggendorf*

1. Definizione di impresa e di aiuto di Stato

Il principio di carattere generale in base al quale, salvo eccezioni, è preclusa agli Stati membri l'erogazione di risorse pubbliche a vantaggio di imprese, ovvero l'attribuzione alle stesse di agevolazioni o di qualsiasi vantaggio economico selettivo tale da falsare la concorrenza e gli scambi, è sancito dall'art. 107 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

In tale contesto normativo ha assunto un ruolo fondamentale la Commissione che, nel corso degli anni, con proprie decisioni, ha stabilito una serie di principi e criteri direttivi cui l'interprete deve necessariamente fare riferimento e che, attualmente, risultano trasfusi sia nella comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione in tale materia, pubblicata sulla GUUE dell'11 gennaio 2012, sia in quella che sarà emanata, con ogni probabilità, nel corso dell'anno 2016.

Dall'imputazione di risorse ad un pubblico potere ovvero dal fatto che le stesse ricadano nella disponibilità di qualsiasi soggetto pubblico, scaturisce l'applicazione delle regole comunitarie. In altri termini, il concetto di Stato, nelle sue varie articolazioni pubbliche, qualifica “aiuto di Stato” qualsiasi risorsa che direttamente o indirettamente proviene da soggetti pubblici, includendo in tale definizione ogni comportamento da cui derivi un possibile vantaggio per le aziende o per talune produzioni rispetto alle loro concorrenti. Beneficiario dell'aiuto deve essere necessariamente un'impresa, quest'ultima definibile come qualsiasi entità che esercita un'attività economica. Ciò implica che tale definizione risulta del tutto avulsa da ciò che prevede il diritto dello Stato a cui l'impresa appartiene, potendo anche un'associazione culturale essere ricompresa nel concetto di carattere generale, qualora eserciti un'attività diretta alla produzione o allo scambio di beni o di servizi. In tal modo l'interprete viene esonerato, così come rimarcato dalla Corte di giustizia, dalla verifica che il soggetto sia stato costituito per conseguire utili, potendo lo stesso egualmente offrire beni o servizi al mercato perseguendo indirettamente uno scopo di lucro¹.

Non devono essere ricomprese nella nozione di impresa le attività normalmente esercitate da una P.a., a meno che tale soggetto possa essere considerato, per quel tipo di attività e se quest'ultima risulti scissa dall'esercizio di pubblici poteri, un vero e proprio imprenditore che produce beni o servizi di interessi pubblici per la collettività dello Stato cui essa appartiene².

Risulta comunque evidente che l'interpretazione del concetto di attività economica dipende dal modo in cui la stessa è organizzata a livello del singolo Stato. La Commissione, con decisione 2012/284/CE, del 19 dicembre 2012³, inerente al regime riguardante l'esenzione dall'ICI per gli immobili utilizzati da Enti non commerciali, ha fissato una serie di principi di carattere generale applicabili anche ad altre funzioni di natura pubblica che restano tali e, pertanto, non costituiscono attività economica, se il tributo copre solo una frazione del servizio, come avviene per stabilimenti che formano parte dell'istruzione pubblica, ovvero per il servizio sanitario, quando l'attività di assistenza svolta da soggetti privati accreditati è complementare o integrativa rispetto a quella

¹ Corte giust., sent. 29-10-1980, Cause riunite 209/78, 215/78 e 218/78, *Van Laedewyck*, in *Racc.*, 3125 ss., p.to 21.

² Dec. 2003/193/CE, 5-6-2002 in G.U.U.E. L 77, 24-3-2003.

³ In G.U.U.E. L 166, 18.6.2013, 24 ss.

pubblica.

Da quanto sopra esposto, per aversi aiuto di Stato, occorre che un'impresa o più imprese ottengano un vantaggio dal comportamento dei pubblici poteri, che la fonte della risorsa sia pubblica, ovvero ci sia un sacrificio o un esborso per l'Erario tale da falsificare la concorrenza e incidere sugli scambi tra gli Stati membri. Se uno di tali elementi dovesse mancare, la fattispecie prevista dall'art. 107 del Trattato non verrebbe a realizzarsi e l'intervento non sarebbe soggetto alle regole comunitarie. Risulta apodittico che l'intervento statale possa assumere le più svariate connotazioni; a titolo meramente esemplificativo, ci si può riferire ad un ripiano di perdite di una società, a un'esenzione dal pagamento di un tributo, ad aiuti alla produzione se l'impresa beneficiaria è in concorrenza con prodotti provenienti da altri Stati membri, ad un contributo in conto capitale, ad un finanziamento a tasso agevolato⁴. In ogni caso, il sostegno ad un'impresa o a più imprese deve essere selettivo; ciò è desumibile da quanto stabilito dal Trattato, nel senso che non potranno essere considerate "favorite" alcune imprese o alcune produzioni qualora l'agevolazione sia generale e coinvolga tutte le imprese che svolgono una certa attività e a condizione che il regime, in via astratta, non limiti l'accesso e qualsiasi soggetto del settore possa usufruirne. La misura potrebbe perdere il carattere generale se sarà fissato un tetto invalicabile alle risorse stanziare per la misura stessa, anche se ciò non esclude che possa stabilirsi un budget determinato tale da coprire, in via teorica, tutte le esigenze o sia previsto il rifinanziamento qualora le risorse risultassero insufficienti, ovvero si stabilisca che, nel caso le richieste superassero le disponibilità, si procederà ad una riduzione proporzionale dell'aiuto⁵. Non rilevano, in ogni caso, né lo scopo né l'intervento dello Stato, ma esclusivamente gli effetti della misura sull'impresa. Ciò implica che, qualora l'intervento determini il miglioramento della situazione finanziaria di un'impresa, sia in presenza di un vantaggio⁶. Vantaggio che non è escluso se le imprese concorrenti in altri Stati membri si trovano in posizione più favorevole, perché ciò che conta è l'effetto della misura sulla situazione finanziaria di un'azienda nel proprio Stato, a prescindere da ulteriori valutazioni⁷. Merita particolare attenzione la problematica della compensazione dei costi sostenuti per fornire un servizio di interesse economico-generale. Nella sentenza *Altmark Trans*⁸ la Corte ha precisato che, in tali circostanze, non si parla di aiuto di Stato se ricorrono quattro condizioni e cioè:

- l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata di adempiere obblighi di servizio pubblico;
- i parametri in base ai quali viene calcolata la compensazione devono essere preventivamente definiti in modo obiettivo e trasparente;
- la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire in tutto o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, valutando gli introiti e un margine di utile ragionevole;
- quando la scelta dell'impresa incaricata di adempiere obblighi di servizio pubblico non viene effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico tale da selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore, la compensazione deve essere effettuata in base ad un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e dotata di mezzi adeguati, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo

⁴ G. Strozzi, *Gli aiuti di Stato*, in G. Strozzi (cur.), *Diritto dell'Unione europea, Parte speciale*, Torino, 2010, 356.

⁵ C.E. Baldi, *La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 27.

⁶ Dec. 2004/339/CE, 15-10-2003, in G.U.U.E. L 155, 30-4-2004.

⁷ G. Tesauero, *Diritto dell'Unione europea*, VI ed., Padova, 2010, 805 e ss.

⁸ Corte giust., sent. 24-7-2003, causa C-280/00, *Altmark Trans*, in *Racc.*, I - 07747 ss.

conto degli introiti nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di tali funzioni.

2. Il concetto di incompatibilità come divieto relativo

Il concetto di incompatibilità degli aiuti di Stato sancito dall'art. 107 del Trattato non costituisce, tuttavia, un divieto assoluto. La norma comprende alcune fattispecie derogatorie, rendendo ammissibile l'aiuto se lo stesso persegue finalità di interesse generale chiaramente individuate (art. 107 TFUE, II e III paragrafo). Le deroghe previste dal II paragrafo sono *ope legis* e, in teoria, non sarebbero assoggettabili al controllo della Commissione, mentre quelle del III paragrafo sono soggette alla sua verifica. In quest'ultimo caso, la Commissione, con le sue decisioni, ha la possibilità di tener conto delle variegate esigenze delle politiche comunitarie, contribuendo a soddisfare sia le richieste che provengono dal mercato in continua evoluzione, sia l'osservanza del principio in base al quale l'aiuto non deve alterare le condizioni degli scambi in misura contraria all'interesse comune. Quanto agli aiuti compatibili *de jure*, l'autorizzazione della Commissione, pur se non prevista dal Trattato, è implicitamente richiesta ad ogni Stato membro, che non può stabilire un regime di aiuto senza che l'organismo europeo verifichi che lo stesso possa essere ricompreso in una delle fattispecie previste dalla norma. Ne deriva, conseguentemente, che tali aiuti sono egualmente soggetti all'obbligo di notifica di cui all'art. 108, visto che tale disposizione prevede per gli Stati l'obbligo di adempiere a tale formalità, senza nessuna distinzione tra aiuti compatibili *de jure* e aiuti da considerarsi compatibili pur essendo, per questa tipologia di beneficio, limitata alla Commissione l'esclusiva possibilità di verificare l'esistenza dei presupposti per l'applicabilità delle deroghe.

La deroga di cui all'art. 107, II paragrafo, lett. a) del TFUE si applica agli aiuti a carattere sociale concessi ai consumatori finali, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti. In questi casi, la Corte di giustizia ha stabilito la necessità di verificare se i consumatori beneficiano dell'aiuto in questione, a prescindere da chi sia l'operatore economico che fornisce il prodotto o il servizio atto a perseguire l'obiettivo sociale invocato dallo Stato membro interessato⁹.

Relativamente agli aiuti inerenti ai danni arrecati dalle calamità naturali o da altri eventi eccezionali, si evidenzia che la Corte ha rimarcato che tale previsione normativa, poiché costituisce deroga al principio generale dell'incompatibilità degli aiuti con il mercato interno, deve essere oggetto di interpretazione restrittiva, nel senso che solo i danni causati da tali motivi possono giustificare l'applicazione della disposizione, dovendo, in ogni caso, esistere un legame diretto tra l'eccezionalità dell'evento e l'aiuto di Stato concesso¹⁰.

Il paragrafo III dell'art. 107, come già evidenziato, attribuisce un ampio potere discrezionale alla Commissione, con valutazioni di ordine economico e sociale tali da rendere ammissibile e, quindi, compatibile un aiuto. Ne deriva che la Corte di giustizia, nel verificare la legittimità di un aiuto, non può sostituire la propria valutazione a quella dell'Autorità competente, potendo esclusivamente verificare se il giudizio di quest'ultima sia o meno viziato da errore manifesto o sviamento di potere.

⁹ Corte giust., sent. 29-4-2004, causa C-298/00, *Vizcaya*, in *Racc.*, I-4087 ss.

¹⁰ Trib. Ue, sent. 15-6-2005, causa T-171/02, *Regione Sardegna*, in *Racc.*, II-2123 ss.

Secondo la Giurisprudenza sussiste “sviamento di potere” nei casi in cui un'istituzione esercita i suoi poteri allo scopo esclusivo, o quanto meno determinante, di raggiungere fini diversi da quelli dichiarati o di eludere una procedura appositamente prevista dal Trattato per far fronte alle circostanze del caso di specie¹¹. Le categorie incluse nelle lettere a) e c) del III paragrafo della citata fonte normativa servono ad autorizzare gli aiuti a finalità regionale e hanno come obiettivo lo sviluppo economico ove il tenore di vita sia anormalmente basso. Le aree ammissibili sono incluse nelle carte degli aiuti a finalità regionale adottate dalla Commissione Europea per ciascuno Stato membro. La deroga di cui alla lettera b), per l'aspetto inerente alla «necessità di porre rimedio ad un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro», è stata invocata in occasione della crisi economica e finanziaria che ha colpito l'Europa dal 2008 anche se, in tale occasione, la Corte ha precisato che il turbamento di cui parla tale disposizione deve incidere sull'economia di uno Stato e non solo su quella di una delle sue regioni o di parti del suo territorio. La lettera d) rende compatibili con il mercato interno gli aiuti finalizzati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio. A tal proposito, corre l'obbligo precisare che l'art. 53 del regolamento n. 651/2014 disciplina, per la prima volta, gli aiuti alle infrastrutture e alle attività culturali. In precedenza la giurisprudenza, pur riconoscendo che l'attività di un museo costituisce attività economica, ha ritenuto che l'eventuale beneficio non avesse la forza di essere elemento distorsivo degli scambi tra gli Stati membri.

Successivamente la commissione, a seguito della sentenza del Tribunale del 24 marzo 2011¹², avente ad oggetto l'aiuto a favore dell'aeroporto di *Leipzig-Halle* (finanziamento degli investimenti relativi alla costruzione della nuova pista sud), ha sancito che la costruzione di un'infrastruttura, come la pista di un aeroporto, riguarda un'attività economica e, come tale, è soggetta alle regole degli aiuti di Stato. In realtà, l'aspetto saliente è rappresentato dal fatto che la commissione prima ne ha esteso gli effetti a qualunque infrastruttura e, successivamente, in un documento del 1° agosto 2012, ha ricompreso in tale principio anche le infrastrutture culturali¹³, evidenziando i criteri in base ai quali l'intervento pubblico può essere considerato ammissibile ai sensi dell'art. 107. La questione è stata definitivamente chiarita nel 2014 quando, con l'emanazione del regolamento n. 651, all'art. 53, sono elencati gli aiuti compatibili con le attività culturali, la forma che possono assumere, i costi ammissibili. I benefici di cui alla lettera e) (altre categorie di aiuti determinate con decisione del Consiglio, su proposta della commissione) scaturiscono da una decisione del consiglio, attribuendo a tale organo la facoltà di allargare le ipotesi di aiuti compatibili con il mercato, a prescindere dalle categorie sopra descritte. Con sentenza del Tribunale¹⁴ è stato precisato che il ruolo della Commissione nella valutazione della compatibilità degli aiuti nell'ambito del regime di deroga istituito dalla direttiva n. 92/68, è limitato alla verifica del rispetto delle condizioni sancite dall'art. 10 bis della VII direttiva. Stando così le cose, si evince che è escluso ogni obbligo di motivazione diversa dalla constatazione del rispetto di dette condizioni.

3. Il recupero degli aiuti illegali

Il controllo della Commissione sulla compatibilità degli aiuti deriva dall'art. 108, paragrafo n. 3 del

¹¹ Tra tutte, Corte giust., sent. 7-3-2002, causa C - 310/99, *Italia*, in *Racc.*, I-2289 ss.

¹² Trib. Ue, sent. 24.3.2011, Causa F-438/08 e T-445/08, in *Racc.*, II-1311.

¹³ M. Ebner, C. Gambaro, *La nozione di aiuto di Stato*, in A. Santa Maria (cur.), *Concorrenza e aiuti di Stato*, Torino, 2006, 25.

¹⁴ Trib. Ue, sent. 22.10.1996, Causa T 266/94, *Foreningen af Jernskibs e a.*, in *Racc.*, II-1399.

TFUE, giacché gli Stati membri non sono autorizzati a erogare aiuti di Stato prima che questi siano stati notificati alla commissione e da questa autorizzati (clausola sospensiva).

Gli aiuti concessi senza la preventiva notifica sono illegali, mentre la notifica è sostituita da una comunicazione quando un regolamento di esenzione pone la stessa commissione in condizione di verificare l'osservanza dei presupposti stabiliti dalla stessa fonte normativa di riferimento (principio della natura procedurale dell'aiuto illegale). In quest'ultimo caso, se l'aiuto non è conforme a quanto previsto dal regolamento, ovvero se quanto concesso contrasta con ciò che è previsto nella comunicazione, è illegale e la difformità può essere fatta emergere dalla commissione o dal giudice dello Stato coinvolto. La commissione, tramite un esame di merito e tenuto conto dei criteri di valutazione vigenti al momento in cui è stata emessa la decisione, ha l'obbligo di verificare la compatibilità del beneficio (l'aiuto può essere concesso illegalmente ma, tuttavia, compatibilmente con gli effetti sulla concorrenza e sugli scambi) e, se del caso, ne imporrà il recupero¹⁵⁻¹⁶.

L'aiuto di Stato pari all'importo concesso illegalmente, in violazione dell'art. 108, paragrafo 3 del Trattato, deve essere recuperato dallo Stato membro cui la decisione è indirizzata, fatto salvo il possibile ricorso giurisdizionale riconosciuto sia allo Stato sia al beneficiario dell'aiuto colpito dall'azione di recupero. Le somme da recuperare comprendono gli interessi, che decorrono dalla data in cui le stesse sono state poste a disposizione del beneficiario e fino al giorno dell'effettivo recupero (art. 14 regolamento di procedura n. 659/1999). Corre l'obbligo precisare che il recupero non costituisce una sanzione, bensì la logica conseguenza della constatazione che gli aiuti concessi sono da considerarsi illegali o incompatibili; esso deve essere immediato, ossia senza indugio e deve portare all'effettiva restituzione di quanto indebitamente percepito (regolamento n. 659/99 del Consiglio del 22 marzo 1999 recante le modalità applicative dell'art. 93 del Trattato CE - art. 14). Di norma la decisione contiene due scadenze e cioè:

1) gli Stati membri, entro due mesi dalla notifica, devono stabilire le modalità di recupero, determinare l'importo degli aiuti e degli interessi, inoltrare all'interessato un'ingiunzione di recupero e dare prova alla Commissione di tutte le attività svolte;

2) lo Stato membro, entro quattro mesi, deve fornire prova dell'avvenuta esecuzione.

In tale contesto normativo, risulta particolarmente rilevante il collegamento che si instaura tra la Commissione e le Autorità nazionali, volto ad assicurare alle decisioni della Commissione stessa l'effettività che il Trattato richiede. Per tali ragioni, la comunicazione C 312 del 1995 dal titolo: «Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra giudici nazionali e la Commissione in materia di aiuti di Stato», ha stabilito che i giudici nazionali possono rivolgersi a quest'ultima per chiedere informazioni sulla questione oggetto di una loro valutazione, per chiedere informazioni di carattere processuale, se relativamente ad un argomento è stata assunta una qualsiasi decisione. Quanto agli effetti giuridici di tali risposte, si precisa, in ogni caso, che le stesse non assumono carattere vincolante per i giudici che hanno provveduto a richiederle, restando per questi ultimi impregiudicato il diritto di chiedere alla Corte di giustizia una decisione pregiudiziale sul caso al loro esame¹⁷.

¹⁵ Trib. Ue, sent. 5-11-1997, causa T-195/95, *Ducros*, in *Racc.*, II-2031 ss.

¹⁶ Commissione europea, *Disciplina in materia di aiuti di Stato in favore di ricerca, sviluppo, innovazione*, pubblicata in GUUE C323 del 10.12.1996.

¹⁷ C. Pinotti, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000, 337.

4. Gli aiuti *de minimis*

Un discorso a parte meritano i cosiddetti aiuti minori (“*de minimis*”), il cui regime é stato introdotto dalla Commissione nel 1992 e che si presume non incidano sulla concorrenza tra le imprese degli Stati membri. Per tale ragione non sono oggetto di notifica preventiva non rientrando, *ope legis*, nel controllo previsto per gli aiuti di Stato, intendendosi per tali quei benefici che gli enti attribuiscono ad un'impresa i quali, sommati tra loro, non superano in tre esercizi la somma massima prevista per quel tipo di attività.

I quattro regolamenti *de minimis*, al fine di individuare i beneficiari dell'aiuto, fanno riferimento al concetto che emerge dalla giurisprudenza comunitaria, che considera impresa un'attività economica a prescindere dallo stato giuridico e dalle sue modalità di funzionamento e statuisce che tutte le attività controllate dallo stesso soggetto giuridico devono essere considerate un'impresa unica. Ad esempio, l'art. 2 del regolamento n. 1407 che si applica agli aiuti concessi alle imprese di tutti i settori, ad eccezione di quelle della pesca e dell'acquacoltura e della produzione primaria dei prodotti agricoli, stabilisce che «per impresa unica» deve intendersi l'insieme di entità giuridicamente separate tra le quali intercorre una delle seguenti relazioni:

- un'impresa detiene la maggioranza dei diritti di voto degli azionisti o degli altri soci di un'altra impresa;
- un'impresa ha diritto di nomina e di revoca della maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione, direzione e sorveglianza di un'altra impresa;
- un'impresa ha diritto di esercitare un'influenza dominante su un'altra impresa in ragione di un contratto concluso tra loro o in virtù di una clausola statutaria;
- un'impresa azionista o socia di un'altra controlla da sola la maggioranza dei diritti di voto degli azionisti e dei soci di un'altra impresa in virtù di accordi stipulati tra azionisti o soci di quest'ultima¹⁸.

Il concetto di impresa unica scaturisce da una serie di argomentazioni desumibili dalla prassi¹⁹ e soprattutto dalla giurisprudenza della corte in occasione di un aiuto concesso dai Paesi Bassi ai distributori di benzina siti in prossimità del confine tedesco. Secondo quest'ultima gli aiuti versati da uno Stato membro ai distributori di carburante al fine di ridurre le perdite economiche da essi subite a seguito di un aumento delle accise sui prodotti petroliferi, costituiscono aiuti a favore delle compagnie nel caso in cui le aziende distributrici siano vincolate a queste da clausole di gestione dei prezzi volte ad evitare che, per la maggiorazione dei corrispettivi dei carburanti conseguente all'aumento delle accise, essi subiscano una diminuzione del volume di affari. Gli aiuti versati ai titolari di distributori hanno l'effetto di alleggerire gli oneri che, normalmente, sarebbero a carico del bilancio delle compagnie, preoccupate di mantenere la loro posizione concorrenziale alla luce dell'andamento del mercato interno o internazionale²⁰.

Dalla decisione sopra evidenziata della Corte, i cui principi sono stati trasfusi nei regolamenti di esenzione, emerge, come conseguenza, l'obbligo per l'interprete di tener conto, di volta in volta, sia dei benefici ottenuti dal soggetto che richiede l'aiuto sia di quelli concessi alle imprese che costituiscono «un'impresa unica» (effetto ricaduta sulle imprese del settore). Nell'ambito di ogni regolamento *de minimis* é fissato l'importo massimo che ogni impresa del settore può ottenere nel triennio di riferimento. Per i quattro regolamenti le somme sono stabilite nel modo seguente:

¹⁸ Reg. n. 1407/2013, in G.U.U. E. L 352, 24.12.2013, 1

¹⁹ Osservatorio europeo degli aiuti di Stato, anno 2014.

²⁰ Corte giust., sent. 13-6-2002, causa C-382/99, *Paesi B.*, in *Racc.*, I-5163 ss.

- per il regolamento n. 1407/2013: euro 200.000 (euro 100.000 in caso di attività di trasporto merci su strada per c/terzi);
- per il regolamento n. 1408/2013: euro 15.000;
- per il regolamento n. 717/2014: euro 30.000;
- per il regolamento n. 360/2012: euro 500.000.

I regolamenti n. 360/2012 e n. 1407/2013 si riferiscono ad un importo massimo per impresa; gli altri due (n. 1408/2013 e n. 713/2014) stabiliscono anche un importo complessivo per Stato membro sulla base di alcuni elementi di valutazione, quali ad esempio, l'estensione del territorio e la tipologia di aziende. Il legale rappresentante di un'impresa che si candida a ricevere un aiuto in regime *de minimis* è tenuto a sottoscrivere una dichiarazione, ai sensi dell'art. 47 del DPR n. 445/2000 e s.m.i., che attesti l'ammontare di tale tipologia di aiuti ottenuti nell'esercizio finanziario in corso e nei due precedenti. Poiché il momento per verificare se il beneficio è ammissibile è quello in cui avviene la concessione, la dichiarazione è oggetto di conferma o aggiornamento con riferimento a quella data. Nella dichiarazione è necessario indicare tutte le agevolazioni *de minimis* ottenute in virtù di uno dei regolamenti comunitari. Corre l'obbligo precisare che un'impresa può ottenere un contributo ai sensi di più regolamenti e a ciascuno di tale beneficio si applicherà il massimale di riferimento, fermo restando che l'importo totale degli aiuti *de minimis* ottenuti nel triennio non potrà, in ogni caso, superare il tetto massimo più elevato tra quelli applicati.

Quanto all'individuazione del periodo a cui ci si riferisce, il massimale ammissibile è strettamente connesso all'esercizio finanziario in corso e ai due precedenti, intendendosi per esercizio finanziario l'anno fiscale dell'impresa. Se le aziende che fanno parte dell'impresa unica hanno esercizi finanziari non coincidenti, a giudizio della Commissione il periodo fiscale da individuare ai fini del calcolo del cumulo è quello relativo all'impresa richiedente, rapportando allo stesso periodo i benefici concessi anche alle imprese collegate che hanno periodi di riferimento diversi. Nel calcolo globale, ai fini dell'osservanza del limite massimo per ogni regolamento, in caso di fusioni o acquisizioni, dovrà tenersi conto di tutti gli aiuti *de minimis* accordati alle imprese oggetto dell'operazione, che devono essere sommati in capo al nuovo soggetto o al soggetto incorporante, senza peraltro che aiuti già concessi possano essere oggetto di revoca in caso di superamento del massimale.

Qualora, invece, un'impresa si scinda in due o più imprese, l'importo degli aiuti *de minimis* ricevuti dall'impresa originaria deve essere attribuito all'impresa che acquisirà le attività oggetto di benefici ovvero, qualora ciò non sia possibile, gli aiuti dovranno essere ripartiti proporzionalmente al valore delle nuove imprese in termine di capitale investito. L'impresa dichiarante che sia stata oggetto di scissione dovrà indicare espressamente, nella colonna «erogato a saldo», l'importo effettivamente imputabile ad essa a seguito della procedura di scissione posta in essere 21.

I regolamenti *de minimis* stabiliscono che, qualora venga concesso un aiuto che porti al superamento del massimale, l'impresa perde il diritto non solo alla parte di beneficio eccedente il massimale stesso, ma all'intero aiuto per effetto del quale il massimale è stato superato. L'interpretazione letterale della norma non rende possibile una riduzione dell'aiuto in modo da rispettare il limite, anche se una parte della dottrina ritiene che tale possibilità implicitamente si verifichi ogni volta che l'autorità concedente riduce l'aiuto a fronte di spese non ammissibili e calcolando l'importo spettante sulla base delle spese che effettivamente possono essere ammesse. In tutti questi casi se l'aiuto viene dichiarato dalla commissione non compatibile, al recupero dovrà

²¹ A. Sacrestano, *Costi distinti per il de minimis*, in *Il Sole 24 Ore*, 3 agosto 2014.

provvedere l'amministrazione che lo ha concesso, con inclusi gli interessi maturati, fermo restando che la regola *de minimis* va applicata con riferimento alla disciplina *pro tempore* vigente nel momento in cui viene concesso l'aiuto non spettante. I regolamenti (art. 6) impongono allo Stato membro l'obbligo di informare per iscritto l'impresa circa l'importo potenziale del beneficio, espresso come equivalente sovvenzione al lordo e circa il suo carattere *de minimis*, facendo riferimento alla fonte normativa a cui esso si riferisce. Prima di concedere l'aiuto, lo Stato membro deve richiedere una dichiarazione all'impresa interessata in forma scritta o elettronica relativa a qualsiasi altro aiuto *de minimis* ricevuto a norma di quel regolamento o di altri regolamenti *de minimis* durante i due esercizi precedenti a quello in corso.

5. Clausola *Deggendorf*

Per alcune tipologie di regolamenti, definiti «di esenzione», secondo quanto sancito dall'art. 109 del Trattato, il Consiglio può stabilire, in relazione a determinate tipologie di aiuti, la dispensa dall'obbligo di notifica. Si tratta di atti normativi (regolamento generale n. 651/2014-GBER, n. 702/2014 - ABER- e n. 1388/2014) che si prefiggono lo scopo di consentire una migliore definizione delle priorità delle attività di applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato, una maggiore semplificazione nonché di promuovere una maggiore trasparenza, valutazione e un controllo effettivo dell'osservanza delle norme sugli aiuti a livello nazionale e comunitario. Tutti i regolamenti di esenzione contengono la cosiddetta «clausola *Deggendorf*», che vieta l'erogazione di aiuti di Stato ad imprese destinatarie di un ordine di recupero pendente per effetto di una precedente decisione della commissione che ha dichiarato un aiuto illegale e incompatibile con il mercato interno, ad eccezione dei regimi di aiuto destinati ad ovviare ai danni derivanti da calamità naturali. Il principio, nato dall'influenza normogenetica della giurisprudenza della Corte in ordine al caso dell'impresa tedesca *Twd Textilwerke Deggendorf*²², soprattutto in passato, è stato applicato in modo non corretto, giacché lo stesso è stato spesso qualificato come condizione di ammissibilità della domanda per la concessione del beneficio. È evidente, invece, che trattasi di una condizione sospensiva della liquidazione della somma, che potrà essere erogata nel momento in cui il beneficiario avrà adempiuto all'obbligo di restituzione del precedente aiuto, visto che la disposizione, così come previsto dall'art. 1 dei vari regolamenti, non si applica:

- 1) ai regimi di aiuti che non escludono esplicitamente il pagamento di aiuti individuali a favore di un'impresa destinataria di un ordine di recupero pendente per effetto di una precedente decisione della Commissione che dichiara un aiuto illegale o incompatibile con il mercato interno, ad eccezione dei regimi di aiuti destinati ad ovviare ai danni arrecati da calamità naturali;
- 2) agli aiuti ad hoc a favore delle imprese di cui al precedente punto 1)²³.

La norma, pertanto, non si riferisce agli aiuti individuali (tranne agli aiuti ad hoc di cui al punto 2), ma a ciò che devono stabilire i regimi di aiuto, prescrivendo che questi devono escludere il pagamento di un beneficio ad un'impresa che deve restituire quelli dichiarati illegali e incompatibili dalla Commissione²⁴.

²² Corte giust., sent. 9-3-1994, causa C-188/1992., *Twd Textilwerke Deggendorf*, in *Racc.*, I-833 ss.

²³ C. Ciampolillo, *Incompatibilità e recupero degli aiuti*, in L. Salvini (cur.), *Aiuti di Stato fiscali*, Padova, 2007, 419 ss.

²⁴ C.E. Baldi, *op. cit.*, 175 s.

Non si tralasci, inoltre, che gli interessati vengono a conoscenza dell'obbligo di restituzione con la notifica dell'ingiunzione di recupero e non quando gli aiuti vengono dichiarati illegali, tenuto conto, altresì, che una decisione che dichiara il beneficio incompatibile e illegale può essere estremamente articolata e prevedere l'incompatibilità in alcuni casi e la compatibilità in altri, ovvero escludere il recupero degli aiuti concessi a certe categorie (organismi di ricerca). La questione è stata definitivamente risolta con il regolamento n. 800/2008, che ha escluso l'applicazione della norma agli aiuti a favore di un beneficiario destinatario di un ordine di recupero pendente per effetto di una precedente decisione della Commissione, ponendo, in tal modo, fine ad una prassi amministrativa che imponeva alle imprese di dichiarare aprioristicamente di non essere tra coloro che in precedenza avevano ricevuto aiuti non dovuti.

Abstract

The general principle whereby, except in special cases, European Union member states are not allowed to distribute public resources for the benefit of companies either to give them a subsidy or a selective economic advantage which may distort competition and exchanges, is expressed in Article 107 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

Nevertheless, the concept of the incompatibility of State Aids expressed in the aforementioned legislation does not represent an absolute prohibition. In fact, Art. 107 of the TFEU considers some derogatory cases, which make aids admissible when they are aimed at identified objectives of general interest.

Firstly, State Aid is subjected to a careful examination of European Commission. That derives from Art. 108 paragraph 3 of the TFEU, since member states are not authorized to distribute State Aids before they are notified to the Commission and then authorized by it.

Special reference also needs to be made to the role of the so – called small aids («de minimis»), whose regime was introduced by the Commission in 1992. In fact, these aids are presumed not to affect competition between companies of member states. It is precisely for this reason, however, that these aids are not subject to a preventive notification.

Finally, attention will be paid to the so – called «Deggendorf clause».

Costituzione e mercato

Sicurezza alimentare, precauzione e libera circolazione degli organismi geneticamente modificati nel mercato globale

Sommario: 1. La *governance* regolativa tra globale e locale in materia di *food security* - 2. Il difficile contemperamento tra tutela della salute e interessi commerciali nel settore delle biotecnologie agro-alimentari - 3. La complessa interazione tra i diversi livelli di *governance* nella giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di OGM - 4. Conclusioni

1. La *governance* regolativa tra globale e locale in materia di *food security*

Nell'assetto istituzionale della società globale, *governance* della sicurezza alimentare e *governance* del rischio rappresentano due versanti del medesimo fenomeno atteso che la regolazione della *food security* costituisce il prodotto del governo del rischio alimentare inteso come probabilità di verifica di un evento dannoso per la salute umana.

Per *governance* regolativa si intende un modello relazionale consolidato tra una pluralità di attori, esponenziali di interessi distinti, i quali convergono in ordine alla definizione di principi, regole e procedure decisionali nell'ambito di uno specifico settore di intervento al fine di raggiungere obiettivi volti a migliorare la situazione dei beneficiari ultimi di una determinata *policy* pubblica. La caratteristica peculiare di tale politica regolativa va ravvisata nel fatto che nessun attore o istituzione esercita un controllo dominante sull'intero procedimento decisionale, risultando piuttosto tale processo il risultato della convergenza, attorno alla soluzione di un problema regolativo, tra i vari attori coinvolti (politici, istituzionali, tecnici, associativi) e i vari livelli territoriali interessati (transnazionale, sovranazionale, statale, regionale)¹.

La *governance* alimentare rappresenta un esempio tangibile di coordinamento multi-livello attesa la sua elevata complessità e frammentazione regolativa. Con ciò si intende alludere al fatto che la tutela della *food security*, un tempo esclusivamente appannaggio dello Stato, è oggi una funzione condivisa con livelli di regolazione sovranazionali e internazionali.

Precisamente, l'esigenza di adeguare le politiche regolative statali alla globalizzazione del rischio alimentare è maturata a partire dagli anni Novanta per far fronte al processo di globalizzazione dei mercati. Difatti, stante la necessità di conciliare i limiti regolativi imposti dai confini territoriali con la domanda crescente di controllo sovrastatale dei processi produttivi, si è imposto il passaggio da una regolazione prevalentemente guidata dai governi statali ad una regolazione sostanzialmente coordinata dalla Commissione e caratterizzata dalla necessaria interdipendenza e cooperazione tra le diverse autorità e i diversi livelli di governo coinvolti².

In verità, tale cambio di rotta nell'architettura della *governance* alimentare è stato fortemente influenzato dall'emergenza sanitaria sviluppatasi in Europa successivamente alla scoperta del primo caso di encefalopatia spongiforme bovina (*BSE*). In tale contesto emergenziale, attesa la rilevanza extranazionale del settore alimentare e le dimensioni sovranazionali dei problemi connessi, si è imposta a livello europeo l'esigenza ineludibile di spostare la funzione di regolazione oltre lo Stato.

Nello specifico, la Commissione, allo scopo di fugare ogni dubbio in ordine alla capacità delle Istituzioni europee di assicurare un'elevata tutela della salute pubblica, ha provveduto ad adottare dapprima, il 30 aprile 1997, il «Libro Verde sui principi generali della legislazione alimentare

¹ Sul punto si consideri la riflessione svolta da M.S. Righettini, *La regolazione della sicurezza alimentare tra globale e locale in Amministrare*, 2/3, 2015, 293-295.

² In merito al processo di erosione della potestà regolatoria statale ad opera delle Istituzioni comunitarie, si consulti M.P. Chiti, G.F. Cartei e G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 1, Milano, 2007, 827-863; D. Bevilacqua, *La sicurezza alimentare negli ordinamenti giuridici ultrastatali*, Milano, 2012, 49-192.

nell'Unione europea» e successivamente, nel 2000, il «Libro Bianco sulla sicurezza alimentare»³: tali interventi hanno avuto il compito di agevolare la partecipazione e il dialogo nella fase pre-deliberativa del regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, in G.U.C.E. L 31/1, 1-2-2002, 1-24⁴.

Nel panorama delle novità introdotte dal reg. 178/2002 giova focalizzare l'attenzione sulla creazione, ad opera dello stesso, di un'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA)⁵ quale punto di riferimento scientifico indipendente nella valutazione del rischio⁶; oltre che sull'espressa formalizzazione del processo di analisi del rischio⁷ articolato nei distinti momenti della valutazione scientifica (*risk assessment*), della gestione (*risk management*) e infine della comunicazione. Tale processo di *risk analysis*, posto a fondamento dell'attività normativa in materia di *food security*, è innervato dal principio di separazione: difatti, mentre la fase di *risk assessment* è affidata all'EFSA e agli organi nazionali di consulenza scientifica, chiamati a garantire indipendenza e trasparenza nella procedura di valutazione dei rischi; diversamente, i compiti di *risk management* spettano alle amministrazioni politicamente responsabili, ovvero alla Commissione e alle autorità nazionali competenti tenute all'adozione delle misure conseguenti⁸.

L'indicazione delle concrete modalità di *risk management* ha offerto al Legislatore comunitario l'opportunità di richiamare il principio di precauzione⁹. Come è noto tale principio regola le situazioni in cui il Legislatore, in mancanza di evidenze scientifiche atte ad eliminare totalmente l'ipotesi di un rischio potenziale, è chiamato a compiere delle scelte che impongono l'adozione di una linea prudenziale in attesa di ulteriori risultanze scientifiche¹⁰. L'unica espressa formulazione del principio di precauzione, valevole per la disciplina comunitaria della sicurezza alimentare, è contenuta nell'art. 7 del reg. 178/2002.

Alla luce dei superiori rilievi può fondatamente affermarsi che, in ordine alla dislocazione della *governance* dei processi tra globale e locale, la *food regulation* sia stata concepita nell'ottica di una ricentralizzazione delle scelte a livello europeo, ponendosi in netta controtendenza rispetto al *trend* di fondo che, a livello sistemico, vede i processi decisionali muoversi nella direzione del decentramento.

³ Per un approfondimento si rimanda a F. Capelli, B. Klaus, V. Silano, *Nuova disciplina nel settore alimentare e Autorità europea per la sicurezza alimentare*, Milano, 2006, 82-87.

⁴ Per una completa disamina del reg. 178/2002 si rinvia a A. Mattei, *Le politiche di sicurezza alimentare dell'UE II parte: dal 2000 al 2002*, in *Quad. studi eur.*, 1, 2005, 1-25.; F. Albisinni, *Strumentario di diritto alimentare europeo*, Torino, 2015, 31-56.

⁵ Per una compiuta ricostruzione della fisionomia e delle modalità operative dell'EFSA si rinvia a F. Capelli, B. Klaus, V. Silano, *op.cit.*, 333-378; S. Gabbi, *L'Autorità europea per la sicurezza alimentare: controllo giurisdizionale da parte delle Corti comunitarie* in *Riv. dir. alimentare*, 4, 2008, 33-42.

⁶ Cfr. art. 22 reg. 178/2002.

⁷ Cfr. art. 6 reg. 178/2002.

⁸ Sul punto si rimanda a M. SAVINO, *Autorità e libertà nell'Unione europea: la sicurezza alimentare*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2, 2007, 413.

⁹ Sul principio di precauzione si fa rinvio, senza pretesa di esaustività, a F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005; M. Sollini, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, Milano, 2006. In materia di OGM si rimanda a L. Marini, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario. Disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, Padova, Cedam, 2004; G. Galasso, *Il principio di precauzione nella disciplina degli OGM*, Torino, 2006.

¹⁰ Il *discrimen* fra principio di prevenzione e principio di precauzione è dato dalla differente soglia di valutazione del rischio che, in caso di ricorso a misure precauzionali, subisce un'indubbia anticipazione. Segnatamente, mentre la precauzione presuppone un rischio soltanto supposto e potenziale e ha la funzione di apprestare le cautele minime per il tempo necessario a verificare la fondatezza del timore di materializzazione del rischio; diversamente la prevenzione presuppone un rischio diverso in quanto scientificamente accertato.

Tale spinta propulsiva a spostare la funzione di regolazione su un piano ultrastatale, oltre a produrre conseguenze sul piano delle fonti del diritto, si apprezza a livello di *governance* determinando una compresenza di autorità nazionali, europee, Istituzioni dell'UE e organizzazioni internazionali¹¹ chiamate a guidare i processi di *risk assessment* e *risk management*.

2. Il difficile contemperamento tra tutela della salute e interessi commerciali nel settore delle biotecnologie agro-alimentari

Il settore delle biotecnologie agro-alimentari si presta a costituire un terreno elettivo di indagine per l'applicazione e l'interpretazione del principio di precauzione, tenuto conto delle vaste potenzialità di sviluppo della ricerca scientifica e delle incertezze circa i potenziali effetti dannosi per l'ambiente e la salute umana derivanti da tali prodotti transgenici.

Il dibattito sugli organismi geneticamente modificati (OGM) e sul loro utilizzo nel settore della produzione agro-alimentare è più che mai nutrito nell'attuale momento storico nel quale l'Europa sta tentando di delineare con maggiore nettezza la direzione verso la quale procedere alla costante ricerca di un plausibile bilanciamento tra istanze confliggenti.

In buona sostanza, il conflitto dialettico nel campo delle biotecnologie si articola nei seguenti termini: da un lato, vivono le esigenze connesse alla costruzione di un mercato unico europeo e alla promozione della concorrenza da attuarsi attraverso la liberalizzazione degli scambi; dall'altro, si stagliano le istanze di salvaguardia del fondamentale diritto alla salute minacciato dall'imprevedibilità degli effetti dannosi prodotti dagli OGM e verosimilmente tutelato dal ricorso al principio di precauzione. Precisamente, all'esigenza europea di codificare regole comuni intese ad agevolare la libera circolazione degli OGM, si contrappone a livello statale una complessa esigenza di tutela della salute pubblica declinata nei complementari concetti di *food safety* e *food security*.

Tale dialettica fra istanze contrapposte, che si concreta *de facto* in una differenza di approccio e priorità tra Stati e Commissione in materia di OGM, ha innervato il dibattito a partire dagli anni Novanta, influenzandone l'evoluzione normativa.

Da tale angolo visuale, è opportuno volgere lo sguardo alla disciplina comunitaria relativa all'utilizzazione nel settore agroalimentare degli OGM, dando precipuo rilievo agli interventi compiuti nella menzionata ottica di bilanciamento.

Tale disamina intende prendere le mosse dal regolamento (CE) n. 258/1997 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 gennaio 1997, in G.U.C.E L 043, 14-02-1997, 1-6, preceduto dalle direttive 1990/219/CE e 1990/220/CE del Consiglio, del 23 aprile 1990, entrambe in G.U.C.E L 117, 8-5-1990, 1-14 e 15-27.

L'intervento regolamentare in analisi era prioritariamente volto a riavvicinare le disposizioni nazionali vigenti in materia di OGM allo scopo di evitare che l'eccessiva frammentazione normativa tra gli ordinamenti nazionali, frapponendo ostacoli alla libera circolazione dei prodotti alimentari, legittimi forme patologiche di protezionismo mascherate dietro esigenze di tutela della salute¹².

Sul piano procedurale, giova focalizzare l'attenzione sull'istituzione, ad opera del reg. 258/97, di un procedimento semplificato di immissione in commercio applicabile in deroga con esclusivo riferimento a talune nuove categorie di prodotti o ingredienti alimentari, attesa la loro sostanziale

¹¹ Si pensi al ruolo svolto in materia dalla *Food and Agriculture Organization of the United Nations* (FAO), dall'Organizzazione mondiale della sanità (OMS), dalla *World Trade Organization* (WTO) e dalla Commissione del *Codex Alimentarius* (ACC).

¹² Cfr. considerando 8 reg. 258/97.

equivalenza ai prodotti o ingredienti convenzionali¹³. Si trattava di una mera procedura di notifica, non implicante la necessità di un esplicito atto autorizzatorio, in base alla quale il richiedente era semplicemente tenuto a notificare alla Commissione l'avvenuta immissione in commercio dei prodotti *de quibus*, sulla base del convincimento che le varietà geneticamente modificate sono da considerarsi, fino a prova contraria, come sostanzialmente equivalenti alle varietà convenzionali e quindi tali da non giustificare trattamenti discriminatori.

Nell'ottica del bilanciamento valoriale tra tutela della salute e interessi commerciali, il regolamento offriva un primo tentativo di contemperamento attraverso la previsione di un'apposita clausola di salvaguardia che consentiva allo Stato membro interessato, sulla base di nuove informazioni o della nuova valutazione delle informazioni esistenti, di limitare temporaneamente o sospendere la commercializzazione dell'alimento sospetto laddove vi fossero fondati rischi per la salute e per l'ambiente.

L'impostazione liberista sopradescritta, fondata sul criterio dell'equivalenza sostanziale, ha ceduto successivamente il passo ad un metodo operativo sincretistico inteso a contemperare, in un'ottica precauzionale, esigenze economiche e tutela della salute.

Tale approccio ha trovato consacrazione nella direttiva 2001/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 marzo 2001, in G.U.C.E L 106/1, 17-4-2001, 1-39, e nei regolamenti (CE) n. 1829/2003 e n. 1830/2003 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 settembre 2003, in G.U.U.E L 268/24, 18-10-2003, 1-23 e 24-28, strutturati intorno al ricorso al principio di precauzione e basati su un'apposita procedura di tipo autorizzatorio intesa ad un riaccentramento della *governance* regolativa a livello europeo, salvo prevedere, in applicazione del principio di precauzione, la possibilità per gli Stati di invocare clausole di salvaguardia e misure di emergenza per motivazioni esclusivamente attinenti il rischio ambientale e sanitario. Invero, i regolamenti citati hanno altresì innovato in materia di tracciabilità ed etichettatura obbligatoria onde assicurare ai consumatori informazioni idonee a garantire scelte consapevoli.

Venendo alla disamina degli aspetti procedurali, il reg. 1829/03 ha disposto che ogni OGM, al fine di ottenere l'autorizzazione, deve essere sottoposto ad una procedura comunitaria di valutazione dei rischi sotto la guida dell'EFSA. Quest'ultima è chiamata ad adottare un parere motivato che verrà trasmesso al richiedente, alla Commissione e agli altri Stati membri e successivamente pubblicato onde consentire ai cittadini europei di presentare osservazioni alla Commissione. Alla fase di *risk assessment* segue la fase di *risk management*: difatti, la valutazione scientifica effettuata dall'*Authority* dovrà essere implementata da una decisione relativa alla gestione del rischio, sotto forma di autorizzazione, adottata dalla Comunità attraverso una procedura di regolamentazione intesa a garantire la necessaria cooperazione tra Commissione e Stati membri.

A tale *iter* non è consentito derogare in nessun caso: con ciò si intende mettere in luce la principale novità apportata dal regolamento in parola consistente nell'esclusione degli OGM dal campo applicativo della procedura semplificata disciplinata dal reg. 258/97.

Invero, un tale accentramento della *governance* regolativa a livello europeo è stato bilanciato riconoscendo agli Stati il diritto di adottare clausole di salvaguardia¹⁴ e misure di emergenza¹⁵ intese a limitare o proibire la coltivazione di OGM sulla base, a seconda dei casi, di nuove o ulteriori

¹³ Cfr. art. 1, n. 2, lett. b), d) ed e) reg. 258/97. Nel novero delle categorie residuali rientranti nel campo applicativo della procedura semplificata si segnalano i prodotti o ingredienti alimentari ottenuti a partire da OGM ma che non li contengono. Giova precisare che, a partire dal 2004 (termine per l'applicazione del reg. 1829/2003) la categoria richiamata sarà estrapolata ed esclusa dal campo applicativo della procedura semplificata.

¹⁴ Cfr. art. 23 dir. 2001/18.

¹⁵ Cfr. art. 34 reg. 1829/03.

informazioni riguardanti la valutazione dei rischi ambientali e divenute disponibili dopo la data dell'autorizzazione, o di una nuova valutazione delle informazioni esistenti.

Tuttavia, un tale criterio di riparto della *governance* tra Unione europea e Stati membri, inteso a realizzare un verosimile contemperamento nella dialettica degli interessi confliggenti, non è risultato pienamente soddisfacente del principio di sussidiarietà attesa la complessità ed eterogeneità delle istanze in gioco in materia di OGM.

Difatti, il margine di manovra riconosciuto agli Stati, in quanto limitato alla possibilità di ricorrere alla clausola di salvaguardia e alle misure di emergenza, è risultato eccessivamente settoriale e restrittivo atteso che le preoccupazioni nazionali potrebbero trascendere le questioni squisitamente sanitarie.

In considerazione dei superiori rilievi, si è imposta la necessità di revisionare l'assetto delle competenze nazionali e europee attraverso l'emanazione della direttiva 2015/412/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2015, in G.U.U.E L 68/1, 13-3-2015, 1-8, modificativa della previgente dir. 2001/18.

Muovendo dall'assunto per cui la coltivazione degli OGM è «questione con forte dimensione nazionale, regionale e locale dato il suo legame con l'uso del suolo, le strutture agricole locali e la protezione o il mantenimento degli *habitat*, degli ecosistemi e dei paesaggi»¹⁶, la nuova disciplina intende irrobustire il margine di «flessibilità»¹⁷ riconosciuto agli Stati nel decidere se desiderare oppure opporsi alla coltivazione di OGM nel loro territorio. Difatti, l'approdo rivoluzionario cristallizzato dalla recentissima direttiva consiste nell'ampliamento del novero delle motivazioni che possono essere addotte dagli Stati a sostegno della decisione di opporsi alla coltivazione di OGM.

In buona sostanza, aprendo a considerazioni di ordine diverso da quelle connesse al rischio ambientale e sanitario e fermo restando il rispetto dei principi di non discriminazione e di proporzionalità, le limitazioni o i divieti nazionali alle coltivazioni possono basarsi su motivazioni connesse a fattori imperativi, traducibili in interessi pubblici, legati ad obiettivi di politica agricola, alla pianificazione urbana e territoriale, all'uso dei suoli, agli impatti socio-economici, all'ordine pubblico, oltre che a ragioni di politica ambientale¹⁸.

Trattasi di un ragionevole tentativo di bilanciamento attraverso il quale viene realizzata una faticosa, ma non definitiva, sintesi tra gli interessi in gioco: difatti, mentre il processo di rinazionalizzazione delle procedure autorizzatorie relative alla coltivazione di OGM finisce per dare voce alle istanze nazionali, dall'altro lato, il fatto che le questioni relative all'immissione in commercio e all'importazione di OGM continuano ad essere disciplinate a livello dell'Unione finisce per salvaguardare le esigenze connesse alla produzione e al libero mercato.

3. La complessa interazione tra i diversi livelli di *governance* nella giurisprudenza comunitaria e nazionale in tema di OGM

L'approdo rivoluzionario, culminato nella dir. 2015/412, è stato fortemente suggerito dalle costanti pressioni esercitate da un numero consistente di Stati membri che, a partire dagli anni Novanta, hanno palesato le loro perplessità in ordine alla coltivazione degli OGM, trovando voce nelle sentenze comunitarie *Greenpeace* e *Monsanto*, oltre che nelle recenti vicende nazionali *Fidenato-Dalla Libera*.

Il tentativo embrionale degli Stati membri di ritagliarsi margini di autonomia in ordine alla coltivazione e alla commercializzazione di OGM è stato primariamente attuato attraverso il ricorso

¹⁶ Cfr. considerando 6 dir. 2015/412.

¹⁷ Cfr. considerando 6 e 8 dir. 2015/412.

¹⁸ Sul tema si è espressa M. Ramajoli, *Dalla «food safety» alla «food security» e ritorno* in *Amministrare*, 2/3, 2015, 280-285.

alle clausole di salvaguardia e alle misure di emergenza previste dal diritto comunitario, oltre che attraverso lo sforzo, effettuato a livello nazionale, di estendere gli spazi di discrezionalità riconosciuti agli Stati nell'ambito delle procedure amministrative dettate dalla normativa comunitaria in materia di immissione in commercio degli OGM¹⁹.

Gli aspetti problematici connessi all'espletamento delle procedure di cui alla dir. 1990/220 e al reg. 258/97, sono stati oggetto di importanti pronunce della Corte di Giustizia, inquadrabili nell'ambito del contenzioso amministrativo comunitario.

Segnatamente, la sentenza della Corte di Giustizia, del 21 marzo 2000, Causa C-6/99, *Association Greenpeace France e al. c. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche e al.* in *Racc.*, 2000, I- 1651 ss²⁰, avente ad oggetto i profili sostanziali della direttiva n. 1990/220²¹, intende fornire una definizione del rapporto esistente tra le competenze della Commissione e quelle delle autorità nazionali nell'ambito della procedura di autorizzazione all'immissione in commercio di prodotti contenenti o costituiti da OGM.

Dalla disamina della pronuncia emerge come la Corte di Giustizia abbia eluso di considerare compiutamente le problematiche connesse al rispetto del principio di precauzione, salvo ribadire che la comunitarizzazione della procedura di immissione sul mercato degli OGM risponde al precipuo scopo di privare gli Stati membri della possibilità di pilotare le decisioni ricorrendo a mere esigenze egoistiche di opportunità politica nazionale.

Da tale angolo visuale si comprende il ruolo svolto dall'amministrazione interna chiamata ad intervenire nella fase conclusiva del procedimento come mera autrice di un atto di esternazione del provvedimento di autorizzazione rilasciato dalla Comunità, i cui elementi risultano già predeterminati a livello sovranazionale.

Tuttavia, nell'ottica di contemperare la complessità degli interessi in lizza, la Corte ha inteso conferire agli Stati membri margini di discrezionalità residua sia nella fase iniziale, condotta dall'autorità nazionale competente e avente ad oggetto l'esame di conformità della notifica, sia nel momento successivo ed eventuale in cui lo Stato, destinatario originario della notifica, intenda tornare sui propri passi, invocando la clausola di salvaguardia per contestare l'inadeguata valutazione dei rischi derivanti dall'immissione in commercio del prodotto contenente OGM.

Il passaggio da un modello di controllo di legalità logico-formale ad un modello teleologico, inteso ad individuare, in un'ottica precauzionale, le soluzioni realisticamente confacenti al caso concreto, inizia ad apprezzarsi nella sentenza della Corte di Giustizia, del 9 settembre 2003, causa C-236/01, *Monsanto Agricoltura Italia S.p.a. e al. c. Presidenza del Consiglio dei Ministri e al.*, in *Racc.*, I-8105 ss²² la quale focalizza l'attenzione sul principio di precauzione, escludendo ogni applicazione potenzialmente abusiva dello stesso e, dall'altro, scartando le versioni minimaliste del principio.

¹⁹ A tale riflessione è pervenuta V. Rinaldi, *Il confronto tra Stati membri e Unione europea in materia di OGM nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Dir. commercio internaz.*, 4, 2014, 1011.

²⁰ Corte giust., sent. 21-3-2000, Causa C-6/99, *Association Greenpeace France e al. c. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche e al.* in *Racc.*, 2000, I- 1651 ss. Sulla sentenza *Greenpeace* si vedano: I. Canfora, *La procedura per l'immissione in commercio di OGM e il principio di precauzione*, in *Dir. giur. agr. e ambiente*, 2001, 375 ss.; L. Costato, *OGM: ora tocca alla Corte*, in *Riv. dir. agr.*, 2000, 124 ss.; A. Gratani, *La tutela della salute e il rispetto del principio di precauzione a livello comunitario. Quando le autorità nazionali possono impedire la coltivazione di OGM all'interno del proprio territorio*, in *Riv. giur. ambiente*, 2000, 457 ss.

²¹ Secondo la procedura dettata dalla abrogata dir. 1990/220 l'autorità statale era chiamata ad effettuare l'esame di conformità della notifica e, in caso di esito positivo, a disporre la trasmissione del fascicolo alla Commissione. Quest'ultima trasmetteva la notifica alle competenti autorità degli altri Stati membri onde consentire agli stessi di proporre obiezioni. In assenza di obiezioni, l'autorità domestica prestava il consenso scritto alla notifica. In caso contrario, la Commissione, all'esito della procedura di comitato, adottava una decisione, anche favorevole, alla quale l'autorità statale dava il consenso.

²² Corte giust., sent. 9-9-2003, causa C-236/01, *Monsanto Agricoltura Italia S.p.a. e al. c. Presidenza del Consiglio dei Ministri e al.*, in *Racc.*, I-8105 ss. Per un commento nel merito si vedano: A. Barone, *Organismi geneticamente modificati*

La pronuncia in analisi origina da un'articolata vicenda che ha visto la società Monsanto, unitamente ad altre aziende produttrici di grano, impugnare innanzi al TAR Lazio il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 4 agosto 2000, volto a sospendere in via cautelare la commercializzazione e l'utilizzo sul territorio italiano di alcune varietà di granturco transgenico.

La Corte di Giustizia, nel pronunciarsi sulla legittimità del decreto italiano, ha disposto che il ricorso alla procedura semplificata di immissione sul mercato (ex art. 5 del reg. 258/97) non ostava all'applicazione della clausola di salvaguardia (ex art. 12 reg. 258/97)²³ la quale, in attuazione del principio di precauzione, permetteva di assumere misure conseguenti senza attendere che l'effettività e la gravità dei rischi fossero scientificamente dimostrate. In tale circostanza, la Corte ha altresì precisato che le misure di tutela assunte dagli Stati in forza di una clausola di salvaguardia, non possono considerarsi validamente motivate laddove si ricorra ad un approccio meramente ipotetico del rischio, fondato su supposizioni prive di fondamento scientifico.

È agevole rilevare che il caso Monsanto aveva ad oggetto la normativa di uno Stato membro intesa a vietare la commercializzazione e l'utilizzo (ma non la coltivazione) di OGM sul proprio territorio nazionale.

In Italia, l'*affaire* Monsanto è tornato di grande attualità nelle vicende Fidenato e Dalla Libera²⁴ aventi ad oggetto il divieto di coltivazione (non di commercializzazione) della varietà di mais transgenico MON 810, sancito dal decreto ministeriale del 12 luglio 2013 recante «Adozione delle misure d'urgenza ai sensi dell'art. 54 del regolamento n. 178/2002».

Per l'esattezza, il governo italiano, consapevole dell'impossibilità di vietare la coltivazione di OGM sul proprio territorio nazionale ricorrendo all'art. 26 bis della dir. 2001/18, ha inteso modificare la base giuridica di un tale provvedimento restrittivo invocando l'art. 34 del reg. 1829/2003. In buona sostanza, l'esecutivo italiano, dopo aver informato la Commissione circa la necessità di mettere in atto misure di urgenza, ha provveduto ad adottare il decreto menzionato inteso a vietare per un periodo di diciotto mesi la coltivazione del MON 810 nel territorio nazionale.

Con sentenza TAR Lazio, III quater, del 23 aprile 2014, n. 4410/2014, il Tribunale ha respinto il ricorso per annullamento del decreto in questione, proposto dall'agricoltore friulano, argomentando sulla base del richiamo al principio di precauzione.

Muovendo dall'asserto per cui sarebbe erroneo invocare la precauzione comunitaria allo scopo di legittimare l'adozione di misure di emergenza in presenza di un rischio meramente ipotetico, l'agricoltore friulano ha appellato la sentenza citata innanzi al Consiglio di Stato invocando, in primo luogo, il travisamento di fatto e la violazione degli artt. 34 e 23 del reg. 1829/2003.

Dal canto suo, il Supremo Consesso è pervenuto all'approdo cristallizzato nella sentenza del Consiglio di Stato, III, del 6 febbraio 2015, n. 605/2015, statuendo in ordine alla legittima adozione di misure cautelari provvisorie da parte dello Stato membro qualora la Commissione, nonostante la segnalazione effettuata dalle autorità nazionali, sia rimasta inerte o abbia motivatamente comunicato di non voler intervenire. Tanto posto, a parere del Consiglio di Stato, è ragionevole ricondurre il decreto ministeriale impugnato nel novero di dette misure cautelari in quanto lo stesso rappresenterebbe una misura d'urgenza giustificata dalla necessità di prendere in considerazione la

e precauzione: il rischio alimentare tra diritto comunitario e diritto interno, in *Foro it.*, IV, 2004, 248 ss.; F. De Leonardis, *op.cit.*, 116; L. Marini, *La sostanziale equivalenza dei prodotti alimentari geneticamente modificati alla luce della sentenza Monsanto e degli sviluppi della normativa comunitaria*, in *Dir. comm. int.*, 17, 2003, 854-863.

²³ Cfr. punto 114 parte motiva Corte giust., sent. 9-9-2003, causa C-236/01, *cit.*

²⁴ TAR Lazio, III quater, sent. 23-04-2014, n. 4410/2014 in www.foroitaliano.it e Cons. Stato, III, sent. 6-2-2015, n. 605/2015 in www.giustizia-amministrativa.it. Per un commento E. Blasi, *I nuovi margini del potere decisionale degli Stati europei in materia di organismi geneticamente modificati* in *Riv. quadrim. dir. ambiente*, 1, 2015, 150; T. Di Paolo, *Analisi ragionata della giurisprudenza amministrativa. Coltivazione di OGM in Italia: Sentenza T.A.R. n. 4410/2014 e sentenza del Consiglio di stato n. 605/2015* in C. Bottari (cur.), *La sicurezza alimentare*, Bologna, 2015, 267-271.

presenza di ulteriori fattori di rischio non precedentemente valutati. Ciò sulla base del rilievo che la concessione di coltivare mais transgenico in base ad un'autorizzazione risalente (datata 1998 e mai rinnovata) rappresenterebbe «una situazione di concreto e attuale pericolo tale da giustificare l'adozione del decreto impugnato».

Per i suesposti motivi il Consiglio di Stato ha statuito in ordine alla fondatezza del decreto ministeriale in questione, definendolo per l'appunto «corretta applicazione del principio comunitario di precauzione».

4. Conclusioni

Nell'attuale società del rischio è tangibile una spinta propulsiva a spostare la funzione di regolazione oltre lo Stato; ciò è particolarmente evidente in materia di *food security* attesa la rilevanza extranazionale del settore alimentare e le dimensioni necessariamente sovranazionali dei problemi connessi.

Dalla disamina condotta è emersa l'esigenza di conferire unità europea alla funzione della sicurezza alimentare mediante l'instaurazione di un collegamento stabile e formalizzato tra autorità europee, nazionali e Istituzioni dell'UE.

A volte, tale compresenza tra livelli differenziati di *governance* determina problemi di coordinamento, particolarmente evidenti nel settore delle biotecnologie agro-alimentari, campo elettivo per l'esplosione di conflitti di interesse. Difatti, mentre la Commissione europea ha sempre salvaguardato le esigenze di natura economico-commerciale, guardando al settore degli OGM come campo strategico dell'economia comunitaria; diversamente le istanze di tutela della salute hanno da sempre formato oggetto di prioritaria attenzione a livello nazionale.

Se ne inferisce che un importante aspetto problematico sotteso alla *food security* va ravvisato nella ricerca di un necessario bilanciamento di valori e interessi sulla base del rilievo che le strategie afferenti la tutela della salute potrebbero collidere con le logiche del liberismo economico.

Nel settore delle biotecnologie agro-alimentari, la ricerca di un punto di equilibrio tra istanze contrapposte ha conosciuto progressivi interventi, recentemente culminati nella dir. 2015/412 intesa ad irrobustire il margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati membri in ordine al potere di limitare o vietare la coltivazione di OGM in una parte o nella totalità del loro territorio.

Invero, trattasi di un tentativo di contemperamento non definitivo in quanto la direttiva in questione provvede esclusivamente a regolamentare il divieto di produrre OGM, lasciando inavese le questioni afferenti la possibilità per gli Stati membri di limitarne e vietarne la commercializzazione sul proprio territorio.

Nell'aprile 2015 sono state avanzate proposte di modifica del reg. 1829/2003 intese a riformare il meccanismo di autorizzazione all'immissione di OGM, nell'intento di introdurre una procedura simile a quella volta a regolamentare l'autorizzazione alle coltivazioni.

Tuttavia, se la dir. 2015/412 ha riscosso ampi consensi, l'eventuale riforma della disciplina delle importazioni, investendo direttamente il principio della libera circolazione oltre che gli interessi sottesi all'industria mangimistica italiana, produrrà resistenze ed effetti di sistema non trascurabili.

Difatti, a fronte di una tale riforma, la dialettica degli interessi in gioco spazierebbe su un piano globale e assumerebbe una fisionomia assolutamente eccentrica.

Segnatamente, al tradizionale conflitto di interessi esistente tra imprese produttrici di OGM, Stati e Commissione, si affiancherebbe un ulteriore contrasto dialettico che vedrebbe in contrapposizione l'interesse europeo di composizione, rappresentato dalla sintesi degli interessi degli Stati membri, e

l'interesse dell'Organizzazione mondiale del commercio (WTO) che, sostanzialmente, si identifica con l'interesse privato dei produttori di OGM.

Alle considerazioni esposte si aggiunga che è in negoziazione, tra Europa e Stati Uniti, il Trattato transatlantico sul commercio e gli investimenti (TTIP) finalizzato ad armonizzare le normative sul libero mercato allo scopo di ridurre le barriere commerciali che limitano lo scambio di prodotti e servizi, inclusi i prodotti alimentari. In caso di approvazione del Trattato, non può escludersi che le normative europee sugli OGM, maggiormente restrittive rispetto a quelle statunitensi, potrebbero essere impugate e condannate come barriere commerciali illegali.

In conclusione, atteso che la dimensione globale tende a favorire le esigenze del libero mercato e tenuto in debito conto che l'Unione europea ha assunto obblighi internazionali in seno alla WTO, può ragionevolmente affermarsi che, allo stato dell'arte, non è agevole prospettare una riforma intesa a rafforzare ulteriormente, in un'ottica precauzionale, il margine di manovra concesso agli Stati in ordine alla disciplina di importazione degli OGM.

Abstract

Food system is an area of problematical tensions and implies a hard distribution in competences among National States, European Union together with global Organizations. In order to understand the interactions between these different levels of government, the article focuses on the specific field of the GMOs (genetically modified organisms), considered as a microcosm showing general trend lines. The debate on GMOs is more than ever in the current historical moment in which Europe is trying to define the direction in which to proceed, constantly searching for a reasonable balance between conflicting needs and interests. The dialectical conflict in the field of biotechnology can be structured as follows: on the one hand, the emphasis on the construction of a common European market, which should be implemented through the promotion of free competition as well as the development of trade liberalization; on the other one, the need to protect the fundamental right to health. This conflict has caused the debate since the nineties, influencing the evolution of legislation and case law. From this angle of view, the article aims to analyze EU regulatory actions made in the above mentioned balancing perspective, recently culminated in the Directive 2015/412 enacted by the European Parliament and by the Council of 11 March 2015.

Il ruolo dell'informazione nella disciplina consumeristica e l'ambivalente natura del consumatore quale contraente debole e protagonista del diritto pubblico dell'economia

Sommario: 1. Profili di analisi giuridica del fenomeno della globalizzazione. - 2. La genesi della categoria del consumatore quale contraente debole. - 3. Le asimmetrie informative: sostrato economico e conseguenze giuridiche. - 4. La Direttiva *Consumer Rights* (2011/82/UE). - 5. Il rinnovato ruolo dell'informazione nella contrattazione diseguale

1. Profili di analisi giuridica del fenomeno della globalizzazione

Nell'età moderna la globalizzazione sembra essere la traduzione sul piano politico-sociale del concetto filosofico della libertà. Quale che sia la propria opinione personale sul fenomeno in commento, è inevitabile affrontare le conseguenze prodotte dalla globalizzazione nell'economia e nel diritto. Agli occhi di un giurista le conseguenze più dirompenti del fenomeno della globalizzazione¹ consistono nell'attenuazione della sovranità nazionale, a favore sia di ordinamenti sovranazionali che di autorità tecnocratiche², e nell'affermazione del contratto quale fonte primaria del diritto all'interno dei mercati³.

Si osserva che una lettura superficiale del fenomeno della globalizzazione potrebbe lasciar intendere che le regole economiche dei mercati siano diventate alternative rispetto al diritto degli stati: invero, come autorevole dottrina non ha mancato di evidenziare⁴, si tratterebbe di una sensazione empirica non supportata da una logica argomentazione. Il fenomeno della globalizzazione, infatti, ha dato vita a nuovi conflitti tra interessi privati antagonisti ed ha richiesto nuove discipline regolatrici, ma non ha eliminato la necessità di un ordine giuridico per le società umane.

L'evoluzione dell'economia e dei mercati ha determinato un cambiamento nella struttura dei contratti, che autorevole dottrina⁵ ha spiegato attraverso il passaggio dall'*homo loquens* all'*homo videns*: l'individuo cosmopolita di oggi, infatti, non ha più alcuna pretesa in ordine alla negoziazione della maggior parte delle transazioni commerciali che lo vedono coinvolto. Nella quasi totalità degli ordinari rapporti commerciali il contraente ha assunto le sembianze di un semplice aderente, la cui protezione giuridica può consistere soltanto nella garanzia della possibilità di compiere una scelta consapevole e informata tra l'adesione e la non adesione.

¹ A riguardo, F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 7-12, faceva notare che allo specchio del diritto la globalizzazione riflette considerevoli novità, quali la rilevanza degli scambi contrattuali, l'affermazione di un nuovo diritto universale costituito dalla *lex mercatoria* ed il mutato volto degli stati, a cui i mercati hanno sottratto alcune delle tradizionali prerogative. Ulteriori riflessioni sul tema si ravvisano in R. Pessi, *Ordine giuridico ed economia di mercato*, Padova, 2010, 21 ss. ed in B. Troncarelli, *Logica della globalizzazione e diritto*, Milano, 2004, 33 ss.

² Sul punto, M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, 65-75, evidenzia che il diritto della globalizzazione tende ad intraprendere la via giudiziaria.

³ M. Bianca, *Il contratto - Diritto civile 3*, Milano, 2000: 34-36, precisa che nel mondo globale il contratto risulta contraddistinto da una tendenza alla pubblicizzazione, che deriva dalla subordinazione delle esigenze private all'utilità sociale, nonché da una tendenza alla oggettivizzazione, che implica l'utilizzo di tecniche interpretative oggettive e di strumenti di integrazione del regolamento contrattuale alquanto distanti dalla considerazione del contratto come incontro di singole volontà.

⁴ Si vuol far riferimento a P. Sirena, *Contratti d'impresa e principio di buona fede*, in G. Alpa (cur.), *Lezioni di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 425-438.

⁵ L'immagine del passaggio dall'*homo loquens* all'*homo videns* è stata dipinta da N. Irti, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 2, 347 ss.

1. La genesi della categoria del consumatore quale contraente debole

Con l'avvento del fenomeno della globalizzazione, ha fatto capolino nel panorama europeo la figura del contraente debole⁶, per tale intendendosi quel soggetto che fisiologicamente non è in grado di incidere nel contenuto dei rapporti commerciali allo stesso modo dell'altra parte contrattuale, in quanto privo del medesimo potere contrattuale.

Il contratto, che ha sempre rappresentato l'emblema dell'autonomia negoziale⁷ e della parità dei privati sui mercati, non appare più in grado di garantire l'eguaglianza dei paciscenti. Gli ordinamenti nazionali presentano degli strumenti volti a tutelare la corretta formazione del consenso contrattuale, come i rimedi dell'annullamento e della rescissione del contratto, i quali attribuiscono rilevanza ad aspetti patologici intervenuti nel corso del processo di formazione della volontà⁸. Nel mondo globale, invece, è fisiologico che una delle parti contrattuali non abbia la piena consapevolezza del contenuto e delle conseguenze del regolamento contrattuale, che, sovente, ha solo potuto accettare e non negoziare.

Tanto posto, è sorta la necessità di approntare nuovi strumenti giuridici, che inevitabilmente hanno determinato una maggiore penetrazione del diritto nell'economia: l'autonomia negoziale, in altre parole, ha dovuto fare un passo indietro e lasciare spazio all'elaborazione di statuti di protezione dei contraenti deboli⁹.

Il consumatore ha rappresentato la primigenia figura di contraente debole. Il legislatore nazionale ha provveduto all'elaborazione di un *corpus* normativo *ad hoc* in materia di diritto dei consumatori, mettendo insieme tutte le discipline di derivazione europea: si tratta del Codice del Consumo (decreto legislativo n. 206 del 6 settembre 2005)¹⁰.

Tanto comune è diventata la figura del consumatore che in alcuni ordinamenti essa ha ricevuto un espresso riconoscimento a livello costituzionale: emblematico, a riguardo, è il caso della Costituzione Spagnola del 1978¹¹. Implicitamente, la rilevanza costituzionale della tutela dei consumatori è acquisita in tutti gli stati membri dell'Unione Europea, in virtù della derivazione europea della tutela consumeristica e del primato del diritto europeo sulle discipline nazionali. Con riferimento all'ordinamento nazionale italiano, la dottrina da tempo riconduce lo statuto di protezione del consumatore non solo ad una devozione cogente al diritto europeo, ma anche a dei

⁶ Senza alcuna pretesa di esaustività, si annoverano tra gli studiosi dell'argomento: M.C. Cherubini, *Tutela del «contraente debole» nella formazione del consenso*, Torino, 2005, 1 ss.; G. Gioia, *Nuove nullità relative a tutela del contraente «debole» nei principi UNIDROIT*, in G. Alpa, M. Bessone (cur.) *Giur. sist. dir. civ. comm., I contratti in generale*, aggiorn. 1991-1998, Torino, 1999, 228 ss.; A. P. Scarso, *Il contraente «debole»*, Torino, 2006, 1 ss.; F. Galgano, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impresa.*, 1997, 417 ss.; A. Somma, *Tecniche di tutela del contraente debole nella disciplina della contrattazione standard: riflessioni sull'esperienza tedesca*, in S. Patti (cur.), *Annuario di diritto tedesco 1998*, Milano, 1998, 141 ss.;

⁷ Sul punto, M. Bianca, *Il contratto - Diritto civile 3, cit.*, 30-32, evidenzia che l'autonomia privata di cui all'art. 1322 cod. civ. rappresenta la traduzione nei rapporti privatistici della libertà costituzionale di esplicazione della personalità umana (art. 3 co. 2).

⁸ In tal senso, M.C. Cherubini, *op. cit.*, 3-27, precisa che la disciplina della patologia del consenso contenuta nel Codice Civile assume come presupposto la parità di posizione dei contraenti ed attribuisce rilievo ad elementi perturbatori del consenso soltanto occasionali.

⁹ In ordine al collegamento tra il fenomeno della globalizzazione e la nascita della figura del contraente debole, C. Amato, *La politica comunitaria tra diritti dei consumatori ed esigenze del mercato*, in A. Somma (cur.), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, 2007, 54-58, constata che la Comunità Europea per prima si è accorta del fatto che il fenomeno della globalizzazione avrebbe reso necessario tornare dal contratto allo *status*.

¹⁰ A riguardo, G. Alpa, *Diritto privato europeo*, Milano, 2016, 226-233, sottolinea che il codice riflette una concezione oggettiva della materia consumeristica, poiché raccoglie tutte le normative afferenti all'atto economico di consumo; M. Giorgianni, *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania*, Milano, 2009, 22 ss., evidenzia che il Codice del Consumo non intendeva avere una mera funzione compilativa, bensì una funzione sistematica e simbolica, assumendo a manifesto politico e giuridico del diritto dei consumatori.

¹¹ Si tratta, in particolare, dell'art. 51 della Costituzione spagnola.

principi propri della Costituzione, quali la necessità da parte delle istituzioni pubbliche di assicurare i diritti inviolabili dei cittadini (art. 2 Cost.) ed il rispetto del principio di eguaglianza sostanziale (art. 3 Cost.).

Analizzando la figura del consumatore in un'ottica costituzionalmente orientata, emerge chiaramente tutta la problematicità delle discipline consumeristiche: esse, infatti, consistono in normative *borderline* tra il modello economico universalmente adottato nella modernità dall'Occidente, il libero mercato, ed il modello economico collettivistico ed interventista, l'economia di stato. Le discipline consumeristiche, pertanto, sono caratterizzate da numerosi compromessi, che rappresentano il tentativo di armonizzare valori di pari rilevanza ontologica all'interno degli attuali ordinamenti nazionali: da un lato, la tutela dei soggetti deboli sul mercato ed il principio di eguaglianza sostanziale; dall'altro, la libertà di iniziativa economica e la libera concorrenza¹².

3. Le asimmetrie informative: sostrato economico e conseguenze giuridiche

L'art. 2, c. 2, del Codice del Consumo contiene un elenco di diritti dei consumatori: in particolare, la lett. c) sancisce il diritto dei consumatori ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità¹³.

Con riferimento all'informazione ed al suo ruolo negli scambi commerciali, soccorrono in ausilio le scienze economiche, le quali fin da tempi lontani, non intrisi dai problemi attuali, evidenziano che la perfetta informazione dei prezzi e delle condizioni delle transazioni commerciali rappresenta uno dei presupposti della concorrenza perfetta che, come noto, consiste nel meccanismo ottimale per l'efficiente allocazione delle risorse. La concorrenza perfetta non è una rappresentazione realistica dei mercati, bensì il presupposto di molteplici teorie e modelli economici: nella realtà, infatti, non si rinvergono i suoi presupposti. Ad esempio, dominano incontrastate le asimmetrie informative, per tali intendendosi quelle transazioni in cui l'una parte è priva delle informazioni complete che invece sono in possesso dell'altra¹⁴.

4. La Direttiva Consumer Rights (2011/82/UE)

La novella legislativa più recente in materia consumeristica si è avuta con la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011 (in G.U.U.E. L 304/64 22.11.2011), che è stata attuata nel Codice del Consumo, in particolare negli art. 45-67, ad opera del decreto legislativo

¹² Una riflessione in ordine alla tutela del diritto ad essere informati nella prospettiva della economia sociale di mercato, adottata dall'Unione Europea, si ravvisa in S. Bolognini, *La disciplina della comunicazione business to consumer nel mercato agro-alimentare europeo*, Torino, 2012, 1-45.

¹³ Tra i diritti fondamentali del consumatore, ad uno stadio anteriore rispetto all'informazione, si pone l'educazione al consumo, la quale si distingue dall'informazione poiché non consiste nella semplice messa a disposizione di una serie di dati, bensì si caratterizza per un approccio critico e si concretizza nel fornire ai consumatori gli strumenti cognitivi idonei ad intendere le condizioni delle offerte e dei mercati. Sul punto, G. Taddei Elmi, *Educazione e informazione dei consumatori* (artt. 4 - 17 Cod. Cons.), in G. Vettori (cur.), *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, Padova, 2013, I, 83 ss.

¹⁴ Per un'analisi accurata in materia di fallimenti microeconomici del mercato si rinvia a N. Acocella, *Elementi di politica economica*, Roma, 2009, 27-57. L'informazione asimmetrica può dar luogo a due diverse situazioni: la selezione avversa, che si realizza quando una delle parti non può osservare delle caratteristiche esogene (in quanto preesistenti alla decisione di acquisto) dell'altra parte ovvero del prodotto; l'azzardo (o rischio) morale, in cui invece una delle parti, successivamente alla transazione, non possa osservare le azioni compiute dall'altra ovvero i caratteri del bene fornito. È possibile contestualizzare la prima ipotesi di asimmetria informativa nell'ambito del mercato delle auto usate (celebre l'esempio di G.A. Akerlof, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3. Aug., 1970, 488-500). La seconda ipotesi di asimmetria informativa, invece, trova una palese applicazione nell'ambito dei rapporti di assicurazione.

n. 21 del 21 febbraio 2014, entrato in vigore il 14 giugno 2014. Dall'analisi del *Considerando* n. 4 della direttiva emerge immediatamente la duplice *ratio* della normativa: garantire sia un elevato livello di tutela dei consumatori che la competitività delle imprese¹⁵.

L'aspetto saliente del presente intervento normativo consiste nell'incremento quanti – qualitativo dei doveri informativi a carico dei professionisti ed a beneficio dei consumatori nella fase delle trattative negoziali. La riforma prevede una serie corposa di obblighi informativi che il professionista deve adempiere nel corso della fase precontrattuale a beneficio del consumatore, sia nelle ipotesi di contratti stipulati fuori dai locali commerciali ed a distanza che nei contratti diversi da questi. Gli obblighi informativi risultano rafforzati rispetto alla precedente normativa sia per quanto concerne i loro contenuti che per le modalità in cui devono essere rese le informazioni. Circa i contenuti, il professionista, anteriormente alla conclusione dell'accordo contrattuale, deve fornire informazioni al consumatore attinenti alle caratteristiche principali dei beni e dei servizi, alla sua identità ed ai suoi recapiti, nonché deve indicare esattamente il prezzo totale della merce, la data di consegna e le eventuali spese di spedizione; sono oggetto di apposita informativa le modalità di pagamento, la sussistenza della garanzia di conformità e del diritto di recesso (di cui devono essere dichiarate anche le modalità di esercizio ed i termini). Il professionista, infine, è tenuto ad informare il consumatore circa l'esistenza di codici di condotta, la durata del contratto (ove sussistente) e l'eventuale possibilità di fare ricorso ad un meccanismo extra – giudiziale di reclamo. In ordine alle modalità attraverso cui il professionista deve rendere le informazioni obbligatorie, la novella ha stabilito che le informazioni devono essere rese in modo chiaro e comprensibile prima della conclusione del contratto; dopo la stipulazione, inoltre, il professionista è tenuto a fornire al consumatore una copia del contratto firmato su supporto cartaceo ovvero su un altro mezzo durevole.

Come noto, le direttive europee di armonizzazione pongono considerevoli problematiche in un'ottica rimediabile: esse infatti, in quanto volte al raggiungimento di un obiettivo, risultano essere molto dettagliate nell'esposizione del diritto sostanziale, ma non dedicano eguale attenzione all'ambito rimediabile, affidando agli stati membri il compito di individuare i rimedi più opportuni e pretendendo soltanto la garanzia di una tutela effettiva¹⁶.

Nella predisposizione della tutela a fronte della violazione dei principi introdotti dalla direttiva *consumer rights*, l'art. 66 del Codice del Consumo rinvia a due distinti apparati rimediali: la tutela amministrativa offerta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (*Agcm*)¹⁷ e la tutela collettivistica offerta dalle associazioni dei consumatori¹⁸.

¹⁵ Un'analisi ampia sull'operazione di attuazione nel Codice del Consumo della direttiva *consumer rights* si può reperire in S. Pagliantini, *Nuovi profili del diritto dei contratti*, Torino, 2014, 255-297; un'analisi focalizzata sulle modifiche apportate ai contratti a distanza si ravvisa in F. Delfini, *La novella del codice del consumo in tema di contratti a distanza dei consumatori. Prime considerazioni sul D. Lg. 21/2014 di attuazione della direttiva 2011/83/UE*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, 2, 189-201

¹⁶ La prospettiva teleologica del diritto europeo è stata oggetto di riflessione da parte di numerosi autori, tra i quali M. Astone, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Eur. Dir. priv.*, 1, 2014, 1 ss.; V. Scalisi, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. Dir. civ.* 2007, 6, 845 ss.; nonché C. Granelli, *Diritti dei consumatori e tutele nella recente novella del codice del consumo*, in *Contratti*, 2015, 1, 59 ss.

¹⁷ L'Agcm è stata istituita dalla l. 287/1990 in qualità di ente amministrativo indipendente deputato all'applicazione della normativa antitrust ed alla tutela degli interessi degli operatori economici. Un'analisi accurata in ordine al *public enforcement* offerto dall'Agcm si rinviene in G. Nava, *La tutela amministrativa dei consumatori alla luce del d.lgs. 21/2014*, in *Diritto mercato tecnologia*, n. 2-2014, www.dimt.it.

¹⁸ La letteratura in materia è molto ampia. *Ex multis*: G. Dinacci, in *Diritto dei consumi: soggetti, contratti, rimedi*, Torino, 2012, 231 ss.; M. Scuffi, *Tutela antitrust del consumatore e azione di classe*, in *Dir. ind.*, 2009, 345 ss.; M. Libertini, *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. Dir. ind.*, 4-5, 2011, 147 ss.; E. Sbarbaro, *L'azione di classe a tutela del consumatore contro pratiche commerciali scorrette e comportamenti anticoncorrenziali delle imprese*, in www.dimt.it, 2012.

L'affermazione della esclusiva praticabilità dei rimedi offerti dall'Agcm e dalle azioni collettive nella disciplina consumeristica comporterebbe un vuoto di tutela per i consumatori e, di conseguenza, una violazione da parte dello stato del suo dovere di attuare le direttive europee in termini di effettività. Da un lato, infatti, l'Agcm è un'autorità amministrativa, di certo indipendente, ma ad ogni modo titolare di quella discrezionalità che si pone in antitesi rispetto alla richiesta europea di effettività della tutela¹⁹; dall'altro lato, il rimedio collettivistico non risulta essere molto praticato nell'ordinamento nazionale, anche in considerazione della natura irrisoria dei risarcimenti accordati a quelle poche azioni collettive andate a buon fine.

5. Il rinnovato ruolo dell'informazione nella contrattazione diseguale

Si osserva che sarebbe possibile approdare ad un diverso apparato rimediale, ovviamente non sostitutivo ma cumulativo ai rimedi sopra esposti, attraverso una nuova considerazione del ruolo dell'informazione²⁰ nei rapporti contrattuali caratterizzati da una diseguaglianza fisiologica tra le parti, come accade, emblematicamente ma non più esclusivamente, nei rapporti consumeristici²¹.

Nel mondo globale, caratterizzato dalla fisiologica diseguaglianza, sia cognitiva che strutturale, dei contraenti, l'informazione si è emancipata dal marginale ruolo di regola di condotta, espressione di buona fede²², che le era proprio nel Codice Civile, e che ancora le è applicabile nelle ipotesi di contrattazione eguale, non prese in considerazione dal diritto dei contratti di ispirazione europea in quanto non caratterizzate da fisiologici squilibri tra le parti derivanti dalla struttura dei mercati²³. L'informazione sembra assurgere ad elemento strumentale alla corretta formazione del contratto tra un consumatore ed un professionista: l'adempimento dei doveri informativi da parte dei professionisti risulta indispensabile ad assicurare la consapevolezza delle scelte dei consumatori,

¹⁹ Si veda in proposito V. Di Cataldo, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, in *Giur. Comm.*, 2012, 803. Giova evidenziare, ad ogni modo, che i poteri dell'Agcm sono in crescente aumento: l'art. 35 del d.l. 201/2011 ha introdotto nella l. 287/1990 l'art. 21-bis, che affida all'Autorità la legittimazione ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali di qualsiasi amministrazione pubblica, che violino le norme a tutela della concorrenza. Un'analisi esaustiva sulla tematica è reperibile in F. Cintoli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21 bis della legge n. 287/1990 e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2, 2012, 3 ss.

²⁰ Con riferimento alla vicenda informativa, si ravvisano due distinte posizioni soggettive: la posizione di chi rende l'informazione, garantita espressamente dall'ordinamento nazionale in quanto ricondotta all'alveo della libertà di manifestazione del pensiero, e la posizione di chi la riceve, che non risulta parimenti tutelata in termini di generalità. Per un inquadramento dottrinale afferente la rilevanza giuridica della vicenda informativa, si rinvia a: A. Liodice, *Informazione (diritto alla)* (voce), in *Enc. dir.*, XXI, Varese, 1971, 473 ss.; V. Zeno-Zencovich, *Informazione (profili civilistici)*" (voce), in *Digesto IV ed. (disc. priv.) IX*, 1993, Torino, 420 ss.; G.B. Ferri, *Informare ed essere informati*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 588-590.

²¹ Un ragionamento di ampio respiro in tema di informazione nei rapporti fisiologicamente diseguali viene sviluppato da M. Astone, *Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra direttiva 25-10-2011 n. 83 e d.lgs. 21-2-2014, n. 24. Ambito applicativo: i contratti standard di servizi di assistenza legale*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 2015, 3, 671 ss.

²² Giova precisare che il diritto di essere informati non riceve espressa tutela nel Codice Civile; tuttavia, la prevalente dottrina italiana individua la fonte degli obblighi informativi in materia negoziale nella buona fede oggettiva e, segnatamente, nella clausola generale di cui all'art. 1337 c.c. La letteratura in materia è molto nutrita: *ex multis* F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 1 ss.; P. Rescigno, *Notazioni generali sul principio di buona fede*, in *Il principio di buona fede, Quaderni della scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento*, III, Milano, 1987, 33 ss.; G. Villanacci, *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013, 1 ss.; L. Bigliazzi Geri, *Buona fede nel diritto civile* (voce), in *Digesto IV ed. (disc. priv.)*, Torino, 1998, 154 ss.; U. Natoli, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 126 ss.; C.M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. Dir. civ.*, 1983, I, 208 ss.; C.M. Bianca, *Il contratto - Diritto civile 3*, cit., 500-511.

²³ La diversa considerazione dell'informazione nell'ordinamento europeo risulta evidenziata da A. Gentili, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. Dir. priv.*, 3, 2004, 555-578: l'Autore evidenzia che la prospettiva del diritto europeo non concerne la singola operazione individuale, di cui si occupa il diritto interno, bensì il contesto di mercato in cui avviene la contrattazione, in quanto l'inadeguata distribuzione delle informazioni costituisce uno dei principali fallimenti del mercato.

che, a sua volta, costituisce un presidio alla tutela del principio della concorrenza nel mercato unico europeo. Inoltre, l'imposizione di obblighi informativi alle imprese non costituirebbe uno sbilanciamento dei valori a danno del libero mercato, poiché si tradurrebbe in interventi normativi volti a predisporre la cornice in cui poi, liberamente, avrebbero luogo le transazioni commerciali.

L'evoluzione del diritto ad essere informati nel mondo globale è ben nota alle alte corti, sia nazionali che sovranazionali. In primo luogo, la Corte di Cassazione, da tempo ed in modo pacifico, ritiene che la buona fede oggettiva sia idonea ad integrare il contenuto del regolamento contrattuale²⁴, benché essa non sia espressamente annoverata tra le fonti di integrazione del contratto elencate dall'art. 1374 c.c. In secondo luogo, l'informazione è oggetto di un crescente interesse a livello sovranazionale. Segnatamente, nel quadro della comunità internazionale si ravvisano l'art. 19 della Dichiarazione Internazionale dei diritti dell'uomo²⁵ e l'art. 19 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici²⁶; nell'ordinamento europeo, l'informazione è presa in considerazione dall'art. 10 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali²⁷ e dall'art. 11 della Carta di Nizza²⁸. Infine, sia la Corte di Strasburgo che la Corte di Giustizia, da tempo ormai, offrono delle interpretazioni estensive delle disposizioni convenzionali afferenti la vicenda informativa, facendo rientrare nella rispettiva tutela sia il diritto di espressione (lato attivo del rapporto informativo) che il diritto ad essere informati correttamente (lato passivo)²⁹.

Al fine di accogliere una nuova prospettiva rimediabile per la violazione degli obblighi informativi, in aggiunta a quelle già sussistenti, non appare indispensabile rinnegare la concezione dell'informazione come "figlia minore" della buona fede né tantomeno la separazione tra regole di

²⁴ Il *leading case* che ha definitivamente incluso la buona fede tra le fonti di integrazione del contratto è rappresentato dal caso *Fiuggi* (Corte cass., sent. 20-04-1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, 1296 ss. con nota di C.M. Barone): nella specie, la Corte aveva ritenuto di poter integrare un contratto con la buona fede oggettiva, utilizzata in tal caso come limite interno delle situazioni giuridiche soggettive, che non possono essere forzate a tal punto da mettere a repentaglio la giustizia contrattuale.

²⁵ L'art. 19 della Dichiarazione adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 10 dicembre 1948 statuisce che: «Ogni individuo ha diritto alla libertà di opinione e di espressione incluso il diritto di non essere molestato per la propria opinione e quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere».

²⁶ L'art. 19 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici sottoscritto a New York il 10 dicembre 1966 evidenzia che la libertà di espressione «comprende la libertà di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee di ogni genere, senza riguardo a frontiere, oralmente, per iscritto, attraverso la stampa, in forma artistica o attraverso qualsiasi altro mezzo».

²⁷ L'art. 10 della Convenzione sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950, dopo aver statuito che ogni diritto ha la libertà di espressione, precisa che: «questo diritto comprende la libertà d'opinione e la libertà di ricevere e di comunicare informazioni o idee senza che possa aversi ingerenza alcuna da parte delle autorità pubbliche e senza considerazioni di frontiera».

²⁸ L'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, adottata a Nizza nel 2000, statuisce che «Ogni individuo ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenze da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati».

²⁹ Dalla giurisprudenza della Corte EDU, si evince che il diritto all'informazione si articola in tre aspetti: il diritto a diffondere le informazioni, il diritto ad essere informati correttamente ed il diritto a ricercare le informazioni. Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia il diritto all'informazione è preso in considerazione nella sua dimensione attiva e passiva: la Corte in numerose pronunce (Corte giust., sent. 31-01-2008, causa C-380/05, *Centro Europa 7 Srl c. Ministero delle Comunicazioni*, in *Racc.*, I-00349; Corte giust., sent. 9-11-2004, causa C-184/02, *Spagna e Finlandia/Parlamento e Consiglio*, in *Racc.*, I-7789) ha tutelato il pluralismo dei mezzi di informazione e delle fonti informative, in quanto presupposto per il mantenimento del modello sociale europeo, ed ha sottolineato che la libertà di impresa può subire limitazioni in vista della tutela dell'informazione. Per una panoramica afferente la tutela del diritto all'informazione offerta dalla giurisprudenza sovranazionale si rinvia a I. Quadrati, *Diritto all'informazione e accesso ai documenti delle Istituzioni, degli organi e agenzie dell'UE*, in www.europa.univr.it.

condotta e regole di validità³⁰: sarebbe sufficiente, infatti, distinguere i rispettivi campi di applicazione. A fronte di negoziazioni eguali, in cui l'una parte è tanto forte ed informata quanto l'altra, trova di certo applicazione la disciplina di diritto comune, contenuta nel Codice Civile, in cui i doveri informativi rappresentano un aspetto della buona fede ed il loro difetto o vizio può implicare esclusivamente la responsabilità (precontrattuale o contrattuale) dell'un contraente rispetto all'altro; a fronte, invece, di negoziazioni diseguali, in cui l'una parte è fisiologicamente debole rispetto all'altra a causa della struttura dei mercati e dei contratti, trovano applicazione le discipline di favore di derivazione europea, nelle quali l'adempimento dei doveri informativi da parte dei contraenti forti è strumentale alla corretta formazione dell'accordo contrattuale ed al corretto funzionamento del mercato.

Il nuovo ruolo dell'informazione dovrebbe condurre ad una conseguenza immediata sotto il profilo dell'apparato rimediabile: accolto, infatti, l'assunto della trasformazione del ruolo dell'informazione nei rapporti contrattuali diseguali, ne dovrebbe conseguire l'esperibilità dei rimedi invalidanti nei confronti dei contratti stipulati dal consumatore ogni qualvolta si accerti che, non essendo stata protetta la scelta compiuta dal consumatore e non avendo potuto questi incidere sul regolamento contrattuale, non si è correttamente perfezionato l'accordo contrattuale³¹.

Invero, il condizionale risulta doveroso in quanto la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, pur avendo riconosciuto il maggior peso acquisito dall'informazione nei rapporti consumeristici, non sono ancora riuscite ad abbandonare la prospettiva tradizionale dell'informazione come mera regola di comportamento, di per sé non in grado di incidere sulla struttura del contratto e di determinarne la nullità³².

Continuando a ragionare in tal modo, non si riesce a cogliere la rivoluzione apportata dal diritto contrattuale europeo: un diritto non assiologico, ma teleologico; un diritto che non si cura di realizzare costruzioni perfette sul piano tecnico – giuridico, poiché alla perfezione teorica antepone il raggiungimento di risultati concreti; un diritto, infine, consapevole della necessità di trovare dei compromessi tra il libero mercato ed il principio di eguaglianza, tra la tutela dell'iniziativa economica ed il principio di solidarietà. Un equilibrio instabile e precario; tuttavia, indispensabile al fine di adattare gli ordinamenti giuridici alle conseguenze derivanti dal fenomeno della globalizzazione, senza rinnegare le conquiste maturate nel tempo in tema di eguaglianza, solidarietà e *welfare state*.

³⁰ L'adesione al principio di autonomia implica la possibilità di affermare la nullità di un negozio soltanto in seguito alla violazione di regole afferenti alla sua sostanza ed ai suoi elementi costitutivi (*ex multis*: L. Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, 9 ss.; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981, 171 ss.; G. D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. Dir. civ.*, 2002, I, 37 ss.; V. Pietrobon, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969, 51 ss.). Diversamente, una parte della dottrina (*ex multis*: G. Amadio, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. Gitti (cur.), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 227 ss.; G. Vettori, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. Dir. priv.*, 2003, 242 ss.; A. Gentili, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *I contratti*, 2003, 200 ss.; G. Perlingieri, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 31 ss.) fa notare che non risulta più possibile considerare eccezionali gli interventi normativi europei, che sempre più frequentemente introducono regole di comportamento la cui violazione appare idonea ad inficiare la corretta formazione del regolamento contrattuale.

³¹ L'accoglimento del nuovo ruolo assunto dall'informazione nel diritto di derivazione europea, strumentale rispetto alla corretta formazione dell'accordo contrattuale, si rinviene in D. Russo, *Nullità successiva di protezione da inadempimento? Spunti critici per una riconcettualizzazione dell'accordo contrattuale*, in *Obbl. e Contr.*, 2012, 11, 802 ss.; nonché in M. Astone, *Diritti dei consumatori*, cit., 671 ss.; nonché in A. Gentili, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *I contratti*, 2008, n. 4, 393 ss.; ed anche in A. Germanò, M.P. Ragionieri, E.R. Basile, *Diritto agroalimentare. Le regole del mercato degli alimenti e dell'informazione alimentare*, Torino, 2014, 119.

³² Esempio a riguardo è la pronuncia resa a Sezioni Unite dalla Corte di Cassazione nel 2007 in materia dei doveri informativi degli intermediari finanziari. Si tratta di Corte cass., SS. UU., sent. 19-12-2007, n. 26724, in *Il civilista*, 2009, 10, 100 ss.

ABSTRACT

The expression 'globalization' describes social, cultural and technological events, which produce juridical and economic consequences: in particular, the interdependence of the markets and the multilevel global governance. «The existence of goods of many grades poses interesting and important problems for the theory of market», George Akerlof wrote in 1970th and proved that the informative asymmetries between economic operators cause failures of the market and also their disappearance. The internationalization of the markets and the globalization of the society have reinforced the situations of informative asymmetry, which became physiological in the commercial negotiations. The consumer shows a duplex nature: on the one hand, a weak contractor and a victim of informative asymmetries; on the other, a protagonist of Public Law of Economics. European and national regulators often predispose specific legislations to defend consumers. Especially, the European rules aim to protect the awareness of the consumers in the purchasing choices, through informative duties at the expense of entrepreneurs. The latest legislation in this field is the directive of consumer rights (2011/83/eu). It is interesting to analyze the new role of information in the European Contractual Law, if it is a rule of behaviour or a structural element of the contract.

Il 法 *fa*, una storia ancora in corso

Chi scrive si trova ora in Cina, terra della contraddizione e dell'armonia degli opposti¹, ma che pure conosce un certo qual *similes cum similibus* nel detto 物以类聚, 人一群分, «Gli stessi oggetti stanno insieme, le stesse persone stanno insieme». A volte scettica sulla presunta ambiguità naturale o intenzionale della lingua cinese e forse pure confusa quanto alla dichiarata difficoltà di introdurre in Cina la visione occidentale del diritto e dei diritti, conviene sul punto: le persone con una stessa mentalità operano insieme. Ma il tema che c'impugna è politicamente delicato e tecnicamente più complesso. La Cina, tra cultura e diritto, rispetta un sistema materiale di valori peculiari per la differente deriva storica, e la costruzione di un sistema giuridico e di garanzie dei diritti qui non avviene con completezza e puntualità. La contrapposizione tra l'astrattezza del diritto moderno e la concretezza del diritto antico qui rivive.

Al controllo reciproco dei poteri sovrani si sostituisce un controllo reciproco e talvolta anche sgradevolmente occhiuto tra individui e individui, tra gruppi (familiari o parafamiliari, qual è un *team* di lavoro) e altri gruppi. La garanzia dei diritti fondamentali è cosa lontana o vicina a seconda del punto di osservazione. Le regole precostituite sono altre da quelle formalizzate e sono, rispetto a quelle, ben più risalenti nel tempo. Esse paiono davvero trascorrere fluide, di generazione in generazione, come l'inchiostro al quale s'intingono i pennelli nell'imparare la calligrafia. Nulla ancora qui segna il passaggio alla variante storica dell'assolutismo giuridico; il diritto non campeggia sul potere politico, gli è soggetto e deve servire ai suoi scopi. A ben vedere, resta dunque un mistero la via che la Cina seguirà – qualora mai la seguisse – per edificare il suo sistema fondandolo su una “legge a tinta unita” piuttosto che dai chiaroscuri (o colori²...) cinesi. La morale confuciana e il materialismo storico insieme al materialismo scientifico fondano una forma di dittatura aborigena (la “dittatura democratica del popolo”, com'è definita in Costituzione). In modo non sotterraneo, ma epidermicamente sperimentabile, il diritto è modellato dall'etica, come in passato.

Pare, a questo proposito, saggio citare G. di Plinio³, liddove scrive: «Gli economisti hanno sempre tratto lezioni dalla storia, i costituzionalisti no, ostinandosi a credere che sono le Carte, la “bella” politica, il volontarismo e i pubblici poteri a creare e a modellare i confini economici e il ruolo dello Stato nelle grandi fasi storiche dell'economia». È un richiamo alla storia ed agli imperativi economici materiali. Debbono servire da bussola nell'indagare l'anima sociale di un sistema costituzionale (detto altrimenti, forse che non tutti i sistemi costituzionali abbiano innanzitutto una vocazione sociale?). La stessa complessa e multiforme idea di “Costituzione economica” è un contenitore di idee sempre aperto. Frequente è la constatazione che la parola “Costituzione” viene usata in una

¹ L'armonia delle relazioni sociali si fonda su un innato senso dell'irrelevanza della contraddizione e del suo continuo fluire tra posizioni non irriducibili, ma fluide e correlate e in tal modo naturalmente omogenee. La civiltà cinese non conosce (o poco vi si attarda) la logica aristotelica che suddivide il ragionamento in fasi distinte e cozzanti (la tesi e l'antitesi che si contrastano fino alla sintesi), ma abbraccia le opposizioni concependole all'interno di un'irriducibile (e, per chi scrive, affascinante e ben più verosimile) complementarità. Si voglia, sul punto, leggere il molto interessante L. Moccia, *Il diritto in Cina. Tra ritualismo e modernizzazione*, Torino, 2009.

² Cosa s'intenda per “colori cinesi” (espressione ricorrente nelle formule e negli slogan giuridico-politici cinesi) non è dato di capire con esattezza. Parrebbe una formula di comodo, larga, generica, volutamente cromatica... per non distinguere, con Deng Xiaoping, il bianco dal nero, e per poter praticare molti modi, in molti tempi, senza troppe spiegazioni. Ad ogni conto, anche la ricerca di questi “colori” fa parte della ricerca del giuscomparatista e, nella misura in cui la rende enigmatica, la rende ancora più bella.

³ Si legga per intero G. di Plinio, *Rule of law / Fazhi (法治): il diritto in Cina tra WTO e Asian Values*, Working Papers n. 2/2011, Università G. d'Annunzio - Dipartimento di Scienze Giuridiche. E, dello stesso autore, anche Id., *Sulla Costituzione economica. Contributo per una teoria degli effetti costituzionali dell'economia*, Working Papers n. 8/2008, Università G. d'Annunzio - Dipartimento di Scienze Giuridiche.

molteplicità di significati, anche quando non viene ulteriormente qualificata con il ricorso ad uno degli aggettivi cui abitualmente si accompagna (formale, materiale, rigida, flessibile, politica, vivente...). La perenne attualità del problema della Costituzione invita ad una tale elasticità lessicale e semantica. In Cina poi la Costituzione – intesa quale carta scritta – è documento giuridicamente rilevante? Il processo di giuridicizzazione trova in Cina stabilità e certezza nel documento scritto?

Occorre invertire l'ordine abituale dell'argomentazione giuridica, per "utilità ermeneutica", e guardare ai principi quali si inverano. Nel conformarsi alle cose, la Costituzione può forse perdere il suo significato mitico, ma conserva ed esalta la sua qualità di atto consapevole di conformazione degli assetti di una convivenza collettiva.

Quanto alla prevalenza materiale dell'economia, il diritto opera secondo criteri politici, l'economia opera secondo criteri di efficienza. L'economia segue i percorsi segnati dalla ponderazione dei ricavi e dei costi, delle esternalità, dell'incontro tra domanda e offerta, dell'efficiente allocazione delle risorse disponibili. La Cina, perdipiù, non impone condizioni politiche o giuridiche, ma solo apertura commerciale. E che la *westernisation* della Cina avvenga o meno, occorre forse già chiedersi quanto più cinese stia invece diventando l'Occidente. E ancora, quanto transiti il diritto attraverso l'etica o quanto transiti l'etica attraverso il diritto.

Il processo è cieco. Continua G. di Plinio: «L'*exploit* cinese si è sviluppato in parallelo al suo velocissimo adattamento alle regolazioni internazionali dell'economia. Questa sua Costituzione economica (materiale) costituisce insieme rottura e completamento sul piano informale\effettuale della Costituzione formale cinese». E pare doveroso aggiungere che un approccio formalista non solo renderebbe invisibile l'azione della storia e di fenomeni oggettivi di dimensione statale e sovrastatale (la globalizzazione dei mercati), ma risulterebbe sordo e miope alle stesse dichiarazioni di partito, che ammettono un perdurante stazionamento del Paese nella sua iniziale (e forse anche finale) fase del socialismo⁴; una fase iniziale che dunque neppure si autodefinisce interamente socialista.

La più essenziale fonte di legittimità per il partito risiede oggi nella sua capacità di proporsi come credibile portatore di benessere a settori sempre più ampi della società. La costruzione dello Stato di diritto in Cina, quel processo di affermazione della legalità intesa proprio come certezza o prevedibilità delle regole giuridiche, è fin qui strumentale all'immagine di *player* responsabile e credibile nell'arena globale. In funzione dell'adesione alla WTO⁵ (世界贸易组织 o 世贸组织 o anche, ancora più brevemente, 世贸), ad esempio, oltre 1400 atti normativi primari e secondari sono stati modificati e sono scomparse le c.d. normative 内部 *neibu* (normative interne, non conoscibili e tuttavia efficaci *erga omnes*), favorendo una maggiore conoscibilità delle leggi. Ma nei contrasti tra l'eredità del sistema politico leninista e le esigenze della modernizzazione, restano ancora molte le lacune relative alla chiarezza delle disposizioni e al loro rigore applicativo (lacune peraltro aggravate dalla corruzione endemica del sistema).

Secondo la risoluzione europea dello scorso aprile, l'economia socialista di mercato cinese non è economia di mercato. Pur essendo stata ammessa dal 2001 alla WTO, la Cina a tutt'oggi non soddisfa per intero i criteri fissati da Bruxelles ed il loro soddisfacimento resta la condizione per la concessione di tale *status*⁶.

Anche il percorso giuridico cinese dovrà svolgersi a garanzia dell'industria e dei lavoratori europei e occorrerà, in breve, garantire, più pienamente, agli operatori economici stranieri condizioni di effettiva parità e di rispetto di standard adeguati di trasparenza e di non discriminazione.

⁴ In Costituzione cinese ci si imbatte, ad esempio, nell'espressione 沿着中国特色社会主义道路 (lungo la via del socialismo con caratteristiche cinesi).

⁵ Accurato sul tema R. Cavalieri, *L'adesione della Cina alla WTO. Implicazioni giuridiche*, Lecce, 2003.

⁶ MES, *Market Economy Status*.

Il nuovo ciclo di riforme verso il “sogno cinese”⁷ stimola ad un ulteriore approfondimento. Attraverso la retorica del “sogno cinese” Xi Jinping sintetizza l’obiettivo di realizzare una “società moderatamente prospera” entro il 2020 e intende restituire alla Cina piena autorevolezza nel sistema internazionale, auspicando che la sua mancata adesione al modello politico-istituzionale e socio-economico occidentale venga considerata un’esperienza irriducibilmente distinta e pienamente legittima. Obiettivi e sfide del nuovo ciclo di riforme (il 13° piano quinquennale) sono “nuove Vie della seta”: all’assestamento della crescita annua del PIL intorno al 6,5% si prevede si accompagnino politiche volte a promuovere la sostenibilità dello sviluppo economico in campo ambientale e sociale, una sempre maggiore qualità della vita e la garanzia per tutti di un’esistenza decorosa. Una crescita contenuta, moderatamente prospera, espressa col termine 小康, (indicante un idealtipo di benessere moderato), che si rinviene nella poesia classica cinese del VI secolo a.C.

E sono così ancora la lingua e la cultura (incorporata nei morfemi stessi) a traghettare la politica e le logiche giuridiche in Cina. E lingua, cultura, poesia, arti in Cina tramandano valori etici. L’etica cinese (confuciana e daoista al contempo) è il nucleo della sua Costituzione materiale. Oggi tale centralità viene richiamata nei discorsi ufficiali e si vuol espressamente “tornare a Confucio”⁸. Quasi che Confucio⁹ fosse mai stato realmente messo all’angolo e dimenticato.

Se si potesse ridurre ad un unico principio l’intero insegnamento impartito dal Maestro e proseguito poi dai discepoli della sua scuola, si potrebbe azzardare di rinvenirlo in un’evidenza giuridica suo malgrado. E il Maestro la direbbe antica questa evidenza, che è antica e moderna, poiché ampiamente vera. Essa abita in tale assunto: la regola etica, diversamente da quella giuridica, non può essere imposta¹⁰. Dunque non può essere trasformata in regola giuridica: la regola etica si impone con l’esempio, con la coerenza dei comportamenti seguiti e comunemente praticati e sentiti, a mo’ di rito collettivo o di professione laica di fede nell’uomo. L’uomo cinese è *homo socialis*, che sa stare al mondo insieme agli altri e, a ragione o a torto, non contempla se stesso come individuo distinto, ma più spesso si autogiudica all’interno della schiera dei legami che mantiene.

Il tessuto connettivo della società e del suo diritto (un diritto materiale, un diritto antico e nuovo, tradizionale e moderno, non scritto) provoca reazioni nell’economia. Sono vere e proprie sanzioni quelle che ineluttabilmente scattano contro chi non compia il suo dovere e non consenta il progresso della famiglia, del gruppo, della società, del paese. Il paese vive il suo “sogno” e lo declina in modo composto e scomposto al contempo, rispettando formule di cortesia e accordi di tipo transnazionale

⁷ Lo slogan in Cina è 中国梦 *Zhongguo meng* e, due anni fa, con la sua ideazione fu pure pensato di coinvolgere in un programma radiofonico la voce degli ascoltatori, sollecitandoli a dare giornalmente una propria risposta a cosa intendessero per “sogno cinese”. La stessa domanda veniva posta anche in una competizione orale tra studenti internazionali cui partecipava la scrivente e, ancora, veniva posta ad una sua amica cinese che affrontava invece un colloquio di selezione per insegnare cinese in Thailandia. Nessuno aveva allora un’unica risposta sul tema e lo slogan, perfetto quanto inafferrabile, investiva l’immaginario di tutti.

⁸ Volutamente si dice “tornare a Confucio” per rimandare alla lettura di M. Scarpari, *Ritorno a Confucio. La Cina di oggi tra tradizione e mercato*, Bologna, 2015.

⁹ Confucio (latinizzazione del cinese 孔夫子 *Kong fu zi*, ossia “maestro Kong”), vissuto tra il VI ed il V secolo a. C., divulgò per primo le regole del 礼 *li* e amava ripetere: “Che il principe sia principe, il ministro ministro, il padre padre e il figlio figlio”. Educava i suoi allievi al rispetto doveroso dei ruoli e delle precedenze e non credeva né ad un mondo trascendente né ad una filosofia del linguaggio. Era uomo di poche parole e predicava con l’esempio, insegnando che solo la parola che avesse ascendente pratico era parola utile. Si rinvia a L. Lanciotti, *Che cosa ha veramente detto Confucio*, Roma, 1968; e ancora a M. Scarpari, *Il confucianesimo. I fondamenti e i testi*, Torino, 2002, nonché dello stesso M. Scarpari, *La concezione della natura umana in Confucio e Mencio*, Venezia, 1991. Indispensabile M. Granet, *Il pensiero cinese*, Milano, 2011 e F. Jullien, *Il saggio è senza idee o l’altro della filosofia*, Torino, 2002. A margine pure N. Mazzaracchio, *Il pensiero giuridico cinese delle origini*, Diritto & Religioni, Cosenza, 2014.

¹⁰ Riposa nell’antichissimo detto 礼不下庶人, 法不上大夫 (Il *li* non si abbassa sino al popolino, il *fa* non sale sino ai signori) la creduta incompatibilità dei due sistemi di regole (la regola etica e la sanzione penale); il divario tra loro parrebbe incolumabile.

NOEMI MAZZARACCHIO

(l'adattamento alle regolazioni internazionali dell'economia), ma seguendo daoisticamente anche la propria via, non rinunciando alla propria identità in divenire.

Il puzzle cinese è un rompicapo; il nesso tra "design delle etiche e modo di produzione" (come lo definisce con evidenza plastica G. di Plinio) è nesso scorrevole tra cultura, materia e mercato. Le funzioni derivate del capitalismo sono altrettanto ignote, se alle porte del terzo millennio «un arcano problema ricorrente in tutte le scienze sociali è se l'efficienza economica di un ordinamento politico sia condizionata dal livello di democrazia e diritti che essa esprime, e\o se sia vero l'inverso, cioè che il deficit sul versante dei diritti e della democrazia può essere colmato solo quando la performance economica di uno Stato sia qualitativamente e quantitativamente elevata». La Cina ha realizzato una Costituzione economica implicita. Essa collide con l'etica comunista recepita formalmente nella Costituzione scritta; essa è al di fuori del diritto posto nella fonte delle fonti. E' incorporata sul piano effettuale e materiale ed è necessaria per competere nell'economia internazionale e con i suoi standard occidentali da libero mercato.

La "politica dei piccoli passi" formalizzerà anche questa pratica dei commerci? Gli obblighi internazionali della Cina e l'impegno al rispetto dei diritti dell'investitore estero confliggono con il sistema dato nella forma e il diritto del mercato fa il suo corso, sotto ogni cielo. La crescita economica, la stabilità sociale, l'integrità territoriale - finalità tutte di rango costituzionale - si trovano connesse, e gradualmente in misura maggiore, con gli adattamenti materiali delle istituzioni cinesi al mercato, alle logiche del benessere e del profitto. Si potrebbe alla lunga realizzare uno sviluppo del costituzionalismo materiale sempre più ampio e in linea con le trasformazioni della società cinese. Dal canto suo, la *law in action* non ha bisogno di essere verbalizzata. Il *learning process* cinese seleziona vie nuove inseguendo risultati di crescita. Il ciclo produttivo e commerciale veicola le sue etiche: i principi del mercato, le logiche del profitto come valori costituzionali taciuti o trattenuti, secondo "un'economia di parole".

Il principe Yuan della dinastia Song chiamò a raccolta i pittori. Tutti gli artisti si presentarono, fecero gli inchini e poi restarono in piedi a inumidire i pennelli con le loro labbra e a preparare l'inchiostro. Erano così numerosi che la metà di loro rimase fuori. Ve ne fu uno che arrivò in ritardo e sedette tra gli altri, ma fermo e a occhi chiusi, in una contemplazione lunga e immobile di sé, del fluire del tempo. E mentre gli altri si adoperavano nei propri disegni, rimaneva fermo a occhi chiusi, destando stupore tra i presenti. Interrogato allora sul perché non elaborasse alcunché, rispose placido: «Si impara solo ciò che si è imparato a vedere». La tecnica segue l'osservazione intima dei fenomeni; l'integrazione economica internazionale della Cina anticipa e disegna gli sviluppi del suo pensiero giuridico e delle tecniche normative, tra governo dell'uomo e governo della legge.

Abstract

The paper can not provide answers to the lively and slow debate (and the contradiction shall not frighten as it is typical of the turbulent and quiet development of China) on legal or, more broadly, socio-economic dynamics of the country, but it may perhaps briefly illustrate the disputation between the adoption of more uniform and

NOEMI MAZZARACCHIO

recognizable trading rules and the link - sometimes hard to conceive - with the ancient rules of 礼 li¹¹. The still-ongoing story of 法 fa¹² is re-examined in a necessary definition of the Chinese economic Constitution.

¹¹ Il termine 礼 *li*, oggi confluito anche nel termine composto 礼貌 *limao* (buona educazione, gentilezza), esprime un sistema di regole non scritto e seguito dal gentiluomo, uomo superiore che autocoltiva la propria condotta virtuosa seguendo le maniere proprie di una “buona educazione” confuciana. Indica il comportamento più corretto, il più appropriato alle diverse relazioni sociali (ben descritte nelle “cinque relazioni” confuciane) e affonda i suoi imperativi in ragioni etiche di tipo tradizionale, nella cerimonia e nel rituale religioso del clan dei Zhou. Conformarsi al rito, sin dai tempi più antichi, equivaleva a conformarsi all’ordine del mondo. Per un’ampia e approfondita analisi sul tema, si legga R. Cavalieri, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Milano, 2001.

¹² Il 法 *fa* può dirsi la più vicina approssimazione disponibile, per il giuscomparatista, alla nozione occidentale di diritto positivo. Si usa pure distinguerlo in un “vecchio diritto” (旧法 *jiufu*) ed in un “nuovo diritto” (新法 *xinfu*): il primo sarebbe vecchio perché anteriore alla fondazione della Rpc nel 1949 e comprenderebbe le discipline scritte valse sotto la guida politica del *Guomindang* (forse più noto al lettore come *Kuomintang*); il secondo si dice “nuovo” perché *ius positum* dopo il 1949, sotto la guida del partito comunista cinese. Curiosamente si rinviene anche l’espressione 口语法 *kouyufa* (lett. “diritto orale”) per il diritto tradizionale, “indigeno” della Cina, non scritto. Si legga ancora il meraviglioso testo di R. Cavalieri, *La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*, Milano, 2001, nonché le voci relative al carattere 法 *fa* all’interno di P.R. Bilancia, *Dictionary of Chinese Law and Government*, Stanford, California, 1981.

Il problema della *Wirtschaftsverfassung* e la critica del capitalismo monopolistico in Franz Böhm e Franz I. Neumann. Note sulla tesi foucaultiana della «singolare prossimità» fra scuola di Friburgo e scuola di Francoforte

Sommario: 1. Introduzione - 2. Michel Foucault e la «singolare prossimità» fra la Scuola di Friburgo e la Scuola di Francoforte - 3. Carl Schmitt e il problema della «costituzione economica» di Weimar - 4. *Wirtschaftsverfassung* e governo democratico del capitalismo monopolistico nella riflessione di Franz L. Neumann - 5. *Wirtschaftsverfassung* e «decisione fondamentale» per l'ordine di concorrenza nell'ordoliberalismo di Franz Böhm

1. Introduzione

Nel corso al *Collège de France* del 1978/1979 dedicato alla genesi della «governamentalità neoliberale» Michel Foucault si sofferma fugacemente sulla «singolare prossimità» fra l'esperienza teorica di esponenti della Scuola di Francoforte come Adorno e Horkheimer, da una parte, e quella dei fondatori della Scuola di Friburgo, Walter Eucken e Franz Böhm, dall'altra. Entrambe le tradizioni teoriche si muovono, a parere di Foucault, all'interno di una costellazione di problemi messa in campo da Max Weber e consistente nell'analisi degli esiti irrazionali del processo di razionalizzazione capitalistica. A ben vedere, tuttavia, esiste un'ulteriore dimensione della tesi della «prossimità» fra le due scuole. Si tratta, in particolare, dell'assunzione da parte di giuristi come Franz Böhm e Franz Leopold Neumann del compito di riflettere su un insieme di problemi discussi da Carl Schmitt a cavallo fra gli anni '20 e '30 e inerenti alla necessità di articolare una risposta giuridico-costituzionale alla crisi dell'ordine economico-sociale della Repubblica di Weimar. È in questo quadro che il concetto di *Wirtschaftsverfassung* - inteso come contro-movimento di una razionalizzazione giuridico-costituzionale, e cioè normativa, a fronte dell'irrazionalità economico-sociale dell'epoca del capitalismo monopolistico - si assicura una posizione di primo rango nella riflessione giuridica del friburghese Böhm e del francofortese Neumann.

2. Michel Foucault e la «singolare prossimità» fra la Scuola di Friburgo e la Scuola di Francoforte

È in primo luogo utile chiarire il significato della tesi foucaultiana della «prossimità» fra scuola di Friburgo e scuola di Francoforte. Le due tradizioni teoriche segnano, nella lettura del filosofo francese, i due percorsi paralleli del «weberismo»¹ in Germania. Lo studio degli esiti irrazionali del processo di razionalizzazione occidentale descritto negli studi storico-sociologici di Max Weber nei termini di economia razionale, diritto formale, burocratizzazione della funzione pubblica, monopolizzazione della struttura economica e disincantamento del mondo rappresenta per Foucault il punto di intersezione fra ordoliberalismo e teoria critica. Diversi sono, tuttavia, i modi di declinazione di questa cifra comune. Mentre per la Scuola di Francoforte il superamento dell'irrazionalità economica del capitalismo avrebbe dovuto prendere le mosse dalla formulazione dei presupposti di una nuova «razionalità sociale», lo sforzo della Scuola di Friburgo sarebbe stato, invece, quello di misurarsi con il progetto di una nuova «razionalità economica» capace di «annullare l'irrazionalità sociale del capitalismo»². Mentre i francofortesi hanno mirato a un rivoluzionamento dell'ordine economico-produttivo muovendo dalla critica della cultura e dell'autoritarismo implicito alle pratiche sociali, gli ordoliberali hanno cercato di restituire alla dimensione sociale nuova autonomia simbolica partendo dallo studio dell'ordine istituzionale del mercato di libera concorrenza. L'articolazione del problema weberiano nelle due scuole si traduce, pertanto, nell'alternativa fra «razionalizzazione sociale» e «razionalizzazione economica». Si tratta di due strategie molto diverse, separate da una tensione immanente che avrebbe trovato in seguito concreta

¹ M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978/1979)*, Milano, 2005, 97.

² *Ibidem*, 98.

espressione storica nelle vicende della Germania del secondo dopoguerra. Nella lettura di Foucault la liberazione dell'individuo come «soggetto economico» ha rappresentato il principio di legittimazione dello stato della Repubblica di Bonn dopo la catastrofe nazionalsocialista. La recezione delle teorie ordoliberali nel paradigma della *Soziale Marktwirtschaft*³ e nel programma economico-politico cristiano-democratico⁴ ha giocato in questo quadro un ruolo centrale. La teoria critica ha rappresentato, invece, un movimento parallelo e inverso, incentrato sull'elaborazione di prassi di liberazione sociale e democratica alternativa al sistema delle libertà di mercato. In questa contraddizione si palesa, secondo Foucault, lo strano destino dell'eredità di Weber in Germania: «la storia ha fatto sì che gli ultimi discepoli della Scuola di Francoforte, nel 1968, si siano scontrati con la polizia di un Governo ispirato dalla Scuola di Friburgo, distribuendosi da una parte e dall'altra della barricata, perché questo è stato, alla fine, il duplice destino, parallelo, ma al tempo stesso incrociato e antagonista, del weberismo in Germania»⁵.

3. Carl Schmitt e il problema della «costituzione economica» di Weimar

La valutazione della consistenza storica e teorica della lettura foucaultiana rappresenta un problema aperto⁶. In questa sede interessa mettere a fuoco una diversa declinazione della tesi della «prossimità». L'ipotesi è quella di una contiguità che si articola non sul piano analitico della razionalizzazione «economica» o «sociale», nel senso discusso da Foucault, quanto sul piano della *razionalizzazione giuridico-costituzionale* dell'ordine socio-economico. Sul finire dell'esperienza istituzionale della Repubblica di Weimar la necessità di un'elaborazione coerente del concetto di «costituzione economica» emerge, infatti, come tema centrale della riflessione dei giuristi Franz Böhm – fra i fondatori, insieme all'economista Walter Eucken, della Scuola ordoliberale di Friburgo – e Franz Leopold Neumann – giurista e politologo attivo ai margini dell'*Institut für Sozialforschung*⁷.

Decisivo per entrambi gli autori era in quegli anni il confronto con ciò che Carl Schmitt aveva definito la «chiara discrepanza» presente nella costituzione di Weimar, ossia l'assenza di una «decisione politica fondamentale» sulla vita economica dello stato. Questa «non-decisione» era per Schmitt il segno dell'incapacità del «politico» di dare forma alla frammentazione economico-sociale emergente: «uno stato economico, ma nessuna costituzione economica»⁸. Pluralismo politico e policrazia economica, mutamento strutturale del *Rechtsstaat* in *Wirtschaftsstaat*, crisi dell'ordine economico di libera concorrenza, processo di rifeudalizzazione dell'economia mediante l'imporsi di poteri privati (cartelli, trust) titolari di prerogative pubbliche, crisi del concetto di rappresentanza: questi i fattori evidenziati da Schmitt da cui muovevano sia Böhm che Neumann. Si trattava, tuttavia, per entrambi gli studiosi di andare oltre le rigidità della lettura di Schmitt, la quale disegnava un *aut-aut* radicale fra due prospettive paradigmaticamente incommensurabili: da una parte, la «diseconomizzazione dello stato», ossia l'eliminazione di tutti gli elementi dello «stato economico» e il recupero della separazione fra stato e società caratteristica dello stato liberale ottocentesco; dall'altra, la riforma della «costituzione non economica» di Weimar e l'introduzione di una

³ Cfr. A. M. Armack, *Die Wirtschaftsordnung, sozial gesehen* (1947), in W. Stützel, C. Watrin, H. Willgerodt, K. Hohmann (cur.), *Grundtexte zur Sozialen Marktwirtschaft*, Stuttgart-New York, 1981, 19-34.

⁴ L. Erhard, *Wohlstand für alle*, Dusseldorf, 1957.

⁵ M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978/1979)*, cit., 98.

⁶ Le relazioni intercorrenti fra gli esponenti delle due scuole non sembrano facilmente riducibili al quadro schematico foucaultiano, sul punto cfr. H. Kocyba, *Die «eigenartige Nachbarschaft» von Ordoliberalismus und Frankfurter Schule: Michel Foucault über das «Deutsche Modell»*, in *i-lex*, 21, 2014, 75-95. Sulla lettura foucaultiana dell'ordoliberalismo tedesco si veda anche N. Goldschmidt, H. Rauchenschwandtner, *The Philosophy of Social Market Economy: Michel Foucault's Analysis of Ordoliberalism*, Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik, 07/4.

⁷ L'autonomia metodologica che caratterizza l'opera di Franz L. Neumann «als Randfigur» della Scuola di Francoforte non deve comunque essere sottovalutata. A riguardo, K. Triebe, *Franz Neumann in der Emigration: 1933-1942*, in A. Honneth, A. Wellmer (cur.), *Die Frankfurter Schule und die Folgen*, Berlin-New York, 1986, 259-274.

⁸ C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, Milano, 1981, 152.

«costituzione economica», una prospettiva, questa, che procedeva «economizzando decisamente lo stato»⁹. Ne *Il Custode della costituzione* Schmitt sottolinea l'impraticabilità storica della prima ipotesi e avanza perplessità sulla realizzabilità della seconda. In altre pagine Schmitt si dimostra esplicitamente favorevole a una soluzione del problema sul modello dello «stato totalitario in senso qualitativo» del fascismo italiano¹⁰. Non è possibile soffermarsi ulteriormente su questi aspetti del discorso di Schmitt. Ai fini del discorso è importante, però, sottolineare che per Schmitt la costituzione di Weimar era quella di uno stato di diritto liberale che manteneva, tuttavia, nel proprio seno una contraddizione fondamentale fra la struttura liberale della sua prima parte e quella democratico-sociale cui alludevano le disposizioni conclusive.

Schmitt disegna così il perimetro teorico a partire dal quale e oltre il quale Böhm e Neumann si muovono, sebbene in direzioni molto diverse. L'uno, nel tentativo di evidenziare il carattere intrinsecamente politico-costituzionale dell'economia di mercato concorrenziale, l'altro con l'intento di rilevare nell'estensione del principio democratico alla vita economica e sociale l'essenza dell'emergente concetto giuridico di «costituzione economica».

4. *Wirtschaftsverfassung* e governo democratico del capitalismo monopolistico nella riflessione di Franz L. Neumann

Addottoratosi nel 1923 sotto la guida di Max Ernst Mayer e a lungo assistente di Hugo Sinzheimer – al quale occorre ricondurre la prima elaborazione strettamente giuridica del concetto di *Wirtschaftsverfassung*¹¹ –, Neumann comincia a riflettere sul problema della definizione concettuale della «costituzione economica» a partire dal 1931, anno in cui prende parte al seminario tenuto da Carl Schmitt presso la *Berliner Handelshochschule* intitolato «*Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung*»¹². Neumann condivide con Schmitt l'idea che lo stato di diritto liberale non conosca e non possa conoscere il concetto di costituzione economica¹³. La dottrina liberale dello stato concepisce, infatti, lo spazio economico come uno spazio neutrale, regolato dalle leggi naturali del mercato e sottratto all'intervento pubblico. Diversamente da Schmitt, Neumann vede nella Repubblica di Weimar e nella sua costituzione la realizzazione di uno «stato sociale di diritto» e del relativo superamento della rappresentazione neutralizzata dello spazio economico-sociale. La seconda parte della costituzione di Weimar, nella misura in cui attribuisce allo stato ampi compiti di intervento nella dimensione economico-sociale, rappresenta quello che Neumann interpreta come l'elemento differenziale fra stato di diritto liberale e stato sociale di diritto, ossia la «costituzione economica».

Il significato che Neumann attribuisce al lemma *Wirtschaftsverfassung* è strettamente connesso al modo in cui il giurista tedesco interpreta il rapporto di interdipendenza fra struttura economica e funzione degli istituti giuridici. Rifacendosi agli studi di Karl Renner e di John Commons¹⁴, Neumann evidenzia come il mutamento della struttura economica da una forma concorrenziale a una forma monopolistica produca un mutamento della funzione degli istituti giuridici del diritto liberale (proprietà privata, libertà di contratto, libertà di iniziativa economica). Solo in un contesto

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Cfr. C. Schmitt, *Starker Staat und gesunde Wirtschaft*, in C. Schmitt, *Staat, Großraum, Nomos, Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlin, 1995, 74-75.

¹¹ W. Möschel, *Wirtschaftsverfassung*, in N. Goldschmidt, M. Wohlgemuth (cur.), *Die Zukunft der Sozialen Marktwirtschaft. Sozialethische und ordnungsökonomische Grundlagen*, Tübingen, 2004, 175-176.

¹² V. Neumann, *Entzauberung des Rechtes? Franz Neumann und Carl Schmitt*, in S. Salzborn (cur.), *Kritische Theorie des Staates. Staat und Recht bei Franz L. Neumann*, Baden-Baden, 2009, 80. Il contributo di Neumann al seminario schmittiano è stato in seguito pubblicato in F. L. Neumann, *Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung*, Berlin, 1932.

¹³ «Der liberale Rechtsstaat kann keine Wirtschaftsverfassung kennen», F. L. Neumann, *Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung (1930)*, in A. Söllner (cur.), *Franz L. Neumann. Wirtschaft, Staat, Demokratie. Aufsätze 1930-1954*, Frankfurt am Main, 1978, 71.

¹⁴ K. Renner, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion. Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts*, Stuttgart, 1965; J. Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, New York, 1924.

concorrenziale fra molteplici soggetti non titolari di posizioni di potere sul mercato è possibile riconoscere il ruolo di questi istituti per la garanzia di una libertà individuale non meramente formale o «giuridica», ma concreta. In questo quadro il «governo della legge», della norma generale ed astratta, mantiene la funzione di razionalizzazione del processo economico (nel senso di Weber) e realizza contemporaneamente un principio etico fondamentale (in senso kantiano): quello della mediazione degli arbitri di individui eguali sotto la legge. In un ordine economico dominato da poteri monopolistici, gli istituti in cui si articola la libertà economica vengono, tuttavia, svuotati del loro contenuto materiale e diventano mero strumento di dominazione economica e presupposto di un processo di rifeudalizzazione dell'ordine sociale¹⁵. La legge generale ed astratta muta la propria funzione. In un sistema monopolistico essa rende possibile la calcolabilità e la prevedibilità dell'azione economica soltanto ai soggetti dotati di potere sul mercato, capaci perciò di influenzare unilateralmente le scelte dei soggetti deboli e dirigere secondo il proprio arbitrio il processo economico. In un contesto in cui la legge è svuotata di ogni riferimento a principi di giustizia e di eguaglianza, essa diviene *l'arcanum dominationis* dell'ordine monopolistico¹⁶. Questa situazione rivela, a parere di Neumann, il carattere ideologico del diritto liberale moderno e, precisamente, della concezione democratica rousseauiana della legge, in base alla quale la volontà generale non può che esprimersi mediante leggi generali¹⁷. Una simile formulazione, dominante nella tradizione del liberalismo politico, presuppone, pur senza tematizzarla, l'esistenza concreta di una specifica forma di cooperazione sociale: quella concorrenziale. Al contrario, la realizzazione positiva dell'eguaglianza materiale nel contesto di un ordine economico monopolistico necessita dell'intervento pubblico, nella forma di provvedimenti particolari e concreti. Rievocando la lettura schmittiana del detto di Talleyrand, Neumann sottolinea che in un contesto monopolistico il «non-intervento» dello stato non può più essere espressione di un principio di imparzialità, ma implica una decisione in favore dei soggetti dotati di potere economico-sociale. Le disposizioni finali della costituzione di Weimar incarnano, pertanto, i principi guida dell'intervento dello stato nella fase monopolistica dell'evoluzione capitalistica e del dominio delle forze centrifughe del pluralismo sociale. Questi principi costituiscono, per Neumann, il nucleo concettuale della *Wirtschaftsverfassung*.

La «costituzione economica», così intesa, predispone gli strumenti di una *razionalizzazione giuridico-costituzionale* resa necessaria dal passaggio strutturale del capitalismo dalla forma della libera concorrenza a quella monopolistica, dominata da poteri economici privati¹⁸. *Wirtschaftsverfassung* è, infatti, «il sistema di norme che regola l'intervento dello stato e della società nella libertà economica, intesa come mera libertà giuridica». La sua funzione è orientare la vita economica dello stato ai «principi di giustizia» e garantire le condizioni di «un'esistenza dignitosa per tutti», secondo il dettato dell'articolo 151 della Costituzione di Weimar¹⁹. A questo scopo la costituzione economica attribuisce allo stato estesi poteri di ordinamento e di guida del mercato (*Marktordnung*). L'«intervento diretto dello stato nel mercato» può realizzarsi a garanzia dell'economia libera, attraverso una legislazione volta a prevenire e sanzionare le pratiche di concorrenza sleale, oppure a garanzia dell'interesse pubblico, mediante provvedimenti volti ad attenuare gli effetti negativi dell'estensione dei poteri monopolistici²⁰. Allo stato spetta, inoltre, il

¹⁵ Cfr. F. L. Neumann, *Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung* (1931), in A. Söllner (cur.), *Franz L. Neumann. Wirtschaft, Staat, Demokratie*, cit., 76-81.

¹⁶ Un simile sistema di dominio rappresenta, peraltro, un elemento essenziale della interpretazione neumanniana del totalitarismo nazista, cfr. F. L. Neumann, *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, Milano, 1977. Su questi temi, cfr. Jürgen Bast, *Totalitärer Pluralismus. Zu Franz L. Neumann Analysen der politischen und rechtlichen Struktur der NS-Herrschaft*, Tübingen, 1999.

¹⁷ F. L. Neumann, *Die Herrschaft des Gesetzes*, Frankfurt am Main 1980, 326.

¹⁸ Cfr. F. L. Neumann, *Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung*, cit., 90.

¹⁹ «Die Ordnung des Wirtschaftslebens muss den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen» (Art. 151 WRV).

²⁰ *Ibidem*, 94-95.

compito di contribuire alla destrutturazione delle formazioni monopolistiche private mediante lo scioglimento dei cartelli, la dichiarazione di nullità e la proibizione degli accordi di cartello²¹.

Parte integrante e più rilevante della *Marktordnung* è tuttavia, per Neumann, il «controllo democratico del mercato», consistente nell'attività di indirizzo dell'economia monopolistica esercitata contestualmente dallo stato, dalle organizzazioni industriali e dalle associazioni dei lavoratori²². Nell'approccio di Neumann, pertanto, la «costituzione economica» implica il riconoscimento del principio democratico all'interno e non oltre il contesto dell'ordine monopolistico, inteso quest'ultimo, sotto l'influenza dell'austromarxismo, come fase necessaria e inemendabile dello sviluppo capitalistico. Ciò implica la lotta dei poteri economici privati nella forma del controllo e della guida democratica dei complessi monopolistici. Il soggetto di una simile razionalizzazione è lo stato, in virtù della sua sovranità o «totalità». Ad esso spetta, per mezzo della *Wirtschaftsverfassung*, la decisione di ultima istanza circa la vita economica della nazione²³. La *Wirtschaftsverfassung* è pertanto subordinata alla *Staatsverfassung*, non rappresentando il quadro di riferimento di un'organizzazione autonoma della dimensione sociale rispetto a quella politica²⁴.

5. *Wirtschaftsverfassung* e «decisione fondamentale» per l'ordine di concorrenza nell'ordoliberalismo di Franz Böhm

Diversamente da Neumann (e da Schmitt), Franz Böhm dedica i suoi sforzi teorici alla dimostrazione del fatto che una *Wirtschaftsverfassung*, intesa come decisione politica fondamentale relativa alla vita economica dello stato, sia immanente allo stato liberale di diritto. Il suo nucleo è rappresentato dall'«ordine della concorrenza», correlato logico necessario dell'introduzione di un ordinamento economico fondato sulla libertà di iniziativa economica²⁵. Per Böhm la crisi dell'ordine economico tedesco non rappresentava l'esito necessario dello sviluppo capitalistico, al quale seguiva l'adeguazione passiva della sovrastruttura giuridica²⁶. L'evoluzione dei cartelli e dei monopoli era da intendersi, invece, come la conseguenza del mancato riconoscimento da parte della dottrina²⁷ e della giurisprudenza tedesche²⁸ dell'istituzione della concorrenza come formante economico e

²¹ *Ibidem*, 97. Più diffusamente su questo punto, si veda F. L. Neumann, *Der Entwurf eines Kartell- und Monopolgesetzes*, in *Die Arbeit*, vol. 12, 1930, 786 e ss.

²² F. L. Neumann, *Über die Voraussetzungen und den Rechtsbegriff einer Wirtschaftsverfassung*, cit., 95.

²³ *Ibidem*, 96.

²⁴ Neumann rifiuta l'ipotesi dell'indipendenza della costituzione economica dalla costituzione politica dello stato, ossia dell'indipendenza fra organizzazione democratica dello stato e auto-organizzazione democratica della società e del lavoro. La posizione del giurista tedesco è, pertanto, in questi anni più vicina all'idea di una pianificazione democratica che all'ipotesi della *Wirtschaftsdemokratie* come *Selbstverwaltung* elaborata da Fritz Naphtali nel 1928. In questo senso, invece, H. Sinzheimer, *Das Räteystem*, in H. Sinzheimer, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Gesammelte Aufsätze und Reden*, vol. 1, Frankfurt am Main, 1976.

²⁵ In Germania un simile mutamento costituzionale sarebbe stato introdotto, a parere di Böhm, nel 1869 con la *Gewerbeordnung für das Deutsche Reich*, il codice dell'industria e del commercio che decretava l'abolizione dell'appartenenza obbligatoria a una corporazione, dei limiti di ingresso all'esercizio dei mestieri e altri vincoli alla libertà di iniziativa economica.

²⁶ L'accento sulla necessità del recupero del ruolo e dei compiti fondamentali del diritto e della scienza giuridica rispetto al mero fatto economico rappresenta il filo conduttore dell'intero progetto di ricerca ordoliberal, così come descritto nel manifesto della Scuola di Friburgo: F. Böhm, W. Eucken, H. Grossman-Doerth, *Unsere Aufgabe*, in N. Goldschmidt, M. Wohlgemuth (cur.), *Grundtexte zur Freiburger Tradition der Ordnungsökonomik*, Tübingen, 2008, 27-37. Lo scritto evidenzia, inoltre, il rifiuto esplicito da parte degli ordoliberali della metodologia storicistica e della *materialistische Geschichtsauffassung* negli studi economico-giuridici e la predilezione per la tradizione del razionalismo kantiano. È sul piano metodologico, dunque, che si esprime una fondamentale discontinuità fra l'approccio di Böhm e di Neumann al problema dell'ordine giuridico del mercato. Simile differenza è destinata a riverberarsi sulla definizione funzionale della costituzione economica prodotta dai due studiosi.

²⁷ Sulla legittimazione dottrinale del fenomeno monopolistico contro cui Böhm rivolge la sua critica, cfr. D. Schütze, *Kooperation Zwischen Volkswirtschaftslehre und Jurisprudenz. Eine Analyse am Beispiel der deutschen Kartelldebatte vor 1914*, Marburg, 1998.

²⁸ Sulla critica di Böhm al riconoscimento giurisprudenziale dei cartelli, cfr. F. Böhm, *Das Reichsgericht und die Kartelle*, in E.-J. Mestmäcker (cur.), *Franz Böhm. Reden und Schriften über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft, und über die Wiedergutmachung*, Karlsruhe, 1960, 69-81.

politico-costituzionale dello stato di diritto. L'emergere di poteri economici privati suscettibili di minacciare la sovranità politica dello stato e la forma del *Rechtsstaat* costituiva pertanto l'effetto ultimo di un'erronea interpretazione del significato costituzionale dell'introduzione del principio di libertà di iniziativa economica²⁹. Paradossalmente, per Böhm, era la stessa costituzione liberale ad attribuire prerogative specifiche allo stato a regolazione di un ordine di mercato non più inteso come spazio di esercizio di libertà naturali pre-politiche, bensì come sfera d'azione tutta interna alla dimensione politica.

Nella ricostruzione di Böhm, considerata da un punto di vista politico-costituzionale, l'introduzione della libertà economica individuale rappresenta il punto di partenza di un complesso progetto istituzionale volto a rifondare l'ordine economico-sociale su basi diverse da quelle delle esperienze economiche pre-moderne, da una parte, e in antitesi con il modello dell'economia di piano, dall'altro³⁰. Essa implica la realizzazione di un ordinamento economico non gerarchico, ma anarchico, che presuppone tuttavia un quadro giuridico e una pratica politica volti ad evitare che l'ordine di mercato ricada sotto il dominio arbitrario di poteri economici privati e che retroceda verso forme neo-feudali. La realizzazione della concorrenza diventa perciò lo scopo essenziale degli istituti giuridici dell'ordinamento economico moderno e la sua manutenzione il compito principale del governo (*Ordnungspolitik*)³¹. Per Böhm l'introduzione della libertà di iniziativa economica è allora «un atto che riveste ufficialmente un significato giuridico-costituzionale e storico-costituzionale». Visto sotto un profilo giuridico-costituzionale, continua Böhm, «il sistema della libertà di iniziativa economica rappresenta una costituzione della vita economica in senso positivo; l'introduzione di questo sistema significa di conseguenza una “decisione complessiva” sul modo e sulla forma del processo di cooperazione economico-sociale nello stesso senso in cui Carl Schmitt descrive la costituzione dello stato come una “decisione generale sul modo e sulla forma dell'unità politica”»³².

Il riferimento a Schmitt da parte di Böhm implica, a ben vedere, una valutazione critica dei termini in cui il problema della *Wirtschaftsverfassung* era stato posto dal costituzionalista tedesco. Esso esprime, infatti, il rifiuto del giurista ordoliberal dell'*aut-aut* schmittiano fra economizzazione/diseconomizzazione dello stato (o, se si vuole, politicizzazione/spoliticizzazione dell'economia). L'ordine di concorrenza rappresenta per Böhm una delle possibili forme della politicità, la quale non è affatto riducibile alla sola ipotesi dell'economia di piano o al modello corporativo³³. Alla libertà individuale funzionalizzata alla realizzazione dell'ordine della concorrenza non può opporsi, perciò, il detto di Mazzini, ripreso da Carl Schmitt nella *Verfassungslehre*, per cui «la libertà non costituisce nulla»³⁴. Al contrario, nel contesto della costituzione economica della concorrenza «la libertà costituisce ciò che il principio della sovranità politica è designato a costituire, in un modo diverso», ossia mediante il comando diretto, «negli ambiti sociali ad esso riservati, cioè un rigoroso ordinamento di cooperazione sociale»³⁵. Si tratta, ben inteso, di una libertà esercitata nel contesto di uno specifico quadro normativo e guidata dalla mano

²⁹ Cfr., F. Böhm, *Das Problem der privaten Macht. Ein Beitrag zur Monopolfrage*, in N. Goldschmidt, M. Wohlgemuth (cur.), *Grundtexte zur Freiburger Tradition der Ordnungsökonomik*, cit., 49-67.

³⁰ La decisione costituzionale sull'ordine economico dello stato consiste per Böhm nella decisione fra due tipi ideali di ordinamento economico: l'economia di libera concorrenza, da un lato, e l'economia pianificata dall'altro. Si veda W. Eucken, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, Heidelberg-Berlin, 2013 (prima edizione 1940).

³¹ F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf. Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*, Baden-Baden, 2010, 118.

³² *Ivi*, 120. Sull'elemento decisionistico presente nella riflessione di Böhm sulla *Wirtschaftsverfassung* si veda E. R. Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Bd. II, Tübingen, 1953, 23 e ss.

³³ Sul confronto critico con Schmitt, cfr. F. Böhm, *Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung*, in E.-J. Mestmäcker (cur.), *Franz Böhm. Reden und Schriften über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft, und über die Wiedergutmachung*, cit., 54-55.

³⁴ C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, 265.

³⁵ F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf*, cit., 131.

visibile del diritto³⁶. La concorrenza è concepita, quindi, come uno strumento politico attraverso il quale lo stato, in forza di norme astratte e generali, realizza una «guida indiretta dell'economia»³⁷. Compito della scienza giuridica è perciò la chiarificazione del significato politico-costituzionale dell'ordine economico concorrenziale e la dimostrazione del fatto che tale ordine rappresenta uno dei modi storici in cui nell'epoca moderna la sfera economica della produzione viene incorporata nella costituzione politica dello stato di diritto. Ciò che deve essere presupposto nella riflessione sull'ordine concorrenziale è pertanto «il primato del politico»³⁸ e l'azione ordinante di uno «stato forte», espressioni che nel pensiero di Böhm stanno a indicare la restaurazione di una rigorosa *Rechtsstaatlichkeit*. La «costituzione economica» conferisce allo stato il compito di predisporre le condizioni necessarie allo sviluppo di un ordine di concorrenza. Laddove, tuttavia, ciò non risulti possibile, lo stato, in quanto detentore della sovranità politica, può introdurre modelli di ordinamento economico alternativi («guida diretta dell'economia»), in forme che vanno dal controllo pubblico dei monopoli fino ad arrivare alla socializzazione delle imprese³⁹. Queste misure rappresentano tuttavia misure d'eccezione rispetto alla costituzione economica della concorrenza, corrispettivo naturale della costituzione politica dello stato di diritto e dell'ideale del governo della legge.

Come in Neumann, il concetto di *Wirtschaftsverfassung* implica per Böhm un elemento di razionalizzazione giuridico-costituzionale dell'irrazionalità capitalista. Diversamente da Neumann, però, Böhm inverte il rapporto causale fra crisi dell'ordine giuridico-costituzionale e mutamento economico strutturale: è il primo fattore che produce il secondo. Nell'approccio giuridico-costituzionale di Böhm il problema del rapporto di determinazione di ultima istanza fra struttura e sovrastruttura, centrale nella tradizione del marxismo, è sostituito dal problema della definizione del quadro istituzionale nel cui contesto si produce l'ordine dell'agire economico⁴⁰. Non esiste processo economico che non sia definito da regole giuridiche e, di conseguenza, non si dà struttura che non sia costitutivamente contaminata da elementi sovrastrutturali. In questa lettura, lo studio della *Wirtschaftsordnung* non può prescindere dall'attenta considerazione della *Wirtschaftsverfassung*. La razionalizzazione giuridico-costituzionale proposta dallo studioso ordoliberal non punta, perciò, alla compensazione degli squilibri determinati dai monopoli. Tantomeno la realizzazione di un ordinamento economico compatibile con un'eguale libertà si traduce nel governo democratico dell'economia monopolistica. La razionalizzazione giuridica ordoliberal implica, invece, la costruzione di un ordinamento costituzionale garante dell'ordine di concorrenza, la perdurante limitazione delle posizioni di potere e la realizzazione di un modello di cooperazione depurato da monopoli.

Nella misura in cui rende possibile la guida del processo economico attraverso le libere scelte da parte dei consumatori, l'ordinamento giuridico della concorrenza si presenta agli occhi di Böhm,

³⁶ Cfr., E.-J. Mestmäcker, *Die sichtbare Hand des Rechtes. Über das Verhältnis von Rechtsordnung und Wirtschaftssystem bei Adam Smith*, in E.-J. Mestmäcker, *Recht und Ökonomisches Gesetz. Über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie*, Baden-Baden, 104-135.

³⁷ Cfr. F. Böhm, *Der Wettbewerb als Instrument staatlicher Wirtschaftslenkung*, in G. Schmölders, *Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsauslese*, Schriften der Akademie für Deutsches Recht: Gruppe Wirtschaftswissenschaften, Humblot, Berlin, 1942, 4-98; F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Stuttgart-Berlin, 1937.

³⁸ F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, cit., p. 11.

³⁹ Nella preminenza riconosciuta da Böhm alla dimensione politica della sovranità dello stato rispetto a quella giuridica delle libertà individuali si è visto un momento di incontro fra le prospettive del giurista ordoliberal e le elaborazioni teoriche di esponenti della *Staatsrechtslehre* tedesca come Rudolf Smend. A riguardo: K. W. Nörr, *Die Leiden des Privatrechts. Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen, 1994, 123-124.

⁴⁰ L'approccio istituzionale di Böhm all'ordine dell'economia di mercato si basa sulla distinzione fra il livello costituzionale (*order of rules*) e il livello sub-costituzionale (*order of actions*) e sull'idea che il processo del mercato assume forme diverse a seconda del quadro giuridico-istituzionale che lo costituisce, cfr. V. Vanberg, *The Constitutions of Markets*, London and New York, 2001.

inoltre, come l'unico compatibile con il principio democratico e con il modello parlamentare. Diversamente dalla direzione democratica diretta del processo economico, la quale presuppone di necessità la pianificazione e non può non implicare la conseguente trasformazione in senso autoritario della *Staatsverfassung*, la guida indiretta del mercato mediata dal sistema della concorrenza e dal *Rule of Law* presuppone una struttura policentrica, che rende possibile la partecipazione di innumerevoli individui alla definizione del processo economico complessivo. Tra la costituzione economica e la costituzione politica dello stato di diritto e della democrazia parlamentare sussiste quindi un legame costitutivo o un rapporto di «interdipendenza», per i quali i mutamenti che si verificano su un piano si riverberano necessariamente sugli altri livelli interconnessi, modificandone struttura e funzione⁴¹.

Abstract

*The study concentrates on what Foucault defined the «curious closeness» between the Freiburg School and the Frankfurt School. The analysis develops Foucault's claim focusing on the meaning which the word *Wirtschaftsverfassung* assumes in Franz Leopold Neumann and Franz Böhm's early writings. For this aim the influence of Carl Schmitt's constitutional thought on both authors is scrutinized as well as the way in which Böhm and Neumann conceive the interdependence between economic order and political constitution. It is argued that the diagnosis of the crisis of the rule of law and of the economic and social disintegration brought about by cartelization and monopolism during the Weimar Republic and the Third Reich represents the very core of the «closeness» argument.*

⁴¹ Sull'interdipendenza fra costituzione economica e costituzione politica democratica dello stato, si veda F. Böhm, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, in E.-J. Mestmäcker (cur.), *Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft*, Baden-Baden, 1980, 53-104. È necessario notare, tuttavia, che il problema del rapporto di compatibilità fra costituzione economica della concorrenza e costituzione politica democratica emerge soltanto negli scritti di Böhm del dopoguerra.

La “neutralità multilivello” per la rete Internet: elementi per la ricostruzione di una non discriminazione tecnologica

Sommario: 1. Le ragioni per parlare di più d’una neutralità della rete - 2. A monte: la neutralità nella determinazione dell’infrastruttura tecnologica - 3. Al cuore: la c.d. *net neutrality*. - 4. A valle: si può parlare di una *search neutrality*? - 5. Talune conclusioni volte a delineare la neutralità multilivello della rete

1. Le ragioni per parlare di più d’una neutralità della rete

La neutralità della rete rappresenta un banco di prova di grande attualità per coloro che si occupano dei rapporti tra scienze giuridiche e nuove tecnologie e, più dettagliatamente, tra Internet e diritti.

E’ preliminarmente opportuno stipulare cosa deve intendersi parlando di neutralità multilivello. Dopo libera¹ e aperta², neutra è l’attributo che oggi più di ogni altro vuol concorrere a definire la rete Internet, partecipando al dibattito sulla sua fisionomia. Delle diverse accezioni di questo attributo si darà conto nei paragrafi che seguono.

Se in ambito giuridico generalmente si parla di multilivello con riferimento al costituzionalismo e alla tutela dei diritti³, e quindi alla protezione giuridica accordata a una situazione soggettiva in diversi ordinamenti tra loro non estranei, qui la prospettiva che si intende assumere è differente: i livelli a cui si fa riferimento non sono entità di matrice giuridica, ma entità di tipo tecnologico⁴. Guardando alla disciplina giuridica della rete Internet, possiamo agevolmente evincere che il tema della neutralità è richiamato su almeno tre livelli che spaziano da un piano più eminentemente materiale (infrastrutturale) a quello dei servizi.

Per chiarezza i livelli, su cui ci si soffermerà di seguito, possono essere rappresentati con la metafora di una strada da percorrere. In prima battuta potrà essere garantita la facoltà di percorrerla col mezzo che si desidera (es.: bicicletta o automobile, e dunque fibra ottica, satellite, doppino in rame etc.), ed allora si avrà la neutralità tecnologica (*technological neutrality*). In secondo luogo, si avrà una strada neutrale (*net neutrality*) nel momento in cui nessuno potrà impedirne la percorrenza verso una qualche destinazione (ristorante o centro commerciale, e dunque mail, p2p, navigazione, etc.). Da ultimo, nel momento in cui si sarà deciso dove andare e si chiederà consiglio sul locale migliore, se la risposta sarà in un qualche modo basata sulla “desiderabilità” del posto, ovvero in base alla sua rilevanza e comunque non sulla base di interessi economici all’interessato ignoti si avrà un’offerta di scelte neutrale (*search neutrality*).

Il punto di partenza in cui si è avvertita un’esigenza di neutralità è probabilmente da rintracciarsi in due ordini di fattori: da un lato, nell’apertura del mercato alla libera concorrenza e conseguentemente agli operatori (delle reti e dei servizi) che, in concorrenza tra loro, hanno realizzato sempre nuovi prodotti per mantenere la propria competitività. Dall’altro, e parzialmente in

¹ Nella varietà di accezioni che la libertà ha assunto in rete, si veda A. Rovai, *Internet è libertà. Perché dobbiamo difendere la rete*, in *Informatica e diritto*, 1-2, 2010.

² Si veda a titolo di esempio G. Di Donato, *La rete aperta: riflessioni sui valori e le regole dell’innovazione 2.0*, in *Inf. e dir.*, 1, 2009.

³ Per tutti A. D’Atena, P. Grossi (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004.

⁴ Sebbene sia evidente il punto di contatto, in quanto la neutralità è una caratteristica diversamente attribuita dal diritto ad entità di tipo tecnologico. Non può pertanto farsi riferimento, se non in via approssimativa, ai livelli propri della suite di protocolli TCP/IP. Se infatti la *network neutrality* può facilmente accostarsi al livello di accesso alla rete (e dunque alla parte più propriamente fisica) e la *search neutrality* ha ripercussioni nel livello applicazione, ben più ardua è la collocazione della *net neutrality*. Ciò pure nella consapevolezza che lo scambio di dati in forma di *bit* avviene in ogni caso a livello fisico.

conseguenza, l'evoluzione tecnologica ed il conseguente fenomeno della convergenza⁵ che ha fatto sì che il medesimo servizio potesse essere veicolato attraverso una pluralità di mezzi e, al tempo stesso, una pluralità di servizi potessero essere veicolati attraverso il medesimo mezzo.

Precedentemente vigeva una corrispondenza biunivoca tra mezzo e servizio, la disciplina poteva benissimo riguardare unitariamente entrambi giacché, ad esempio, il segnale televisivo sarebbe passato per un canale diverso da quello telefonico e ad esso dedicato. Ma con i mutamenti di cui si è accennato l'Unione europea si è ritrovata nella necessità di scindere la disciplina dell'infrastruttura da quella dei contenuti, prevedendo differenti regimi giuridici orizzontali: l'uno che coprisse l'intero fenomeno delle infrastrutture, l'altro quello dei servizi⁶.

Sembra essere invece differente l'origine della pretesa di una disciplina, quantomeno a livello di principio, volta a tutelare gli operatori dal rischio che altri possano perpetrare ad abusi tali da ingenerare profonde, se non irreversibili, distorsioni dell'atteggiarsi delle forze economiche nella rete tali da condizionarne lo sviluppo futuro e di limitare profondamente la concorrenza. Il rischio a tal proposito ingenerato da *internet service provider* e *content provider* si ritiene sia sorto con la tendenza alla verticalità integrata, ovvero con l'espansione verso servizi diversi dalla mera connessione ad internet e a quelli originariamente forniti per i primi, da servizi diversi per i secondi⁷.

Operatori nel settore delle infrastrutture per le comunicazioni elettroniche, *internet service provider* e *content provider* sono dunque a diverso titolo coinvolti in questo processo. Ma è più opportuno esaminare le loro caratteristiche, e le caratteristiche della neutralità che ciascuno di esse riguarda, più nel dettaglio.

Fermo restando l'inevitabile impatto che l'esercizio delle attività in rete – in un ambiente più o meno neutrale – può avere sui diritti, cercare di coglierne i legami che intercorrono tra la neutralità della rete ha lo scopo di determinare fino a che punto sia possibile parlare della neutralità della rete, e conseguentemente se questa possa assurgere a principio della «costituzionale transnazionale di Internet»⁸.

Peraltro, da una visione ampia di come la neutralità in rete si atteggia, possono trarsi significative conseguenze in ordine al regime giuridico a cui sono assoggettati coloro che all'interno della rete operano.

2. A monte: la neutralità nella determinazione dell'infrastruttura tecnologica

Il primo livello di interesse a cui si è fatto cenno si rinvia a livello fisico e riguarda la neutralità dell'infrastruttura tecnologica attraverso cui è possibile veicolare le informazioni.

⁵ Da intendersi come la trasformazione di segni di diverso genere (audio, video, testo) in bit, in grado di essere veicolati attraverso differenti canali.

⁶ Significativa a tal proposito è la parte finale del *Considerando* 5 della Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7-03-2002 in G.U.C.E. L 108, 24-04-2002, per cui «La separazione della disciplina dei mezzi di trasmissione dalla disciplina dei contenuti non incide sul riconoscimento dei collegamenti fra i due aspetti, in particolare al fine di garantire il pluralismo dei mezzi di informazione, la diversità culturale e la protezione dei consumatori». Sul rapporto tra l'evoluzione tecnologica e il processo normativo dell'Unione europea si veda L. Carlassare, *La comunicazione, i diritti, la democrazia* in *Id.* (cur), *La comunicazione del futuro e i diritti delle persone*, Padova, 2000, p. 1 e ss.

⁷ Si pensi all'espansione di Google dal settore dei motori di ricerca ad altri settori come l'e-commerce, i social network e la posta elettronica. D. A. Crane, *Search Neutrality as an Antitrust principle*, in *Geo. Mason L. Rev.*, Vol. 19:5, 2012 che parla del venir meno della «ten blue links vision of Internet», intendendo con questa formula il mutamento dei motori di ricerca che non si limitano più a fornire dieci links blu di collegamenti ipertestuali.

⁸ Si veda quanto affermato da G. Teubner, *Costituzionalismo della società transnazionale*, in *Riv. AIC*, 4, 2013, 1 che parla di «nuova questione transazionale» come quella «sollevata dalle tendenze di globalizzazione, privatizzazione e di digitalizzazione del mondo».

Detto altrimenti, essa contempla la possibilità che il mercato dell'accesso possa avvalersi di tutte le infrastrutture possibili per fornire il servizio e che, quasi conseguentemente, il trasporto di dati possa essere effettuato con differenti tecnologie di trasmissione⁹. Molto chiara è la definizione fornita in dottrina per cui «applicando il principio si cerca di assicurare un'applicazione regolatoria uniforme per prodotti/servizi omogenei forniti su un medesimo mercato rilevante, attraverso strumenti tecnologici diversi. Applicando il principio si cerca in sostanza di evitare che uno stesso contenuto (se si tratta di informazioni, immagini o dati digitali) o servizio riceva trattamenti regolatori diversi solo perché fornito da piattaforme diverse»¹⁰.

A tal proposito l'Unione Europea, sulla base dell'art. 8 della Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 in G.U.C.E. L 108, 24-04-2002 nella sua versione originale positivizza un invito agli Stati membri affinché le autorità di regolamentazione tengano «nel massimo conto l'opportunità di una regolamentazione tecnologicamente neutrale»¹¹. Seppure posto in termini tendenziali, propri di un principio generale ma non assoluto, ciò è indicativo di come la legislazione deve porsi nei confronti della tecnologia¹².

Il principio, anche dal tenore letterale, è volto a disciplinare l'azione del regolatore che è chiamato a prescindere dalla tecnologia sottostante, e gli impone una precisa *policy* per cui deve prendere in considerazione soltanto la tipologia e le caratteristiche dei servizi offerti. Al di là di questa *non-preferenza* normativa, gli operatori del settore saranno poi liberi di determinarsi nel rispetto delle regole della concorrenza e dunque di optare per le tecnologie che meglio rispondono alle loro esigenze e alle preferenze del mercato.

Questo principio è pervasivo nell'Unione europea, in quanto non riguarda le sole infrastrutture con cui si accede alla rete internet, ma costituisce un più generale precetto di non discriminazione per i supporti utilizzati nella consapevolezza che la rapida evoluzione tecnologica e il tendenziale aumento della concorrenza nel settore rendono inopportuna una *heavy touch regulation*. Molte sono state le applicazioni del principio nel contesto tecnologico: dall'ammissibilità di sovvenzioni per l'acquisto di decoder, passando per il complesso sistema delle radiofrequenze, per arrivare al filtraggio delle comunicazioni elettroniche¹³.

Proprio con riguardo alla disciplina delle radiofrequenze con la direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009, in G.U.U.E. L 337, 18-12-2009 è stata perfezionata una regolamentazione ad hoc che, ribadendo il valore delle stesse per le comunicazioni

⁹ Dovendosi ritenere superato il rapporto biunivoco tra mezzo e contenuto, che ad esempio legava la televisione al segnale analogico terrestre e il telefono al doppio telefonico a favore di un modello convergenziale.

¹⁰ E Cardì, *Mercati e istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2005, 153.

¹¹ Strettamente connessa a questa accezione di neutralità è quella per cui si rende necessaria l'applicazione di regole neutrali uniformi per i servizi che offrono contenuti multimediali, indipendentemente dalla piattaforma utilizzata per la loro fornitura, a prescindere dal mezzo utilizzato. E' il caso della Direttiva 2007/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 11-12-2007 in G.U.U.E. L 332, 18-12-2007 (cd. Direttiva Servizi Media Audiovisivi) che adotta una nozione di servizio di media audiovisivo non caratterizzata dalla nozione di emittente basata sul mezzo di trasmissione (in relazione al quale, invece, si pone in modo neutrale), bensì in relazione alle modalità di fruizione del contenuto audiovisivo. Questa accezione (chiamata dall'Agcom «neutralità tecnologica rispetto al servizio») comporta l'applicazione di regole uniformi a servizi che offrono contenuti multimediali, indipendentemente dalla piattaforma utilizzata per la loro fornitura, consente di regolare i medesimi a prescindere dal mezzo utilizzato per la distribuzione o fruizione del contenuto audiovisivo stesso a beneficio dell'utente/consumatore finale. Cfr. AGCOM, *Libro bianco sui contenuti*, 2011, 178.

¹² Ma in linea di massima deve osservarsi che la tecnologia è sempre neutrale rispetto al diritto, ponendosi come "trasparente" operando indifferentemente rispetto al contenuto veicolato e come "scatola nera", nel senso di strumento imprescindibile ma con cui si ci interfaccia direttamente solo in caso di cattivo funzionamento. Cfr. A. Viola, *Net neutrality. La neutralità della rete: problemi attuali e prospettive*, in *Riv. el. dir., eco. e manag.*, 1, 2014, 83.

¹³ Cort. Giust., conclusioni dell'Avv. Gen. Pedro Cruz Villalón del 14-04-2011, causa C-70/10, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs (Sabam)* in *Racc.*, I-11959 ss.

elettroniche, ha tassativizzato le deroghe al principio della neutralità tecnologica¹⁴, integralmente votate al soddisfacimento dell'interesse generale.

Altresì utile per definire il contenuto della neutralità in esame è la declinazione del principio data nel concedere degli aiuti di Stato per la banda larga¹⁵, ossia per l'infrastruttura tecnica indispensabile per consentire oggi l'accesso alle possibilità offerte della rete. Qui la neutralità, stando a quanto affermato dalla comunicazione della Commissione a riguardo¹⁶, impone un preciso criterio attraverso cui lo Stato può erogare sovvenzioni alle imprese al fine di sostenere lo sviluppo della banda larga in aree di totale o parziale fallimento di mercato, ovvero dove le imprese non avrebbero interesse a svilupparle: le imprese proponenti dovranno poter proporre la fornitura dei servizi a banda larga richiesti avvalendosi delle soluzioni tecnologiche che ritengono più adeguate, senza che ne sia preferita una a monte dal regolatore. La neutralità tecnologica infatti non può non tradursi in un principio orientante la concessione degli aiuti che, laddove non fossero orientati al principio di neutralità, permetterebbero lo sviluppo di determinate tecnologie a discapito di altre.

Dalla lettura delle decisioni della Commissione sulla compatibilità degli aiuti di Stato per la banda larga, di cui in questa sede non è possibile offrire un compiuto esame¹⁷, emerge una lettura di questa neutralità estremamente concreta e attenta alle specifiche esigenze che si intendono affrontare, con un evidente approccio *case by case*. In taluni casi si è infatti ritenuto opportuno l'uso di un mix di tecnologie lasciando al mercato dire quali sarebbero state le più idonee¹⁸, mentre in altri e più rilevanti casi si è ammessa la necessità di specifiche tecnologie in ragione della ruralità della zona¹⁹ o del particolare servizio veicolato²⁰.

3. Al cuore: la c.d. *net neutrality*

Il secondo livello di neutralità è quello dei servizi di cui si può fruire nella rete internet. Al di là degli innumerevoli problemi di tipo definitorio²¹, si può sostenere che questo principio preveda che il modello di gestione dei dati veicolati su Internet sia improntato alla non discriminazione in ragione del tipo, dell'origine, della destinazione o del volume degli stessi, considerando pertanto centrale il paradigma del *first come, first served*. Ad una prima approssimazione pertanto solo in ragione della sua disponibilità la banda dovrà essere allocata tra i plurimi servizi, e non sulla base di scelte in qualche modo di valore da parte degli ISP.

Strettamente connessa è la tematica del *traffic management*, che prevede una modalità di gestione del traffico da parte degli ISP basata su un trattamento differenziato dei diversi pacchetti di dati che transitano sulla rete, accordando loro un differente grado di priorità.

¹⁴ Art. 9 dir. 2002/21, come modificato dalla dir. 2009/140.

¹⁵ Su cui diffusamente A. Iorio, *Le infrastrutture di comunicazione a banda larga e la disciplina degli aiuti di Stato: gli equilibri delicati della crescita*, in *Rassegna dell'avvocatura dello stato*, fasc. 3, 2011.

¹⁶ Comunicazione della Commissione europea del 26 gennaio 2013 (2013/C 25/01) Orientamenti dell'Unione europea per l'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga.

¹⁷ Le decisioni sono reperibili alla pagina:

ec.europa.eu/competition/sectors/telecommunications/broadband_decisions.pdf

¹⁸ Commissione europea, decisione SA.33671 del 20-11-2012 *Broadband Delivery UK framework scheme*.

¹⁹ Commissione europea, decisioni SA.39089 (2014/N) e SA.39090 (2014/N) del 07-04-2015 *Italy Mobile telephony in mountainous areas of Bolzano* (Favogna, Mazia, Alpe Guazza and Passo Rombo).

²⁰ Commissione europea, decisione SA.38863 (2015/N) del 02-12-2016 *United Kingdom Emergency Services Mobile Communications Programme*.

²¹ Pur non esistendo una definizione generalmente accettata di *net neutrality*, la più accreditata risulta quella in T. Wu, *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, in *Jour. of Elec. and High Tech. Law*, 2, 2003, 141.

Questo principio non è di per sé antitetico rispetto alla *net neutrality*, ma ne può costituire razionale attuazione, parlando al riguardo di *reasonable traffic management*: rimediando a fenomeni di congestione della rete, assicurando priorità alle applicazioni che devono essere diffuse tempestivamente, garantendo il soddisfacimento di valori preminenti (contrasto alla diffusione di contenuti illeciti e alla diffusione del gioco d'azzardo illegale, lotta alla pedo-pornografia). La gestione del traffico può tuttavia essere *unreasonable*: è il caso in cui l'ISP decida di limitare in maniera arbitraria taluni servizi (es. VoIP o p2p) in ragione, ad esempio, della concorrenza con propri. Cruciale è pertanto il confine tra *reasonable* e *unreasonable traffic management*.

Se pertanto il *traffic management* non può considerarsi a priori una pratica scorretta, è evidente che il rischio risiede nelle finalità *de facto* perseguite dai singoli ISP. L'elemento chiave è dunque la ragionevolezza, per cui ogni variazione di prezzo, interruzione del servizio o alterazione dello stesso per motivi connessi all'attività svolta in rete deve risultare quantomeno ragionevole, giustificata e non oltremodo intrusiva.

Il quadro normativo, seppur tiepidamente (in quanto nemmeno si fa espressa menzione della *net neutrality*, parlando di «internet aperta»), è stato di recente delineato dall'Unione europea con il Regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, L 310, 26-11-2015, in cui all'art. 3, par. 3 si legge che gli ISP possono attuare ragionevoli misure di gestione del traffico sulla base di motivazioni tecniche ma che, al tempo stesso (art. 3, par. 5), possono offrire servizi «ottimizzati per specifici contenuti, applicazioni o servizi o loro combinazioni»: la genericità della formulazione è stata ampiamente criticata, in quanto mancano parametri certi su come possono essere determinate queste forme di ottimizzazione.

A questo, ha fatto eco una risoluzione del Consiglio d'Europa che ne ricalca sostanzialmente i contenuti per le limitazioni sorrette da ragioni di ordine tecnico, ma più stringentemente non ne ammette per servizi specializzati²².

Entrato in vigore solo di recente il regolamento, mancano ad oggi decisioni che permettono di meglio comprenderne la portata. Tuttavia può essere rilevato che le decisioni in tema di *net neutrality* antecedenti la sua emanazione sono incentrate sul concetto di trasparenza²³. Ad esempio nella principale decisione in materia nel nostro ordinamento²⁴, in materia di filtraggio e limitazione all'accesso ad alcuni siti, l'AGCM (avallata da parere dell'AGCOM) non ha ritenuto scorretta di per sé la pratica, ma il fatto che questa fosse stata omessa nell'informativa sul sito web.

4. A valle: si può parlare di una *search neutrality*?

Il terzo e ultimo livello di neutralità è quello della *search neutrality*, ossia la neutralità che si pretende dai motori di ricerca nel restituire i risultati alle *query* degli utenti²⁵.

La questione è complessa sia in chiave giuridica che tecnica, in quanto i moderni motori di ricerca non si limitano a verificare la presenza nei siti web dei termini ricercati, ma per ordinare i contenuti trovati prestano anche attenzione ai sinonimi e alla popolarità (rilevanza) della pagina web. Peraltro, al fine di ottimizzare i risultati gli algoritmi prendono in considerazione il luogo da dove l'utente

²² Comitato dei Ministri degli Stati membri del Consiglio d'Europa, Raccomandazione CM/Rec(2016)1 del 13-01-2016 *on protecting and promoting the right to freedom of expression and the right to private life with regard to network neutrality*.

²³ Anche il BEREC ha affrontato la questione in termini di prevalente, se non mera, trasparenza. Per rilievi critici si veda F. Dell'Aversana, *La tutela pubblicistica dei rapporti giuridici privati tra operatori del web*, in *Federalismi*, 2016, 13.

²⁴ AGCM, 18 dicembre 2008, n. 19298.

²⁵ Per un inquadramento delle questioni giuridiche connesse ai motori di ricerca, ed in particolare a Google si veda V. Visco Comandini, *Google e i mercati dei servizi di ricerca su Internet*, in *Mer. conc. reg.*, 3, 2013. Con maggiore attenzione per l'istruttoria avviata nei confronti di Google si veda A. Renda, *Google il conquistatore. Note sull'istruttoria della Commissione europea*, in *Mer. conc. reg.*, 2, 2012.

effettua la ricerca, le sue caratteristiche (derivanti da profilazione) e la sua cronologia. Com'è ovvio l'algoritmo che effettua questa classificazione dei risultati non è noto, in quanto tipicamente rientra nella proprietà intellettuale dell'impresa che possiede il motore di ricerca e che dunque detiene il diritto di sfruttarlo economicamente.

L'apparenza, con Google (principale motore di ricerca e detentore del 90% del mercato dei motori di ricerca) in testa²⁶, può indurre a ritenere che le ricerche siano oggettive, in quanto basate su una tecnica di riferimenti che determinano il livello di importanza di una pagina e che dunque restituiscono i risultati in ordine di presunto interesse. La visione è tuttavia ingenua, in quanto sarebbe necessaria l'imposizione a monte di criteri oggettivi e predeterminati nell'elaborazione degli algoritmi che da un lato potrebbero privare il motore della sua efficacia e dall'altro imporrebbero una trasparenza certamente non gradita ai *content provider*.

In ambiente eurounitario Google ha ricevuto l'attenzione della Commissione europea a partire dal 2010, e la procedura non è ancora conclusa²⁷. Le prime contestazioni hanno riguardato il favorire, nei risultati organici (ovvero quelli non a pagamento) i propri servizi verticali (ovvero quelli tematici) a danno di quelli degli altri *competitor*, mentre le seguenti – formali – si sono incentrate sul favorire sistematicamente il strumento prodotto per gli acquisti comparativi (attualmente denominato Google Shopping) nelle sue pagine generali che mostrano i risultati delle ricerche, ad esempio mettendolo in primo piano.

La Commissione ha concesso a Google di proporre impegni risolutivi della controversia, e con riferimento al tema in oggetto la società si è limitata a proporre la possibilità di aggiungere una nuova categoria di risultati, definiti specializzati, in cui metterà a confronto i suoi servizi verticali con quelli dei competitor che decidono di partecipare alla comparazione. Questa proposta non è stata ritenuta sufficiente dalla Commissione, che ritiene che ad oggi la condotta di Google abbia impatto negativo sui consumatori e per l'innovazione e pertanto continua a procedere sulla base degli art. 101 e 102 TFUE in materia di *antitrust*: ciò appare, in un settore ancora non puntualmente regolamentato, che sia connaturato nel diritto dell'Unione europea che la materia dei diritti digitali sia strutturata in termini di concorrenza e mercato anziché di democrazia e diritti della persona²⁸.

5. Talune conclusioni volte a delineare la neutralità multilivello della rete

La trattazione è necessariamente sintetica, tuttavia possono essere utilmente formulate talune provvisorie conclusioni.

L'utente medio, colui che cerca su internet e che dunque nel 90% dei casi cerca su Google, è inevitabilmente succube delle scelte che vengono prese per tutti questi livelli della rete. Se si parla di cittadinanza digitale, ribadendo l'essenzialità del fenomeno tecnologico nel vivere quotidiano, non sembra potersi escludere che nella prospettiva del fruitore esse siano di pari importanza e parimenti meritevoli di tutela.

I soggetti a cui le norme sono primariamente rivolte sono differenti: se per l'infrastruttura la neutralità è un principio che deve ispirare l'azione del regolatore nazionale, le altre due impongono (o vorrebbero imporre) una condotta in capo ai soggetti che operano nella rete (peraltro la *search*

²⁶ Ma analoghe considerazioni possono e, prevedibilmente, potranno essere svolte anche con riguardo al social network Facebook.

²⁷ Commissione europea, procedura AT.39740, *Google Search*. Il 14 luglio 2016 la Commissione ha al riguardo dato altre otto settimane a Google per reagire agli addebiti da essa formulati, nonché per quelli aggiunti in materia di intermediazione pubblicitaria (Google AdSense) nei motori di ricerca messi a disposizione da siti terzi, a cui è fatto divieto di procacciarsi pubblicità collegate alle ricerche dai suoi concorrenti.

²⁸ A. L. Valvo, *Diritto di accesso e neutralità della rete nel panorama giuridico internazionale*, in *Per. cost.*, 1, 2012, 106.

neutrality sembra rivolgersi a un solo soggetto in ruolo della sua posizione di assoluta supremazia sul mercato, ma la constatazione non sembra idonea a inficiare le conclusioni, ma solo giustificare il dialogo che c'è stato tra Google da una parte e Commissione europea – e negli Stati Uniti FTC – dall'altra). Ma le norme che si rivolgono primariamente a questi soggetti hanno, in larga misura (seppure non esclusiva) dall'altra parte gli utenti e consumatori che, in ultima analisi, fruiscono della rete.

Laddove volessimo rintracciare una base giuridica, ci accorgeremmo innanzitutto che tutte e tre le neutralità scontano la carenza di una puntuale disciplina di dettaglio. La neutralità infrastrutturale è infatti nel diritto eurounitario declinata in termini di mero principio pervasivo l'intero settore delle nuove tecnologie, mentre la modesta disciplina eurounitaria sulla *net neutrality* sembra scontare il peccato dell'eccessiva vaghezza, che le autorità nazionali di regolazione e il BEREC saranno chiamati a colmare²⁹. In una non più rosea situazione versa la *search neutrality*, la cui puntuale configurabilità è ancora tutta in discussione e, al di là delle ricostruzioni dottrinali, viene declinata solo in termini anticoncorrenziali.

Ma in ciò non sembra del tutto assente un qualche disegno di fondo, se si osserva che anche in caso di assenza di regolazione il (*latu sensu*) legislatore europeo non le ha interamente lasciate all'autonomia delle parti (in cui il contraente debole, l'utente, sarebbe chiamato a soccombere) e alle regole del mercato, ponendo un substrato di principi guida e obiettivi orientatori³⁰.

Ma più interessante ai fini delle presenti riflessioni è verificare quali sono gli interessi sottesi alle diverse neutralità e se questi possono o meno riguardare anche il godimento di diritti costituzionalmente garantiti. Nel primo caso, la neutralità si sostanzia in un divieto di discriminare tra tecnologie e dunque, a parità di condizioni, nella non preferenza di una specifica tecnologia: ma come s'è avuto modo di accennare brevemente la non discriminazione in questione non rappresenta attuazione di un cieco egualitarismo, in quanto è sensibile alle esigenze che la zona o il servizio impongono³¹. Ciò comporta che solo tra le infrastrutture idonee a soddisfare quella zona o quel servizio, e dunque l'utente, dovrà esserci atteggiamento neutrale: ne consegue che nell'alveo di scelte ottimali per l'utente le imprese saranno chiamate a competere. Diversamente la *net neutrality* riguarda direttamente l'utente/consumatore, e se da un lato vi è la libera iniziativa economica di *internet service provider* e *content provider*, sicuramente dall'altro si può rinvenire la libera manifestazione del pensiero, specialmente nella sua declinazione di diritto ad informarsi ed accedere liberamente alle fonti di informazione. Non dissimilmente si atpeggia il livello della *search neutrality*, in cui ugualmente è l'informazione consapevole, ossia non falsata in maniera tale da alterare la percezione dell'utente, quella che si vuole offrire al fruitore finale.

Pertanto, sebbene la *ratio* ispiratrice di regolamenti, direttive e misure prese dalla Commissione nei confronti di Google sembra essere quella della tutela della concorrenza e conseguentemente del progresso tecnologico, non di meno possono cogliersi un'ispirazione comune che rende conseguente la tutela dei diritti: di questi, la libera manifestazione del pensiero è il primo e principalmente coinvolto, tanto nella sua accezione di informare quanto in quella di informarsi: una scelta su come e quali idee fruire svolta da un qualche operatore mette infatti a serio repentaglio la tutela del diritto in questione.

²⁹ E' attualmente in corso una consultazione pubblica da parte del BEREC, l'autorità che riunisce i regolatori nazionali delle comunicazioni elettroniche, per la definizione delle sue "guidelines on implementation by National Regulators of European net neutrality rules" (BoR (16) 94 del 02-06-2016).

³⁰ Dello stesso avviso, con specifico riguardo per la *net neutrality*, diffusamente G. De Minico, *Net neutrality come diritto fondamentale di chi verrà*, in *Costituzionalismo*, 1, 2016.

³¹ Si pensi al caso di una particolare tecnologia necessaria per l'attuazione garantire il corretto funzionamento di servizi di *e-health*.

Non è agevole, così analizzato il quadro, ricondurre a unità le neutralità della rete. Un punto di incontro tuttavia è rinvenibile nell'attenzione che viene rivolta all'utente: tutte le neutralità infatti si preoccupano, almeno in ultima istanza di tutelare l'utente, ed il suo libero atteggiarsi all'interno della rete.

Detto altrimenti si ha l'impressione che Internet, per la configurazione che sta assumendo, sempre più sfugga a quell'assenza di regole con proclamata vocazione libertaria che ne ha caratterizzato gli esordi. Tuttavia, se la strada intrapresa sembra quella di una più vasta regolazione della rete, deve rilevarsi che alle libertà e ai diritti si stanno affiancando principi pervasivi come quello della non discriminazione di cui in discorso, che lasciano presagire l'intento di non perdere la summenzionata vocazione per le libertà, seppure in un contesto regolamentato.

In conclusione non possono non essere accennati i rapporti che intercorrono tra il preteso diritto di accesso a internet e le neutralità della rete. A tal proposito non possono non tenersi a mente le ricostruzioni che disvelano questo preteso diritto come una «metafora felice di situazioni eterogenee e strumentali»³², plurime, ma che senza dubbio mettono al centro l'importanza dell'accesso quale strumento per un esercizio più sostanziale di diritti costituzionalmente tutelati.

Orbene, se come si è cercato di dimostrare medesima è la posizione in cui si collocano gli attributi di neutralità a cui la rete intende fregiarsi a più livelli, dovrà convenirsi che anch'essi non possono che fregiarsi – ricondotti ad *unicum* in un'unica neutralità della rete – dello status di «metafora felice» per racchiudere una serie di principi in via di definizione che ponendo al centro il cittadino digitale/utente, vogliono orientare in prospettiva di tutela dell'individuo la fisionomia della rete.

Abstract

The purpose of this paper is to take in exam the three fundamental notions of neutrality (technological neutrality, net neutrality and search neutrality), that could be encountered in a research centered on the Web. It seeks to highlight their characteristics and consider them jointly to detect common threads.

Beside the heterogeneity of meanings that neutrality has in the context of Internet, this paper aims to affirm that an uniform finalization can be found, ultimately, for the protection of the "digital citizen". This finalization can make a contribution to establish the physiognomy of the Web's transnational constitution, with obvious consequences on the economic constitution for all the commercial actors involved.

³² P. Costanzo, *Miti e realtà dell'accesso a Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in P. Carretti (a cura di), *L'informazione. Il percorso di una libertà*, Firenze, 2012, 9. Per il rapporto tra accesso a internet e neutralità si veda A.L. Valvo, *op. cit.*

Corti e Costituzione economica

La “condizionalità” nella *governance* economica europea: luci ed ombre di uno strumento controverso

Sommario - 1. Introduzione - 2. La condizionalità come costante della risposta europea alla crisi - 3. Le aporie sottese alla condizionalità - 4. La giurisprudenza della Corte di Giustizia - 4.1. Il caso *Pringle* - 4.2. Il caso *Gauweiler* - 5. La Condizionalità nell’ordinamento europeo: i nodi irrisolti

1. Introduzione

La crisi economica ha profondamente mutato il quadro costituzionale dell’Unione Europea, producendo effetti destinati a caratterizzare a lungo il futuro dell’Unione stessa come progetto politico.

Tre, in particolare, sono le categorie di misure che hanno caratterizzato la reazione europea alla crisi¹: piani di salvataggio e meccanismi di stabilizzazione finanziaria; modifiche nella *governance* economica europea per far fronte alle lacune derivate dall’impianto di Maastricht in materia di vincoli alle politiche fiscali degli Stati membri; interventi della Banca Centrale Europea (BCE) che ha giocato un ruolo fondamentale, anche se controverso, nel “governo” della crisi.

Questi interventi, necessari per fronteggiare una crisi che ha colto l’Europa impreparata, hanno senza ombra di dubbio cambiato il volto dell’Unione, così come era stata delineata in particolare a partire dal Trattato di Maastricht². Christian Joerges ha colto magistralmente la portata di tale trasformazione, laddove afferma: «within a time-span of few years, we have witnessed the emergence of a new legal or quasi legal discipline introducing audacious regulatory mechanisms. These changes are by now widely perceived affirmatively, complacently or critically as a transformation of Europe’s constitutional condition. There is by the same token, wide agreement that the new modes of economic *governance*, the new division of the Union into creditor and debtor countries, and the imposition of rigid austerity measures on debtors countries, are threatening the legitimacy of the integration project»³.

Uno degli elementi caratterizzanti i “new modes of economic governance” e il processo di metamorfosi⁴ dell’assetto costituzionale europeo, è la c.d. “condizionalità”, sulla quale il presente contributo intende focalizzarsi. Si tratta, come noto, di uno strumento diffuso nel contesto internazionale⁵, ma che, almeno nella sua variante economica⁶, ha avuto un ruolo del tutto marginale nel contesto dell’Unione Europea fino allo scoppio della crisi. La sua irruzione nell’Unione è avvenuta, infatti, a seguito dell’adozione delle prime misure di salvataggio per la Grecia⁷ e sin da subito si è posta la questione della legittimità di un simile strumento nel totale silenzio dei Trattati. Nonostante tale lacuna sia stata colmata prima con la modifica dell’art. 136 TFUE e successivamente

¹ Sul punto si veda K. Tuori, *The Eurozone Crisis*, Cambridge, 2014, 85.

² Come osserva R. Dehousse, «La crisi ha messo in luce gli squilibri dell’edificio costruito a Maastricht. (...) Ha mostrato la fondatezza di alcune critiche, che sostenevano che l’Unione monetaria non potesse funzionare senza fondamenta economiche più solide», *Le tre crisi del continente malato*, Bologna, 2012, 486-496.

³ C. Joerges-C. Glinski (eds), *The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance: Authoritarian Managerialism versus Democratic Governance*, Oxford-Portland, 2014.

⁴ F. Amtenbrink, *The Metamorphosis of European Economic and Monetary Union*, in D. Chalmers and A. Arnull (eds.), *The Oxford Handbook of EU Law*, Oxford, 2015.

⁵ In particolare viene utilizzata dal Fondo Monetario Internazionale. Sul punto A. Dreher, *IMF conditionality: Theory and Evidence*, *Public Choice*, 2009, 141.

⁶ Nel contesto dell’Unione Europea, la condizionalità si riferisce, precipuamente, alle condizioni richieste per l’adesione di nuovi Stati Membri. M. Cremona, *Accession to the European Union: Membership Conditionality and Accession Criteria*, 2001, 25 ss.

⁷ Il primo programma di aggiustamento economico è stato siglato nel maggio 2010 dal Governo Papandreu.

con l'approvazione del regolamento n. 472 del 2013 (il c.d. Two Pack) - che disciplina la definizione dei programmi di aggiustamento economico (e delle condizioni ad essi correlate) - la legittimità e la natura delle misure di condizionalità continua ad essere dibattuta.

Le diverse fasi che hanno scandito la crisi greca del 2015 hanno poi messo in luce, forse per la prima volta in maniera così netta, le problematiche sottese alla "condizionalità" alla base dei programmi di sostegno economico, negoziati tra i vari soggetti creditori e lo stato beneficiario degli aiuti. La resistenza (almeno iniziale) del governo greco ad accettare le condizioni imposte dai creditori al fine di evitare il default è stata letta, infatti, come il colpo di coda della democrazia greca, schiacciata e denaturata dalle imposizioni della "tecnocrazia" e delle istituzioni finanziarie.

Se certamente il caso greco ha messo ben in evidenza l'abbraccio in cui finanza ed economia tengono stretta la politica e le istituzioni democratiche, tuttavia non mancano coni d'ombra e punti di resistenza, come dimostra il dibattito circa la legittimità delle misure anticrisi e la giurisprudenza, tanto nazionale che sovranazionale, sviluppatasi in tema. Anzi, si ritiene che proprio la presenza di tali aspetti irrisolti, su tutti la natura ibrida e ambigua dei meccanismi di aiuto agli stati in difficoltà, abbia favorito l'intervento del potere giudiziario in un terreno, quello delle misure inerenti la politica monetaria/economica, fino ad ora poco battuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Lo stesso discorso vale per le giurisdizioni nazionali, in cui si è assistito all'affermarsi di una vera e propria giurisprudenza della crisi⁸.

In tale contesto, il presente contributo non intende affrontare in generale il ruolo del potere giudiziario durante la crisi economica, ma si focalizza su un aspetto circoscritto, anche se - a parer di chi scrive - emblematico, ovvero il ruolo e la natura delle misure di condizionalità nell'architettura europea attraverso la lettura datane dalla Corte di Giustizia. Sebbene la condizionalità sia stata, quand'anche solo in filigrana, presente in diversi casi affrontati dalla Corte di Giustizia (e dalle Corti supreme nazionali), il contributo si concentra sui due leading cases in materia: il caso C-370/12 *Pringle v. Government of Ireland, Ireland and the Attorney General*⁹ e il caso C- 62/14 *Gauweiler v. Deutscher Bundestag*¹⁰.

Molteplici sono le ragioni della scelta. Innanzitutto essi rappresentano due casi che, seppur distinti, risultano comparabili, riguardando entrambi la legittimità di misure adottate a fronte della crisi, rispettivamente il Meccanismo Europeo di Stabilità (MES) il programma *Outright Monetary Transactions* (OMT).

In secondo luogo essi presentano una curiosa "simmetria": nel primo caso la misura era contestata in quanto, a detta del giudice del rinvio - la Supreme Court Irlandese - riguardava la politica monetaria, e come tale esulava dalle competenze degli Stati membri, rientrando nelle attribuzioni esclusive dell'Unione; nel secondo invece la misura adottata dalla BCE, l'*Outright Monetary Transaction*, è stata contestata dal giudice del rinvio, il *Bundesverfassungsgericht*, per la sua natura economica (e non monetaria) configurandosi pertanto come atto *ultra vires*, al di fuori del mandato della BCE.

Last but not least, in entrambi i casi le misure contestate vengono dichiarate conformi al diritto Europeo e nel *legal reasoning* della Corte un ruolo fondamentale, ai fini di tale esito, viene ricoperto proprio dalle misure di condizionalità, come tra breve si mostrerà. Attraverso l'analisi della giurisprudenza sopra menzionata si cercherà di far emergere come la condizionalità economica sia diventata ormai un aspetto integrante della nuova *governance* economica europea, tanto da costituire

⁸ Per una rassegna della giurisprudenza in chiave comparata si veda C. Pinelli, *Le corti europee (nella crisi dell'Unione)*, in www.europeanrights.eu.

⁹ C-370/12 *Pringle v Government of Ireland, Ireland and the Attorney General*.

¹⁰ C- 62/14 *Gauweiler v. Deutscher Bundestag* del 16 giugno 2015.

elemento legittimante delle misure anticrisi contestate, almeno nelle lenti della Corte di Giustizia. A fronte di tale esito, l'ultima parte del contributo intende riflettere circa l'impatto dell'emersione della condizionalità economica sulla trasformazione *governance* europea, mettendone in luce gli aspetti ancora irrisolti.

2. La condizionalità come costante della risposta europea alla crisi

Prima di entrare nel merito della giurisprudenza della Corte di Giustizia, si ritiene utile precisare lo specifico oggetto di analisi: le misure di condizionalità adottate nell'ambito della risposta europea alla crisi economica. Esse sono diventate un elemento costante del variegato strumentario di misure - europee, intergovernative e/o internazionali - adottate per fronteggiare la crisi, potendo essere rintracciate, sebbene con tratti a volte dissimili, in tutti i meccanismi di salvataggio posti in essere: il primo piano di assistenza alla Grecia (*Greek Loan Facility*), il Meccanismo Europeo di Stabilizzazione Finanziaria (MESF), il Fondo Europeo di Stabilità Finanziaria (FESF) e il Meccanismo Europeo di Stabilità (MES). Fino all'approvazione del c.d. Two Pack, la condizionalità economica europea non aveva una regolamentazione unitaria, essendo la stessa prevista - con modalità in parte simili in parte corrispondenti alle peculiarità dei diversi meccanismi - dagli atti istitutivi di questi ultimi.

È nel primo *Greek Loan Agreement* che si può rintracciare lo schema base relativo alle misure di condizionalità, poi seguito anche dagli altri meccanismi anticrisi.

Nel caso Greco si trattava di accordi di prestito bilaterali tra gli Stati membri dell'Eurozona e la Grecia, sottoposti al rispetto di rigorose condizioni, stabilite ex ante in un *Memorandum of Understanding* e in una Decisione del Consiglio, la n. 2010/320/EU. Nella dichiarazione dell'Eurogruppo dell'aprile 2010, si prevedeva che la Commissione avrebbe lavorato insieme alla Banca Centrale e al Fondo Monetario internazionale sul programma di assistenza. Il rispetto delle condizioni da parte dello Stato beneficiario sarebbe poi stato vagliato dagli stati membri dell'Eurozona, sentito il parere della BCE e sulla base di una valutazione della Commissione.

I programmi di assistenza successivamente posti in essere attraverso il MESF e l'EFSF hanno seguito, con lievi varianti dovute alla peculiarità delle istituzioni coinvolte, lo stesso schema. Le condizioni venivano negoziate tra le autorità nazionale dei paesi in difficoltà (Grecia, Portogallo e Irlanda) e la c.d. Troika (Commissione, Bce e FMI) e contenute in tre diversi *Memoranda of Understanding*: un MoU riguardante le Politiche Economiche e Finanziarie, un Mou sulla specifica condizionalità economica e un Mou tecnico). I contenuti dell'accordo venivano, inoltre, trasposti in una Decisione del Consiglio, contenente solo gli aspetti più rilevanti dei programmi di assistenza economica. È seguendo questo schema di intervento che sono stati effettuati gli interventi emergenziali in Irlanda, Portogallo e Grecia.

Anche a seguito dell'istituzione di un meccanismo permanente, il MES, lo schema della condizionalità rimane sostanzialmente invariato. La negoziazione delle condizioni è posta in capo alla Commissione in collaborazione con la BCE e il FMI e l'accordo prende la forma di un MoU adottato dalla Commissione in nome degli Stati finanziati. Anche in questo caso le misure di condizionalità più rilevanti sono contenute in una decisione del Consiglio.

Come si può intuire, nonostante la condizionalità si sia affermata progressivamente come una costante dei meccanismi di salvataggio, manca ancora un coerente inquadramento giuridico della stessa.

Un primo intervento di razionalizzazione si è avuto con l'approvazione del regolamento 472/2013, il c.d. Two Pack, il quale ha previsto una regolamentazione unitaria della condizionalità, stabilendo un *framework* comune per tutti i meccanismi di assistenza. Tuttavia, tale intervento ha solo

ambito o addirittura lasciato impregiudicati alcuni aspetti problematici della condizionalità, in primis la natura giuridica dei MoUs, la scarsa trasparenza della loro adozione e l'emarginazione del ruolo dei parlamenti, sia europeo che nazionali, che verranno brevemente affrontati nell'analisi a seguire.

3. Le aporie sottese alla condizionalità

Come si è ampiamente ricostruito nel paragrafo precedente, le misure di condizionalità sono contenute in *Memoranda of Understanding*, siglati, generalmente, tra lo stato beneficiario dell'assistenza e la Commissione, sotto la supervisione della BCE e del Fondo Monetario Internazionale.

Uno degli aspetti giuridicamente più controversi ed ancora irrisolti, riguarda la loro natura giuridica e il loro rapporto con il diritto europeo.

Quanto al primo aspetto, la dottrina è divisa circa la natura giuridica o solo politica di tali atti. La dottrina maggioritaria li considera accordi semplificati privi di valore vincolante, poiché lo stato contraente può recedere in qualsiasi momento e poiché il loro mancato rispetto non prevede conseguenze giuridiche¹¹. Altri li considerano semplici accordi politici e di programma. Infine vi è chi li considera atti sui generis, non formalmente accordi internazionali ma aventi comunque un effetto vincolante¹².

Il secondo aspetto controverso della condizionalità riguarda il suo contenuto. Leggendo i diversi *Memorandum of Understanding* siglati da Grecia¹³, Portogallo¹⁴ e Irlanda¹⁵, emerge che le condizioni cui viene subordinata l'assistenza agli stati richiedenti riguardano in maniera massiccia i diritti sociali, in particolare sanità, educazione, sistema previdenziale, salari dei lavoratori, misure per la disoccupazione ecc. In questi ambiti, che, come già aveva affermato il *Bundesverfassungsgericht* nella sentenza *Lissabon*, costituiscono il nucleo duro della sovranità, le misure di condizionalità determinano «a sell-out of the political autonomy and responsibility of democratically legitimate institutions, an exchange of obedience for money».¹⁶

Infine un terzo elemento problematico riguarda il procedimento con cui vengono adottate le misure di condizionalità, che prevede la sostanziale estromissione del ruolo dei parlamenti nazionali.

Infatti la negoziazione delle condizioni e degli aiuti nell'ambito del MES è condotta dalla Commissione Europea, insieme alla BCE e al FMI, con l'esecutivo del paese beneficiario.

Una volta che tali condizioni vengono approvate dal Board of Governors, la Commissione firma il MoU in nome del MES. Anche nella fase di monitoraggio del rispetto delle condizioni il ruolo predominante è assunto dalla Commissione, dalla BCE e dal FMI.

Come si intuisce, né i parlamenti nazionali, né il parlamento europeo vengono coinvolti nella fase attiva della negoziazione delle condizioni e del monitoraggio del rispetto delle stesse.

I parlamenti nazionali sono, dunque, confinati nella penombra ad un ruolo di mera ratifica di decisioni prese altrove. In definitiva, come affermato da Habermas, i parlamenti nazionali «cannot avoid the suspicion of merely rubber-stamping prior decisions taken elsewhere – that is, merely

¹¹ A. Aust., *Modern Treaty Law and Practice*, CUP, 2013, cap. 3. Sul punto si veda anche C. Kilpatrick, *Are the Bailouts Immune to EU social challenge because they are not Eu law?*, in *European Constitutional Law Review*, 2014, 393 ss.

¹² A. Fisher Lescano, *Human Rights in Times of Austerity Policy*, Nomos 2014, 57.

¹³ Greece: Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality (9 February 2012).

¹⁴ Portugal: Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality (17 May 2011).

¹⁵ Ireland: Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality (3 December 2010).

¹⁶ Joerges and Glinski, *cit.*, 35.

reproducing them in a more concrete form. This suspicion inevitably corrodes any democratic credibility»¹⁷.

Proprio la presenza delle aporie insite nel regime di assistenza finanziaria agli Stati in difficoltà, qui solo brevemente accennate, ha costituito terreno fertile per l'intervento delle Corti, tanto nazionali che sovranazionali, sollecitate a pronunciarsi sugli aspetti più controversi della condizionalità, come verrà mostrato nell'analisi a seguire che si concentrerà in particolare sul ruolo della Corte di Giustizia.

4. La giurisprudenza della Corte di Giustizia

È forse scontato ricordare che la Corte di Giustizia, con la sua giurisprudenza, ha segnato le tappe fondamentali dello sviluppo dell'Unione e ha contribuito alla definizione dei tratti salienti dell'ordinamento giuridico europeo. Non sorprende dunque che anche in merito alle misure adottate per far fronte alla crisi, la Corte sia stata chiamata a pronunciarsi. Ma nei casi riguardanti tali provvedimenti la Corte, a differenza dell'attivismo dimostrato per esempio nella recente giurisprudenza in materia dei diritti fondamentali (*Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson* C-617/10, *Melloni* C-399/11), si è attenuta ad un atteggiamento di cautela.

Se tale atteggiamento può trovare giustificazione nel fatto che la politica economica è sempre stata un ambito in cui la Corte di Giustizia¹⁸ è intervenuta con parsimonia, tuttavia forse nei casi in oggetto vi erano i presupposti per una presa di posizione della Corte che potesse dipanare i dubbi che ancora circondano il tema delle misure anticrisi e della condizionalità.

La giurisprudenza della Corte di giustizia sulle misure anticrisi può essere classificata in due grandi categorie: i casi riguardanti la legittimità dei meccanismi e delle misure adottate in risposta alla crisi (i casi *Pringle* e *Gauweiler*) e i casi riguardanti la natura dei MoU e la loro relazione con il diritto europeo (e quindi oltre la loro giustiziabilità, il tema dell'applicabilità della Carta di Nizza agli stessi).

4.1. Il caso *Pringle*

Il caso *Pringle* e il recente caso *Gauweiler* sono sicuramente i due leading case in materia decisi dalla Corte. Essi hanno oggetto misure differenti (il primo la legittimità del MES alla luce dei Trattati e il secondo la legittimità del programma *Outright Monetary Transaction* (OMT) della Banca Centrale Europea) e tuttavia il loro esito di fronte alla Corte di Giustizia presenta molte analogie.

Il caso *Pringle*, originato da un ricorso in via pregiudiziale della Irish High Court ha ad oggetto la legittimità della procedura semplificata utilizzata per modificare l'art. 136 TFUE e "costituzionalizzare" così l'istituzione del MES, nonché la compatibilità del Trattato istitutivo del MES rispetto a diverse previsioni dei Trattati.

Entrambi i profili vengono dichiarati dalla Corte compatibili con il diritto dei trattati e in entrambi i casi proprio la condizionalità viene ad assumere un ruolo determinante.

In riferimento alla legittimità della procedura che ha portato a modificare l'art. 136 TFUE, la Corte afferma che la revisione incide solo sulla parte terza del Trattato, essendo il meccanismo ivi previsto relativo alla politica economica e non monetaria. Per questa ragione è possibile ricorrere alla procedura ex art.48.

¹⁷ J. Habermas, *The Crisis of the European Union: A Response*, Polity Press, 2012, 130.

¹⁸ Sul punto, F. Amentbrink, *New Economic Governance in the European Union: Another Constitutional Battleground*, in K. Purnhagen and P. Roth (Eds.), *Varieties of European Economic Law and Regulation*, Heidelberg-Dordrecht-London- New York, 2014.

Non solo, la Corte traccia anche il confine tra MES e diritto dell'Unione. Essa afferma, infatti, ribadendo il carattere intergovernativo del MES, che «gli Stati membri la cui moneta è l'euro sono competenti a concludere tra di loro un accordo relativo all'istituzione di un meccanismo di stabilità», ma sottolinea anche che «detti Stati membri non possono esimersi dal rispetto del diritto dell'Unione nell'esercizio delle proprie competenze in tale settore».

A questo proposito la Corte rinviene proprio nella rigorosa condizionalità cui il meccanismo di stabilità subordina la concessione di un'assistenza finanziaria ex art. 136 (3), la garanzia che il meccanismo nel suo funzionamento rispetti il diritto dell'Unione.

Sempre la condizionalità è al centro del ragionamento che la Corte svolge nella valutazione delle altre domande pregiudiziali, relative alla compatibilità del MES con le previsioni del TFUE ed in particolare in riferimento alla compatibilità di un meccanismo di assistenza con la clausola di *no bail-out* dell'art. 125 TFUE. Per la Corte quest'ultimo non osta all'istituzione di un meccanismo come il MES, proprio grazie alle condizioni cui l'assistenza viene subordinata: «alla luce di tale obiettivo perseguito dall'articolo 125 TFUE occorre considerare che tale disposizione vieta all'Unione e agli Stati membri la concessione di un'assistenza finanziaria che avrebbe l'effetto di pregiudicare lo stimolo dello Stato membro beneficiario di tale assistenza a condurre una politica di bilancio virtuosa. Come emerge dal punto 5 del parere della BCE sul progetto di decisione del Consiglio europeo che modifica l'articolo 136 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (...) l'attivazione (...) di un meccanismo di stabilità come il MES è compatibile con l'articolo 125 TFUE solo qualora essa risulti indispensabile per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso e sia soggetta a condizioni rigorose»¹⁹. E a questo proposito, proprio «la rigorosa condizionalità cui è subordinato qualsiasi sostegno alla stabilità fornito dal MES, mira a garantire il rispetto, da parte del MES e degli Stati membri beneficiari, delle misure adottate dall'Unione in particolare nel settore del coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, le quali, dal canto loro, mirano segnatamente a garantire il perseguimento di una politica di bilancio virtuosa da parte degli Stati membri»²⁰.

In definitiva, contrariamente a quanto affermato dall'avvocato generale²¹, per le Corte di Giustizia «conditionality becomes a requirement for the legality of financial assistance»²².

Se in *Pringle* vengono chiariti alcuni aspetti del meccanismo di assistenza finanziaria, altri rimangono irrisolti, come per esempio l'applicabilità ai MOU della Carta di Nizza. Questo aspetto viene solo lambito dalla Corte laddove essa afferma che, essendo il MES al di fuori dell'ordinamento giuridico dell'Unione, gli Stati membri nel parteciparvi non attuano il diritto dell'Unione e pertanto essi non sono tenuti al rispetto della Carta quando agiscono nell'ambito di tale meccanismo. Se la posizione degli Stati membri viene solo accennata, nulla si dice, invece, sull'eventuale obbligo delle istituzioni europee che agiscono nell'ambito del MES (Commissione e BCE) di rispettare la Carta di Nizza, aspetto affrontato dalla Corte solo di recente nel caso *Ledra Advertising* (C-8/15) del 20 Settembre 2016, che verrà analizzato in conclusione del presente contributo.

¹⁹ C-370/12, par. 136.

²⁰ *Idem*, par. 143.

²¹ Conclusioni A.G. C-370/12, par. 136-144

²² A. Hinarejos, *The Euro area crisis in constitutional perspective*, Oxford, 2015, 126.

4.2 Il caso *Gauweiler*

Anche nel recente caso OMT, che ha visto un serrato “dialogo” tra la Corte di Giustizia e il *Bundesverfassungsgericht* - conclusosi il 21 giugno 2016 con l’ultima pronuncia di quest’ultimo che ha sostanzialmente avallato l’interpretazione a favore della legittimità dell’OMT data dalla Corte di Giustizia nella pronuncia del 16 giugno 2015 - la condizionalità viene ad assumere un ruolo legittimante la misura contestata, ovvero il programma *Outright Monetary Transaction* della Banca Centrale Europea.

Nel suo primo rinvio pregiudiziale il *Bundesverfassungsgericht* contesta, infatti, la legittimità del programma OMT - solo annunciato dal Presidente della BCE Draghi in conferenza stampa nel 2012, ma mai attuato - che prevedeva l’acquisto da parte della BCE di titoli di stato sul mercato secondario di quei paesi che avessero aderito ad un programma di assistenza finanziaria del Fondo Europeo di Stabilità Finanziaria (FEFS) o del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES).

Tale misura, secondo il giudice del rinvio si configura come atto *ultra vires*, in quanto, trattandosi di una misura di politica economica, esula dalle competenze attribuite alle BCE, di natura strettamente monetaria - rintracciabili nel combinato disposto degli artt. 119 TFUE, 123 TFUE e 127 TFUE, nonché degli articoli da 17 a 24 del Protocollo sullo Statuto del sistema europeo di banche centrale (SEBC) - e viola il divieto di finanziamento monetario degli Stati membri della zona euro (art. 123 TFUE). Quattro sono in particolare gli aspetti di dubbia legittimità del programma OMT sollevati dal giudice tedesco: (1) la condizionalità, cioè il fatto che il programma OMT fosse collegato ai programmi di assistenza come il MES e EFSF; (2) la selettività, ovvero il fatto che si rivolgesse ad un target specifico di Stati membri e non alle generalità degli stessi; (3) il parallelismo, perché si pone in concomitanza con i programmi di aggiustamento economico; (4) circonvenzione, cioè la capacità del programma di minare i limiti e le condizioni poste dai programmi di aggiustamento economico.

La Corte di Giustizia ha respinto tale interpretazione, riconducendo il programma OMT nell’alveo delle misure di politica monetaria e, dunque, nei poteri della BCE. Il trattato, infatti, non definisce il contenuto della politica monetaria, ma solo i suoi obiettivi (la stabilità dei prezzi) e i mezzi di cui dispone il Sistema Europeo delle Banche Centrali (SEBC) per attuarla. L’obiettivo dichiarato del programma OMT consiste nel preservare al tempo stesso un’adeguata trasmissione della politica monetaria e l’unicità di tale politica. Poiché, come afferma la Corte «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 che esso emette sul mercato monetario ai vari settori dell’economia²³», e poiché un funzionamento deteriorato del meccanismo di trasmissione altera l’efficacia delle misure adottate dal SEBC, pregiudicando la capacità di quest’ultimo di garantire la stabilità dei prezzi, “le misure intese a preservare tale meccanismo di trasmissione possono essere ricondotte all’obiettivo principale definito all’articolo 127, paragrafo 1, TFUE²⁴».

Una volta ricondotto il programma OMT nell’alveo della politica monetaria, la corte deve affrontare anche il profilo della sua selettività, ovvero il fatto che l’attivazione del programma OMT sia subordinata al fatto che lo Stato assistito partecipi ad uno dei programmi di aggiustamento economico previsti dal MES e sia sottoposto ad un regime di stretta condizionalità.

In riferimento a tale profilo la Corte è chiamata a valutare se il meccanismo in parola costituisca una violazione dell’art. 123 TFUE che impone un divieto di assistenza finanziaria agli Stati, nonché un divieto di misure ad effetto equivalente. La *ratio* di tale previsione risiede nella volontà di

²³ C-62/14, par. 50.

²⁴ *Ibidem*.

sollecitare 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 a un indebitamento eccessivo o a disavanzi eccessivi degli Stati membri. Proprio la subordinazione del programma OMT ad un regime di stretta condizionalità e al rispetto integrale dei programmi di aggiustamento strutturale ai quali sono sottoposti gli Stati membri interessati, «esclude che un programma come quello annunciato nel comunicato stampa possa incitare tali Stati a rinunciare al risanamento delle loro finanze pubbliche fondandosi sulle facilitazioni di finanziamento che potrebbero derivare dall'attuazione di un programma siffatto²⁵».

In altri termini, come è stato osservato «un prestito ad uno Stato assistito da un programma di risanamento (così come l'acquisto da parte della BCE dei titoli emessi da quello Stato) non costituisce un finanziamento illegittimo, ma un atto che si inserisce in un processo di aggiustamento dei conti dello Stato e che proprio in conseguenza di tale aggiustamento verrà restituito²⁶».

Come in *Pringle*, dunque, la condizionalità assurge ad elemento fondamentale per la legittimità alla luce dei Trattati della misura contestata, confermandosi quale (nuovo) strumento chiave della *governance* europea, tanto che in dottrina è stato enfatizzato il suo ruolo come motore della "trasformazione" dell'Unione nelle more della crisi.

5. La Condizionalità nell'ordinamento europeo: i nodi irrisolti

Sull'impatto costituzionale della crisi, la letteratura è divisa: mentre la dottrina maggioritaria ha parlato di *constitutional mutation*²⁷, vi è autorevole dottrina che ha inquadrato l'impatto della crisi nel paradigma dell'*institutional variation*²⁸. Non è questa la sede per entrare nel dettaglio di simile dibattito, che ci porterebbe al cuore della "legal nature" dell'Unione post-crisi. Ai fini del presente lavoro basti notare che, quale che sia l'interpretazione data alle conseguenze della crisi - massimalista o minimalista - siamo di fronte ad una metamorfosi all'interno dell'Unione, in termini, tra gli altri, di divisione dei poteri, di rapporti tra gli stati (con una crescente asimmetria tra gli stessi) e non ultimo dei tratti fondamentali della *governance* economica. In tale processo di trasformazione, la condizionalità ha svolto, come si è cercato di mettere in luce attraverso l'analisi della giurisprudenza, un ruolo determinante.

Il primo riferimento non può essere alla modifica dell'art. 136 TFUE, il quale è stato emendato proprio al fine di fornire una base di legittimità all'istituzione del MES e delle misure di stretta condizionalità da esso previste.

Inoltre, sebbene non formalmente, altre previsioni dei trattati sono state modificate in via interpretativa, a seguito della giurisprudenza comunitaria che si è sopra ricostruita. Pochi dubbi infatti permangono circa il "nuovo" e ampio significato dell'art. 123 e dell'art. 125 TFUE, avallato dalla Corte di Giustizia.

Non solo ma anche l'istituzione di nuovi meccanismi (il MES) al di fuori del diritto dei trattati, e il rafforzamento del ruolo della BCE contestualmente all'ingresso del FMI nel panorama della *governance* economica, hanno certamente mutato l'architettura istituzionale dell'Unione.

²⁵ *Ibidem*, par. 120.

²⁶ 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 www.federalismi.it.

²⁷ Per una completa analisi di tale letteratura si rimanda a G. Martinico, *EU crisis and constitutional mutations: a review article*, in *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, 165, 2014, 247-280.

²⁸ B. De Witte, *Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?*, *European Constitutional Law Review*, 11, 2015, 434-457.

In questo quadro, se pochi dubbi permangono sul fatto che la condizionalità sia divenuta strumento di governance economica a tutti gli effetti e motore della trasformazione, molti rimangono i nodi irrisolti e problematici che attengono in particolare alla sua natura giuridica e alla sua forza vincolante. Tali aspetti emergono in particolare in quel filone giurisprudenziale concernente la legittimità di misure nazionali adottate sulla base dei *Memoranda of Understanding* siglati tra lo Stato debitore e i vari meccanismi di salvataggio. La Corte ha assunto una posizione costante nell'affermare di non avere competenza non ravvisando alcun legame delle misure contestate con il diritto dell'Unione (C-128/12 Sindicato dos Bancários do Norte e Altri v BPN – Banco Português de Negócios, SA) e C-665/13 Sindicatos Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins). Si tratta di una giurisprudenza problematica in cui la Corte sembra volere lasciare aperte questioni fondamentali come la legittimità della condizionalità, la natura giuridica dei MoU, e la loro giustiziabilità alla luce della Carta di Nizza, anche quando sono chiaramente le istituzioni europee (la Commissione) ad agire nell'ambito del MES. Questa reticenza della Corte a pronunciarsi sulla natura delle misure di condizionalità quando in gioco è la tutela di diritti fondamentali stride solo apparentemente rispetto alla lettura che della stessa viene data in *Pringle* e *Gauweiler*, quale elemento legittimante le misure di salvataggio stesse. I due filoni giurisprudenziali rispondono, infatti, alla medesima *ratio*, tipica del ruolo del giudiziario in contesti di emergenza: «the courts are reluctant to invalidate emergency measures because the assumed political stakes of such a decision are generally higher than with “normal” acts of authority»²⁹. Nel caso della crisi economica, il ruolo della Corte di Giustizia è stato ancor più imponente, se è vero ciò che rileva una dottrina particolarmente critica e cioè che «its rulings did not merely accommodate the respective emergency measures within the EU law; they also cemented those concomitant authority structures which lean towards authoritarianism rather than constitutionalism»³⁰, o, volendo essere meno trenchant, ad una “circumvention”³¹ del diritto costituzionale europeo.

Un nuovo corso sembra tuttavia essersi aperto con la recente decisione della Corte di Giustizia nel caso *Ledra Advertising* (C-8/15), riguardante il ruolo della Commissione e della BCE nella negoziazione e ratifica del Mou concluso tra la Repubblica di Cipro e il MES. Nel caso in esame, la Corte di giustizia, adita dai ricorrenti – cittadini ciprioti - con ricorso di annullamento, ha avuto modo di esprimersi sul ruolo della Commissione e in generale delle Istituzioni europee quando le stesse operano nell'ambito del MES, i cui atti, come ribadisce la Corte, sono estranei all'ordinamento giuridico dell'Unione (par. 54). Quest'ultima circostanza, precisa la Corte, non esime le Istituzioni europee dallo svolgere le attribuzioni loro proprie previste dai Trattati. In particolare la Commissione ha il compito, sancito dall'art. 17 par. 1 TUE di vigilare sull'applicazione del diritto dell'Unione e nel suo ruolo di custode dei trattati «dovrebbe astenersi dal firmare un protocollo d'intesa sulla cui compatibilità con il diritto dell'Unione nutra dubbi»³².

Per la prima volta nella giurisprudenza della crisi, la Corte di giustizia si pronuncia sulla responsabilità delle istituzioni europee che partecipano ai meccanismi di salvataggio istituiti a di fuori del diritto dell'Unione.

E tuttavia, quella che è pur sempre una significativa apertura, nel caso di specie viene subito ridimensionata. Come nota, infatti, D. Sarmiento, «the judgment thus puts an end to a certain

²⁹ C. Kreuder Sonnen, *Beyond Integration Theory: The (Anti-Constitutional Dimension of European Crisis Governance)*, JCMS, 2016, 12 ed in particolare K. Lane Scheppelle, *The New Judicial Deference*, *Boston University Law Review*, vol. 92, n. 1, 89-170.

³⁰ C. Kreuder Sonnen, *cit.*, 12.

³¹ Tomkin, *Contradiction, Circumvention and Conceptual Gymnastics: The Impact of the Adoption of the ESM Treaty on the State of European Democracy*, 2013, in *German Law Journal*, 169-190.

³² C-8/15, par. 59.

ambiguity in the practice of the Institution's actions in non-EU contexts, which now comes full-circle under the scope of EU Law. But many questions still remain»³³, come per esempio la posizione degli Stati membri rispetto alle misure di condizionalità, le quali non essendo diritto dell'Unione non rientrano, almeno formalmente, nella fattispecie ex art. 51 della Carta dei Diritti Fondamentali.

Ora la domanda cruciale è la seguente: avrà la Corte, nel futuro prossimo, la volontà di concludere la parabola della condizionalità nell'ordimento europeo, chiarendone la natura giuridica e ratificandone il ruolo nella governance economica o deciderà, invece, di evitare di addentrarsi in un terreno tanto scivoloso e politicamente sensibile?

Abstract

During the Eurozone crisis the so called "conditionality" rose as a key instrument of the EU economic governance. This paper analyses the influence of the economic conditionality on Eurozone member States, looking at the most recent CJEU case law (Pringle C-370/12 and Gauweiler C-62/14). It argues that conditionality has become a pillar of the new economic governance, emerged after the Eurozone crisis and it is one of the most important features of the constitutional transformation of the EU legal framework.

³³ D. Sarmiento, *The Price of Borrowing EU Institutions, and the Price of Being Borrowed – A short comment on Ledra Advertising*, in www.despiteourdifferencesblog.wordpress.com, 2016.

Una Corte in prima linea: effetti politico-costituzionali della “giurisprudenza di crisi” del *Tribunal constitucional* portoghese

Sommario: 1. Breve introduzione - 2. Genesi del *Tribunal Constitucional* e sue competenze “anomale” - 3. Le critiche nazionali e internazionali all’“operato” del TC - 4. La “polverizzazione” dell’autorità del giudicato costituzionale a seguito dell’*Acórdão* n. 413/2014 - 5. Alla ricerca di un “tallone d’Achille” del TC? La vicenda dell’*Auditoria del Tribunal de Contas* sul bilancio interno. - 6. Conclusioni

1. Breve introduzione

Negli ultimi anni, diversi autori¹ si sono occupati di vagliare la c.d. “giurisprudenza di crisi” del *Tribunal constitucional* (d’ora in avanti “TC”) portoghese, ossia di quella lunga serie di pronunce² che, dal 2011 al 2014, hanno costretto il Governo del Paese lusitano a rimettere mano alle proprie misure economiche e di bilancio, prevalentemente dirette al taglio della c.d. “spesa sociale”, e, a seconda dei casi, ad intervenire con “manovre correttive”³.

In queste pagine non si ripeterà quanto già detto altrove da altri e, pertanto, non si analizzeranno, *uti singulae*, le sentenze richiamate; ma ci si occuperà, piuttosto, di identificare e analizzare le conseguenze politico-costituzionali che la “giurisprudenza di crisi”, nel suo complesso, ha prodotto sull’intero “sistema” di giustizia costituzionale portoghese⁴.

Del resto, come rilevato da un’attenta osservatrice italiana: «La gravità della congiuntura economica attraversata dal Portogallo si presenta agli occhi dello studioso con i caratteri di una situazione “limite”, come tale in grado di sottoporre a forte tensione, non soltanto l’equilibrio complessivo dei principi custoditi e promossi nel testo costituzionale, ma anche, in modo ancor più profondo, la tenuta di concetti essenziali per la stessa teoria costituzionale»⁵.

* Le traduzioni dal portoghese, dal francese e dall’inglese presenti in questo articolo, ove non diversamente indicato, sono opera dell’Autore.

¹ A titolo meramente esemplificativo si vedano, per la dottrina italiana, i seguenti contributi: A. Canepa, *Crisi economica e costituzione in Portogallo. La “giurisprudenza di crisi” del Tribunale costituzionale tra diritti sociali ed emergenza finanziaria*, in *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*, Napoli, 2016, 227-262; R. Cisotta, D. Gallo, *Il Tribunale costituzionale portoghese, i risvolti sociali delle misure di austerità ed il rispetto dei vincoli internazionali ed europei*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2013, 465-480; E.I. Pampalone, *C’è un Giudice a Lisbona. Il Tribunal Constitucional di fronte alla crisi economica*, in www.federalismi.it, 13, 2014; T. Abbiate, *Le Corti costituzionali dinanzi alla crisi finanziaria: una soluzione di compromesso del Tribunale costituzionale portoghese*, in *Quad. cost.*, 1, 2013, 146-149; Id., *Il Tribunale costituzionale portoghese al tempo della crisi: una nuova pronuncia in materia di bilancio*, 2, 2013, 438.

² Si fa riferimento qui alle sentenze (*Acórdãos*) del TC nn. 396/2011; 353/2012; 187/2013; 862/213; 413/2014; 572/2014; 574 e 575/2014.

³ Ad esempio, con la sentenza n. 187/2013 del 5 aprile 2013, che aveva dichiarato l’incostituzionalità di «quattro misure su nove» della legge di bilancio (*Lei do Orçamento do Estado*, LOE) per il 2014, si era prodotta una mancanza di risparmio di spesa pari a «circa 1,3 miliardi di euro», subito, il 18 aprile dello stesso anno, “coperta” dal Governo con nuove misure con «tagli alla spesa per 800 milioni di euro a tutti i servizi pubblici» e per ulteriori 500 milioni in altri settori (T. Abbiate, *Il Tribunale costituzionale*, cit., 439-444; per un’analisi più approfondita in termini di impatto macroeconomico della sentenza *de qua*, v. R. Cisotta, D. Gallo, *Il Tribunale costituzionale*, spec. 469 ss.). Le misure ritenute incostituzionali dal TC avrebbero comportato una riduzione del pagamento delle ferie per i lavoratori nel settore pubblico, un’estensione del taglio delle ferie per ricercatori e docenti, il blocco temporaneo del pagamento del 90% delle ferie e dei sussidi dei pensionati e una aliquota contributiva a carico dei percettori di indennità di disoccupazione e di malattia. Di un precedente «buco» di 390 milioni di euro, aperto dalla sentenza n. 862 del 2013, parla E.I. Pampalone, *op. cit.*, 17.

⁴ Sul tema dell’«*impacto jurídico da jurisprudência da crise*» una prospettiva più generale e teorica è offerta da J.M. Alexandrino, *O impacto jurídico da jurisprudência da crise*, testo dell’intervento pronunciato alla Conferenza «Debates sobre a Jurisprudência da Crise em Tempo de Viragem», organizzata dall’Istituto de Scienze giuridico-politiche della Facoltà di Diritto dell’Università di Lisbona e dall’Istituto di Politiche pubbliche Thomas Jefferson - Correia da Serra, il 3 Novembre 2014 (il testo è reperibile *on line* al seguente indirizzo: www.icjp.pt).

⁵ E.I. Pampalone, *op. cit.*, 10.

Non a caso, come titolo di questo breve saggio, si è scelto di utilizzare un termine preso a prestito dal linguaggio militare⁶. La “prima linea”, in ogni battaglia, o avanza compatta o è annientata. Il TC, collocandosi in “prima fila” contro una politica governativa rivolta “all’austerità”, ha scelto di assumersi dei gravi rischi in termini di stabilità economica e finanziaria del Paese, di rispetto degli impegni assunti dal Governo in ambito internazionale⁷, di corretto equilibrio tra poteri dello Stato e, perfino, di immagine pubblica della propria istituzione. Se, da un lato, ciò ha rappresentato un esemplare baluardo dei diritti minimi connessi ad uno Stato sociale, dall’altro, il TC sembra aver commesso un grave errore dividendosi proprio nei momenti in cui l’unità era necessaria.

Fuor di metafora, mi sembra si possa ascrivere alla “giurisprudenza di crisi” del Tribunale l’essere stata la causa di almeno tre differenti ricadute “strutturali”, con effetti, rispettivamente, a breve, medio e lungo termine: 1) degli attacchi ai giudici da parte di esponenti politici e istituzionali di rilievo; 2) estrema frammentazione interna al TC con conseguente “polverizzarsi” dell’autorevolezza del giudicato costituzionale; 3) la ricerca di debolezze sistemiche del TC da parte di altri organi costituzionali (si avrà modo di vedere, nella specie, l’azione “inaudita” del *Tribunal de Contas*).

A queste ricadute di tipo ordinamentale o vertenti sulla posizione del TC nel “regime” – per usare un’espressione presa a prestito dalla scienza politica – costituzionale portoghese, si devono aggiungere, come detto, le preoccupazioni sorte riguardo al mantenimento degli impegni assunti in sede internazionale e, più in generale, al possibile *vulnus* apportato a quell’antico principio della separazione dei poteri, cui anche la costituzione portoghese si è ispirata.

2. Le critiche nazionali ed internazionali all’“operato” del TC

La natura della giurisdizione costituzionale portoghese non si discosta da quel paradigma «contro-maggioritario» che caratterizza l’essenza stessa del controllo di costituzionalità, naturalmente teso alla salvaguardia dei diritti delle minoranze contro atti, provvedimenti o “comportamenti” della maggioranza politica del momento⁸. Come già osservato da alcuni, esiste un collegamento, una specie di «cinghia di trasmissione giurisdizionale», tra opposizione politica e attività dei giudici costituzionali in quanto, l’opposizione, almeno nei regimi democratici, tende sempre a «giurisdizionalizzare» i processi legislativi, onde ottenere “per via giudiziaria” quanto non riesce a ottenere mediante “azioni” politiche⁹.

In Portogallo, per la verità, tale ruolo “oppositivo” è stato per lo più svolto dal Presidente della Repubblica (cui compete la possibilità di introdurre ricorsi per controlli di costituzionalità preventivi e successivi sulle leggi approvate dall’Assemblea e sui decreti del Governo) ogni qualvolta egli si sia trovato dinanzi ad una maggioranza parlamentare (e ad un Governo) di opposto colore politico¹⁰.

⁶ Altri Autori hanno preferito immagini più naturalistico/pittoriche, come J.R. Novais, *Em defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos críticos*, Coimbra, 2014, 47, secondo cui il TC si sarebbe eretto “contra ventos e mares”.

⁷ Si fa riferimento qui ai due accordi del maggio 2011 e, segnatamente, al *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality* (MoU) del 18 maggio 2011, che ha richiamato anche le condizioni stabilite dal precedente *Memorandum of Economic and Financial Policies* (MEFP). Il rispetto degli obiettivi macroeconomici fissati da questi accordi era stato espressamente posto come elemento condizionante la successiva erogazione delle *tranche* di prestito da parte della c.d. *troika* (Commissione, Banca Centrale Europea e Fondo Monetario Internazionale). Il c.d. PAEF (*Programa de Ajustamento Económico e Financeiro*), tuttavia, era basato su un più largo insieme di documenti comprendente anche una lettera di intenti del Governo portoghese e del *Banco do Portugal* e il TMU (*Technical Memorandum of Understanding*), che si occupa di definire i criteri di verifica del raggiungimento degli obiettivi condizionali; per il dettaglio di queste vicende v. R. Cisotta, D. Gallo, *op. cit.*, 466 ss.

⁸ Sul valore “contro-maggioritario” della giurisdizione costituzionale portoghese A. de Araújo, P.C. Magalhães, *A justiça constitucional: uma instituição contra as maiorias?*, in *Análise Social*, XXXV, 154/155, *passim*; più in generale, invece, P.C. Villalón *Legitimidade da Justiça Constitucional e o Princípio da Maioria*, in AA.VV., *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, 1995.

⁹ Cfr. A. Stone, *Judging socialist reform. The politics of coordinate construction in France and German*, in *Comparative Political Studies*, XXVI, 4, 1994, 447 citato in A. de Araújo, P.C. Magalhães, *op. cit.*, 218.

¹⁰ In questo senso v. A. Canepa, *Modalità strutturali ed organizzative dell’organo di giurisdizione costituzionale come elementi di tutela della sua indipendenza: osservazioni sul caso portoghese*, in P. Costanzo (cur.), *L’organizzazione e il funzionamento*

Non a caso, infatti, anche le recenti sentenze “di crisi” sono derivate, prevalentemente, da ricorsi per controllo astratto successivo di costituzionalità, attivati dal Presidente della Repubblica¹¹, dal *Provedor de Justiça*¹² e dai deputati dell’opposizione¹³.

Ad ogni modo, le critiche contro l’operato del TC sono aumentate a mano a mano che la “giurisprudenza di crisi” si è venuta “sviluppando” nel corso dei tre anni (dal 2011 al 2014). A seguito dell’*Acórdão* n. 413/2014, ad esempio, le critiche, piovute numerose dagli ambienti governativi, hanno assunto i caratteri di una vera e propria delegittimazione del Tribunale. Meritano di essere ricordate, a questo proposito, le gravi dichiarazioni rese dal primo ministro, Pedro Passos Coelho, il quale arrivava (polemicamente) a chiedersi: «Com’è possibile che una società con trasparenza e maturità democratica conferisca tali poteri a qualcuno che non è stato eletto democraticamente?»¹⁴. Lo stesso primo ministro prospettava la necessità di una riforma complessiva delle modalità di designazione dei membri del TC. Altri esponenti della maggioranza, invece, ventilavano la possibilità di comminare (addirittura) «sanzioni giuridiche» nei confronti dei giudici “responsabili” di queste sentenze¹⁵.

Le critiche all’operato del TC non sono rimaste confinate al solo panorama politico nazionale ma sono state rivolte anche dai rappresentanti locali della commissione europea¹⁶. Questi ultimi non hanno mancato, infatti, di rilevare come il TC, fin dalla data della sua creazione, sia stato sospettato di scarsa indipendenza politica¹⁷ e che nella «corrente situazione politico-finanziaria ogni attivismo politico della sua giurisdizione può avere pesanti conseguenze per il Paese»¹⁸.

Nell’impossibilità, in un breve scritto come questo, di dar conto delle numerose critiche della dottrina, basterà ricordare che autorevole dottrina ha ritenuto che la giurisprudenza di crisi del TC abbia portato a precedenti «instabil(i) e dubbios(i)»¹⁹.

Il TC, come comunemente è fatto osservare, soffre – per composizione e competenze – di una fisiologica “sovraesposizione” rispetto alle competenze di altri organi dello Stato e alla vita interna dei partiti politici²⁰, una posizione “pericolosa”, che, tuttavia, ha saputo gestire nella misura in cui,

della Corte costituzionale, Torino, 1996, 601 s., spec. nt. 131 e 132 e M. Lobo Antunes, *A fiscalização da constitucionalidade das leis no primeiro período constitucional: a Comissão Constitucional*, in *Análise social*, 1984, 314 s. La latitudine di questi poteri presidenziali “di iniziativa” ha fatto temere che il Capo dello Stato potesse «utilizzare l’attivazione del controllo di costituzionalità come strumento di opposizione all’indirizzo politico di maggioranza» (v. A. Canepa, *Modalità, cit.*, 570)

¹¹ V. *Acórdãos* 187/2013, con riferimento al ricorso n. 2 del 2013.

¹² V. *Acórdãos* 187/2013, con riferimento al ricorso n. 11 del 2013.

¹³ V. *Acórdãos* 187/2013, con riferimento ai ricorsi nn. 5 e 8 del 2013. La considerazione di questo aspetto non è sfuggita alla dottrina, la quale ha rilevato come dei tre attori citati nessuno abbia proposto ricorso in via preventiva ma abbiano sempre atteso di farlo in via successiva (così, ad es., A. Sousa Pinheiro, *A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013)*, in *Observatório da Jurisdição Constitucional*, VII, 1, 2014, 169.

¹⁴ Le dichiarazioni citate sono state tradotte (dall’autore) da quelle riportate da L. Alvarez, *Passos sobre parada na guerra contra o TC*, in *Público*, 05/06/2014. Le stesse dichiarazioni sono riprodotte e criticate da J.R. Novais, *Em defesa, cit.*, 5 e, a commento delle stesse, A. Canepa, *Crisi economica, cit.*, 250, ha fatto correttamente osservare che «Simili dichiarazioni, oltre a rievocare illiberali concezioni di democrazia assoluta miranti solo a svincolare i poteri politici dall’osservanza della costituzione (e quindi a vulnerare il principio stesso di Stato di diritto che sta alla base delle liberal-democrazie contemporanee), sottacciano il fatto che proprio i giudici del TC portoghese sono tutti riconducibili alla volontà del Parlamento (...) e quindi godono di un’indiretta legittimazione democratica almeno pari a quella del Governo».

¹⁵ A. Canepa, *Crisi economica, cit.*, 250, porta ad esempio l’intervista rilasciata da Teresa Leal Coelho, vice-presidente della Commissione politica nazionale del Partito socialdemocratico, al giornale *O Público*, il 10/6/2014.

¹⁶ Emblematico, in questo senso, il *Political Report* del 15/10/2013, intitolato *Will the Constitutional Court put at risk the MoU implementation?* Tale documento interno, reso pubblico sui giornali (ed oggi facilmente reperibile a questo indirizzo: www.publico.pt), contiene, come ricordato nel testo, una disamina poco lusinghiera dell’operato del giudice costituzionale lusitano.

¹⁷ *Ibidem*, 1.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Analogamente C. Blanco de Moraes, *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso*, in André Fellet e Marcelo Novelino (org.), *Constitucionalismo e Democracia*, Salvador-Bahia, 2014, 393.

²⁰ Sul sito internet del Tribunale, ad esempio, deve essere pubblicata una lista dei «partiti registrati e loro denominazioni, sigle e simboli» (ex art. 223, c. 2, lett. e), CRP ed art. 9 LTC) e alla registrazione di questi provvede lo stesso tribunale.

per più di vent'anni, raramente le sue pronunce si sono dimostrate di "rottura" rispetto a scelte politiche "fondamentali" del legislatore (o direttamente legate alla "sopravvivenza" dell'Esecutivo). E, nel momento in cui il TC ha deciso di abbandonare la sua (tradizionale) "prudenza"²¹ e di "ingaggiare" uno "scontro aperto" - benché altalenante - con la politica dell'Esecutivo, non solo sono state messe in dubbio la sua neutralità, la coerenza delle sue decisioni e la loro adesione al dettato costituzionale, ma la stessa tenuta interna all'organo è stata posta in discussione.

3. La "polverizzazione" dell'autorità del giudicato costituzionale a seguito dell'Acórdão n. 413/2014

Secondo la maggior parte dei commentatori il «punto più alto della tensione inter-istituzionale»²² si sarebbe raggiunto a seguito della pronuncia n. 413 del 2014. Con la sentenza citata, infatti, il TC ha dichiarato incostituzionali alcune importanti misure "di contenimento di spesa", previste dalla legge di bilancio (LOE) per il 2014, costringendo il Governo a varare nuove misure correttive al fine di poter confermare l'uscita definitiva del Paese dal PAEF (*Programa de Ajustamento Económico e Financeiro*)²³. Ed è proprio a seguito di questa pronuncia che si sono registrate le più violente dichiarazioni, già ricordate sopra, da parte di esponenti politici e istituzionali.

Se è possibile affermare che la sentenza n. 413/2014 ha rappresentato l'apice dello scontro tra TC e Governo essa ha anche messo a dura prova la "tenuta" istituzionale del TC e la sua stessa credibilità di organo giudicante. La motivazione di questa sentenza (ma già si erano avute le prime avvisaglie con la decisione n. 187 del 2013), infatti, è particolare: tutti i tredici giudici, presidente compreso, hanno ritenuto di dover aggiungere «declarações de voto». Tali dichiarazioni possono contenere o delle *concurring opinions*, attraverso le quali i singoli giudici esprimono diverse valutazioni (e argomentazioni a sostegno della decisione adottata a maggioranza), oppure delle vere e proprie «dissenting opinions» (i cc.dd. «votos de vencido») allorché dissentono rispetto ad uno o più punti della decisione²⁴.

La sentenza n. 413/2014 contiene una decisione di mero "compromesso", in cui tutti i giudici del collegio hanno dimostrato, con argomentazioni più o meno diffuse, di essere in disaccordo con uno o più punti della motivazione, la quale è così costretta a rinunciare, in partenza, ad ogni pretesa di

Al TC sono egualmente proponibili ricorsi contro le elezioni e le decisioni prese dagli organi interni dei partiti nonché riservata la decisione in merito alla estinzione dei partiti e alle coalizioni degli stessi. Il TC ha, inoltre, la possibilità di sindacare la regolarità dei bilanci interni ai partiti e, eventualmente, applicare le corrispondenti sanzioni. Dal gennaio 2005, poi, ha competenza anche in materia di conti e finanziamenti delle campagne elettorali (applicando le sanzioni corrispondenti a fronte di riscontrate irregolarità).

Sempre nel perseguimento di quel «controllo della regolarità costituzionale e legale del processo politico» (J.J. Gomes Canotilho, V. Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, III ed., Coimbra, 1993, 841), ritenuto il ruolo fondamentale, svolto dai partiti, di *medium* nel processo democratico; ai sensi dell'art. 10 della LTC, i giudici costituzionali portoghesi possono sciogliere «qualsiasi organizzazione» che accolga l'ideologia fascista. Il controllo, in questi casi, si limita alla dichiarazione di scioglimento, con la conseguenza di impedire, con tale dichiarazione, lo svolgimento di attività ulteriori dell'organizzazione, e alla eventuale confisca dei beni della stessa; l'accertamento di eventuali responsabilità penali è rimesso, tuttavia, alla competenza della magistratura ordinaria.

²¹ Dato evidente, secondo alcuni commentatori, almeno in tema di diritti sociali; v. ancora B. Mac Croire, *op. cit.*, 14.

²² Così A. Canepa, *Crisi economica*, cit., 250.

²³ Si fa riferimento qui ai due accordi del maggio 2011 e, segnatamente, al *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality* (MoU) del 18 maggio 2011, che ha richiamato anche le condizioni stabilite dal precedente *Memorandum of Economic and Financial Policies* (MEFP). Il rispetto degli obiettivi macroeconomici fissati da questi accordi era stato espressamente posto come elemento condizionante la successiva erogazione delle *tranche* di prestito da parte della c.d. *troika* (Commissione, Banca Centrale Europea e Fondo Monetario Internazionale). Il c.d. PAEF (*Programa de Ajustamento Económico e Financeiro*), tuttavia, era basato su un più largo insieme di documenti comprendente anche una lettera di intenti del Governo portoghese e del *Banco do Portugal* e il TMU (*Technical Memorandum of Understanding*), che si occupa di definire i criteri di verifica del raggiungimento degli obiettivi condizionali; per il dettaglio di queste vicende v. R. Cisotta, D. Gallo, *op. cit.*, 466 ss.

²⁴ V. art. 42.4 de la LTC, secondo il quale: «*Os juizes do Tribunal Constitucional têm o direito de fazer laorar voto de vencido*». Sull'importanza politica di queste dichiarazioni v. l'analisi di P.C. Magalhães, A. de Araújo, *A justiça constitucional entre o direito e a política: o comportamento judicial no Tribunal Constitucional português*, in *Análise Social*, XXXIII, 1998, 1, 7-53, ma *spec.* 29.

persuasività e di autorevolezza. La presenza di tredici diverse *declarações*, contenenti le spiegazioni dei numerosissimi *votos vencido*, rappresenta un chiaro indizio dell'estrema frammentazione interna all'organo giudicante (che è un rischio connesso alla – sebbene non necessariamente derivante dalla – scelta di concedere, ai membri dell'organo stesso, la possibilità di esprimere forme di *dissenting/concurring opinions*²⁵). Il verificarsi di un così radicale “sbriciolamento” della motivazione, in modo tale che non ne resti parte davvero “solida” o immune da contrasti di opinione, costituisce – comunque la si voglia leggere – un *vulnus* grave all'autorità del giudicato costituzionale (che pure rappresenta sempre un dato tendenziale, dipendente, da un lato, dalla persuasività degli argomenti spesi e, dall'altro, da elementi contingenti come il prestigio della corte, il momento socio/politico in cui la decisione è emessa, la comunicazione mediatica relativa alla pronuncia ecc.).

Il TC non solo ha prodotto una sentenza debole (quindi criticabile e ampiamente criticata), perché gli argomenti spesi (basati, peraltro, su un'innovativa interpretazione dell'art. 2 della Costituzione) sono stati, in qualche modo, “polverizzati” dalle dichiarazioni di voto, che hanno revocato in dubbio ogni singola parte di quell'itinerario logico-deduttivo che, in ogni sentenza, serve a tessere tra loro i vari argomenti, fondando la decisione finale. Il Tribunale non ha poi considerato la scarsa popolarità, dovuta, peraltro, a una persistente manipolazione mediatica dei contenuti della decisione e a una (generalmente) scarsa comprensione dei termini giuridici delle questioni, che una decisione del genere avrebbe avuto. Se, infatti, si fosse tenuto debito conto della portata del giudizio (e della “cattiva” pubblicità che ne avrebbe ricevuto da stampa e Governo), gli stessi giudici avrebbero forse perseguito una scelta di maggior compattezza interna al tribunale (nel senso di un favorevole concorso di un maggior numero di giudici alla decisione o di loro rinuncia ad apporre dichiarazioni in dissenso dalla maggioranza su singoli punti).

In termini generali, le diverse “sensibilità politiche” dei giudici hanno condotto a una generica sottovalutazione dell'importanza di preservare, aldilà del singolo giudizio, uno “spirito di corpo” o “una compattezza istituzionale”, tanto più necessarie quanto più gli attacchi politici volti a delegittimare la giurisdizione si moltiplicano.

4. Alla ricerca di un “tallone d'Achille” del TC? La vicenda dell'*Auditoria del Tribunal de Contas* sul bilancio interno

Il 21 aprile 2015 è stato pubblicato, sul sito del Tribunale dei Conti portoghese, il *Relatório* n. 6/2015, intitolato «*Auditoria ao Tribunal Constitucional, Ano 2013*»²⁶.

Il *Tribunal de Contas* (di seguito TdC) rientra, secondo la Costituzione del Paese²⁷, nell'elenco dei Tribunali dello Stato ed è qualificato come «l'organo supremo di controllo della legalità delle spese pubbliche e del giudizio sui conti che gli sono sottoposti»²⁸. Il TdC è composto dal presidente e da sedici giudici, di cui – così si prevede – deve essere «assicurata l'imparzialità». Il presidente del Tribunale è nominato dal Presidente della Repubblica (art. 133 Cost.) su proposta del Governo, gli altri giudici, invece, sono reclutati tramite concorso pubblico.

Il dettaglio delle competenze e del funzionamento del Tribunale è previsto dalla *Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas* (LOPTC)²⁹. E, ai sensi dell'art. 2 di questa legge, il TdC è

²⁵ Su tali questioni v. S. Panizza, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, 1998 e, più recentemente K. Kelemen, *Dissenting Opinions in Constitutional Court*, in *German Law Review*, XIV, 8, 2013, 1345-1371. Quest'ultima A. fa osservare, tuttavia, che solo in alcuni casi il divieto di esprimere *dissenting opinions* è stato usato per proteggere l'autorevolezza dell'organo appena istituito (cfr. *ivi*, 1356); in altri casi, tra cui vi è anche il Portogallo, questo strumento è nato e si è sviluppato assieme all'organo stesso e risulta assai più complesso definire se si tratti di un elemento che abbia inciso negativamente sulla giurisprudenza della Corte.

²⁶ V. sul sito dell'istituzione, www.tcontas.pt/pt. Per una cronaca giornalistica della vicenda: P. S. Dias e M. J. Lopes, *Auditoria revela descontrolo financeiro no Tribunal Constitucional*, in *Público* del 21/04/2015, in www.publico.pt.

²⁷ Art. 209, c. 1.

²⁸ «O Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe, competindo-lhe (...)» (art. 214, c. 1).

²⁹ V. la lei n. 98/97.

competente a sindacare, mediante l'attività di controllo finanziario e di controllo giurisdizionale, i bilanci degli organi che fanno parte del settore pubblico amministrativo (*Sector Público Administrativo*, SPA), del settore delle imprese pubbliche (*Sector Público Empresarial*, SPE) e, più in generale, di tutti gli organi che gestiscono o utilizzano denaro pubblico³⁰.

I suoi poteri di controllo sono di tipo preventivo, successivo o concomitante, con riferimento al momento in cui avviene la gestione o la spesa del denaro pubblico nelle «*entidades*» pubbliche soggette a controllo³¹.

Nell'ambito del controllo a posteriori, il TdC ha, tra gli altri, il potere di realizzare una *auditoria de contas* (ovvero l'attività definita di audit) con lo scopo di effettuare una verifica dei rispettivi sistemi di controllo interni, stimandone legalità, efficacia ed efficienza della gestione finanziaria; nonché un controllo del bilancio "in senso stretto", ovvero la verifica di ogni singola spesa effettuata e della sua legittimità³².

Il *rélatorio* di cui qui si intende trattare, nello specifico, costituisce la pubblicazione degli atti (gli atti di indagine del TdC sono soggetti, per legge, a pubblicità) del processo n. 19/14-AUDIT, che ha permesso al TdC, per la prima volta nella storia dell'istituzione, di raccogliere informazioni, analizzare il bilancio del *Tribunal Constitucional* (TC) per l'anno 2012 e 2013 e rendere un giudizio negativo sia per quanto riguarda il sistema di controllo interno all'organo sia per quanto riguarda il bilancio del Tribunale.

Le 245 pagine del dossier, che contengono sia l'*auditoria* del Tribunale sia le risposte dei vari soggetti interpellati (tra cui il Presidente del *Tribunal Constitucional*, gli ex Presidenti e il Segretario generale), ruotano attorno ad un nodo ermeneutico fondamentale: l'autonomia amministrativo-finanziaria del *Tribunal Constitucional*. Infatti, la legge di funzionamento del *Tribunal Constitucional* (LOFPTC) dispone, all'art. 5, che il TC è dotato di «autonomia amministrativa e di un bilancio proprio, da contarsi tra le spese generali della Nazione nel bilancio dello Stato». Questa formulazione non contempla espressamente anche «l'autonomia finanziaria» del TC, parlando solo, come appena visto, di autonomia amministrativa e di bilancio proprio. Ciò ha dato origine alla controversia interpretativa che resta il grande nodo irrisolto di tutta la vicenda.

Mentre il consiglio amministrativo (*conselho administrativo*) del TC, che è formato dal Presidente, da due giudici, dal Segretario generale, e dal dirigente dell'ufficio bilancio, riteneva implicito il riconoscimento dell'autonomia "anche finanziaria" (che sottrarrebbe il TC dal controllo del TdC) sulla base dell'espressa menzione del bilancio proprio e del combinato disposto tra l'art. 5 e 47-A e 47-F (che disciplinano il modo di formazione del bilancio del TC) della LOFPTC; al contrario, il TdC sosteneva che, sulla base della lei n. 8/90, ovvero la legge generale in materia di contabilità pubblica, potesse parlarsi di «autonomia amministrativa e finanziaria» solo in presenza di entrambi i requisiti legali e che, peraltro, al TC manchi un controllo interno indipendente; compito che, evidentemente (almeno nell'interpretazione datane dal TdC), doveva essere riservato allo stesso Tribunale.

D'altro canto, mentre il consiglio amministrativo del TC obiettava che la Costituzione fa espressa riserva al giudice costituzionale di una posizione di assoluta autonomia e indipendenza da ogni altro potere³³ e che sarebbe «incongruente e contrario al principio di unità del sistema giuridico» che il TC

³⁰ «Estão ainda sujeitas à jurisdição e ao controlo financeiro do Tribunal de Contas as entidades de qualquer natureza que tenham participação de capitais públicos ou sejam beneficiárias, a qualquer título, de dinheiros ou outros valores públicos, na medida necessária à fiscalização da legalidade, regularidade e correção económica e financeira da aplicação dos mesmos dinheiros e valores públicos» (art. 2, c. 3 LOPTC).

³¹ Per una breve ricapitolazione, in inglese, delle funzioni del TdC, v. J.F.F. Tavares, *Il Tribunal de Contas*, Coimbra, 1998, 1-2.

³² Tra gli altri, v. A.F. da Costa, J.M. Pereira, S.R. Blanco, *Auditoria do sector público no contexto da nova gestão pública*, in *Tékhné*, 5-6, 2006.

³³ Questa posizione "straordinaria" era stata rivendicata da tempo dal TC: «placé au sommet de la hiérarchie des tribunaux - du moins en ce qui concerne le contrôle de constitutionnalité - le Tribunal constitutionnel est un organe constitutionnel autonome qui occupe une position a se (intrinsèque) dans l'ordonnement juridique portugais, comme il en résulte de l'article 209^o, paragraphe 1, de la CRP, qui dispose que : «hormis le Tribunal constitutionnel, il existe les catégories suivantes de tribunaux (...)» v. António de Araújo, Luís Miguel Nogueira de Brito et Joaquim Pedro Cardoso da Costa, *Rapport*, cit., 2.

fosse equiparato ad uno qualunque dei “semplici” servizi centralizzati dello Stato, il TdC, invece, rispondeva sottolineando il fatto che «l’importanza o l’indipendenza funzionale dell’ente non sono criteri previsti dalla legge sulla contabilità pubblica»³⁴.

Per ora, come detto, il *rélatorio* è stato reso pubblico e notificato al Presidente della Repubblica, al Presidente dell’Assemblea nazionale, al Primo ministro nonché alla Procura generale presso il TdC. A quest’ultima spetterà decidere se procedere o no alla definizione di una responsabilità contabile nei confronti dei membri del *conselho administrativo* del TC.

Ad oggi, almeno per quanto consta a chi scrive, ancora nessuna pronuncia si è avuta sul caso (né da parte del TdC né dal TC); di conseguenza non è chiaro quale sia l’interpretazione, accolta dalla giurisprudenza, delle disposizioni indicate sopra.

Il contrasto tra i due “supremi” Tribunali, tuttavia, è di sicuro interesse tanto costituzionale, dato che vengono così posti in pericolo assunti “classici” come l’autonomia amministrativa e finanziaria del giudice costituzionale (portando, nel caso si consolidasse un’interpretazione sfavorevole al TC, alla sottoposizione del bilancio interno dell’organo titolare del giudizio di costituzionalità delle leggi al controllo di un altro e diverso organo costituzionale, per quanto teoricamente indipendente), quanto, soprattutto, per le immediate conseguenze in termini di immagine e prestigio del TC stesso³⁵, in un momento di ancora grave tensione tra esecutivo e giudici.

3. Conclusioni

Al termine di questa rivista delle “principali” conseguenze costituzionali e sistemiche della giurisprudenza di crisi del TC, sembra possibile individuare tre grandi “aree di impatto”. La prima, politica e non giuridica, è costituita dall’immagine pubblica dell’organo preposto al controllo di costituzionalità, il quale è stato fatto bersaglio di critiche aspre da parte di esponenti istituzionali di vertice, nazionali e internazionali. La dura campagna di legittimazione politico/mediatica è stata diretta all’affermazione di una responsabilità diretta del TC, il quale, abbattendo le misure “di austerità” del Governo, si sarebbe assunto la responsabilità del fallimento del “piano di salvataggio” del Paese.

Una seconda “area d’impatto”, politica ma con importanti riflessi giuridici, è legata al fenomeno che abbiamo definito di “polverizzazione dell’autorità” del giudicato costituzionale. La Corte, nella più clamorosa decisione della giurisprudenza di crisi, si è frammentata, adottando una sentenza rispetto alla cui motivazione tutti i giudici hanno sentito la necessità di discostarsi, allegando *declarações de voto* sull’uno o l’altro punto della stessa.

L’ultimo punto è ben rappresentato dalla vicenda del controllo del *Tribunal de Contas* sul bilancio interno del TC, che, oltre ad aver prodotto una dura reazione del TC stesso a difesa delle proprie prerogative costituzionali, ha fornito materia per una nuova campagna mediatica destinata a porre in evidenza gli «sprechi» dei giudizi costituzionali, i quali, in questa logica, avrebbero avuto un “privato” interesse al mantenimento di una spesa pubblica insostenibile.

In conclusione, la giurisprudenza di crisi del Tribunale, con pronunce comprese tra il 2011 e il 2014 ma con importanti strascichi fino ad oggi (v. il caso del TdC), ha significato, aldilà dei contenuti di merito delle pronunce – che, tuttavia, non sono stati oggetto di questa presentazione –, un pesante ridimensionamento in termini politici e giudici dell’immagine, dell’autorità delle pronunce e dell’indipendenza del Tribunale portoghese. Il contesto politico-sociale del Portogallo di questi anni, tuttavia, non è il solo responsabile di questa situazione: esso deve essere ascritto, in parte, all’insieme delle competenze (anomale, in quanto fortemente politiche) di cui l’organo per costituzione e per

³⁴ *Rélatorio* n. 6/2015, 245.

³⁵ V., ad es., H. Pereira, M. Santos, *Auditoria: excessos, gastos e carros a mais no Tribunal Constitucional*, in *Observador* del 21/4/2015. Si veda anche l’occhiello dell’articolo: «TC foi auditado pela primeira vez: carros para uso pessoal, dinheiro recebido a mais pelos juizes, avaliação dos funcionários por fazer.». (Così traducibile: «Il TC è stato oggetto di audit per la prima volta: macchine per uso personale, denaro ricevuto *brevi manu* dai giudici, valutazione dei funzionari ancora da fare.»).

legge è stato investito e, in parte, a scelte ampiamente criticabili dei giudici stessi, i quali non hanno saputo cogliere – nel momento di forse maggiore attacco alla loro istituzione di appartenenza – l'importanza (e oserei dire la necessità) di preservare una compattezza interna nel decidere in merito alle questioni più politicamente sensibili, eventualmente provando a percorrere strade diverse, di più ampia condivisione.

Abstract

This article aims to analyse the political and constitutional consequences of the so-called “jurisprudence of crisis” of the Portuguese Tribunal Constitutional by dividing them in three main topics: first, the consequences on the public image of the Tribunal as result of the strong political attack from national and international institutions; secondly, the consequences on the internal resistance of the Tribunal and the consideration about the “pulverization” phenomenon of the res judicata (as happened, mainly, after the ruling n. 413 of 2014) and, at last, the constitutional-systematic consequences of a truly interference, without precedents, in the internal life of the Tribunal, committed by the Tribunal de Contas by the means of the control on the Tribunal's own budget.

Giudice amministrativo ed economia

Sommario: 1. Premessa – 2. La “funzione” della giurisdizione amministrativa – 3. Il ruolo del GA nella definizione di rapporti conflittuali essenziali per il governo dell’economia – 4. Il rafforzamento del ruolo del GA nella definizione di rapporti conflittuali essenziali per il governo dell’economia – 5. La risposta del GA alla crisi economica in alcuni settori – 6. Il dibattito sull’attuale utilità di un giudice “speciale” per il potere amministrativo

1. Premessa

Questo studio si propone di favorire la discussione sul tema del rapporto fra giudice amministrativo ed economia, attraverso lo sviluppo consequenziale delle seguenti riflessioni.

La prima riguarda le ragioni della istituzione della giurisdizione amministrativa.

La seconda riguarda l’affermarsi del ruolo del giudice amministrativo nella definizione di rapporti conflittuali essenziali per il governo dell’economia.

La terza, che è complementare alla seconda, riguarda il costante e progressivo rafforzamento del ruolo del GA, nell’ambito della sua intera giurisdizione, e dunque anche nella definizione dei rapporti conflittuali essenziali per il governo dell’economia.

Una ulteriore e consequenziale riflessione riguarda la risposta del GA alla crisi economica in alcuni settori.

L’ultima riflessione, con la quale si vorrebbero anche porre a sistema quelle che precedono, riguarda il dibattito sull’attuale utilità di un giudice “speciale” per il potere amministrativo, e quindi, principalmente, la verifica dell’attuale permanenza e/o consistenza delle ragioni che hanno determinato l’istituzione e il successivo consolidamento della giurisdizione amministrativa.

2. La “funzione” della giurisdizione amministrativa

La prima riflessione riguarda dunque le ragioni della istituzione della giurisdizione amministrativa.

Con questo significato si parlerà qui, convenzionalmente, di “funzione” della giurisdizione amministrativa.

Dall’analisi diacronica e storica degli atti che hanno determinato l’istituzione e il successivo rafforzamento della giurisdizione amministrativa¹ si desume che la sua funzione è correlata, a ben vedere, alla esigenza di garantire una tutela adeguata non solo (o non tanto) all’amministrato nei confronti della P.a., ma anche (e prima ancora) all’interesse pubblico nei confronti dell’esercizio illegittimo del potere amministrativo.

Anzi, la prima finalità è una parte ancillare della seconda, nel senso che rileva nella misura in cui contribuisce a realizzare l’altra.

Si vuole in sostanza evidenziare che il parametro della difesa dell’interesse pubblico dall’esercizio illegittimo del potere amministrativo rappresenta l’essenza della giurisdizione del GA (oltre che il comune denominatore delle declinazioni, generale e speciali, che essa ha assunto a partire dal 1989, *infra*). Rappresenta inoltre, al tempo stesso, il fondamento e il limite della sua estensione alla tutela delle posizioni soggettive degli amministrati contro i privilegi paventati o reali della P.a.

L’istituzione, tramite la legge n. 5992 del 1989, della Quarta Sezione del Consiglio di Stato e con essa, in ragione delle funzioni che le venivano affidate, della giurisdizione amministrativa², è infatti

¹ Per la ricostruzione storica di questa evoluzione dalla condizione degli Stati italiani preunitari al Codice del processo amministrativo, entrato in vigore alla fine del 2010, si v., *ex multis*, A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, *ult. ed.*

² La tesi del carattere giurisdizionale della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, e della distinzione funzionale da essa delle prime tre sezioni consultive, fu dapprima accolta dalla Corte di cassazione (si v., *ex multis*, A. Travi, *op. cit.*) e successivamente consacrata dalla l. n. 62 del 1907, a partire dalla quale alla Quarta Sezione sono state aggiunte, sino a

avvenuta per colmare con efficacia generale, in relazione prima di tutto ai limiti c.d. esterni, il vuoto di tutela giurisdizionale che la legge di abolizione del contenzioso amministrativo, n. 2248 del 1865, aveva determinato affidando al giudice ordinario la risoluzione delle controversie sui diritti soggettivi vantati dagli amministrati nei confronti della P.a.³, e rimettendo invece la risoluzione delle controversie sulle altre posizioni soggettive vantate dagli amministrati nei confronti della P.a. e meritevoli di tutela a organi non giurisdizionali (l'amministrazione o il Re). Comunemente questa carenza veniva riferita al conseguente indebolimento della posizione dell'amministrato, non potendo l'amministrazione garantire un sindacato "terzo" e imparziale nei confronti di una azione che essa stessa aveva posto in essere. Tuttavia, a maggior ragione, e in una prospettiva dal raggio più ampio, questo punto di debolezza non poteva che essere riferito, prima di tutto, all'inesistenza di un sindacato terzo e imparziale sull'esercizio del potere amministrativo non conforme al diritto, e dunque lesivo dell'interesse pubblico.

A partire dalla legge n. 2248 del 1923 è tuttavia accaduto che, per rendere più effettiva la tutela apprestata dal GA sia avverso l'illegittimo esercizio dell'azione amministrativa sia, conseguentemente, a vantaggio delle situazioni soggettive incise da tale illegittimo esercizio, sono state individuate delle specifiche materie nelle quali il GA avrebbe potuto esercitare il suo sindacato in via principale anche sui diritti soggettivi, nell'ambito della c.d. giurisdizione speciale esclusiva. Al tempo stesso si è inoltre chiarito che, in tutti gli altri casi di giurisdizione amministrativa (ossia quelli che a questo punto venivano considerati afferenti alla c.d. giurisdizione generale di legittimità), il GA avrebbe potuto estendere il proprio sindacato ai diritti in via incidentale.

L'istituzione della Quarta Sezione è però avvenuta anche per colmare altro vuoto di tutela, riferito ai limiti c.d. interni della giurisdizione ordinaria, posto che al giudice ordinario era consentito di sindacare solo la legittimità (e non l'opportunità) dell'atto amministrativo, essendogli precluso peraltro non solo di revocarlo o modificarlo (ciò che conseguiva all'assenza di una giurisdizione estesa al merito), ma anche di annullarlo: unicamente gli si permetteva di accertarne incidentalmente l'illegittimità e di disapplicarlo. Le attività che gli erano precluse erano invece consentite agli organi non giurisdizionali cui era rimessa la risoluzione delle controversie fra amministrazioni e amministrati aventi a oggetto situazioni giuridiche diverse dal diritto soggettivo, ma ritenute ugualmente meritevoli di una qualche forma di tutela. Tali limiti interni non sono stati tuttavia integralmente colmati dalla giurisdizione amministrativa, nel senso che a questa è stato attribuito, in via generale, il potere di annullare i provvedimenti amministrativi per motivi di legittimità (ciò che si estende al sindacato sulla discrezionalità della P.a. per irragionevolezza e illogicità), mentre il GA può assumere decisioni riguardanti l'opportunità dell'azione amministrativa solo in alcuni specifici casi di giurisdizione estesa anche al merito: in tutte le altre ipotesi questo potere resta infatti affidato a organi amministrativi e non giurisdizionali.

Qui va tuttavia introdotta una precisazione necessaria. Se la giurisdizione speciale del GA estesa anche al merito è stata introdotta con le finalità che sin qui si sono riferite, tuttavia dal contenuto sia

oggi, altre tre sezioni giurisdizionali. Il sistema di giustizia amministrativa è stato completato con la istituzione, tramite la l. n. 1034 del 1971, emanata in attuazione dell'art. 125 c. 1 della Costituzione repubblicana, dei Tribunali amministrativi regionali, quali organi giurisdizionali di primo grado nei confronti delle cui decisioni il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale avrebbe svolto, come in effetti svolge, la funzione di giudice di appello.

³ Quello che all'epoca era l'organo deputato a risolvere i conflitti di attribuzione delle controversie fra il giudice ordinario e la P.a., vale a dire il Consiglio di Stato (il quale a tale compito provvedeva tramite le sue uniche tre sezioni consultive), riteneva peraltro che l'estensione della giurisdizione ordinaria nei confronti dell'amministrazione dovesse essere intesa in senso restrittivo, escludendo che potesse ammettersi a fronte di attività vincolata dell'amministrazione, e dunque escludendo che le posizioni soggettive frontiste degli amministrati potessero in questi casi essere considerate sostanzialmente corrispondenti al diritto soggettivo. Lo stesso orientamento è stato fatto proprio dalla Corte di cassazione quando, a decorrere dal 1877, le fu trasferita la giurisdizione sulla risoluzione di tali conflitti, si v., *ex multis*, A. Travi, *op. cit.*

delle norme che l'hanno disciplinata in passato sia di quelle che oggi continuano a disciplinarla (CPA) si desume che l'estensione "al merito" riguarda non tanto la possibilità, per il giudice, di sindacare l'opportunità dell'azione amministrativa, quanto piuttosto l'ampiezza dei suoi poteri istruttori e decisionali, che includono la sostituzione della decisione giurisdizionale a quella amministrativa, anche attraverso l'adozione di un nuovo provvedimento o la modifica/riforma di quello impugnato⁴.

Infine, l'istituzione della giurisdizione amministrativa è avvenuta per rendere effettivo il sindacato giurisdizionale sull'illegittimo esercizio del potere della P.a.: a questa esigenza si è risposto affidando al GA una giurisdizione speciale estesa al merito per garantire l'ottemperanza ai provvedimenti giurisdizionali adottati nei confronti dell'amministrazione.

In tutte queste fattispecie la funzione primaria della giurisdizione amministrativa consiste nella garanzia di un sindacato terzo, imparziale e specializzato sull'esercizio del potere amministrativo non conforme al diritto, e pertanto lesivo, in primo luogo, dell'interesse pubblico che la funzione amministrativa dovrebbe realizzare nonché, eventualmente, della posizione soggettiva degli amministrati incisa dall'esercizio illegittimo di quel potere.

3. Il ruolo del GA nella definizione di rapporti conflittuali essenziali per il governo dell'economia

La seconda riflessione riguarda, come si è detto, l'affermarsi del ruolo del giudice amministrativo nella definizione di rapporti conflittuali essenziali per il governo dell'economia.

Ciò è avvenuto principalmente attraverso il sindacato sull'esercizio del potere pubblico, idoneo sia a fotografare sia a influenzare, pur se tramite il solo canale del processo, l'evoluzione della morfologia di tale potere.

Fra queste trasformazioni rilevano, per richiamare solo alcuni dei casi più significativi, il passaggio dalla gestione pubblica alla sola regolazione pubblica di certe attività di centrale rilievo economico, e quindi il passaggio dal modello democratico a quello tecnocratico nella stessa funzione di regolazione pubblica, o, ancora, l'evoluzione della disciplina dei contratti pubblici dal punto di vista sia sostanziale sia processuale.

Il riconoscimento del valore della tutela e della promozione della concorrenza⁵ da parte della P.a. è stato a es. riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa, quale declinazione del principio di buona amministrazione, ancor prima che l'ordinamento comunitario determinasse l'introduzione di una specifica disciplina *antitrust* a livello nazionale (avvenuta con la legge n. 287 del 1990) e con essa l'istituzione della Autorità garante della concorrenza e del mercato quale organismo di regolazione ascrivibile al modello tecnocratico (in luogo di quello tradizionale democratico)⁶.

In via più generale, l'adozione del sistema di regolazione tramite Autorità indipendenti (semi-indipendenti o di garanzia⁷), comune a molti altri ambiti di amministrazione ritenuti particolarmente sensibili, è normalmente avvenuta in parallelo a procedimenti di privatizzazione (degli operatori e della disciplina) di alcuni settori economici, nonché a procedimenti di liberalizzazione dei relativi mercati rilevanti: qui lo Stato si è dunque spogliato del ruolo di gestore diretto per assumere quello di regolatore tecnico e non (o almeno non direttamente) politico. Si tratta però di un modello che,

⁴ Si v., *ex multis*, A. Travi, *op. cit.*

⁵ Per un approfondimento sulle diverse ma correlate dimensioni della "tutela" e della "promozione" della concorrenza, nonché sulla connessa duplice accezione della concorrenza in senso "statico" e "dinamico", e dunque sulle nozioni di concorrenza "per il mercato" e "nel mercato" nella giurisprudenza costituzionale immediatamente successiva alla Riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, si v. M. D'Angelosante, *Tutela della concorrenza*, in A. Pioggia, L. Vandelli, *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, Bologna, 2006, 77 ss.

⁶ Si v. P. De Lise, *Un giudice per l'economia*, in G. Pellegrino, A. Sterpa (cur.), *Giustizia amministrativa e crisi economica*, Roma, 2014, 69 ss.

⁷ Si v. G. Amato, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645 ss.

essendo caratterizzato, soprattutto nella fase *in itinere* dell'attività, da un controllo di tipo tecnico piuttosto che politico-democratico, ha al tempo stesso richiesto di prevedere – rispettivamente nelle fasi *ex ante* e *in itinere* nonché in quella *ex post* – contrappesi particolarmente rigorosi in punto di garanzie procedurali (pur nell'era delle liberalizzazioni e della semplificazione) e controllo giurisdizionale.

Ebbene, la giustiziabilità degli atti delle Autorità di regolazione è affidata al GA, prevalentemente nell'ambito della sua giurisdizione speciale esclusiva (come si desume oggi dall'art. 133 CPA) e in via residuale nell'ambito della sua giurisdizione generale di legittimità (ai sensi dell'art. 7 del CPA e nella misura in cui tali atti incidano su posizioni soggettive di interesse legittimo): in questa funzione egli esprime il suo ruolo di «giudice naturale dell'interesse pubblico» nei settori di volta in volta considerati⁸.

Vi è dunque una diretta proporzionalità fra l'ampiezza dei poteri amministrativi delle prime e quella dei poteri giurisdizionali del secondo, i quali ultimi devono rispondere al canone dell'effettività, consustanziale al diritto di difesa (art. 24 Cost. e art. 6 CEDU).

Si pensi, in via generale, all'assoggettamento del potere antitrust dell'AGCM (il quale si estende dalla regolazione, al controllo alla potestà sanzionatoria e in gran parte riflette una disciplina di matrice comunitaria) ai canoni di legittimità dell'azione amministrativa di cui il GA è garante.

Oppure si consideri, in via più generale, il potere del GA di verificare i poteri esercitati dall'AGCM quanto ai loro limiti sia interni sia esterni, vale a dire sia con riferimento ai loro contenuti e fini in relazione all'assetto del mercato⁹ sia con riferimento al rapporto fra diritto antitrust e altri settori (e/o all'individuazione di poteri antitrust in capo ad altre autorità) all'interno dell'ordinamento.

O ancora si pensi, in una prospettiva solo apparentemente più settoriale, alla legittimazione dell'AGCM ad agire dinanzi al GA per l'annullamento dei provvedimenti di qualsiasi amministrazione lesivi della concorrenza (in base all'art. 21 *bis* della l. 287/90, introdotto dalla legislazione della crisi nel 2011).

In questo scenario una delle frontiere di più recente emersione, dapprima in sede comunitaria e poi in ambito nazionale, riguarda il sindacato dell'AGCM e quindi del GA (per i poteri esercitati dalla prima) su possibili casi di abuso (e/o di distorsione) dei procedimenti amministrativi (nella fase dell'iniziativa o della partecipazione) o di strumentalizzazione del diritto di azione da parte di determinati operatori economici come illecito antitrust: qui il ruolo del GA è in particolare orientato alla ricerca di un punto di equilibrio fra l'evidenza (sia soggettiva sia oggettiva) dell'abuso e la certezza del diritto¹⁰.

La tutela e la correlata promozione pubblica della concorrenza riguardano però, prima che il modo in cui gli operatori debbano comportarsi nel mercato (concorrenza nel mercato), le modalità di accesso dei medesimi al mercato (concorrenza per il mercato). Il secondo profilo include, fra gli altri, i procedimenti di evidenza pubblica per la selezione dei contraenti della P.a. in relazione all'affidamento di lavori, servizi e/o forniture: le controversie che ingenerano da tale fase sono devolute alla giurisdizione esclusiva del GA, che si estende anche alla dichiarazione di inefficacia del contratto (art. 133 CPA), mentre al giudice ordinario sono devolute le controversie sulla esecuzione

⁸ P. De Lise, *Un giudice per l'economia*, cit., 72.

⁹ L'intervento dell'AGCM deve a es. mantenere una valenza macroeconomica, di riequilibrio dell'assetto del mercato lesa da condotte distorsive della concorrenza, e non esaurirsi nella risoluzione di un conflitto intersoggettivo fra operatori, si v. V. Lopilato, *Tutela pubblica e privata della concorrenza*, in G. Pellegrino, A. Sterpa, *op. cit.*, 174 ss.

¹⁰ Sulla giurisprudenza amministrativa avente a oggetto i provvedimenti dell'AGCM e sull'ampiezza del sindacato del GA che li riguarda, si v., più diffusamente, L. Torchia, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in G. Pellegrino, A. Sterpa, *op. cit.*, 123 ss., ed *ivi* ampi riferimenti giurisprudenziali.

del contratto. Il GA esercita inoltre la propria giurisdizione esclusiva sui contratti di servizio fra l'amministrazione e il gestore del servizio pubblico, per la loro natura generalmente condivisa di accordi ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990.

4. Il rafforzamento del ruolo del GA nella definizione di rapporti conflittuali essenziali per il governo dell'economia

La terza riflessione, che è complementare alla seconda, riguarda il costante rafforzamento del ruolo del GA in relazione all'intero spettro della sua giurisdizione, e dunque anche nella definizione di rapporti conflittuali essenziali per il governo dell'economia.

Ciò è avvenuto principalmente attraverso i seguenti strumenti.

In primo luogo, tramite la progressiva estensione delle ipotesi di giurisdizione amministrativa esclusiva in settori strategici per il governo dell'economia, attraverso una parabola apertasi con la legge n. 2840 del 1923 e più recentemente definita dall'art. 133 CPA, il quale in parte ne determina e in parte ne rappresenta l'attuale significativa consistenza, tenendo comunque conto di quanto stabilito dalla sentenza della Corte costituzionale, del 6 luglio 2004, n. 604, in www.giurcost.org¹¹.

In secondo luogo, attraverso il riconoscimento della risarcibilità del danno causato da atto amministrativo illegittimo e la sua crescente affermazione, in relazione sia al tipo di lesione¹² sia alle modalità per azionarla¹³, a partire dalla direttiva c.d. "Ricorsi"¹⁴, dalla legge n. 142 del 1992 e dal d.lgs. n. 80 del 1998¹⁵, passando poi attraverso Corte cass., SS.UU., sent. 22-7-1999, n. 500¹⁶, nonché attraverso la legge n. 205 del 2000¹⁷ e i conflitti giurisprudenziali fra Corte di cassazione e Consiglio di Stato¹⁸, per giungere infine alla soluzione di "compromesso" adottata dal CPA nel 2010, che supera

¹¹ A fronte della crescente tendenza del legislatore a espandere le ipotesi di giurisdizione amministrativa esclusiva, minando così la sua caratteristica di specialità apparentemente desumibile dall'art. 103 Cost., la Consulta ha infatti precisato che essa non può comunque ritenersi estesa ai casi in cui la P.a. non eserciti, neppure mediamente, un potere amministrativo, agendo invece *iure privatorum*.

¹² Qui l'estensione ha riguardato: a) la risarcibilità del danno causato da atto amministrativo illegittimo anche in caso di attività discrezionale (e non solo di attività vincolata), alla sussistenza delle condizioni individuate da Corte cass., SS.UU., sent. 22-7-1999, n. 500 (in *Foro it.*, 1999, 2487); b) la risarcibilità del danno causato da atto amministrativo illegittimo anche al di fuori dei casi previsti dall'art. 13 della l. n. 142 del 1992 (in materia di appalti pubblici di lavori o forniture) e delle ipotesi di giurisdizione esclusiva individuate dagli artt. 33 e 34 del d.lgs. n. 80 del 1998, e dunque al di là della previsione contenuta nell'art. 35.

¹³ Qui l'estensione ha riguardato il superamento del limite della pregiudizialità dell'azione di annullamento dell'atto amministrativo lesivo rispetto a quella di risarcimento del danno da esso provocato. Sulla sussistenza o meno del rapporto di pregiudizialità i giudici ordinari e quelli amministrativi hanno espresso a lungo orientamenti diametralmente opposti. Il contrasto può ora dirsi sostanzialmente composto per effetto della scelta codificata dal legislatore nel 2010 (artt. 30 e 34 CPA, *infra*).

¹⁴ Si tratta della dir. 1989/665/CEE del Consiglio, in G.U.C.E.E. L 395, 30-12-1989, 0033-0035, sulle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, la quale dispone che gli Stati garantiscano i partecipanti da ogni sorta di discriminazione e facciano sì che gli strumenti di difesa includano la possibilità di accordare un risarcimento danni e le misure cautelari alle parti lese. In fase di recepimento della direttiva, l'art. 13 della l. n. 142 del 1992 aveva previsto che - in materia di appalti pubblici di lavori o forniture - le parti lese da atti compiuti in violazione del diritto comunitario o delle rispettive norme nazionali di recepimento potessero ottenere dall'amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno subito, che la giurisdizione su queste vertenze risarcitorie fosse riservata al giudice ordinario, e comunque che tale azione non potesse essere introdotta prima della proposizione del giudizio amministrativo di annullamento del provvedimento ritenuto illegittimo e lesivo.

¹⁵ Il cui art. 35 aveva stabilito la risarcibilità del danno causato da atto amministrativo illegittimo per le ipotesi di giurisdizione amministrativa esclusiva individuate dagli artt. 33 e 34 del d.lgs. n. 80 del 1998 (ossia nei settori dei servizi pubblici, dell'urbanistica e dell'edilizia).

¹⁶ È stata proprio la sentenza n. 500 a determinare l'estensione cui si è fatto riferimento alla nt. 12 (*supra*).

¹⁷ Il cui art. 7 aveva stabilito che il GA, nell'ambito della sua giurisdizione (dunque sia generale di legittimità sia speciale, esclusiva ed estesa al merito), «conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno».

¹⁸ Infatti, come si è già accennato, sulla sussistenza o meno del rapporto di pregiudizialità i giudici ordinari e quelli amministrativi hanno espresso a lungo (per diversi anni a partire dalla l. n. 205 del 2000) orientamenti diametralmente

la tesi della pregiudizialità sottoponendo però l'azione risarcitoria a termini decadenziali e attribuendo al GA significativi poteri di riduzione dell'addebito¹⁹.

Infine, attraverso l'ampliamento incrementale dei poteri di cognizione, istruttori e decisori del GA, anche in ambito cautelare (si pensi alle azioni c.d. atipiche e alla recente azione di adempimento pubblicistico)²⁰, secondo il paradigma dei poteri in forza al giudice ordinario, a partire essenzialmente dalla legge 205/00²¹ e con successivo consolidamento attraverso il CPA nel 2010²². In questo ambito il GA ha svolto e svolge un ruolo propulsivo e correttivo, a es. ridisegnando l'ampiezza delle azioni proponibili in base a indici di ragionevolezza e in nome del principio di effettività della tutela, predicato essenziale del diritto di difesa²³.

5. La risposta del GA alla crisi economica in alcuni settori

La quarta riflessione riguarda, come si è anticipato, la risposta del GA alla crisi economica.

Ciò può a es. valutarsi in settori quali il contenzioso amministrativo in materia di concorrenza, contratti pubblici e garanzia dei diritti sociali.

Per i primi due profili (concorrenza e contratti pubblici) si rinvia al contenuto del par. 3.

Per l'ultimo (garanzia dei diritti sociali) si rileveranno qui alcune tendenze innescate dalla crisi.

opposti (sostenendo i primi la tesi negativa e i secondi quella affermativa: si v., *ex multis*, oltre alla pluricitata sentenza n. 500, Corte cass., sez. I civ., sent. 10-1-2003, n. 157, in www.giustamm.it; Cons. St., Ad. Plen., 26-3-2003, n. 4, in *loc. ult. cit.*; Cons. St., sez. IV, 23-2-2004, n. 698, in *loc. ult. cit.*). Il contrasto può ora dirsi sostanzialmente composto per effetto della scelta codificata dal legislatore nel 2010 (artt. 30 e 34 CPA, *infra*).

¹⁹ All'art. 30 si legge infatti che: a) l'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e in quelli di cui allo stesso art. 30, anche in via autonoma (c. 1); b) la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi va proposta nel termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato o dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo; il giudice esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti (c. 3); c) per il risarcimento del danno che il ricorrente comprovi di aver subito dall'inosservanza del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al c. 3 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento e inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento (c. 4); d) la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza (c. 5). L'art. 34 aggiunge che: a) salvo quanto previsto dal c. 3 e dall'art. 30, c. 3, il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento (c. 2); b) quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori (c. 3).

²⁰ L'ampliamento della tutela cautelare è in primo luogo avvenuto con la l. n. 205 del 2000, che ha modificato l'art. 21 della l. 1034/71 consentendo l'adozione, da parte del GA, di misure cautelari anche *inaudita altera parte* (ossia prima della regolare instaurazione del contraddittorio, ma comunque almeno dopo la consegna del ricorso introduttivo per la notifica) e dal contenuto atipico.

²¹ Si pensi alla possibilità, introdotta dalla l. n. 205/00, di utilizzare il mezzo istruttorio della CTU anche nelle controversie devolute alla giurisdizione generale di legittimità del GA, mentre in precedenza il GA poteva utilizzare tutti i mezzi di prova previsti dal c.p.c. (con la esclusione dell'interrogatorio formale e del giuramento) solo nell'ambito della giurisdizione speciale estesa al merito, e poi anche esclusiva.

²² Il CPA ha ulteriormente ampliato la tutela cautelare prevedendo anche quella c.d. *ante causam*, ossia richiedibile al GA prima ancora che sia notificato il ricorso introduttivo. Ha inoltre determinato il superamento di ogni distinzione fra i diversi tipi di giurisdizione amministrativa quanto all'ampiezza dei poteri istruttori del GA, generalizzando a es. la possibilità di uso della prova testimoniale, ma solo in forma scritta. Ha infine previsto, con il secondo correttivo di cui al d.lgs. n. 160 del 2012, la c.d. azione di adempimento pubblicistico, che consente all'interessato di ottenere dal GA, nei casi di azione amministrativa vincolata, la condanna della P.a. al rilascio del provvedimento amministrativo.

²³ Così è a dirsi per la decisione che ha ammesso l'azione di adempimento pubblicistico anche in assenza del presupposto, richiesto dal CPA (art. 34, c. 1, *lett. c*), della contestuale proposizione dell'azione di adempimento e di quella di annullamento del diniego (poiché in molti casi ove non sono previste ipotesi di silenzio significativo la P.a. non arriva a formalizzare un provvedimento di diniego: Cons. St., sez. V, 27-11-2012, n. 6002, in www.giustizia-amministrativa.it); o ancora per la giurisprudenza che ha ammesso la possibilità di calibrare gli effetti della sentenza di annullamento, anche escludendone in tutto o in parte la retroattività (Cons. St., sez. IV, 10-5-2011, n. 2755, in www.giustizia-amministrativa.it). Per un ulteriore approfondimento su questi temi si v. R. Giovagnoli, *Effettività della tutela e atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in G. Pellegrino, A. Sterpa, *op. cit.*, 287 ss.

In via più generale, prima della rilevazione di tali tendenze, va però precisato che la crisi ha determinato riforme normative particolarmente intense, spesso confuse e alluvionali, le quali hanno in buona parte interessato la P.a. e la sua azione, in particolare con riferimento alla semplificazione, al sostegno delle attività economiche e della concorrenza, al rafforzamento dei poteri delle Autorità indipendenti.

Ma nelle azioni di riforma si rinvengono orientamenti anche di segno opposto, come a es. quelli che hanno condotto alla reintroduzione di significative forme di intervento pubblico nell'economia (quanto al rapporto fra pubblico e privato) e al riaccentramento di alcuni poteri (quanto al rapporto fra centro e periferia).

Questi moti sono la manifestazione dell'inscindibile e noto legame di reciproca funzionalità fra diritto ed economia, nel senso che i processi economici vanno necessariamente governati con strumenti giuridici, i quali a loro volta non possono non tener conto delle ragioni dell'economia.

Tutto ciò ha finito per riflettersi sul ruolo del GA, in senso lato e anche in risposta alla crisi, sia perché questi esercita la sua giurisdizione sul potere amministrativo e sulle sue trasformazioni sia perché tali trasformazioni spesso richiedono di riformare pure le regole processuali.

Nella disciplina del processo amministrativo hanno così trovato ingresso, nel corso degli anni, regole dettate da esigenze di politica economica (come quelle sulla giurisdizione esclusiva o sui riti speciali accelerati in particolari settori strategici per il governo dell'economia, o sul potere del giudice di pronunciare l'inefficacia del contratto pubblico o di negarla in presenza di esigenze imperative) o di contenimento della spesa pubblica (si pensi all'incremento costante del contributo unificato per l'accesso alla giustizia, o alla sottoposizione dell'azione risarcitoria a termini di decadenza), accanto a quelle che essenzialmente riflettono i principi del giusto processo e dell'effettività della tutela, anche su impulso dell'ordinamento comunitario (si pensi alla disciplina del contraddittorio e della tipologia delle azioni, le quali ultime includono la tutela cautelare *ante causam* e la tutela risarcitoria scollegata dal vincolo della pregiudizialità).

Al par. 4 si è già segnalato il ruolo recentemente svolto dal GA in termini propulsivi e correttivi sulle trasformazioni introdotte nel processo amministrativo (a seguito delle riforme sostanziali del diritto amministrativo), a es. ridisegnando l'ampiezza delle azioni proponibili in base a indici di ragionevolezza e in nome del principio di effettività della tutela, predicato essenziale del diritto di difesa.

Soprattutto in una fase di recessione economica al potere giudiziario si richiede, inoltre, di rispondere in modo quanto più celere possibile alla domanda di giustizia, ma questa esigenza stride con le maggiori difficoltà dello *iuris dicere* a fronte di un quadro normativo nuovo, ipertrofico e disomogeneo. In questa attività il GA risulta tuttavia più agevolato rispetto al giudice ordinario, per la maggiore celerità del processo amministrativo, che peraltro in relazione a questo profilo è ancora perfettibile. Qui il dato oggettivo si attesta su una durata media del giudizio amministrativo di gran lunga inferiore rispetto a quella del giudizio ordinario, in ragione essenzialmente della struttura del processo sin dalla originaria impostazione, perfezionata nel corso degli anni e da ultimo resa più coerente e omogenea dal CPA a partire dal 2010²⁴.

Si può ora passare all'esame di alcune tendenze innescate dalla crisi nella giurisprudenza amministrativa in materia di garanzia dei diritti sociali. Qui il ruolo del GA ha trovato spazio nell'esercizio della giurisdizione amministrativa esclusiva in materia di servizi pubblici, introdotta sin dal 1998 (d.lgs. n. 80/98) e confermata dall'art. 133 CPA. Sulla estensione di tale giurisdizione si è già richiamato l'orientamento espresso dalla Corte cost., sent. n. 204/2004 (par. 4). Si può ora

²⁴ Per l'approfondimento di questi temi si v. G. Giovannini, *Introduzione*, in G. Pellegrino, A. Sterpa, *op. cit.*, 31 ss.; A. Pajno, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in G. Pellegrino, A. Sterpa, *op. cit.*, 39 ss.

aggiungere che il GA ha difeso e continua a difendere l'estensione di tale giurisdizione, evidenziando a es. la sua inidoneità a essere compressa in ragione della natura (vincolata o discrezionale) del potere amministrativo oggetto del suo sindacato²⁵.

In questo ambito, come dimostrano alcune pronunce relative al diritto all'istruzione degli studenti disabili, il GA tende a sganciarsi dalla logica del giudizio impugnatorio e ad assumere il ruolo di un vero e proprio giudice dei diritti (sempre peraltro attraverso il sindacato sul corretto esercizio del potere amministrativo), interpretandone in modo estensivo il contenuto sino a giungere a ordinare alla P.a., in via cautelare o in sede di decisione di definizione del giudizio, di agire in un certo modo per garantire l'effettività del diritto, anche condannandola al risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente²⁶.

6. Il dibattito sull'attuale utilità di un giudice "speciale" per il potere amministrativo

La riflessione conclusiva, con la quale si vorrebbero anche porre a sistema quelle che precedono, riguarda, come si è accennato, il dibattito sull'attuale utilità di un giudice "speciale" per il potere amministrativo, e quindi, principalmente, la verifica dell'attuale permanenza e/o consistenza della "funzione" della giurisdizione amministrativa, nel senso sopra chiarito.

La discussione riguarda anche il rapporto fra il GA e l'oggetto della sua giurisdizione, vale a dire l'esercizio del potere amministrativo, e in particolare l'interrogativo sulla eventuale trasformazione del suo sindacato da sindacato "sul" potere a sindacato "contro il" potere.

Ma questo è un falso problema: si è infatti visto (par. 2) che la funzione del GA è, nella sua essenza, rivolta a preservare l'interesse pubblico dall'esercizio illegittimo del potere, sicché, in questa prospettiva, il suo ruolo non può che essere quello di garantire da questa evenienza sia gli amministrati sia la P.a.

Ciò non vuol dire che egli sia interessato più a verificare la legittimità dell'azione o a stabilire se la P.a. abbia torto che a risolvere il conflitto, ma significa che la risoluzione della controversia e la garanzia delle posizioni soggettive meritevoli di tutela in essa rappresentate passa necessariamente per lo scrutinio (con pronunce di annullamento, dichiarative, di condanna e/o atipiche) del potere amministrativo.

Al par. 5 si è già visto che, per una serie di ragioni, la giustizia amministrativa è molto più rapida di quella ordinaria e che, in generale, ma soprattutto in periodi di recessione economica, al potere giudiziario si richiede di rispondere in modo quanto più celere possibile alla domanda di giustizia. Come del resto, prima ancora, alla P.a. si chiede di esercitare tempestivamente la propria funzione²⁷. L'esigenza appare però più acuta a fronte della domanda di tutela giurisdizionale, posto che il processo è un male in sé, che di regola vi si ricorre quando vi sia il fondato dubbio di avvenuta violazione dell'ordinamento giuridico, e che il decorso del tempo può privare di effettività certe forme di tutela pur formalmente ottenute o ragionevolmente ottenibili²⁸. Il GA si è a es. fatto recentemente interprete pionieristico di queste esigenze, ammettendo la procedibilità di un ricorso avverso la mera

²⁵ TAR Sicilia, sez. III, 3-12-2014, n. 3111, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Toscana, sez. I, 10-12-2014, n. 2036, in *loc. ult. cit.*; TAR Campania, sez. IV, 27-1-2015, n. 1330, in *loc. ult. cit.*

²⁶ Si v. E. Boscolo, *Istruzione e inclusione: un percorso giurisprudenziale attorno all'effettività dei diritti prestazionali*, in *Munus*, n. 2, 2014, 165 ss., e *ivi* i riferimenti giurisprudenziali.

²⁷ Per un quadro sulle riforme amministrative che, in specie a partire dal 2009, hanno (forse eccessivamente) valorizzato il fattore "tempo" come bene della vita in sé, tutelabile a prescindere dalla fondatezza dell'istanza dell'amministrato, si v. R. Caponigro, *Il tempo come bene della vita*, in G. Pellegrino - A. Sterpa, *op. cit.*, 323 ss.

²⁸ Per una disamina dei possibili e peraltro rari casi in cui la parte ricorrente potrebbe avere interesse al mantenimento *medio tempore* dello *status quo ante* attraverso una non rapida definizione del giudizio, si v. R. Caponigro, *op. cit.*, 354 ss.

comunicazione di avvio, da parte dell'AGCM, del procedimento ispettivo sull'abuso di posizione dominante, sulla base del rilievo della sua incompetenza assoluta e degli oneri che la prosecuzione dell'azione amministrativa avrebbe comportato sia per l'amministrato sia per la P.a.²⁹.

La risposta deve essere però non solo rapida, ma anche accurata, e a questa esigenza il GA fa fronte con la sua storica specializzazione.

In relazione sia al fattore "tempo" sia al fattore "qualità" il GA possiede dunque tutti i requisiti per esercitare meglio del giudice ordinario la propria funzione.

Certo, allo stesso risultato si potrebbe giungere istituendo delle sezioni specializzate nell'ambito della giurisdizione ordinaria, ma a prezzo di accettare l'alea del risultato e la certezza del sacrificio del fattore "tempo": quanto ne occorrerebbe per l'efficace entrata a regime del nuovo sistema, visto che il vigente ha impiegato ben più di un secolo per raggiungere l'assetto attuale? Tali evenienze confliggono ambedue con la corrente congiuntura economica, della quale non si riesce ancora a comprendere la natura, se transitoria o strutturale.

In realtà il vero problema della giustizia amministrativa o, meglio, uno dei principali problemi dell'ordinamento giudiziario, è quello del riparto di giurisdizione fra GA e giudice ordinario. Esso è causa di storiche, numerose, frequenti, inaccettabili e mai completamente superate incertezze sulla individuazione del giudice dotato di giurisdizione. Ha inoltre sempre rappresentato un pericolo per l'effettività e la non eccessiva onerosità della tutela giurisdizionale.

Da un lato starebbe dunque la necessità di evitare o ridurre queste evenienze (incertezza, ineffettività, eccessiva onerosità della tutela giurisdizionale) e dall'altro quella di preservare gli obiettivi cui prima si è fatto riferimento (rapidità e qualità della tutela).

In parte questi scopi convergono. Essi inoltre sono tutti funzionali al sostegno delle ragioni dell'economia, evidentemente inconciliabili con una giustizia incerta, ineffettiva, eccessivamente onerosa, lenta e di scadente qualità.

Non paiono però convergere verso soluzioni univoche gli strumenti per realizzarli: mantenimento del riparto di giurisdizione, abolizione della giurisdizione amministrativa o istituzione di sezioni specializzate nell'ambito della giurisdizione ordinaria?

Abstract

This paper is aimed at implementing the debate on the relationship between the role of administrative Courts and the public regulation/management of the economic activities, especially in times of economic recession.

²⁹ Si v. TAR Lazio, sez. I, 26-1-2012, n. 865, in www.giustizia-amministrativa.it.

Principles at the bar of politics. Ratio decidendi delle c.d. decisioni di spesa

Sommario: 1. Considerazioni introduttive – 2. Il ricorso ai principi nel *legal reasoning* del Giudice delle leggi. Sfide epistemologiche – 3. La grammatica giurisprudenziale della Corte costituzionale fra necessità di tutela dei diritti sociali e rispetto della discrezionalità del legislatore – 4. Alcune riflessioni conclusive

1. Considerazioni introduttive

Lo scopo del presente lavoro è quello di introdurre le difficoltà di ordine epistemologico connesse all'uso che la Corte Costituzionale fa dei principi come parametri interpretativi per le sue decisioni, avendo quale riferimento le decisioni c.d. di spesa degli ultimi anni.

Nell'attuale contesto di crisi economica, alcuni giudici costituzionali, come quelli italiani, ma anche gli spagnoli o i portoghesi¹, hanno costruito le loro decisioni seguendo quale *fil-rouge* un "argomentare per principi fondamentali", più o meno incisivo a seconda dei casi, oltre – e ci si riferisce, in particolare, alla giurisprudenza costituzionale nazionale – ad aver "costruito" soluzioni decisorie che hanno talvolta sfumato la stessa natura del giudizio incidentale (cfr. di recente, sentt. Corte. Cost. nn. 10 e 178 del 2015), ponendo non pochi problemi agli interpreti.

2. Il ricorso ai principi nel *legal reasoning* del Giudice delle leggi. Sfide epistemologiche.

Il riferimento ai principi di eguaglianza, ragionevolezza, proporzionalità e finanche di dignità umana (quantomeno in alcune ipotesi) – ha caratterizzato la grammatica giurisprudenziale della Consulta, chiamata a definire alcune situazioni problematiche e a fronteggiare alcune difficoltà (o incapacità) della politica (e del Legislatore).

Questo *modus operandi*, tuttavia, ha aperto ad alcune criticità di fondo.

In primo luogo, si riscontra la difficoltà di definire alcuni di tali principi sotto il profilo concettuale. Principi che, quindi, si caratterizzano per un'intrinseca vaghezza semantica che si presta ad un uso soggettivistico, utilitaristico e finanche manipolativo degli stessi².

In secondo luogo, non si possono non considerare le implicazioni e le difficoltà esegetiche derivanti dall'ampio margine di discrezionalità di cui dispone l'interprete in virtù dell'introduzione dei principi come autonoma fonte di decisione.

Infine, palesano evidenti profili critici anche le modalità di ricorso a tali principi, non sempre coerente sotto il profilo della giustificazione normativa e della coerenza dell'iter argomentativo seguito³.

¹ In relazione alla giurisprudenza del Tribunale Costituzionale portoghese mi sia consentito rinviare, *ex multis*, al mio: *La Protezione dei diritti sociali attraverso il prisma della crisi. Riflessioni sul caso portoghese e spunti di comparazione con quello italiano*, in AAVV. *Desafíos del constitucionalismo ante la integración europea*, Murcia, 2015, 357 ss.

² La vaghezza e la natura polisemica di alcuni concetti non necessariamente rappresenta un elemento negativo nel processo di interpretazione giuridica delle norme, come ben espresso, infatti, da M Taruffo (*La prova dei fatti giuridici*, Milano 1992, 206-207), «la vaghezza, in altri termini, non è di per sé un fattore di soggettivismo o di irrazionalità: molto semplicemente è un carattere assai frequente e spesso irriducibile del linguaggio che richiede una logica 'speciale' per essere formalizzata ma che non esclude a priori ogni possibile razionalizzazione (...) il ragionamento su nozioni vaghe è impreciso e approssimato, ma ciò non implica affatto che si tratti di qualcosa di irrazionale o di non ragionevole, poichè nozioni vaghe possono dar luogo a funzioni logicamente determinate». Sul punto cfr. anche T. Mazza, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, 1996.

³ Ciò ha dei riflessi sulle (corrette) modalità che l'argomentazione giuridica deve avere. Sul punto per maggiori approfondimenti cfr. A. Costanzo, *L'argomentazione giuridica*, Milano, 2003, 15. È noto che si deve tener separata «la questione relativa alla validità giuridica della norma singolare che costituisce il contenuto della sentenza (validità che dipende da un atto di emanazione del giudice stesso) dalla questione relativa alla validità logica del ragionamento giudiziale»: V. Boncinelli, *I valori costituzionali fra testo e contesto*, Torino, 2007, 19.

Prima di affrontare l'analisi di alcuni recenti esempi del filone della c.d. "giurisprudenza della crisi" che sintetizzano tali problematiche, pare opportuno effettuare qualche considerazione di carattere generale.

L'analisi delle tecniche interpretative dei giudici costituzionali e del loro ricorso ad un argomentare per principi fondamentali mostra un profilo di debolezza intrinseca, non solo nella polisemia di cui si è vista connotare quasi ontologicamente la nozione stessa di principio, quanto, soprattutto, nelle modalità di loro identificazione o costruzione, oltre che nel loro incerto statuto deontico⁴.

Come acutamente osservato da Bobbio, il problema origina dal fatto che «i principi generali non costituiscono affatto una categoria semplice ed unitaria»⁵. All'interno della categoria "principio" si tendono ad includere concetti anche significativamente divergenti: previsioni con un alto livello di generalità; regole dal contenuto particolarmente vago ed elastico (le c.d. clausole generali la cui applicazione richiede una concretizzazione analitica da parte dell'interprete); norme programmatiche; norme «che rivestono un ruolo importante fondamentale nel sistema giuridico o politico unitariamente considerati, ovvero nell'uno o nell'altro sotto-sistema del sistema giuridico complessivo»⁶; e finanche metanorme la cui funzione sarebbe quella di «dirigere la selezione delle disposizioni o norme applicabili nelle diverse fattispecie»⁷.

Non è possibile in questa sede tentare di offrire una risposta alla domanda circa la corretta definizione di principio (e alle sue differenziazioni con il concetto di valore)⁸, tuttavia ai fini dell'indagine che si vuole svolgere, pare utile muovere da una prospettiva differente chiedendosi quale sia la posizione dei principi nel ragionamento giuridico e, quindi, quale sia il loro ruolo nell'ordinamento. A tal proposito autorevole dottrina sostiene che si possano distinguere quantomeno due posizioni di partenza⁹.

Secondo una prima linea interpretativa possono darsi *legal reasonings* in cui i principi fungono da conclusione, mentre secondo una diversa impostazione, i principi opererebbero in funzione di premessa (o di argomento fondante o di *ratio* giustificativa) a favore dell'adozione di una determinata conclusione.

Nel primo caso si potrebbe osservare un processo ascendente in cui partendo da determinate premesse si può giungere a dimostrare l'esistenza di un principio giuridico. Nel secondo caso, invece, sarebbe un dato principio (o una pluralità di principi variamente combinati secondo linee argomentative più o meno consolidate e condivise) a rappresentare la base giuridica per la dimostrazione di una o più conclusioni e l'osservazione di alcune recenti decisioni del Giudice delle leggi parrebbe evocare tale ultima direzione, sebbene non senza mostrare alcuni profili di criticità.

⁴ Su questo profilo: V. Boncinelli, *I valori costituzionali fra testo e contesto*, cit., 61-62, che analizza il ruolo dei principi nell'attività di interpretazione costituzionale.

⁵ N. Bobbio, *Principi generali del diritto*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 893-894; nonché Id., *Teoria generale del diritto*, Torino 1993, spec. 270 ss.

Come efficacemente espresso da M. Weber (*La scienza come professione*, 1918, in Id., *Il lavoro intellettuale come professione*, ed. 1980, Torino) stiamo assistendo all'era del «politeismo dei valori costituzionali» che caratterizza le Costituzioni delle moderne democrazie. Per una approfondita analisi della polisemica natura del concetto giuridico dei principi si vedano, *ex multis*: L. Mezzetti, *Valori, principi, regole*, in Id., *Principi costituzionali*, Torino, 1 ss., spec. 21 ss., nonché Id., *Valori, principi, regole*, in R. Arnold (ed.), *Developments in European Law*, vol. 9, 2016, 7 ss.; e A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 639 ss.

⁶ N. Bobbio, *Principi generali del diritto*, cit., 893-894. Su questi profili si veda anche: R. Guastini, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in M. Bessone (cur.), *Interpretazione e diritto giudiziale. I. Regole, metodi, modelli*, Torino, 1999, 91.

⁷ R. Guastini, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, cit., 91 ss.

⁸ Sul punto: L. Mezzetti, *Valori, principi, regole*, cit., 1-178, ma anche L. Ferrajoli, *Principia juris, Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007; V. Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in AAVV, *Studia sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, Pisa, 1943; N. Bobbio, *Principi generali del diritto*, cit., 877 ss.; Id., *Teoria generale del diritto*, cit., 270 ss.; S. Bartole, *Principi generali del diritto (dir cost)* in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 494 ss.

⁹ R. Guastini, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, cit., 89 ss.

Gli studi sulla natura dei principi hanno portato a concentrare l'attenzione sul ruolo che essi svolgono all'interno del ragionamento giuridico e sulla loro idoneità a guidare l'interprete nell'ordinare una ampia varietà di materiali giuridici. Si è sostenuto, infatti, che nella prospettiva del diritto costituzionale, i principi tendono a sfumare la loro funzione di sintesi, o riassuntiva di un determinato ordine, per aprire a molteplici opportunità di sviluppo, in chiave prescrittiva, dei valori e degli interessi¹⁰. In tale contesto i principi rivestirebbero il ruolo di norme fondamentali di un particolare ordinamento giuridico (o di una delle sue parti). In virtù della loro struttura di carattere finalistico ed incondizionato essi sarebbero, quindi, in grado di qualificare l'identità assiologica dell'ordinamento giuridico e di operare quali basi giustificative per le norme giuridiche¹¹.

Assumendo la posizione di norme fondamentali dell'ordinamento, i principi dovrebbero essere in grado di fornire agli interpreti la chiave epistemologica per assicurare la coerenza assiologica ed ontologica delle norme giuridiche con cui essi si trovano a dover operare quotidianamente.

In questo contesto si comprenderebbe la centralità che è stata riconosciuta, sia dalla dottrina, sia dalla giurisprudenza, alla c.d. "interpretazione sistematica" delle norme costituzionali. Espressione di una necessità di profonda "razionalizzazione" delle norme giuridiche lette alla luce dei valori immanenti all'ordinamento.

In numerose decisioni la Corte costituzionale ha enfatizzato l'importanza della interpretazione sistematica del testo costituzionale e, nei recenti "anni della crisi", ciò è stato ribadito in modo netto, ad esempio, con la sentenza n. 264 del 2012¹². La Consulta ha enfatizzato finanche la necessità che fosse operata una «valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata», al fine di interpretare il testo costituzionale in modo unitario ed integrato e poter procedere ad un equilibrato bilanciamento delle diverse istanze potenzialmente divergenti propuginate sulla base di singole disposizioni costituzionali.

Va precisato, comunque, che la Costituzione non mostra una gerarchia normativa astratta fra valori e principi potenzialmente confliggenti. Conseguentemente, essi sono aperti ad una ampia e potenzialmente opposta o manipolativa interpretazione, che può essere il risultato di ragioni contingenti e soggettive (particolaristiche o di opportunità), più che espressione di una dimostrazione analitica o deduttiva.

In questo contesto, sono i giudici i soggetti chiamati a definire, secondo una prospettiva necessariamente concreta, il punto di equilibrio fra la necessità di applicare le disposizioni normative in modo formale (e finanche rigido) con la necessità di evitare che questo possa portare a effetti pratici distonici o ingiusti.

L'individuazione del corretto punto di mediazione non introduce una problematica di ordine meramente ermeneutico, ma apre a questioni di ordine etico¹³, soprattutto poiché sposta la riflessione sul "proper role" dell'azione del giudice, specie se costituzionale, estremamente coinvolto nella definizione del nucleo e dell'oggetto dei diritti fondamentali.

¹⁰ In tal senso: S. Bartole, *L'inevitabile elasticità delle costituzioni scritte fra ricognizione dell'esistente e utopia dei valori* in AAVV, *Il metodo della scienza del diritto costituzionale*, Padova 1997, 17.

¹¹ In merito alla differenza fra principi, valori e regole di recente L. Mezzetti, *Valori, principi, regole, cit.*, 2016, 7 ss; ma anche R. Guastini, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale, cit.*, 89 ss.

¹² Sul punto, *ex multis*, M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, XV Trilateral Conference of the Italian, Portuguese and Spanish Constitutional Courts, Rome, Palazzo della Consulta, 24-26 October 2013, 10. Testo in: www.cortecostituzionale.it. Ma su questo caso cfr. altresì: A. Ruggeri, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 264 del 2012)*, in *Consulta Online*, 2012, 1 ss.; R. Dickmann, *Corte costituzionale e controlimiti al diritto internazionale. Ancora sulle relazioni tra ordinamento costituzionale e Cedu*, in www.federalismi.it, FOCUS - Human rights, 3, 2013, 1 ss.

¹³ Per maggiori approfondimenti, sul punto: G. Scaccia, *Valori e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. e soc.*, 2011, 147.

Nelle società pluralistiche, quale è quella cui apparteniamo, stiamo assistendo all'affermazione di un costituzionalismo nell'ambito del quale si è palesata la tendenza a spostare il centro di definizione, protezione e implementazione di molti diritti fondamentali dalla (generale ed astratta) attività legislativa dei Parlamenti eletti alla (concretezza della) giurisprudenza dei tribunali¹⁴, subendo, i primi, la difficoltà di trovare politicamente punti di convergenza sui principi e sugli obiettivi da raggiungere con la conseguente difficoltà di individuare soddisfacenti punti di mediazione fra valori e principi caratterizzanti le moderne democrazie pluralistiche.

3. La grammatica giurisprudenziale della Corte costituzionale fra necessità di tutela dei diritti sociali e rispetto della discrezionalità del legislatore

Analizzare la coerenza, la chiarezza e la razionalità del *modus operandi* dei giudici costituzionali rappresenta una vera e propria condizione di legittimità della loro azione.

I profili di incoerenza e le oscillazioni nel ricorso ai principi che si possono desumere da alcune recenti decisioni della Consulta espongono la Corte Costituzionale all'accusa di intervenire in modo eccessivo sulla sfera riservata al dominio della politica, accusa che, in certa misura, può influire sulla percezione della sua legittimazione.

Ad esempio, se si osserva la giurisprudenza recente sui contributi di solidarietà, sul blocco dei salari e sull'entità dei contributi pensionistici, si nota come non sia agevolmente individuabile una traiettoria coerente nell'uso dei principi fondamentali nel *legal reasoning* seguito, specialmente se si compara la situazione italiana con casi simili definiti da altri giudici costituzionali (come quelli portoghesi), laddove emerge la forte connessione fra alcune previsioni costituzionali e la protezione del principio di dignità umana con i principi di eguaglianza e proporzionalità

Così, se nelle sentenze n. 264 del 2012 o n. 316 del 2010 previsioni limitative dei trattamenti pensionistici non sono state ritenute lesive del nucleo essenziale dei diritti sociali coinvolti giacché giustificate alla luce dei principi di eguaglianza e solidarietà¹⁵, in altre ipotesi, sia precedenti, sia successive alla citata decisione n. 264, specialmente dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 78 del 2010, non sono mancate occasioni in cui la Consulta è sembrata discostarsi dall'iter motivazionale ivi seguito, esponendo il fianco ad alcune critiche sotto il profilo della coerenza logica (e forse anche politica) interna alle decisioni.

Note sono, ad esempio, le profonde differenze motivazionali che hanno sorretto le sentenze n. 223 del 2012 e n. 310 del 2013. Nella prima la Consulta, nonostante le disposizioni impugnate fossero state approvate allo scopo di implementare il principio di solidarietà (incidendo sulle rendite di una categoria di lavoratori che beneficiava di rendite particolarmente alte), ha ravvisato una lesione del principio di eguaglianza nell'introduzione di misure riferite unicamente alla categoria di lavoratori in questione, i magistrati, la cui indipendenza e neutralità garantite dalla Costituzione discenderebbero anche dal livello degli emolumenti goduti. Diversamente, con la decisione n. 310 del 2013, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale delle previsioni che imponevano il blocco dei salari del personale non contrattualizzato del settore pubblico, la Corte costituzionale ha

¹⁴ Ciò presenta, quale conseguenza, una riduzione significativa del margine tra il processo legislativo e la fase di attuazione ed implementazione delle previsioni frutto di tale processo, sino al punto di minare l'idea consolidata (quantomeno nei contesti di *civil law*), che decisioni pluralistiche (e rappresentative) siano il frutto di un potere legittimato, espressione di valori morali superiori a quelli individuali.

¹⁵ Come è noto, secondo giurisprudenza costante, rientra nella sfera discrezionale riservata al Parlamento il potere di individuare in linea generale il bilanciamento ragionevole fra le esigenze economico finanziare e la protezione dei diritti sociali in questione, secondo una traiettoria rispondente al principio di solidarietà. Tuttavia, ad es nella sent. 316/2010, si è individuato un limite a tale discrezionalità nella necessità di tutelare i bisogni essenziali degli individui (concetto, questo, collegato alla protezione della dignità umana, come stabilito nella precedente dec. n. 30 del 2004).

ritenuto legittime le misure normative impugnate ritenendole improntate al rispetto del principio di solidarietà e alla necessità di rafforzare le risorse finanziarie dello Stato in un contesto di profonda crisi economica¹⁶.

Se paragonate alla sentenza n. 223 del 2012, la sentenza n. 310, ma anche la sentenza n. 304/2013, sembrano attribuire maggior importanza alle esigenze di solidarietà derivanti dalla situazione di crisi economica. Esigenze che hanno portato a non ritenere rilevante l'invocato deterioramento delle condizioni di vita dei ricorrenti, né leso il diritto ad un'esistenza libera e dignitosa di cui all'art. 36 Cost.

Ciò che appare particolarmente significativo della decisione n. 310, comunque, è il fatto che la Corte, nel non accogliere la questione di legittimità prospettata, si è riferita al novo testo dell'art. 81 Cost. e alla Direttiva c.d. *six-pack*¹⁷, sebbene non invocandoli quali parametri principali e base giuridica della decisione.

Anche ulteriori approdi giurisprudenziali non sembrano esser sempre perfettamente coerenti. In particolare, nella sentenza n. 116 del 2013 (ma già nella sentenza n. 241 del 2012) il bilanciamento fra i diritti sociali riferibili ad uno specifico gruppo e la sostenibilità del sistema di *welfare* a beneficio di tutta la popolazione è stato considerato in termini diversi rispetto a quanto fatto nelle decisioni poco sopra citate.

La violazione del principio di eguaglianza e la mancata ragionevolezza delle previsioni censurate è stata fatta discendere dall'introduzione di misure di contenimento della spesa pubblica destinate ad uno specifico gruppo di cittadini, i pensionati.

Ancora più di recente, con la sentenza n. 70 del 2015 la Corte ha dichiarato di voler proteggere «l'interesse dei pensionati, in particolar modo di quelli titolari di trattamenti previdenziali modesti», in quanto «teso alla conservazione del potere di acquisto delle somme percepite, da cui deriva in modo consequenziale il diritto a una prestazione previdenziale adeguata». Diritto «costituzionalmente fondato» che «risulta irragionevolmente sacrificato nel nome di esigenze finanziarie non illustrate in dettaglio».

Conseguentemente la normativa impugnata – (secondo la quale, per le annualità 2012-2013, si escludeva la rivalutazione automatica delle pensioni eccedenti tre volte il minimo) è stata dichiarata non costituzionalmente conforme agli articoli 36, c. 1 e 38, c. 2, Cost. Perché non in grado di garantire «la proporzionalità del trattamento di quiescenza, inteso quale retribuzione differita (art. 36, c. 1, Cost.)» e il principio di adeguatezza (art. 38, c. 2, Cost.), «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, c. 2, Cost.».

Tale decisione, apparentemente informata alla protezione (ancorché non esplicitata) del diritto dei pensionati a vivere con dignità, desumibile dal combinato disposto degli artt. 36 e 38 Cost., ha inciso negativamente sulle risorse pubbliche. E si palesa anche una certa incoerenza con alcune precedenti decisioni in cui la Corte non aveva censurato previsioni normative che, in concreto, avevano avuto un minore impatto sulle finanze pubbliche (come le sentt. nn. 310 del 2013 o 304 del 2013 o 316 del 2010).

Inoltre, l'impatto di tale decisione è significativo anche perché, nelle motivazioni della Corte, non si rinvencono espressamente considerazioni circa la necessità di rispettare la regola dell'equilibrio di bilancio desumibile dall'art. 81 della Costituzione, secondo le coordinate interpretative fornite dalla

¹⁶ In tale caso la Corte non ha ravvisato profili di incostituzionalità delle norme impugnate, sia perché il blocco del meccanismo di adeguamento dei salari non doveva essere considerato come una forma di tassazione, sia perché le misure di *austerity* imposte non potevano ritenersi irragionevoli in virtù delle superiori esigenze di solidarietà e della necessità di consolidare il bilancio dello Stato.

¹⁷ Council Directive 2011/85/EU.

giurisprudenza precedente (principio che, al contrario, nella precedente decisione n. 10 del 2015, era stato considerato come avente una rilevanza sistemica nell'ordinamento giuridico)¹⁸.

Nella sentenza n. 70 sembra che i giudici abbiano deciso di stabilire una sorta di "ordine gerarchico" fra valori e diritti costituzionali. Un ordine gerarchico nell'ambito del quale i diritti tutelati sembrano prevalere sulle esigenze derivanti dai principi di solidarietà e uguaglianza sostanziale evidenziati dalla normativa contestata.

Di fronte ad una siffatta situazione ci si potrebbe, dunque, chiedere:

- quanto una decisione come questa, apparentemente *rights oriented*, concretamente protegga il nucleo dei diritti posti dagli articoli 36 e 38 della Costituzione?;
- quanto essa sia informata al rispetto dei principi di eguaglianza e ragionevolezza? Questa decisione considera in modo uniforme una categoria, quella dei pensionati, che non mi pare tale perché l'impatto di certe misure non incide negativamente su tutti i pensionati, o in egual misura, su tutti i pensionati; sembra che si sia proposta una declinazione del principio di ragionevolezza distorta e da più parti criticata in dottrina;
- infine, è tale decisione realmente informata al rispetto dei principi di solidarietà, eguaglianza e finanche di dignità umana?

O, in termini di effetti pratici e potenziali (sulla salute delle finanze pubbliche) non apre ad un possibile diverso percorso? (quello della riduzione di risorse disponibili da destinare alla protezione di altri diritti sociali fondamentali (come, ad es., la salute o l'educazione)

- quanto, quindi, la Consulta, ha, in concreto, manipolato i riferimenti ai principi di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità? (al fine di conseguire uno scopo che in ultima battuta è di tipo eminentemente politico)?

Ultima decisione che pare opportuno richiamare è la sentenza n. 178 del 2015, in cui la Corte, da un lato, ha ritenuto rispondente ai principi di ragionevolezza e proporzionalità misure che impongono il blocco negoziale e sanciscono il blocco di alcune componenti della retribuzione - misure imposte ai lavoratori in ragione del loro inserimento in un contesto di previsioni normative ritenute organiche e coerenti - dall'altro, in punto di sospensione delle procedure di contrattazione collettiva, ha mostrato di indulgere ancora nella torsione degli strumenti interpretativi offerti dal giudizio in via incidentale modulando gli effetti della propria decisione secondo una dinamica che, come già evidenziato in dottrina¹⁹, mal si concilia con la concretezza del giudizio, e confermando una tendenza già inaugurata, peraltro, con la sentenza n. 10 del 2015 sopra citata.

Nel far salve alcune delle disposizioni impugnate la Corte costituzionale costruisce le proprie argomentazioni bypassando tutte quelle considerazioni sui principi desumibili dall'art 36 Cost., che invece avevano assunto un ruolo centrale nella precedente giurisprudenza incidente su temi assolutamente analoghi, e costruisce un iter motivazionale da cui, peraltro, non si desume

¹⁸ Per un commento critico, *ex multis*: R. Romboli, *L'«obbligo» per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio di costituzionalità e tutela dei diritti*, in www.forumcostituzionale.it, 2015; A. Ruggeri, *Slidings doors per la incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015)* in www.forumcostituzionale.it, 2015; P. Veronesi, *La Corte «sceglie i tempi»: sulla modulazione delle pronunce d'accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015*, in www.forumcostituzionale.it, 2015; A. Pugiotto, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2015; I. Massa Pinto, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, in www.costituzionalismo.it, 2015; M. D'Amico, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2015.

¹⁹ *Ex multis*, A. Ruggeri, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più sregolata dei suoi processi*, in www.questionegiustizia.it, 27 Luglio 2015; R. Pinardi, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di «incostituzionalità sopravvenuta»?*, in www.forumcostituzionale.it, 2015. In questo caso la Consulta non solo ha modulato gli effetti della propria decisione secondo una dinamica che ha fatto sfumare la concretezza del giudizio in via incidentale, ma ha assunto tale decisione senza un sostegno motivazionale forte.

chiaramente la *ratio* che sostiene la declaratoria di incostituzionalità differita.

I giudici, forse anche in considerazione delle forti reazioni avutesi con la decisione n. 70, palesano, qui, in modo evidente le difficoltà di fornire risposte adeguate e coerenti allorché le questioni di costituzionalità sottoposte loro sono idonee di determinare significativi oneri finanziari per il bilancio dello Stato.

4. Alcune riflessioni conclusive

Volendo formulare alcune riflessioni conclusive, si può osservare che l'analisi della giurisprudenza costituzionale della crisi e, in particolare delle c.d. decisioni di spesa, palesa in modo evidente come i giudici siano chiamati e talvolta forse costretti, a ricalibrare gli strumenti decisori a loro disposizione al fine di individuare il punto di equilibrio e di bilanciamento fra la (scarsa) disposizione di risorse finanziarie dello stato e la protezione dei principi e diritti fondamentali, come l'eguaglianza, la ragionevolezza, la proporzionalità e, più in generale, la protezione dei diritti sociali, ambito in cui, tradizionalmente, il margine di discrezionalità politica è piuttosto ampio.

I giudici tentano, inoltre, un difficile bilanciamento fra la ragionevolezza delle scelte politiche e le esigenze finanziarie espressione della sovranità statale e del rispetto di obblighi assunti (e talora imposti) a livello sovranazionale²⁰.

Nella gestione degli effetti pratici e distonici della crisi economica che grava sull'Europa una reale riacquisizione di spazio per la politica è, forse, più che desiderabile.

È opportuno concepire un nuovo modello di protezione dei diritti sociali, inscritto in un processo di istituzionalizzazione della UE (multidimensionale e multi-temporale) che contempra una concezione dei diritti sociali che non risponda ad una visione meramente egualitaria, ma che valorizzi le specificità di ogni situazione concreta in modo da non aggravare (se non risolvere) le problematiche inerenti la sostenibilità del *welfare state*²¹. Specialmente in tutte quelle ipotesi in cui decisioni apparentemente *rights oriented* possono avere effetti pratici finanche opposti.

Nonostante sia auspicabile una reale riacquisizione di spazio per la politica nella gestione degli effetti pratici e distonici della crisi, al contempo, però, non si può non rilevare come i giudici costituzionali, di volta in volta, siano chiamati a garantire l'unità costituzionale attribuendo ai valori o principi fondamentali il significato concreto più "ragionevole".

Questo processo decisionale implica sempre un certo grado intrinseco di "creatività" e di politicità dell'organo di giustizia costituzionale: e ciò che evita che la sua azione possa sconfinare in arbitrio dovrebbe essere l'applicazione accuratamente ponderata dei principi che sostengono l'architettura costituzionale e, in particolare, del principio di ragionevolezza²². Principio che, nonostante le

²⁰ Più nel dettaglio, in relazione a tali profili: C. Drigo, *La protezione dei diritti sociali attraverso il prisma della crisi. Riflessioni sul caso portoghese e spunti di comparazione con quello italiano*, cit., 357 ss. Si vedano, altresì, A. Morrone, *Crisi economica e integrazione politica*, in *Rivista AIC*, 3, 2014, 1 ss.; W. Sadursky, *Democratic Legitimacy of the European Union: A diagnosis and some Modest Proposals*, in *Polish Yearbook of International Law*, 2013, 9 ss.; T. Groppi, I. Spigno, N. Vizioli, *The Constitutional Consequences of the Financial Crisis in Italy*, in X. Contiades (ed.), *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*, Farnham, 2013, 109 ss.; A. Ciccarelli, P. Gargiulo, *La dimensione sociale dell'Unione Europea alla prova della crisi globale*, Roma, 2012; F. Donati, *Crisi dell'Euro, governance economica e democrazia dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eu.*, 2012, 337 ss.; G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012; M. Luciani, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

²¹ Pare opportuno citare Holmes, secondo cui «*taking rights seriously means taking scarcity seriously*», al fine di ricordare che in tale ambito è la politica, più che le corti, ad decidere la concreta allocazione delle risorse economiche: S. Holmes, C.R. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, NY-London, 1999, 94.

²² Sul punto cfr. F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano 2005; G. Scaccia *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; R. Niro, *Il processo costituzionale: le tecniche di giudizio*. Il

molteplici possibili traiettorie, fra cui si ravvisa anche un collegamento implicito con il (metagiuridico) principio di dignità umana, può essere considerato (forse) un modo efficace per ordinare, secondo coordinate eminentemente giuridiche, quel weberiano "politeismo dei valori costituzionali"²³, che, come noto, caratterizza le moderne democrazie pluralistiche.

Probabilmente il principio in parola può essere considerato il più importante ponte che consente all'interprete di combinare la legittimazione logica dei valori (e principi) costituzionali con la logica finalistica (secondo una traiettoria mezzi-fini) propria dell'atto politico, dell'atto normativo²⁴.

Esso appresenta un importante fattore attraverso cui si modula la relazione fra Corte costituzionale e discrezionalità legislativa anche se è in virtù del ricorso al giudizio di ragionevolezza che, peraltro, la Corte ha potuto esercitare una penetrazione crescente in ambiti tradizionalmente considerati di dominio esclusivo della politica²⁵, ponendo, quindi, alcuni interrogativi di non poco conto sia sul ruolo che la Corte esercita sulla forma di governo, sia sulla sua legittimazione nel sistema ordinamentale.

Abstract

In balancing economic and financial needs with the protection of social rights, the constitutional judges are, today, making a considerable interpretive effort, that impose them to redefine some consolidated adjudicatory techniques. The effects of the decisions are variously modulated and the use of a "principles based legal reasoning" introduces significant problems, such as the one arising from the difficulty of defining principles conceptually, or the one resulting from the wide margin of discretion linked to the introduction of principles as autonomous parameters and justifications of the judicial decisions.

controllo della ragionevolezza nelle scelte del legislatore, in *Il Foro it.*, 11, 1998, 359 ss.; L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Agg. I, Milano, 1997, 899 ss.; A. Cerri, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma 1994, 1 ss.

²³ M. Weber, *La scienza come professione (1918)* in *Id.*, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, 1980.

²⁴ A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 639 ss.

²⁵ S. Cassese (in *Dentro la Corte*, Bologna 2015, 33) ha affermato, a tal proposito, che «la Corte costituzionale si interessa di politica sotto specie di diritto, attraverso il diritto - riconduce i conflitti politici a criteri di ragionevolezza, logica e coerenza».

La Corte costituzionale e le crisi: incidenza del contesto storico, percorsi argomentativi e tecniche decisorie

Sommario: 1. Introduzione: oggetto e metodo della ricerca – 2. Le crisi economiche e la giurisprudenza costituzionale: dalla crisi agricola alla crisi economico-finanziaria – 3. Riflessioni conclusive: le crisi economiche come elemento di fatto nelle argomentazioni della Corte costituzionale

1. Introduzione: oggetto e metodo della ricerca

Il concetto di crisi¹ rappresenta una costante negli studi di Diritto costituzionale: si parla ad esempio di diritti in crisi², di crisi dello Stato moderno³ e più in generale di crisi del diritto, quasi a voler identificare, con tale espressione, un momento di passaggio e mutamento⁴. Molti di questi studi giuridici possono definirsi risalenti nel tempo, al punto da poter pacificamente affermare che il lemma crisi è sempre stato parte integrante del lessico della dottrina costituzionalista, nei suoi diversi significati⁵. Tala ricerca si concentra sulla sola elaborazione del concetto di crisi nella giurisprudenza costituzionale, limitatamente alla dimensione economica. Il metodo impiegato è di tipo induttivo: dal dato alla elaborazione teorica. Per questo si è utilizzato il motore di ricerca istituzionale della Corte e si è inserito nel campo del considerato in diritto il lemma 'crisi', limitando l'indagine alle sole pronunce che hanno la forma della sentenza. In seguito le decisioni sono state classificate a seconda del tipo di crisi economica oggetto del giudizio: crisi agricola, crisi dell'impresa e del lavoro, crisi economico-finanziaria in senso stretto. Le pronunce sono state poi ordinate cronologicamente per ciascuna categoria. Infine, si è cercato di comprendere se e in che modo la crisi abbia inciso sul percorso argomentativo e sulla tecnica decisoria del Giudice delle leggi⁶. La ricerca prende il via da una domanda di fondo: la giurisprudenza della Corte costituzionale è stata sempre una giurisprudenza di crisi o si possono, al contrario, identificare periodi diversi (tempi di crisi e tempi non di crisi) aderenti al contesto storico del Paese?

2. Le crisi economiche e la giurisprudenza costituzionale: dalla crisi agricola alla crisi economico-finanziaria

Il dato complessivo (e aggiornato a marzo 2016) si compone di circa centotrentacinque sentenze. La piena corrispondenza tra contesto storico e decisione della Corte si evidenzia sin dalle prime pronunce in ordine temporale. In particolare, le crisi economiche⁷ che si sono susseguite nel contesto storico del nostro Paese sono la crisi agricola, la crisi della impresa e del lavoro e la crisi economico-finanziaria in senso stretto.

¹ Tale parola deriva dal lemma greco *Krinein* che indica l'attività del giudicare e del decidere. La *krisis* è la decisione, il momento del giudizio.

² Cfr. D. Tega, *I diritti in crisi*, Milano, 2012 e, in connessione al concetto economico di costo, S. Holmes, C. R. Sunstein, *Il costo dei diritti*, Bologna, 1999.

³ Cfr. S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969 e P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, IX e *Id.*, *Introduzione al Novecento giuridico*, Bari, 2012, 114-115.

⁴ Si v. anche P. Pinna, *Crisi costituzionali*, voce, in *Dig. disc. pubbl.*, 479-488.

⁵ Sui differenti approcci disciplinari si v. G. Calabresi, *Conclusioni*, in AA.VV., *Diritti civili ed economici in tempi di crisi*, Milano, 2006, 177.

⁶ Parla di 'ragionamenti giuridici' G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Un'indagine analitico linguistica della problematica giuridica in una serie di studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, 425-474.

⁷ Cfr. IMF, *World Economic Outlook*, May 1998. A Survey by the Staff of the International Monetary Fund, Washington, DC, International Monetary Fund, in particolare il cap. IV, *Financial Crises: Characteristic and Indicators of Vulnerability*, 74-97, in www.imf.org.

1. Cronologicamente, la crisi agricola è la prima a fare ingresso nell'attività della Corte costituzionale. Siamo nel 1957 e la Corte è a solo un anno di attività. Gli storici dell'economia, imputano la sofferenza del settore agrario alla immissione massiva nel mercato interno di prodotti esteri, dalla quale deriva un crollo della vendita dei prodotti interni, e alla arretratezza di fondo del sistema tecnico del settore⁸. L'analisi della giurisprudenza costituzionale del periodo evidenzia una generale attenzione agli effetti della crisi sul contesto sociale. In questa prima fase di attività, le argomentazioni impiegate dal Giudice delle leggi sono generalmente poco assertive e in un caso sorrette dall'acquisizione di dati puntuali circa le condizioni economiche reali del settore agricolo⁹. Inoltre la Corte non sperimenta tecniche decisorie innovative, essa opta alternativamente per decisioni semplici di caducazione secca ovvero di rigetto¹⁰. La prima decisione in materia è la sentenza della Corte costituzionale, del 5 novembre 1957, n. 124, in *Giur. cost.*, 1957, 1128. Tale decisione nasce dalla presentazione di un ricorso in via d'azione avverso una legge della Regione Sicilia¹¹ che sospende l'imposta di consumo su vini e affini in ragione di «uno stato di grave crisi»¹². In questo caso il Giudice afferma che la crisi agricola non può giustificare la sospensione di una imposta poiché si determinerebbe un'alterazione dei principi posti alla base del sistema tributario. Per la Corte la problematica condizione economica dell'Italia post-bellica¹³ non può legittimare palesi violazioni dei principi ricavabili dalla Costituzione. Sempre in riferimento alle politiche agricole è nota la sentenza della Corte costituzionale, del 30 dicembre 1958, n. 78 (in *Giur. cost.*, 1958, 979), attraverso la quale si dichiara la illegittimità dell'imponibile di mano d'opera in riferimento agli artt. 38, 41, 42, 44 Cost.¹⁴. Questa decisione è centrale per due ragioni. In *primis*, il Giudice delle leggi ha esercitato i poteri istruttori verso il Ministero dell'agricoltura per conoscere le reali condizioni delle campagne del Paese, sebbene una parte delle ragioni debbano ricondursi alla volontà di concedere al Governo il tempo necessario a promuovere un intervento correttivo¹⁵. In *secundis*, la Corte pare sostenere una concezione dell'economia più moderna¹⁶. Questa affermazione è rinvenibile in alcuni passaggi del considerato in diritto¹⁷, nei quali si definisce il concetto di 'iniziativa economica' in relazione al settore agricolo.

2. Agli anni della crisi agricola seguono e si accompagnano quelli della crisi dell'impresa e del lavoro. Per crisi dell'impresa s'intende sia una generale condizione storica del settore imprenditoriale, sia propriamente un istituto del diritto che legittima determinati interventi statali quali l'amministrazione straordinaria e il concordato preventivo¹⁸. Pertanto all'interno dell'insieme delle decisioni su tale crisi, si sono selezionate le sole pronunce riferite all'impresa intesa come settore dell'economia. Gli anni di crisi del settore imprenditoriale non possono limitarsi a un lasso temporale circoscritto poiché sulla tenuta di tale settore incidono fattori interni ed esterni non facilmente delimitabili. Tuttavia, si può, anche in questo caso, identificare un andamento della giurisprudenza

⁸ P. Frascani, *Le crisi economiche in Italia. Dall'Ottocento a oggi*, Roma, 2012, 21-36.

⁹ Si v. C. Rodotà, *Storia della Corte costituzionale*, Bari, 1999, 34-35.

¹⁰ Cfr. F. Berni, *Storia della Corte costituzionale*, Roma, 1996, 149. L'approccio è confermato dalle parole di Carlo Esposito: «la prudenza nelle dichiarazioni di illegittimità».

¹¹ L.r. Sicilia n. 42 del 1957.

¹² Corte cost., sent. n. 124/1957, *cit.*, primo cpv. *cons. dir.*

¹³ A. Lepre, C. Petraccone, *Storia d'Italia dall'Unità a oggi*, Bologna, 2008.

¹⁴ D.lgs. del Capo provvisorio dello Stato n. 929/1947.

¹⁵ Cfr. C. Rodotà, *Storia della Corte costituzionale*, *cit.*, 35. Sull'esercizio dei poteri istruttori si v. V. Crisafulli, *Costituzione e imponibile in agricoltura*, in *Giur. Cost.*, n. 1/1958, 1202-1203. L'A. non solo si interroga solo sulle reali finalità di una istruttoria in tale caso, ma denuncia, altresì, una mancata giustificazione della stessa nella motivazione della sentenza.

¹⁶ Cfr. F. Bonini, *Storia della Corte costituzionale*, Roma, 1996, 151.

¹⁷ Si v. criticamente C. Mortati, *Iniziativa economica e imponibile di manodopera*, in *Giur. Cost.*, n. 1/1958, 1196-1197. Diversamente V. Crisafulli, *Costituzione e imponibile in agricoltura*, *cit.*

¹⁸ Si v. M. Fabrizio, *Crisi d'impresa, voce*, in *Enc. del Diritto*, Annali 5, Milano, 2012, 503-534.

costituzionale aderente al contesto storico. Nell'analisi della storia economica si è soliti classificare gli anni '60-'70 come gli anni del *boom* economico¹⁹. In generale, il contesto del tempo si distingue per un processo di forte industrializzazione della economia²⁰. Bisogna, però, attendere l'arrivo degli anni '80 per poter affermare che la crisi dell'impresa diviene un elemento delle argomentazioni della Corte costituzionale. È un esempio in tal senso la sentenza della Corte costituzionale 23 giugno 1988, n. 697 (in *Giur. cost.*, 1988, 3198) avente a oggetto il decreto legge n. 12 del 1977 il quale colpiva l'indennità di contingenza (meglio nota come scala mobile), «emanato sulla base dell'accordo governo-sindacati nell'intento di contenere il costo del lavoro e di frenare gli effetti dannosi della svalutazione monetaria al fine di superare la crisi delle aziende»²¹. In questa decisione la Corte afferma che «le norme in esame, delle quali è certo il carattere della eccezionalità e della temporaneità ... per l'avvenuto miglioramento della situazione economica del Paese con il superamento della crisi delle aziende, hanno perduto di attualità e il loro mantenimento in vigore ... potrebbe non trovare adeguata giustificazione»²². Eppure, al di là dell'argomentazione 'temporaneità', che si vedrà ricorrere spesso nella giurisprudenza, la Corte dichiara in modo assiologico che «allo stato, la questione non è fondata»²³. In questi termini pare possibile classificare la decisione come una sentenza di rigetto contenente un monito al legislatore²⁴. La motivazione di tale decisione? Per la Corte è sufficiente constatare un generale miglioramento delle condizioni economiche. Questa tipologia decisoria rappresenta uno dei primi rimedi impiegati dalla Corte costituzionale nei casi di possibili nuovi oneri a carico delle finanze pubbliche derivanti dalla propria attività.

3. Discorso particolare deve essere dedicato alla crisi economico-finanziaria²⁵. Per crisi finanziaria sistemica si intende quel fenomeno economico in grado di incidere negativamente sui mercati finanziari, al punto da produrre effetti negativi sulla economia reale²⁶. A scanso di equivoci si premette che tale giurisprudenza non può essere limitata al presente (2008-oggi) giacché l'analisi delle decisioni consegna un dato differente. Le crisi economico-finanziarie hanno caratterizzato la giurisprudenza sin dai primi anni '70²⁷. Storicamente questi sono gli anni della crisi mondiale del

¹⁹ Sono questi gli anni nei quali il Pil cresce, dal 1953 al 1962 cresce del 97%. Cfr. A. Lepre, C. Petraccone, *Storia d'Italia dall'Unità a oggi*, Bologna 2008, 313.

²⁰ La prima sentenza all'interno della quale può ritrovarsi il sintagma "crisi dell'impresa" risale al 1962 (sentenza della Corte costituzionale, del 22 novembre 1962, n. 93, in *Giur. cost.*, 1962, 1371).

²¹ Corte cost., sent. 697/1988, p.to 3 *cons. dir.* Si v. M. Dell'Olio, *Ancora sulle scale mobili «anomale»*, in *Giur. cost.*, n. 3/1988, 3203-3205.

²² Corte cost., sent. n. 697/1988.

²³ Corte cost., sent. n. 697/1988, ult. cpv. *cons. dir.*

²⁴ Corte cost., sent. n. 697/1988, penultimo e ult. cpv. *cons. dir.* Sulle sentenze monitorie e sulle diverse tipologie si v. L. Pegoraro, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Padova, 1987, 31 ss.

²⁵ Sul concetto di crisi economica e finanziaria si v. P. Ciocca, *Crisi economica e finanziaria*, voce, in *Enc. delle Scienze sociali*, vol. II, 607-617.

²⁶ Cfr. IMF, *World Economic Outlook, May 1998*. A Survey by the Staff of the International Monetary Fund, Washington, DC, International Monetary Fund, 75, *cit.* Lo studio ricorda che le crisi economico-finanziarie hanno spesso cause comuni: squilibri economici insostenibili; disequilibri dei prezzi delle attività o dei tassi di cambio, spesso in presenza di distorsioni del settore finanziario e di strutturale rigidità, perdita di fiducia nel sistema monetario o bancario. Si v. anche C. Walter, *Debt Crisis*, voce, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford Public International Law*, Oxford, 2015, luglio 2014 e C. Gnesutta, *Dopo la crisi: quale regolamentazione finanziaria?*, in AA.VV., *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, vol. II, Napoli, 2010, 1411-1434.

²⁷ Per una visione generale dell'attività della Corte costituzionale negli anni '70 si v. F. Bonini, *Storia della Corte costituzionale*, *cit.*, 233-246; si v. anche M. Benvenuti, *Brevi considerazioni intorno al ricorso all'argomentazione della crisi economica nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 2/2013, 970-972. Pare, invece, sfuggire al giudizio delle Corte, la crisi economica del 1964. Per approfondimenti si v. P. Frascani, *Le crisi economiche in Italia. Dall'Ottocento a oggi*, *cit.*, 157. L'Autore delinea chiaramente le conseguenze finanziarie del fenomeno: «la crisi assume i tratti di una specifica contingenza finanziaria», la quale impone la svalutazione della lira (su spinta comunitaria) e la contestuale contrazione di un prestito da parte del Tesoro degli Stati Uniti d'America.

petrolio (1973-74)²⁸. Proprio in questo contesto si colloca la sentenza della Corte costituzionale, del 21 maggio 1975, n. 130 (in *Giur. cost.*, 1975, 1318). Tale decisione rappresenta un esempio di come il Giudice delle leggi utilizzi il fatto – in questo caso economico – a fondamento delle argomentazioni utilizzate. Nel caso di specie, la Regione Sardegna ricorre contro l'art. 6 del decreto legge n. 251 del 1974 in materia di prodotti petroliferi, per asserita violazione della previsione statutaria che dispone una "riserva" di quota delle imposte di fabbricazione. La Corte, in una sentenza estremamente sintetica, si appella alla situazione economica del momento, dovendo essa «tenere nel dovuto rilievo il fatto che il decreto e la legge impugnati fanno parte del cosiddetto "pacchetto" di provvedimenti proposti dal Governo per fronteggiare la grave crisi di recessione e di inflazione che ... ha colpito tutta l'economia del mondo occidentale compresa la nostra, determinando la conseguente, inderogabile necessità di reperire i relativi mezzi finanziari, all'uopo occorrenti»²⁹. Dalla lettura della decisione emergono due caratteri comuni della giurisprudenza della crisi: l'utilizzo di motivazioni assiologiche, caratterizzate da periodi assertivi³⁰, e la preminenza dell'elemento fattuale nella tecnica argomentativa della Corte³¹. Negli anni che seguono la giurisprudenza costituzionale della crisi si concentra sulle questioni previdenziali e di lavoro. Proprio su questo punto sono emblematiche le dichiarazioni alla stampa dell'allora Presidente della Corte L. Elia, del 26 gennaio 1983, il quale dichiara che la crisi dello stato assistenziale non è una crisi della nostra Costituzione: «se taluno ha scambiato per diritto costituzionalmente garantito e di immediata realizzabilità situazioni che dipendono effettivamente da condizioni economiche aleatorie, ciò non può essere addebitato ai costituenti né al carattere promozionale di talune disposizioni della Carta»³². Sulla condizioni di crisi degli anni '80 si prendano come esempio le sentenze della Corte costituzionale, del 17 dicembre 1985, n. 349 (in *Giur. cost.*, 1985, 2408 e del 14 gennaio 1986, n. 2, in *Giur. cost.*, 1986, 9)³³. In particolare, nella prima decisione la Corte è chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di una serie di provvedimenti in materia pensionistica che dispongono l'estensione normativa ai pensionati delle gestioni speciali del sistema di perequazione automatica previsto dall'art. 10 della legge 3 giugno 1975, n. 160. Il Giudice delle leggi afferma che «questo sacrificio ... è strettamente collegato ... alla necessità economico-sociale di evitare in un momento di grave crisi economica notevoli disparità fra le diverse categorie di pensionati, con le conseguenti tensioni sociali»³⁴. Seguono di pochi anni le dichiarazioni dell'allora Presidente L. Paladin (1986) sulla evoluzione dei rapporti economici e sulle condizioni del Paese. Egli lamenta che «accade di continuo che attraverso ordinanze e ricorsi ... si chieda in sostanza alla Corte di soddisfare pretese impicanti, sotto forma di maggiori spese o di minori entrate, oneri a carico del bilancio dello Stato»³⁵. Proprio in quegli anni, con la Corte cost., sent. 2/1986, il Giudice delle leggi

²⁸ *Op. ult. cit.*, 162, 173. È solo il caso di ricordare che l'Italia vive in quegli anni subisce una vera e propria recessione economica: tra il 1970 e il 1975 il Pil decresce, passando dal 5,3% al 2,7% e sale, al contempo, il tasso di inflazione, dal 6,8% al 17,5%. Si v. anche F. D'Onofrio, *Banca d'Italia e Costituzione economica: la prospettiva della crisi dello Stato nazionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Egidio Tosato*, cit., 571-637.

²⁹ Corte cost., sent. n. 130/1975, cit.

³⁰ Corte cost., sent. n. 697/1988, cit. Cfr. M. Dell'Olio, *Ancora sulle scale mobili «anomali»*, in *Giur. cost.*, n. 3/1988, 3202-3205.

³¹ Sul ruolo della motivazione delle decisioni della Corte costituzionale A. Saitta, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996, 33, 146-160 e M. Luciani, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche del giudizio della Corte costituzionale. Atti del Convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986*, Milano, 1988, 521-556.

³² Conferenza stampa del Presidente della Corte costituzionale Leopoldo Elia "La giustizia costituzionale nel 1982", Roma, Palazzo della Consulta, 26 gennaio 1983. Il testo è consultabile al seguente link: www.cortecostituzionale.it. Si v. anche F. Bonini, *Storia della Corte costituzionale*, cit., 286.

³³ Cfr. G. Pera, *Per i licenziamenti provveda il legislatore*, in *Giur. cost.*, n. 1/1986, 235-240.

³⁴ Corte cost., sent. n. 349/1985, cit.

³⁵ Conferenza stampa del Presidente della Corte costituzionale Livio Paladin "La giustizia costituzionale nel 1985", Roma, Palazzo della Consulta, 26 gennaio 1986, il testo è consultabile al seguente link: www.cortecostituzionale.it.

giustifica il diverso trattamento del lavoratore inserito in un'impresa con meno di 15 dipendenti rispetto al lavoratore assunto in un'impresa di dimensioni maggiori³⁶ attraverso l'argomentazione del permanere della crisi economica³⁷. Anche in questo caso dunque si registra un uso assertivo della 'crisi' come elemento di fatto. Dello stesso anno è la sentenza della Corte costituzionale, del 7 luglio 1986, n. 173 (in *Giur. cost.*, 1986, 1329) che dichiara non fondate le 12 ordinanze di rimessione aventi a oggetto i limiti di retribuzione pensionabile (*ex art. 27, legge n. 160 del 1975*). Ancora una volta la crisi economica legittima la previsione normativa. Per la Corte «il legislatore ha operato con gradualità, secondo scelte di politica sociale ed economica e secondo le necessità economiche del bilancio. Ha cercato di evitare tensioni sociali in momenti di grave crisi economica. Ha incrementato di più le pensioni sociali e quelle minime; meno quelle più elevate. Ha contenuto la diminuzione della redditività delle pensioni in dimensioni accettabili». In tale pronuncia colpisce la struttura sintattica delle argomentazioni, se si rilegge il capoverso riportato, infatti, si nota che la struttura della motivazione consiste in un elenco la cui forza espressiva emerge dall'anafora della parola 'ha'. Nel medesimo contesto storico si collocano una serie di decisioni in materia di disoccupazione e lavoro: si pensi alla sentenza della Corte costituzionale, del 28 novembre 1986, n. 248 (in *Giur. cost.*, 1986, 2112) che legittima l'istituzione di una sorta di preferenza del lavoratore disoccupato proveniente da azienda in crisi nella politiche di collocazione; alla sentenza della Corte costituzionale, del 12 aprile 1989, n. 181 (in *Giur. cost.*, 1989, 828), in cui si afferma sì la legittimità di trattamenti discriminatori in ragione della crisi dell'occupazione giovanile e della crisi economica ancora attuale, ma si consegna, allo stesso tempo, un monito inequivocabile al legislatore³⁸.

Seguendo la linea del tempo, un anno decisivo è il 1992, definito dagli storici dell'economia come un anno di crisi. In termini assoluti si parla di crisi finanziaria³⁹. In Italia questi sono gli anni dello sforzo economico per la conquista della moneta unica e la spinta correttiva coinvolge anche la Corte. Ne è un esempio la sentenza della Corte costituzionale, del 17 ottobre 1991, n. 384, (in *Giur. cost.*, 1992, 3055) in materia di bilancio dello stato e di copertura finanziaria delle leggi spesa, a cui fa seguito la sentenza della Corte costituzionale dell'8 settembre 1995, n. 421 (in *Giur. cost.*, 1995, 3237)⁴⁰, nella quale si afferma che «l'evoluzione della coscienza sociale, sempre più ostile alle pressioni corporative sui pubblici poteri, e la grave crisi della finanza pubblica, che rende sempre meno sopportabili i costi di sentenze generalizzatrici di trattamenti di favore, impongono ... un controllo più diffuso e penetrante della norma di privilegio ...»⁴¹. Per tale via, la crisi si accompagna all'evoluzione della coscienza sociale, quasi a volersi riferire al comune sentire. Sono questi gli anni di una rinnovata

³⁶ Cfr. P. Barile, *Qualche notareella sulla grande impresa nella Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Egidio Tosato*, vol II, *Libertà e autonomie nella Costituzione*, Milano, 1982, 563-570.

³⁷ Criticamente G. Pera, *Per i licenziamenti provveda il legislatore*, cit., 237. L'A. definisce l'argomentazione della Corte come un «tentativo che si risolve in una valutazione politica certo liberamente controvertibile».

³⁸ Corte cost., sent. n. 181/1989, cit., p.to 5 del *cons. dir.*: «il riconoscimento del carattere necessitato ed urgente di tale intervento in vista della tutela del diritto al lavoro dei giovani, 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».

³⁹ Il Fondo monetario internazionale identifica diverse crisi scoppiate negli anni '90. A partire dalla crisi che ha coinvolto il sistema monetario europeo del 1992-1993, passando dalla crisi dell'America latina del 1994-1995, sino alla crisi dei paesi asiatici del 1997-1998. Così IMF, *World Economic Outlook*, May 1998. A Survey by the Staff of the International Monetary Fund, Washington, DC, International Monetary Fund, 74. Si v. P. Frascani, *op. cit.*, 262-263. Precisamente la scienza economica definisce la crisi del 1992 come una crisi valutaria che si contraddistingue per una svalutazione monetaria a livello internazionale. Cfr. A. Bassanetti, M. Cecioni, A. Nobili e G. Zevi, *Le principali recessioni italiane: un confronto retrospettivo*, in *Questioni di Economia e Finanza*, n. 46/2009, in www.bancaditalia.it.

⁴⁰ Cfr. A. Cerri, *Ancora sull'intervento nei giudizi incidentali*, in *Giur. cost.*, n. 5, 1995, 3253-3255.

⁴¹ Corte cost., sent. n. 421/1995, p.to 4 *cons. dir.*

attenzione all'equilibrio di bilancio, tant'è che alcuni autori parlano di «svolta giurisprudenziale»⁴². Sul punto è emblematica la sentenza della Corte costituzionale, del 25 maggio 1990, n. 260 (in *Giur. cost.*, 1990, 1550), dove si definisce l'equilibrio finanziario un valore⁴³, poi divenuto indispensabile (Corte cost. sent. del 12 gennaio 1994, n. 2, in *Giur. cost.*, 1994, 9)⁴⁴. Negli anni presi in considerazione, pare rilevarsi una oscillazione del Giudice delle leggi, il quale ora legittima le scelte legislative restrittive, purché temporanee⁴⁵, ora si fa promotore della tutela dei diritti sociali a prestazione⁴⁶.

Alle crisi petrolifera del 1973-74 e valutaria del 1992 segue nel tempo la crisi finanziaria del 2008. Il contesto storico è quello ormai noto della crisi finanziaria dei mutui *sub-prime* degli U.S.A. che investe più tardi anche i paesi europei. La pregressa condizione finanziaria dell'Italia - caratterizzata da un debito pubblico eccessivo e da una crescita molto bassa - accentuano i caratteri di per sé critici della crisi. Qual è la reazione della Corte? Le prime sentenze del 2010 sono riconducibili a giudizi in via d'azione, così la sentenza della Corte costituzionale, del 15 gennaio 2010, n. 10 (in *Giur. cost.*, 2010, 135), avente a oggetto la legittimità di alcune disposizioni del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria". A favore della legittimità non sono utilizzate argomentazioni nuove: rispetto dei principi di eguaglianza e solidarietà, straordinarietà, eccezionalità e urgenza dell'intervento «conseguenti alla situazione di crisi internazionale economica e finanziaria che ha investito negli anni 2008 e 2009 anche il nostro Paese»⁴⁷. Nel 2012 la giurisprudenza della crisi prosegue principalmente attraverso ricorsi in via principale: si fa riferimento alla sentenza della Corte costituzionale, del 14 giugno 2012, n. 151 del 2012 (in *Giur. cost.*, 2012, 2080), in cui si dichiara che anche le «articolarioni istituzionali e territoriali della Repubblica [concorrono finanziariamente] al fine di far fronte alla grave crisi economico-finanziaria che l'Italia sta attraversando». Tuttavia, ammonisce la Corte, «lo Stato deve affrontare l'emergenza finanziaria predisponendo rimedi che siano consentiti dall'ordinamento costituzionale». Non sono esenti dalla giurisprudenza della crisi nemmeno le autonomie speciali. La Corte afferma più volte che lo Stato ha il diritto di discostarsi da modello consensualistico nella determinazione delle modalità del concorso delle autonomie speciali alla manovra di finanza pubblica (sentenze della Corte costituzionale, del 13 febbraio 2014, n. 23 (in *Giur. cost.* 2014, 341; del 15 maggio 2015, n. 82 in *Giur. cost.*, 2015, 717; del 19 novembre 2015, n. 239, in *Giur. cost.*, 2015 2187; del 25 febbraio 2016, n. 40, in *Giur. cost.*, 2016, 255). La peculiarità della crisi economico-finanziaria attuale è riconducibile anche al lessico impiegato dal Giudice delle leggi. Molte delle decisioni analizzate si caratterizzano per l'utilizzo di parole dalla forte valenza emotiva: si pensi solo ai «sacrifici gravosi» necessari al superamento della crisi⁴⁸. Inoltre, negli anni più recenti l'elemento 'crisi' torna a giustificare provvedimenti restrittivi in materia di lavoro e previdenza. Ne è un esempio la sentenza della Corte costituzionale, del 16 luglio 2014, n. 201 (in *Giur. cost.*, 2014, 3253) che dichiara la legittimità di un

⁴² M. Benvenuti, *La Corte costituzionale, in Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica. Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012* Napoli, 2012, 384.

⁴³ Cfr. C. Pinelli, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in A. Ruggeri (cur.), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, 549.

⁴⁴ Cfr. G. Gemma, *Leggi di bilancio e referendum: un altro mutamento della mappa dell'abrogazione popolare*, in *Giur. cost.*, n. 1/1994, 22-34.

⁴⁵ Sulla connessione logica tra il concetto di crisi e il dato temporale si v. L. Pace, *La Corte costituzionale fa proprie le "ragioni della crisi" e rinnega se stessa*, in *Giur. cost.*, n. 6/2013, 4993-4998.

⁴⁶ Sui cc.dd. diritti che costano si v. A. Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, 69 ss.

⁴⁷ Corte cost., sent. n. 10/2010, cit., p.to 6.4. del cons. dir. Si v. E. Longo, *I diritti sociali al tempo della crisi. La Consulta salva la Social card e ne ricava un nuovo titolo di competenza statale*, in *Giur. cost.*, n. 1/2010, 164-182.

⁴⁸ La sentenza della Corte costituzionale del 17 dicembre 2013, n. 310, in *Giur. cost.*, 2013, 4966. Si v. L. Pace, *La Corte costituzionale fa proprie le "ragioni della crisi" e rinnega se stessa*, in *Giur. cost.*, n. 6/2013, 4993-5010.

prelievo addizionale sui compensi di dirigenti e titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa nel settore finanziario⁴⁹. In questa decisione, la Corte, va oltre e utilizza come argomento rafforzativo la tesi sostenuta nel «G20 tenutosi a Pittsburgh nel 2009, che avrebbe individuato tra le cause della crisi ... la mancanza di responsabilità e la disinvoltura del settore bancario e finanziario, alimentate anche dalle prassi retributive ivi operanti, da riformare nel senso di disincentivare la previsione di remunerazioni variabili, legate a logiche speculative di breve periodo piuttosto che all'effettiva produttività». Questa argomentazione non è di poco conto: non solo perché la Corte sembra cercare di definire nel merito la crisi, ma soprattutto perché, nel farlo, si appella a dati economici di derivazione europea e internazionale⁵⁰.

Infine, è necessario ricordare che la giurisprudenza della crisi finanziaria è una giurisprudenza che si lega all'art. 81 Cost., così come riformato nel 2012⁵¹. Si afferma, per esempio, la funzione di «clausola generale» di tale disposizione, in grado di colpire tutti gli enunciati normativi dai quali possono dipendere effetti perturbanti la sana gestione finanziaria e contabile (Corte cost. sent. del 19 luglio 2012, n. 192, in *Giur. cost.*, 2012, 2768). A questo rinnovato principio costituzionale va ricondotta la questione delle sentenze additive di prestazione che impongono nuovi o maggiori oneri all'erario⁵². Ancora oggi la crisi sembra influenzare in modo determinante la Corte, basti pensare al dibattito dottrinale intorno alla sentenza costituzionale n. 10/2015⁵³ e quella del 30 aprile 2015, n. 70 (in *Giur. cost.*, 2015, 531). Nel primo caso l'elemento fattuale della «grave crisi economica» giustifica l'utilizzo di tecniche decisorie volte a modulare gli effetti della decisione, in questo caso solo pro futuro⁵⁴. L'impiego della modulazione temporale pare rappresentare un nuovo strumento di bilanciamento dei valori espressi dalla Costituzione, tra i quali rientra il principio dell'equilibrio di bilancio, ex art. 81 Cost⁵⁵. È nota e condivisa in dottrina la tesi per la quale le tecniche di modulazione temporale delle pronunce di accoglimento hanno trovato terreno fertile nelle questioni che, se accolte, potrebbero determinare maggiori oneri a carico della finanza pubblica⁵⁶. Al contrario, nella sent. 70 del 2015, di

⁴⁹ Nel caso in esame, i ricorrenti lamentano la presunta violazione degli artt. 3 e 53 Cost. da parte dell'art. 33 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 "Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica".

⁵⁰ In aggiunta la Corte dichiara che tale prelievo «è stato introdotto in un contesto temporale in cui anche le istituzioni dell'Unione europea vagliavano soluzioni normative volte a tener conto del ruolo svolto nella crisi finanziaria da politiche retributive ritenute capaci di incentivare un'assunzione di rischi eccessiva ed imprudente». Così sono giustificati non solo gli strumenti legislativi interni di contrasto alla crisi, ma anche gli strumenti di derivazione europea.

⁵¹ L. cost. n. 1/2012 e l. n. 243/2012.

⁵² La questione delle cc.dd. sentenze di spesa è stata oggetto di importanti studi e proposte dottrinali, si v. L. Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81-luglio 85)*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Padova, 1985, 199-324, in particolare 310 ss.; E. Grosso, *Sentenze costituzionali di spesa "che non costino"*, Torino, 1991; AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 della Costituzione. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, Milano 1993.

⁵³ Cfr. A. Anzon Demmig, *La Corte costituzionale "esce allo scoperto" e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in *Giur. cost.*, n. 1/2015, 67-79; E. Grosso, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia*, cit., 79-90; A. Pugiotto, *La rimozione della pregiudizialità costituzionale nella sentenza costituzionale n. 10/2015*, cit., 90-98; L. Geninatti Satè, *L'irrisolta questione della retroattività delle sentenze d'illegittimità costituzionale*, cit., 98-108.

⁵⁴ Sulla manipolazione degli effetti temporali delle pronunce di accoglimento si v. AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989, in particolare, sulle cause giustificative dell'impiego di tale tecnica, F. Modugno, *Considerazione sul tema*, 17 ss e F. Donati, *Tutela dei principi costituzionali e rispetto delle decisioni di bilancio*, 309-346; R. Pinardi, *La Corte, il giudice ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano, 1993.

⁵⁵ Sia sufficiente rinviare alla lettura della Corte cost., sent. n. 10/2015, cit., ai p.ti 7 e 8 del cons. dir. Si v. inoltre T.F. Giupponi, *La Corte e il "suo" processo. Brevi riflessioni a margine della sent. n. 10 del 2015 della Corte costituzionale*, 8-10, in *Lo Stato*, n. 4/2015.

⁵⁶ Sia sufficiente qui rinviare alle riflessioni contenute in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c. della Costituzione*, cit. In specie si vedano le dichiarazioni di V. Onida; G. Zagrebelsky e L. Paladin. Si v. anche E. Grosso,

poco successiva, l'elemento crisi non viene nemmeno menzionato, e con esso, il novellato art. 81 Cost., al di là di qualsivoglia considerazione sulle condizioni finanziarie del paese. Il Giudice delle leggi sembra così preannunciare che «l'incipiente crisi economica e l'evoluzione normativa e giurisprudenziale comporterebbero il superamento della costante giurisprudenza di questa Corte»⁵⁷. Da ultimo, la sentenza della Corte costituzionale, del 15 giugno 2016, n. 174 che dichiara l'illegittimità dell'art. 18, c. 5, del decreto legge n. 98 del 2011, definendo irragionevole la riduzione dell'aliquota della pensione del 10% delle pensioni di reversibilità nel solo caso di elevata differenza di età tra i due coniugi⁵⁸.

3. Riflessioni conclusive: le crisi economiche come elemento di fatto nelle argomentazioni della Corte costituzionale

Dallo studio effettuato pare possibile affermare che le crisi economiche hanno contraddistinto la giurisprudenza costituzionale sin dai primi anni di attività, seguendo un andamento aderente alla storia del nostro Paese. Di conseguenza, possono ricavarsi una serie di elementi specifici che compongono il discorso giurisprudenziale sulle crisi. Il primo elemento riguarda la classificazione del concetto economico di 'crisi' come fatto e non già come mera argomentazione⁵⁹. L'aderenza di questa classificazione alla realtà può ricondursi anche alla mancata presenza di motivazioni circa il contesto concreto relativo alla crisi. Il secondo elemento riguarda l'influenza delle crisi economiche nel percorso argomentativo della Corte. Dapprima deve dirsi che spesso tale elemento pare essere evocato con funzione eversiva dal Giudice delle leggi giacché l'elemento di fatto 'crisi' entra nel ragionamento del Giudice senza giustificate argomentazioni. In altri termini, pare potersi dire che le crisi hanno portato alla pronuncia di decisioni deboli in punto di motivazione⁶⁰. Propriamente, il Giudice se da una parte sembra preoccuparsi di descrivere le crisi attraverso l'impiego di aggettivi dal carattere evocativo (grave, perdurante), dall'altra non dedica sufficiente spazio alla definizione concettuale della crisi stessa: non specifica, in altre parole, qual è la dimensione reale del fenomeno, in che modo essa influisca sull'esito del giudizio e, soprattutto, non descrive le condizioni finanziarie del paese (debito, deficit, Pil). Il terzo elemento attiene alle tecniche decisorie impiegate in contesti di emergenza economica. Spesso il sintagma 'crisi economico-finanziaria' si lega al concetto di emergenza-urgenza⁶¹ e al fattore tempo. Dalle ultime decisioni emerge una valorizzazione del carattere della temporaneità dell'oggetto del giudizio costituzionale. Così, disposizioni che in un contesto socio-economico normale potrebbero essere colpite da una declaratoria di illegittimità costituzionale, in un contesto di crisi, e, quindi di emergenza, richiedono un'attenzione diversa del Giudice costituzionale⁶². In aggiunta, il fattore tempo non è solo un argomento con funzione

Sentenze costituzionali di spesa "che non costino", cit., e F. Politi, *Il «costo» delle sentenze della Corte costituzionale nella recente riflessione dottrinale*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. 4, Napoli, 2004, 1755-1797.

⁵⁷ Corte cost., sent. n. 248/2015.

⁵⁸ Si è scelto di dare conto della presente sentenza in forza dell'attualità della stessa. In questo caso la parola crisi compare solo nel *ritenuto in fatto* e non anche nel *considerato in diritto*.

⁵⁹ Brevemente, sull'argomentazione, G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 10-12.

⁶⁰ Parla di motivazioni spesso tautologiche A. Spadaro, *Le motivazioni delle sentenze della Corte come tecniche di creazione di norme costituzionali*, in A. Ruggeri (cur.), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, 372. Sulla funzione della motivazione delle decisioni costituzionali si vedano anche P. Caretti, *Motivazione*, cit. e G.P. Dolso, *Giudici e Corte alle soglie de giudizio di costituzionalità*, Milano, 2003, 357. L'A. propone una motivazione i cui destinatari non siano soltanto le parti del processo, ma l'intera collettività.

⁶¹ Sul concetto giuridico di emergenza si v. G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, 2003, 13-26.

⁶² Sulla particolarità dell'uso del linguaggio della emergenza, si v. M. Luciani, *Art. 81 della Costituzione e decisioni della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, cit., 60-62.

giustificativa dell'intervento legislativo, ma diviene anche tecnica decisoria. Nel 2015, con la citata sent. 10, la Corte costituzionale non solo ha confermato la legittimità dell'uso di tecniche volte a modulare nel tempo gli effetti delle decisioni di accoglimento, ma ne ha giustificato altresì l'impiego in relazione al bilanciamento tra interessi costituzionalmente protetti⁶³.

A questo punto è necessario chiedersi in che modo la Corte può conoscere il dato economico e, di conseguenza, la reale dimensione della crisi in relazione all'oggetto del giudizio. A tal proposito può, farsi riferimento all'esercizio dell'istruttoria formalizzata ex art. 13 della legge 87 del 1953 e art. 12 e 13 delle "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale", potendo la Corte richiedere informazioni a qualsiasi organo dello Stato (si pensi alla Corte dei Conti, all'ISTAT e all'Ufficio parlamentare di bilancio)⁶⁴. Proprio l'istruttoria formalizzata potrebbe acquisire una funzione particolare nella giurisprudenza costituzionale di crisi per due ordini di ragioni. La prima, di tipo sostanziale, coincidente con la necessità di conoscere la reale dimensione economica del fenomeno in connessione all'oggetto del giudizio. La seconda, di tipo formale, in relazione al ruolo della motivazione nelle sentenze costituzionali. Questa ha una innegabile funzione extra-processuale proprio in considerazione della specificità dell'organo⁶⁵. La motivazione è, infatti, veicolo di conoscenza⁶⁶ per l'intera organizzazione sociale e proprio dalle argomentazioni che compongono la motivazione possono comprendersi le ragioni stesse che hanno portato alla decisione.

In conclusione le crisi economiche possono definirsi come dei fatti che si producono in un contesto non giuridico, ma che, nel loro sviluppo, entrano in conflitto con istituti propri del diritto, si pensi alla compressione dei diritti sociali, al fenomeno della disoccupazione e agli strumenti legislativi a esso conseguenti e alle modificazioni nei rapporti tra Stato e Regioni. Negli anni di crisi la Corte è stata chiamata a garantire un equilibrio sempre più difficile tra diritti e interessi costituzionalmente garantiti, tra esigenze di tenuta delle finanze statali e autonomia regionale. Il tutto in presenza di un dato finanziario ed economico che entra, giocoforza, nel giudizio costituzionale. Tuttavia tale ingresso non può essere immune da un percorso di valutazione da parte del Giudice costituzionale, nella misura in cui spesso la decisione dipende dallo stesso contesto di crisi economica.

Abstract

This paper tries to answer to a delicate question: has the constitutional jurisprudence always been a jurisprudence of crisis or, contrariwise, the constitutional judgements follow the historical background? The aim was to analyse the whole jurisprudence with an inductive method and classify the judgments according to the type of crisis (e.g. the agricultural crisis, the enterprise's crisis and financial crisis). Eventually, it analyses the role of the crisis in the Court's arguments and the decision making techniques used by the Constitutional Court.

⁶³ Corte cost., sent. n. 10/2015, cit., p.to 7 cons. dir., par. 13. Cfr. A. Morrone, *Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale*, in *Quad. Cost.*, n. 3/2015, in particolare 591-601. Nello stesso volume si vedano R. Romboli, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, 607-632; A. Ruggeri, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale*, 635-643.

⁶⁴ Cfr. P. Magarò, *L'ufficio parlamentare di bilancio*, in A. Giovannelli (cur.), *Aspetti della governance economica nell'Ue e in alcuni Stati dell'Unione*, Torino, 2014, 93 ss.

⁶⁵ Cfr. M. Ainis, *La "motivazione in fatto" della sentenza costituzionale*, cit., 177; L. Pegoraro, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, cit., 1987, 19 ss.

⁶⁶ Cfr. A. von Bogdandy - I. Venzke, *In nome di chi? Giurisdizione internazionale e teoria del discorso*, trad. it. a cura di E. Daly, Torino, 2010, 23.

Mediazione, processo civile e competizione tra ordinamenti

SOMMARIO: 1. I sistemi di giustizia alternativa: profili di compatibilità alla luce dei principi e delle garanzie costituzionali in materia di tutela dei diritti – 2. L'adozione di un sistema di giustizia alternativa nel modello giuridico italiano. Linee evolutive di un percorso ancora *in fieri* – 3. Il rapporto tra *Alternative Dispute Resolution* e processo civile nelle esperienze di *civil law* e di *common law* – 4. Competizione tra ordinamenti giuridici e sistemi di *Alternative Dispute Resolution* quali strumenti per misurare l'efficacia delle *performances* giuridiche ed economiche dei singoli Paesi

1. I sistemi di giustizia alternativa: profili di compatibilità alla luce dei principi e delle garanzie costituzionali in materia di tutela dei diritti

Da sempre, il ruolo assegnato alle regole giuridiche è quello di governo della convivenza civile. Tale riflessione, alla luce dell'evolversi dei tempi, impone di adeguare alle nuove istanze sociali, culturali ed economiche, le regole giuridiche.

Allo stato attuale, particolare interesse suscita il tema degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie noti, nel nostro sistema giuridico, anche con l'acronimo A.D.R. (*Alternative Dispute Resolution*)¹, che ha conosciuto, in un arco temporale limitato, una notevole evoluzione².

Il tema degli A.D.R. deve necessariamente misurarsi con i principi e le garanzie enunciate dalla Costituzione in materia di tutela giurisdizionale dei diritti (*ex art. 24 cost.*)³, nonché con le garanzie processuali riconosciute dal giusto processo (*ex art. 111 cost.*)⁴.

¹ L'acronimo ADR (*Alternative Dispute Resolution*) viene generalmente utilizzato per indicare una gamma di strumenti di soluzione dei conflitti di natura contenziosa affermatasi a partire dagli anni Settanta nel Nord America e poi successivamente penetrati nella cultura giuridica europea sino a destare l'interesse delle istituzioni comunitarie. Sulle ADR esiste una vastissima letteratura di cui non è possibile, in questa sede, dare conto in modo esaustivo. Per tale ragione, si limitano le indicazioni bibliografiche ritenute più rilevanti ai fini del presente studio. Nella letteratura nord-americana: E. Silvestri, *Le alternative al processo civile nell'esperienza statunitense*, in *Foro it.*, 1987, V, 310 ss.; J. Resnik, *Risoluzione alternative delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nord-americana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 699 ss. F. Cuomo Ulloa, *Mezzi di conciliazione nell'esperienza nord-americana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1283 ss. Per la letteratura italiana ci si limita a segnalare quella più rilevante ai fini del presente lavoro: S. Chiarloni, *Nuovi modelli processuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 269 ss. Tale contributo è di particolare rilievo anche per la descrizione della fase storica all'indomani dell'affacciarsi nel panorama europeo delle ADR. Id., *La crisi della giustizia civile e i rimedi possibili nella prospettiva comparata*, in *Quest. giust.*, 1999, 1013; B. Capponi, *Giustizia civile, nuovi modelli verso l'Europa?*, in *Foro it.*, 1993, V, col. 223; E. Silvestri, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 324, secondo cui solo in apparenza la creazione di forme alternative al processo è finalizzata a creare forme adeguate di tutela, che non sempre la giustizia formale è in grado di offrire. «In realtà accanto a questa istanza democratica convivevano due altre, inconfessate aspirazioni di segno radicalmente opposto [...]. In particolare liberare le Corti dai fastidi causati dall'incessante aumento delle cause di modesto valore economico»; L. P. Comoglio, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 346 ss. Offre un quadro della progressiva espansione delle procedure di ADR, T. Galletto, «ADR», in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Aggiornamento, Torino, 2011, 1 ss., spec. 4.

² M. Ramajoli, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 481 ss. Correttamente si pone in luce come: «in tempi recenti i metodi alternativi di risoluzione delle controversie (*Alternative Dispute Resolution*) sono divenuti una vera e propria famiglia, che comprende al suo interno mezzi come la risoluzione negoziale delle controversie, la mediazione, la conciliazione, l'arbitrato, ciascuno dei quali conosce a sua volta diverse declinazioni. Non è possibile costruire un singolo modello di procedimento stragiudiziale di risoluzione delle controversie: le forme di ADR non sono riducibili a un'unica tipologia, perché esse non sono un fenomeno unitario e sempre uguale a se stesso. È comunque presente in ognuna di esse una radice comune, consistente nell'offrire una "giustizia non giurisdizionale" o, se si preferisce, una "giustizia alternativa", intesa a risolvere conflitti della più varia natura attraverso un approccio consensuale che permetta l'emergere delle rispettive posizioni, riavvicini le parti in conflitto e consenta l'elaborazione di una soluzione condivisa».

³ «L'affermazione, contenuta nell'art. 24 cost., del principio per cui chi è titolare di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo è, in pari tempo e automaticamente, titolare dell'azione intesa come possibilità di far valere in giudizio quel diritto o quell'interesse legittimo, dà una spinta fortissima alla costruzione di un sistema ispirato al principio di effettività della tutela giurisdizionale: l'art. 24 si presenta cioè come una sorta di norma in bianco, la

«Non basta dunque la garanzia di accesso alle Corti (art. 24 cost.), ma occorre verificare quale sia il risultato conseguibile dall'attore che deve essere giuridicamente idoneo a consentire la riparazione»⁵.

In particolare, risulta non appropriata la dicotomia diritti - interessi, spesso evocata per delineare un confine tra giurisdizione e metodi non giurisdizionali di composizione dei conflitti⁶, sulla scorta del dato secondo cui, «le nuove strategie compositive delle liti mediante la partecipazione comportano la rinuncia a ricercare una pretesa verità oggettiva per trovare la soluzione più adeguata alla situazione concreta»⁷.

Ne panorama domestico lo stato di crisi che registra il sistema dell'amministrazione della giustizia, oltre alle indicazioni che promanano dall'Unione europea, ha condotto a valorizzare i rimedi alternativi di soluzione dei conflitti, nell'ottica della degiurisdizionalizzazione e del principio di sussidiarietà⁸.

In tale contesto, ciò che è auspicabile, a garanzia dell'effettivo funzionamento dei mezzi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, è l'adozione di una nuova cultura conciliativa che si affranchi da quella concezione interamente fondata sulla primazia della giustizia pubblica su quella

quale «aderisce a tutte le norme sostanziali» che attribuiscono situazioni soggettive; queste norme, anche se nulla dispongono sulla tutela giurisdizionale, funzionano, per così dire, come fattispecie rispetto al primo comma dell'art. 24, che mettono automaticamente in moto, con conseguenze di incalcolabile portata». Così, I. Pagni, *Linee percorsi della tutela dei diritti dall'unificazione ad oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1137 ss. M. Rubino Sammartano, *Il diritto alla difesa*, in M. Rubino (dir.), *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, 2009, 767 ss. L'art. 24 non può essere inteso semplicemente come il diritto di accedere alla giustizia, ma come formale «riconoscimento del diritto di difesa, ossia del diritto di far valere le proprie ragioni, di provarle e di replicare alle argomentazioni avversarie».

⁴ D. Dalfino, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 907 ss., secondo cui il lemma «accesso alla giustizia», «rimanda specificamente alla possibilità di accedere agli strumenti di tutela dei diritti predisposti dall'ordinamento, che, storicamente, hanno trovato nella sede giurisdizionale il proprio paradigma di elezione. Nell'accezione tradizionale, l'accesso alla giustizia è riferito alla tutela giurisdizionale dei diritti, quale vero e proprio pilastro della cultura legale occidentale, e dello Stato di diritto. [...] La formula compare, dopo il trattato di Lisbona, nell'art. 67, par. 4 della versione consolidata del TFUE. L'art. 81, par. 2, lett. e) si riferisce pure all'accesso alla giustizia, mentre la lett. f) prevede la eliminazione degli ostacoli al funzionamento dei procedimenti civili. Anche l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. *Carta di Nizza*, siglata nel 2000) contempla l'accesso alla giustizia in relazione specifica alla ipotesi di patrocinio a spese dello Stato per coloro che non posseggono mezzi sufficienti».

⁵ L. Breggia, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 715 ss.

⁶ S. Piraino, *Giustizia e processo*, in *Dir. fam.*, 2015, 1414. «Storicamente è il processo il modello a cui si fa riferimento, in quanto esso possiede il massimo della compiutezza formale. La sua struttura dialettica lo connota come strumento essenziale di giustizia e, quindi, di tutela delle situazioni sostanziali dedotte. [...] La tendenza da tempo in vario modo manifestatasi verso strumenti di composizione delle controversie alternativi alla giurisdizione, lungi dal rappresentare alcuna forma di usurpazione di una funzione propria ed esclusiva dello Stato, qual è la giurisdizione, o di degiurisdizionalizzazione degli strumenti di tutela degli interessi giuridicamente protetti, essa, piuttosto, costituisce espressione dell'autonomia delle parti, che nulla può impedire, non contrapponendosi affatto alla funzione esclusiva dello Stato di tutela coattiva degli interessi».

⁷ R. Rordorf, *Giurisdizione e rimedi alternativi*, in *Quest. giust.*, 2014, 33, secondo cui «è necessario che la spinta verso i sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, lungi dall'accompagnarsi a un tendenziale disinteresse per l'esercizio della giurisdizione ordinaria, si saldi con ulteriori interventi volti a migliorare e a rendere quest'ultima più efficiente».

⁸ T.E. Frosini, *Sussidiarietà (principio di) (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, Milano, 2008.

privata⁹, connessa ad un approccio favorevole a valorizzare, in termini applicativi, la complementarità tra i diversi mezzi di tutela¹⁰.

Ne deriva che, sul piano metodologico, occorre considerare i metodi alternativi di soluzione di conflitti non come mezzi diretti a realizzare, al di fuori del processo, risultati sostanzialmente equiparabili o comunque comparabili al processo, ma come modelli di composizione dei conflitti diversi, alternativi e complementari alla tutela giudiziale, fondati sulla logica degli interessi e dell'accordo delle parti.

2. L'adozione di un sistema di giustizia alternativa nel modello giuridico italiano. Linee evolutive di un percorso ancora *in fieri*

Da un'analisi condotta a livello internazionale ed europeo sulla qualità dei «sistemi giustizia» dei Paesi esaminati, alla luce, in particolare, dei Rapporti dell'OCSE, della *World Bank* e dell'Unione europea, è emerso come l'Italia sia, tra i diversi ordinamenti, dotata di un sistema giurisdizionale meno efficiente, condizione ritenuta ostativa a livello di crescita economica¹¹.

Considerato che le ricerche sulla qualità, l'efficienza e il corretto funzionamento dei sistemi giurisdizionali sono finalizzate a fornire ai soggetti economici – investitori, imprese, banche ed istituti finanziari – indicazioni sui Paesi che offrono maggiori opportunità, è fondato ritenere che le politiche riformatrici degli Stati si muovano proprio nella direzione di diminuire la differenza fra gli ordinamenti giuridici in termini di operatività del sistema giustizia.

Inoltre, adeguate politiche riformatrici consentono di attenuare il fenomeno del c.d. *forum shopping* verso altri sistemi, alla luce del quale le parti hanno la facoltà di esercitare una «scelta del diritto»¹², per tale intendendosi la facoltà di accordare una preferenza verso quell'ordinamento giuridico ritenuto più efficiente in termini normativi e giurisdizionali.

Uno dei parametri valutativi utilizzati al fine di verificare il corretto funzionamento del sistema giurisdizionale di un Paese, concerne il livello di operatività e di efficienza dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie¹³.

Rappresenta un dato incontestabile che, nel nostro sistema giuridico, si continui a registrare un *trend* negativo in termini di adozione di strumenti alternativi per la soluzione delle liti. In tal senso, singolare e significativa è la storia della normativa sulla mediazione civile e commerciale, alla luce delle complesse vicende che ne hanno segnato il cammino.

L'*iter* normativo muove dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28¹⁴, con il quale è stata introdotta la mediazione civile e commerciale, prevedendo la sua obbligatorietà per talune materie,

⁹ Secondo, C. Menichino, *Il nuovo ruolo e le competenze dell'avvocato in mediazione nell'ambito della giustizia «privata»*, in *Contr.*, 2015, 948 ss., spec. 950, «come si è detto, alla base del processo sussiste la concezione del conflitto come fenomeno patologico da combattere, mediante un apparato statale, per ristabilire l'ordine violato al fine di tutelare il singolo individuo e la collettività».

¹⁰ «Soccorre a tal proposito l'esperienza inglese, in cui il legislatore ragiona “nel senso di un sistema unico e coordinato in cui le diverse utilità dei meccanismi permettono al ricorrente di individuare il rimedio *proporzionato* alla controversia in essere». Così, M. Ramajoli, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, cit., 481.

¹¹ Si esprime in tal senso, M.P. Chiti, *Evoluzioni dell'economia e riassetto delle giurisdizioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 713 ss., spec. 725. «Per quanto tali analisi possano essere discutibili nell'impostazione metodologica e nei dati utilizzati (particolarmente carenti per la giustizia amministrativa; non adeguatamente trattata, oppure del tutto esclusa dalle indagini), la posizione dell'Italia risulta caratterizzata da gravi carenze».

¹² M. Gnes, *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, 2004, 12 ss., spec. 22.

¹³ L. Breggia, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, cit., 719.

¹⁴ Consultabile in www.camera.it.

espressamente indicate dall'art. 5, comma I. Tale disciplina, ha sollevato un acceso dibattito, particolarmente avvertito dalla classe forense, che ne ha sostenuto la non compatibilità costituzionale. La Corte costituzionale, con la sentenza del 6 dicembre 2012, n. 272¹⁵, ha riconosciuto l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma I, d.lgs. n. 28/2010, sul presupposto di un eccesso di delega del decreto rispetto ai principi dettati dall'art. 60 della l. n. 69 del 2009¹⁶.

Una *ratio decidendi* «formale», dunque, che non intacca l'istituto della mediazione come strumento di soluzione alternativa delle controversie in un'ottica deflattiva del contenzioso civile¹⁷. Sulla scorta di tale pronuncia, il *conditor iuris* con il d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98, ha reintrodotto la disciplina sulla mediazione obbligatoria.

La riforma del 2013, pur nell'apparente identità di disciplina rispetto alla disposizione normativa del 2010, reca talune rilevanti novità, in particolare relative ai profili di obbligatorietà della mediazione¹⁸, sulle quali è opportuno soffermarsi. In tal senso, l'art. 5, comma 2 *bis*, d.lgs. n. 28 del 2010 dispone che la condizione di procedibilità si consideri avverata se il primo incontro dinanzi il mediatore si conclude senza l'accordo, ponendo a carico delle parti esclusivamente gli oneri economici derivanti dal deposito dell'istanza o dell'adesione¹⁹. Tale norma va letta in combinato disposto con l'art. 8, comma I, d.lgs. n. 28 del 2010, che ridefinisce struttura e funzione di tale «primo incontro»²⁰.

In particolare, si individua una fase necessaria, a carattere informativo, in cui il mediatore rende edotte le parti circa la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione ed una facoltativa, in cui il mediatore invita le parti ed i loro avvocati ad esprimersi sulla possibilità di iniziare il procedimento di mediazione ed in caso positivo, dà avvio alla procedura mediativa.

¹⁵ Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272, in *Giust. civ.*, 2013, I, 10.

¹⁶ L. Bugiolacchi, *La mediazione obbligatoria nelle controversie civili e commerciali dopo la conversione in legge del «decreto Letta»*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 349 ss. Offre un quadro completo dei lineamenti della mediazione: F. Cuomo Ulloa, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011.

¹⁷ M.A. Lupoi, *Ancora sui rapporti tra mediazione e processo civile, dopo le ultime riforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 12 ss. A proposito della riforma del 2013, essa «ha aumentato la "proceduralizzazione" della mediazione: oltre alla norma sulla competenza territoriale dell'organismo [...] va evidenziato che, ai sensi del nuovo art. 5, comma I *bis*, la parte istante deve essere assistita dall'avvocato, ancorché senza necessità di un conferimento di procura *ad litem* ai sensi dell'art. 83 c.p.c.».

¹⁸ Segnala, D. Dalfino, *Mediazione civile e commerciale*, Bologna, 2016, 91, come «più di recente, la disciplina relativa al funzionamento del "filtro" per le materie di cui all'art. 5, comma 1 *bis*, d.lgs. 28/2010, ha offerto un paradigma applicativo per l'altra condizione di procedibilità» introdotta per le materie indicate dall'art. 3, d.l. 132/2014, conv. con mod. in l. n. 162/2014, e rappresentata dalla c.d. negoziazione assistita da uno o più avvocati». In giurisprudenza, si veda, in tale ambito: Corte cost., 7 luglio 2016, n. 162, con nota di M. Giorgetti, *Ammissibile il cumulo fra negoziazione assistita e messa in mora di cui al Cod. assicurazioni*, in *Giur. cost.*, 2016, 1320.

¹⁹ S. Chiarloni, *Minime riflessioni critiche su trasferimento in arbitrato e negoziazione assistita*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 221 ss., *spec.* 224. «Va, peraltro, ricordato che, come ha avuto occasione di rilevare la Corte costituzionale (cfr. sentenze n. 522 del 2002 e n. 333 del 2001), se al condizionamento nell'esercizio dell'azione si accompagna un costo economico rilevante, allora si origina la violazione dell'art. 24, comma I, cost. Non per nulla il legislatore, nel rivedere il d.lgs. n. 28 del 2010, ha modificato il regolamento che prevedeva il versamento dell'indennità (cioè delle spese di funzionamento il cui ammontare è agganciato al valore della controversia) all'avvio della procedura, e lo ha sostituito da un esborso limitato a 40 euro, giustificabile in funzione delle spese affrontate dall'organismo di mediazione per la comunicazione dell'istanza all'altra parte».

²⁰ L'art. 8, comma I del d.lgs. n. 28/2010, riformato nel 2013, stabilisce, tra l'altro, che: «Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato». In senso critico, si esprime, S. Chiarloni, *op. cit.*, 223, secondo il quale, «è vero che l'obbligatorietà è apparente e costituisce un esempio notevole d'ipocrisia legislativa, dovuta alla frequenza con cui un'iniziativa parlamentare si conclude con un compromesso che conviene tenere nascosto ad un esame superficiale. L'obbligatorietà è apparente non solo perché non è prevista alcuna sanzione per la mancata assistenza del professionista».

Il dato normativo, fondato sull'efficacia di filtro precontenzioso del primo incontro, conferma la non coercibilità della partecipazione della parte alla mediazione, sanzionabile esclusivamente sul piano delle spese legali. Al contrario, costituisce «uno dei corollari della mediazione che ogni parte interessata, in ogni momento del procedimento, se ne possa “chiamare fuori”, pagandone, in caso, le conseguenze in sede processuale, ma non in termini di una declaratoria di improcedibilità, difficilmente conciliabile con il disposto dell'art. 24 cost.»²¹.

L'attuale fisionomia della mediazione sembra percorrere una strada diversa, soprattutto in termini di rapporto fra mediazione e processo civile. In tal senso, è stata valorizzata la mediazione delegata dal giudice alle parti, sulla scorta della quale il giudice può direttamente disporre l'esperimento del procedimento di mediazione senza chiedere alcun consenso alle parti e, addirittura, anche contro la loro volontà²².

Tale ipotesi, senza dubbio, rappresenta il più elevato livello di coordinamento tra strumenti alternativi di soluzione delle controversie e processo civile, ed esprime la volontà del *conditor iuris* di favorire l'ingresso di un nuovo cultura della mediazione²³, facendo leva sugli effetti virtuosi del legame fra dimensione endoprocessuale ed extraprocessuale, sul presupposto che non si tratti di due monadi isolate ma di due mondi comunicanti²⁴.

3. Il rapporto tra *Alternative Dispute Resolution* e processo civile nelle esperienze di *civil law* e di *common law*

La riflessione sul rapporto tra ADR e processo civile si fonda sul confronto tra esperienze di *civil law* e di *common law*, nella consapevolezza che i sistemi di ADR, sia nel modello di *common law* ove storicamente si sono formati, sia in alcuni Paesi dell'Europa continentale, costituiscono una risposta all'inadeguatezza delle procedure contenziose tradizionali e rappresentano uno strumento di

²¹ M.A. Lupoi, *Ancora sui rapporti tra mediazione e processo civile, dopo le ultime riforme*, cit., 16.

²² A tale proposito occorre evidenziare la recente introduzione della negoziazione assistita obbligatoria, avvenuta con l'art. 3, del d.l. n. 132/2014, convertito in l.n. 162/2014. In argomento fondamentale è la sentenza della Corte cost., 7 luglio 2016, n. 162, con osservazioni di R. Porto, *Il problema della sovrapposizione tra condizioni di procedibilità*. *Brevi note sulla pronuncia della Corte Costituzionale n. 162/2016*, in www.judicium.it «L'introduzione della negoziazione assistita obbligatoria avvenuta con l'art. 3, del d.l. 132/2014, convertito in l. n. 162/2014, solleva la problematica della sovrapposizione tra condizioni di procedibilità della domanda giudiziale. La successione di leggi ha generato problemi di coordinamento, che in alcuni casi conducono alla sovrapposizione tra il nuovo istituto della negoziazione assistita, ed altre procedure stragiudiziali preesistenti, quando previste in forma obbligatoria. La negoziazione assistita obbligatoria interferisce non solo con la mediazione obbligatoria prevista dall'art. 5, comma 1-bis, d.lgs. n. 28/2010, ma anche con la procedura stragiudiziale obbligatoria prevista dall'art. 145, d.lgs. n. 209/2005 (Codice delle assicurazioni private). [...] Secondo la Corte Costituzionale, la negoziazione assistita, contrariamente a quanto affermato dal rimettente, non è un “inutile doppione” rispetto alla c.d. “messa in mora” prevista dagli artt. 145 e seg. del Codice delle assicurazioni private, in quanto i due istituti assolvono a funzioni diverse. [...] Dunque, la tutela garantita dall'art. 24 Cost., la quale non comporta l'assoluta immediatezza dell'esperibilità del diritto di azione (sentenze n. 243 del 2014 e n. 276 del 2000, per tutte), non sarebbe compromessa dal meccanismo della negoziazione assistita, attesa la sua complementarità rispetto al previo procedimento di messa in mora dell'assicuratore, agli effetti dell'auspicata realizzazione anticipata, in via stragiudiziale, dell'interesse risarcitorio del danneggiato».

²³ L. Breggia, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, cit., 717, secondo cui, «in una fase storica dove giustizia è ancora sinonimo di processo, il giudice e gli avvocati possono fare la loro parte, contrastare questa percezione errata e orientare una cultura a favore della corretta coesistenza di modi diversi di soluzione, diversificati non per importanza del conflitto o delle parti, ma semplicemente per la diversa duttilità dei metodi».

²⁴ M.A. Lupoi, *Ancora sui rapporti tra mediazione e processo civile, dopo le ultime riforme*, cit., 18, secondo cui «è anzi realistico che questa modalità di mediazione possa fornire i risultati più rilevanti in termini di conciliazione della lite».

governo dell'amministrazione della giustizia, attraverso l'interazione organica con l'ordine della giustizia tradizionale.

Sul piano metodologico, la riflessione si muove su due versanti. Da un lato, in seno alla scienza del diritto comparato, ove il confronto fra *civil law* e *common law* è servito, essenzialmente, per scopi conoscitivi e per favorire travasi di tecniche giuridiche, emblematico è l'esempio degli *Alternative Dispute Resolution* (A.D.R.), rispetto al modello domestico della mediazione; dall'altro, sul piano della scienza economica, ove i criteri di raffronto tra l'esperienza di *civil law* e quella di *common law* hanno l'obiettivo di misurare le *performances* delle due grandi tradizioni giuridiche occidentali, in termini di efficacia delle scelte normative adottate, anche alla luce dell'influenza che esse possono dispiegare nei Paesi emergenti²⁵.

Lo sviluppo degli ADR è il risultato di domande istituzionali, manovre politiche e istanze culturali. Lo stesso rapporto tra ADR e accesso della giustizia si configura come un rapporto complesso ed articolato che si esplica in maniera diversa nei principali sistemi di *common law* e di *civil law*. In tale prospettiva, è opportuno segnalare le differenze storiche e culturali, in termini di ADR, fra modelli di *common law* e di *civil law*, che inevitabilmente hanno spiegato dei riflessi in termini di diverso grado di effettività dei modelli di composizione stragiudiziale delle liti nei due sistemi giuridici.

Costituisce un elemento comune tanto negli ordinamenti di *civil law* quanto di *common law*, l'aver promosso politiche riformatrici tese a valorizzare gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie.

La riflessione impone, tuttavia, di osservare come lo sviluppo e lo stesso interesse per gli ADR siano correlati alla diversità di contesto delle singole culture²⁶. In tal senso, se il ricorso negli Stati Uniti agli strumenti alternativi, sia di tipo conciliativo-mediativo che aggiudicativo, almeno a partire dagli anni Settanta, ha avuto lo scopo precipuo di superare le inefficienze e le lungaggini del sistema giudiziario, percependosi solo in una fase successiva la loro idoneità a costituire uno strumento economicamente più sostenibile nonché a garantire protezione alle categorie economicamente più deboli²⁷, nel contesto europeo l'approccio è apparso più incline a vedere gli strumenti alternativi al sistema giurisdizionale puro come un'opportunità sul piano qualitativo, oltre che come uno strumento di deflazione del contenzioso giudiziario²⁸.

Nel modello nordamericano, il ricorso agli strumenti di risoluzione alternativa delle liti è espressione di un comune sentire ed è largamente diffuso e praticato, anche se il dibattito teorico sulla privatizzazione della giustizia e, più in generale, sull'*alternative dispute resolution* appare tutt'altro che sopito, alla luce dell'esigenza di conformare tali strumenti al nuovo contesto culturale e politico che, inevitabilmente, incide anche nel rapporto tra *settlement* e *adjudication*²⁹. Significativamente, proprio questa nuova centralità degli ADR all'interno del sistema del *dispute*

²⁵ Così si esprime, A. Gambaro, *Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto*, in *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 7 ss., spec. 16.

²⁶ Resnick, *Risoluzione alternativa delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nord-americana*, cit., 715.

²⁷ D. Dalfino, *Mediazione civile e commerciale*, cit., 7.

²⁸ M.C. Reale, *La mediazione civile e l'Europa*, in *Sociol. dir.*, 2014, 95 ss; D. Dalfino, *o.l.u.c.*, che osserva: «In Europa l'approccio è apparso maggiormente proiettato verso la ricerca di una risposta alternativa sì, ma sul piano qualitativo, diversa nell'individuazione delle tecniche di soddisfazione dei diritti, ispirata al principio di autodeterminazione delle parti. Fenomeno, quest'ultimo, che non ha impedito il formarsi di un variegato panorama di modelli di "mediazione" nell'ambito dei diversi Stati, secondo le rispettive tradizioni giuridiche e culturali».

²⁹ F. Cuomo Ulloa, *La mediazione nel processo civile riformato*, cit., 89.

resolution ha stimolato una nuova e più attenta riflessione sul rapporto tra mediazione e giustizia nel modello giuridico nordamericano³⁰.

Nel modello giuridico statunitense lo sviluppo degli ADR non è solo giustificato da politiche legislative favorevoli, basti pensare, in tal senso, al *Dispute Resolution Act* del 1980³¹, come primo esempio che incoraggiava gli Stati a promuovere sistemi di soluzione alternativa delle controversie, ma anche dalle peculiari modalità di funzionamento di strumenti di ADR.

Il forte coinvolgimento istituzionale e la rapida diffusione degli ADR si manifesta negli Stati Uniti d'America attraverso una produzione normativa volta ad incentivare l'uso di strumenti alternativi per la soluzione delle liti³².

In tale prospettiva, la forte spinta istituzionale verso sistemi alternativi di soluzione delle controversie è testimoniata dall'emanazione, nel 1990, del *Civil Justice Reform Act*, con il quale il Congresso degli Stati Uniti chiede a tutte le Corti federali distrettuali di sviluppare «un piano di riduzione delle spese e dei tempi della giustizia civile» (EDRP-expense and delay reduction plan), che si incentri principalmente su controllo giudiziario, direzione, conciliazione delle controversie e ADR.

Il processo, negli Stati Uniti, è ispirato a principi, tecniche e istituti che esprimono una diversa "legal culture", come complesso di valori condivisi. In tale scenario, un ruolo preponderante è assegnato agli strumenti di ADR, all'interno della cui categoria si inscrivono una varietà di procedimenti, dalla negoziazione, alla mediazione, all'arbitrato, intendendosi, dunque, in senso ampio, ogni procedimento che sia alternativo al processo giurisdizionale.

In tale prospettiva, si veda l'ipotesi dei servizi di mediazione amministrati e collegati all'attività della Corte, c.d. programmi di *court annexed mediation*, che rappresentano nel sistema nordamericano, ormai da tempo, un paradigma procedimentale consolidato ed efficace. Tale istituto, nel modello inglese, viene definito con il termine *court referred mediation* e presenta una differenza sia terminologica che funzionale³³.

L'esperienza inglese ha, storicamente, assegnato una grande importanza alle vie non giurisdizionali di soluzione delle controversie³⁴, in tal senso noto è il *favor* in termini di valorizzazione dei meccanismi di *Alternative Dispute Resolutions*, in particolare della mediazione, in

³⁰ F. Cuomo Ulloa, *o.l.u.c.*

³¹ Offre un quadro completo, T.E. Frosini, *Un diverso paradigma di giustizia: le Alternative Dispute Resolution*, in *Riv. ass. it. cost.*, 2011, 3. «Il legislatore, dal canto suo, ha emanato, tra il 1980 e il 1998, almeno 5 leggi a favore delle ADR: il *Dispute Resolution Act* del 1980, che incoraggia (e finanzia) gli Stati ad adottare formule alternative delle controversie; il *Civil Justice Act* e l'*Administrative Dispute Resolution Act*, entrambi del 1990, che autorizza l'uso di strumenti alternativi e poi li impone per la soluzione delle controversie nell'ambito delle agenzie amministrative; l'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998, che incorpora nel processo procedure conciliative definite endoprocessuali, come fase obbligatoria e introduttiva rispetto al dibattimento, e che implementa a *new paradigm of Justice*».

³² U. Mattei, *Il modello di common law*, Torino, 2014.

³³ «Diversamente da quanto avviene negli Stati Uniti, infatti, dove le procedure in questione si sviluppano per lo più all'interno delle corti e sotto la loro supervisione, [...] nella esperienza inglese il modello organizzativo è più vario: accanto ad alcuni programmi di mediazione coordinati dagli uffici giudiziari, è prevalente il ricorso a procedure gestite in autonomia e privatamente dagli *adr providers*, scelti dalle parti e da queste retribuite sulla base di un autonomo rapporto contrattuale». Così, F. Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 110 ss.

³⁴ N. Andrews, *La « doppia elica » della giustizia civile: i legami tra metodi privati e pubblici di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 530 ss., spec. 537.

alternativa alla *judicial review*³⁵. Tale stato di cose è dovuto, in gran parte, alla circostanza che presso tale sistema vi sono «rimedi stragiudiziali assai raffinati»³⁶.

Tuttavia, nel Regno Unito, dove si è avviato da tempo un processo di modernizzazione della giustizia, è vivace il dibattito circa l'impatto delle riforme sul diritto alla difesa, considerato seriamente compromesso dall'aumento dei costi di giustizia, dall'eccessiva concentrazione dei tempi del processo, dalla semplificazione del contraddittorio e delle decisioni³⁷.

Negli ordinamenti di *civil law* il tema degli ADR viene visto con maggiore cautela rispetto agli ordinamenti di *common law* ove l'ADR è identificato in un sistema di giustizia «informale» perfettamente inserito nel sistema di giustizia formale statale.

Il modello di *civil law* è storicamente connotato, in misura più pregnante, da una cultura della giurisdizione³⁸. Da qui è facile dedurre come l'ingresso e lo sviluppo di meccanismi di pura privatizzazione della giustizia sia più lento e difficile rispetto alla tradizione giuridica di *common law* dove «la giurisdizione - le corti, il processo - sono da sempre giurisdizione di eccezione»³⁹.

In tale prospettiva, pure se nel modello di *civil law* è particolarmente avvertita la tendenza ad assimilare la giurisdizione allo Stato, sono sempre più forti le spinte verso la valorizzazione degli ADR⁴⁰.

L'ascesa della mediazione è stata dovuta al recepimento della direttiva 2008/52/CE⁴¹, in quanto sino ad allora, la mediazione era istituito riferito agli specifici ambiti familiare⁴² e penale⁴³, una funzione in tali ambiti, più sociale che deflattiva, in quanto volta a favorire il riavvicinamento e la pacificazione delle parti.

La spinta normativa ha sicuramente favorito l'avvio di un nuovo modo di intendere gli ADR e fornito l'occasione per operare un ripensamento, in termini di sistema, al fine di promuovere l'ingresso di un'effettiva cultura conciliativa nella prospettiva di rendere veramente operanti ed efficaci i procedimenti conciliativi e mediativi.

4. Competizione tra ordinamenti giuridici e sistemi di *Alternative Dispute Resolution* quali strumenti per misurare l'efficacia delle *performances* giuridiche ed economiche dei singoli Paesi

Si discute, da tanti anni, di competizione fra gli ordinamenti giuridici⁴⁴.

³⁵ Offre un quadro del funzionamento delle ADR nel modello di *common law*, V. Varano, *Civil law e common law: tentativi di riflessione su comparazione e cultura giuridica*, in *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 39 ss., spec. 55.

³⁶ M. Delsignore, *I rimedi alternativi alla *judicial review* oltre manica*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 919 ss.

³⁷ Così, M.P. Chiti, *Evoluzioni dell'economia e riassetto delle giurisdizioni*, cit., 526.

³⁸ N. Picardi, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 41; Id., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007.

³⁹ V. Varano, *Civil law e common law: tentativi di riflessione su comparazione e cultura giuridica*, cit., 58.

⁴⁰ A. Cabral, *Per un nuovo concetto di giurisdizione*, in www.judicium.it.

⁴¹ Il recepimento della normativa europea è avvenuto nell'art. 60, legge 18 giugno 2009, n. 69, in G.U. n. 140 del 19 giugno 2009, e poi con il d.lgs. n. 28 del 2010, ha fatto sì che la mediazione nelle controversie civili e commerciali acquisisse un ruolo nuovo e primario nell'ambito degli strumenti alternativi di risoluzione dei conflitti. Così, D. Dalfino, *Mediazione civile e commerciale*, cit., 85.

⁴² G. Ballarani, *La mediazione familiare alla luce dei valori della costituzione italiana e delle norme del diritto europeo*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 495; M. Mazzucca, *Note sulla mediazione familiare, tra autonomia negoziale e controllo giudiziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 711.

⁴³ S. Renzetti, *La mediazione nel microsistema penale minorile*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 642.

⁴⁴ G. Alpa, *La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico*, in A. Zoppini (cur.), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004, 43 ss.

A tale proposito, occorre svolgere una breve digressione per spiegare l'uso che intendiamo attribuire al termine «competizione» o, come taluni discorrono, «concorrenza» tra ordinamenti giuridici⁴⁵.

Il discorso muove da una premessa fondata sul concetto di «concorrenza normativa» che attiene al diverso modo di regolare, a livello normativo, i principali istituti giuridici alla luce del fatto che ciascun legislatore nazionale cui è demandata la produzione giuridica può regolare in modo differente la medesima materia. In questa prospettiva, «la concorrenza tra ordinamenti importa che ciascuno Stato conservi integra la propria competenza quale autonomo e indipendente nomoteuta, ma abdichi tuttavia alla pretesa d'una sfera esclusiva quanto agli effetti che discendono dall'esercizio del potere normante»⁴⁶.

Il tema della competizione fra ordinamenti giuridici è particolarmente avvertito nel modello di *common law* e di *civil law*, con particolare riguardo alla materia degli strumenti alternativi di composizione dei conflitti che, inevitabilmente, spiega dei riflessi in termini di sistemi di accesso e di funzionamento della giustizia.

Occorre rilevare come, a livello europeo, il mercato dei servizi giuridici funzioni in modo diverso⁴⁷. Emblematico è il modello francese⁴⁸ o tedesco⁴⁹ ove, rispetto al modello italiano, i tempi del giudizio sono più esigui e i costi più contenuti e, dunque, i servizi giuridici sono gestiti in modo più efficiente. In Italia, al contrario, si registra un accumulo costante di costi transattivi, associati alla elevata domanda di giustizia, con evidenti ricadute in termini di durata del processo e rilevanti oneri economici per le parti.

Da ciò si deduce come è possibile riscontrare differenze anche all'interno del panorama europeo, connotato da una cultura, in termini di giustizia, diversa rispetto agli ordinamenti di *common law*⁵⁰.

Per quanto concerne l'esperienza giuridica italiana, è importante far rilevare come il successo degli ADR sia ancora una questione di cultura e non di regole e, in tale prospettiva, non può dirsi che un percorso normativo indirizzato verso l'adozione di strumenti alternativi di risoluzione dei conflitti connesso a profili di obbligatorietà sia davvero la strada giusta da percorrere⁵¹.

⁴⁵ A. Zoppini, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, in A. Zoppini (cur.), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004, 5 ss.

⁴⁶ A. Zoppini, *op. cit.*, 7.

⁴⁷ D. Dalfino, *Mediazione civile e commerciale*, cit., 17, osserva come: «La diffusione degli ADR in Europa ha seguito un percorso parzialmente diverso da quello degli Stati Uniti, oltre che diversificato nell'ambito dei vari Stati, a seconda del contesto culturale, giuridico, sociale, economico e del sistema, di *civil law* e di *common law*, proprio di ciascuno di essi».

⁴⁸ L. Cadiet, *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1169 ss. D. Dalfino, *op. cit.*, 51, evidenzia come l'istituto conciliativo-mediativo in Francia «affonda le proprie radici in una lunga tradizione culturale e giuridica, che, all'interno del medesimo modello alternativo, ha portato a diversificare, nel tempo, le forme di composizione delle controversie. Nell'ambito dei *Modes alternatifs de règlement des conflits* (c.d. M.A.R.C.), occorre distinguere, infatti, la *conciliation* dalla *médiation*, non per una diversità ontologica o funzionale (entrambe volte al raggiungimento di un accordo tra le parti che ponga fine alla lite), ma, per così dire, strutturale, confermata dalla distinta disciplina ad esse riservata dal *Nouveau Code de procédure civile*».

⁴⁹ R. Stürner, *La risoluzione alternative delle controversie in Germania*, in V. Varano (cur.), *L'altra giustizia*, Milano, 2007, 256.

⁵⁰ Secondo, G. Alpa, *La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico*, cit., 47, occorre considerare che «nella realtà delle cose ogni epoca storica ha registrato ordinamenti diversi, tra loro non in competizione, ma convidenti, ed in ogni caso portatori di valori apprezzabili o deprecabili, a seconda dei canoni di valutazione degli interpreti».

⁵¹ D. Dalfino, *Mediazione civile e commerciale*, cit., 89, osserva come lo scopo sotteso dall'introduzione dell'obbligatorietà perseguita «dal legislatore quello del 2010 e poi, dopo Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272, quello del 2013, attraverso l'introduzione della mediazione obbligatoria, è stata palesemente e pressoché esclusivamente quello di ottenere un significativo decongestionamento degli uffici giudiziari, in virtù del considerevole numero

Ne deriva che le scelte normative effettuate dai singoli regolatori nazionali, specie relative al funzionamento del sistema della giustizia, pubblica e privata, si riflettono in termini di comportamento degli operatori economici, e possono divenire un fattore attrattivo per investitori e fruitori dei servizi legali⁵².

In tale ottica, è d'uopo rilevare come la competizione tra ordinamenti giuridici si gioca sia sul piano delle scelte normative, sia, anche, attraverso l'opera dell'interprete⁵³, chiamato all'arduo compito di superare le incertezze interpretative che, talvolta, le disposizioni normative manifestano, al fine di assicurare stabilità normativa e certezza del diritto⁵⁴.

Abstract

The research, moreover, moving exactly from the relationship between the system of access to justice and the means of Alternative Dispute Resolution, explores the theme of the competition between legal systems, also in light of the degree of effectiveness of alternative justice systems in different countries.

The contribution focuses on the analysis of the relationship between civil trial and alternative means of dispute resolution, also in view of a comparison between the experiences of the civil law and the common law.

degli accordi conciliativi che ci si aspettava fossero raggiunti, anche sotto la spinta di incentivi (agevolazioni fiscali ...), e deterrenti. [...] Senonché, l'aspettativa è rimasta delusa. [...] Decisamente meglio avrebbe fatto il legislatore, per la proficuità del procedimento dal punto di vista qualitativo (ma anche deflattivo), a investire le proprie energie in maniera più consistente sulla professionalità dei mediatori e sulla funzionalità degli organismi preposti alla formazione e alla mediazione».

⁵² In un'ottica critica in termini di concorrenza tra ordinamenti giuridici, A. Somma, *Mercificare il diritto. La via liberista alla tutela della differenza*, in A. Zoppini (cur.), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004, 58 ss., spec. 75. «La concorrenza tra ordinamenti non ha dunque a cuore la tutela della differenza. Essa intende azzerare il diritto statale o preservarlo solamente ove consente di creare un ambiente normativo a misura di *homo oeconomicus*. È questo del resto il significato della transizione dalla cultura liberale a quella liberista che - oltre a trascurare i diritti sociali come posizioni che richiedono la presenza dello Stato - si disinteressa delle libertà c.d. negative prive di contenuto economico».

⁵³ Il maggior ruolo riconosciuto dal diritto giurisprudenziale è rilevato da, N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1115 ss. Il «momento giurisprudenziale assegna al riferimento alla certezza un ruolo più propriamente di politica del diritto, cioè una variabile storicamente condizionata nell'ambito di ordinamenti distinti da un elevato livello di pluralismo». P.G. Monateri, *Giurisprudenza*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 153; *Id.*, *La giurisprudenza*, in G. Alpa, A. Guarneri, P.G. Monateri, G. Pascuzzi e R. Sacco, *Le fonti del diritto italiano*, 2, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in R. Sacco (dir.), *Trattato di diritto civile*, Torino 1999, 497.

⁵⁴ A. Zoppini, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, cit., 12. Gli ulteriori sviluppi del discorso intendono la «concorrenza come processo che favorisce la scoperta e la sperimentazione di nuovi modelli normativi e, poi, l'affermarsi della regola migliore, così come degli incentivi che sollecitano i regolatori nazionali a modificare l'offerta delle proprie norme».

L'interesse nazionale nell'evoluzione costituzionale tra predisposizione teorica ed applicazione pratica: può considerarsi la mancata approvazione della riforma costituzionale Renzi-Boschi un'occasione "sprecata"?

Sommario: 1. Introduzione - 2. L'originaria strutturazione del principio: dettato costituzionale ed applicazione concreta - 3. L'interesse nazionale nella riforma costituzionale del 2001 tra "scomparsa" formale e continuità sostanziale - 4. La riforma costituzionale Renzi-Boschi: un'occasione "sprecata"?

1. Introduzione

La controversa dinamica dell'interesse nazionale, a quasi 60 anni dell'istituzione delle regioni e dopo la radicale riforma del 2001, non è affatto giunta ad uno stabile assetto. Anzi, può affermarsi che l'originaria conflittualità del principio non è parsa sopirsi nel tempo, poiché trovatisi a che fare non solo con le proprie implicite contraddizioni, ma anche con un quadro complessivo sfuggente ed in costante evoluzione. In tale contesto la Corte costituzionale, quando invocata, non ha potuto limitarsi all'esercizio delle proprie prerogative. Col proprio contributo, coerente con la necessità di conferire organicità al sistema costituzionale, si è infatti spinta oltre sino ad incidere, in un certo qual modo, sulla portata del principio autonomistico.

A questo quadro, che sembrava aver ritrovato dopo il 2003 una propria sia pur fragile stabilità, devono aggiungersi le criticità riscontrabili nella riforma costituzionale in corso, con cui si intenderebbe re-istituzionalizzare la clausola dell'interesse nazionale ponendola in un contesto la cui rinnovata portata più che unire divide.

Con il presente lavoro si intende analizzare il "percorso" della clausola in discussione, dalla propria genesi sino agli attuali profili, con l'intento di prefigurarne l'operatività, per quanto possibile, nell'eventuale ottica post-riforma.

2. L'originaria strutturazione del principio: dettato costituzionale ed applicazione concreta

L'originaria formulazione del Titolo V¹ contemplava la presenza dell'interesse nazionale quale limite di merito² alla legislazione regionale, attivabile al fine di tutelare le istanze unitarie a fronte di interessi «non suscettibili di frazionamento territoriale»³. Il limite era configurato come eventuale, eccezionale ed attivabile in via successiva mediante la sottoposizione della norma legislativa regionale al vaglio marcatamente politico del circuito Governo - Parlamento⁴. A scapito della strutturazione piuttosto lineare del procedimento l'introduzione del principio è stata accolta da una certa dottrina con freddezza, date le perplessità manifestate con riferimento alla sua sospetta incoerenza col principio autonomistico e, con portata premonitrice, alla propria difficile sindacabilità giurisdizionale, quali elementi che avrebbero congiuntamente portato «ai più gravi abusi a danno

¹ Cfr. art. 117, comma 1, Cost. v.f.

² È appena il caso di osservare che se sulla qualificazione del limite dell'i.n. come di "merito" la dottrina è pressoché unanime, sulla identificazione dell'oggetto della tutela sono invece riscontrabili tesi contrastanti. La più accreditata pare essere quella di C. Mortati, il quale individua quale oggetto del sindacato le leggi regionali che, pur emanate nel rispetto delle norme che regolano l'esercizio della rispettiva potestà legislativa, siano in grado di apportare «grave turbamento agli indirizzi di politica generale dello Stato». Cfr. più diffusamente C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1969, 1305. La tesi del Mortati verrà successivamente ripresa ed analizzata da A. Barbera, *Regioni e interesse nazionale*, Milano 1973, 44.

³ Il virgolettato è di C. cost., sent. 24 luglio 1972, n. 138, in *Giur. cost.*, 1972, I, 1385 ss., che così si esprime, significativamente, sulla natura degli interessi unitari. In dottrina sulla derivazione dell'interesse nazionale dal principio unitario v. su tutti V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 131.

⁴ Cfr. art. 127 Cost. v.f., in particolare l'u.c.

delle regioni»⁵. E ciò infatti, almeno sotto un certo profilo, è avvenuto. La Corte, infatti, con riferimento alla tematica degli interessi, ha manifestato chiaramente il proprio indirizzo centralistico già con l'ormai nota sentenza n. 15 del 4 luglio 1956⁶, con cui ha sancito la possibilità per le norme di attuazione dello Statuto della regione Trentino Alto Adige di derogare la competenza regionale esclusiva, prevista in materia di turismo ed industria alberghiera, perché «dirette a definire e salvaguardare interessi nazionali, che ben possono limitare anche la competenza legislativa primaria della Regione»⁷. Successivamente, con la sentenza n. 16 del 9 luglio 1956⁸ veniva definitivamente cristallizzato l'ulteriore principio secondo cui le norme di attuazione degli statuti potessero definire l'accezione nazionale o regionale dell'interesse, legittimando una prassi che nel tempo avrebbe comportato «lo svuotamento delle competenze regionali, subordinate alla predeterminazione dell'interesse nazionale da parte del legislatore centrale»⁹. L'orientamento è stato tendenzialmente mantenuto saldo dalla giurisprudenza successiva¹⁰, che anzi è giunta ad affermare come l'attività di determinazione *ex ante* dell'interesse non avrebbe avuto una portata esclusivamente preclusiva, nel senso di limitare la competenza legislativa regionale in determinate materie o porzioni di materia, ma anche positiva, a favore dello Stato, con l'effetto di concedergli la possibilità di normare nell'ambito così sottratto alle regioni; ciò in quanto, secondo la Corte, «una concezione puramente negativa del limite sarebbe assurda, giacché determinerebbe una paralisi in settori di importanza nazionale preminente, inibendo tanto alle Regioni quanto allo Stato di legiferare e di amministrare»¹¹. Hanno così trovato accoglimento gli auspici di chi al tempo tendeva ad evidenziare la pregnanza dell'interesse nazionale quale clausola di mobilità dell'ordine costituzionale delle competenze a valorizzazione del principio unitario¹², in quanto il principio si è effettivamente trovato ad esercitare la propria irresistibile *vis* attrattiva unicamente verso l'alto, peraltro con una incisività tale da assottigliare le differenze tra le diverse tipologie d'esercizio della potestà legislativa che originariamente caratterizzavano il riparto¹³.

⁵ Il virgolettato è di P. Virga, *La Regione*, Milano, 1949, 108. Sulle prime perplessità dottrinali riguardo l'originaria configurazione del c.d. limite di merito cfr. anche l'esautista rassegna recata da A. Barbera in *Id.*, *Regioni e interesse nazionale*, cit., 6.

⁶ In *Giur. cost.*, 1956, 632 ss.

⁷ A seguito di tale pronuncia una certa dottrina ha evidenziato come «il fatto che un dato oggetto rientri in una materia «regionale» non garantisce menomamente alla Regione la possibilità di disciplinarlo e l'intervento statale non può dirsi incostituzionale perché l'oggetto regolato rientra in una materia del genere, ma solo se non risulta effettuato in funzione di un interesse nazionale». Cfr. S. Bartholini, *Interesse nazionale e competenza legislativa delle regioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Padova, 1967, 5.

⁸ In *Giur. cost.*, 1956, 636 ss.

⁹ Il virgolettato è di A. Barbera, *Regioni ed interesse nazionale*, cit., 153. Altra Dottrina trae argomento dalla citata pronuncia per individuare la prevalenza della legge statale su quella regionale. Cfr. su questo M. Mazziotti, *Studi sulla potestà legislativa delle regioni*, Milano, 1961, 197 ss., in cui l'A., in nt. 19, evidenzia altresì, in modo significativo, la possibilità di assimilare quanto afferma al principio della riserva di legge.

¹⁰ V. ad es. C. cost. sent. 01 gennaio 1964, n. 4, in *Giur. cost.*, 1964, 33 ss.; C. cost., sent. 7 marzo 1964, n. 13, *ibidem*, 90 ss.; C. cost., sent. 14 maggio 1966, n. 37, in *Giur. cost.*, 1966, 679 ss.; C. cost., sent. 23 novembre 1967, n. 116, in *Giur. cost.*, 1967, 1549 ss.; C. cost., sent. 10 luglio 1968, n. 92, in *Giur. cost.*, 1968, 1968 ss.

¹¹ C. cost., sent. 14 maggio 1966, n. 37, cit., ove al p.to 1 del *cons. dir.* si afferma ancora che «tali limiti funzionano non soltanto in senso negativo, nel senso, cioè, che la legge regionale non può oltrepassarli, ma vale anche nel senso che essi offrono la base per il legittimo esercizio della potestà legislativa e amministrativa dello Stato nei settori in cui, per effetto dei limiti stessi, l'attività regionale non può esplicarsi». Sulla giurisprudenza costituzionale incline a riconoscere una valenza positiva al limite si veda L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 327.

¹² cfr. M. Mazziotti, *Studi*, cit., 210.

¹³ Sul punto Cfr. L. Paladin, *Problemi legislativi ed interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in *Foro amm.*, 1971, III, 29.

Questa giurisprudenza, motrice del cambiamento, ha generato sulla base di criticabili motivazioni¹⁴ conseguenze oggettive di non poco conto, se si pensa che l'interesse nazionale, nella sua nuova veste, ha operato in senso limitativo direttamente sulla competenza legislativa regionale¹⁵ invece che, come si sarebbe in origine voluto, sulla validità della norma adottata in suo contrasto. Conseguentemente, nel bilanciamento imposto dall'art. 5 tra unità ed autonomia, può definitivamente affermarsi come, almeno in questa fase, il principio autonomistico ne sia uscito sensibilmente ridimensionato, tanto l'autonomia regionale era stata relegata, di fatto, al ruolo di variabile eventuale.

3. L'interesse nazionale nella riforma costituzionale del 2001 tra "scomparsa" formale e continuità sostanziale

La riforma del Titolo V del 2001 ha mutato l'assetto dei rapporti tra Stato e Regioni abbandonando l'indirizzo apertamente centralistico che aveva connotato la stagione precedente e dando vita ad un nuova dialettica improntata sull'equiparazione dei differenti livelli di governo in cui il limite dell'interesse nazionale non ha più trovato formale collocazione¹⁶. In quest'ambito, caratterizzato dall'attribuzione di potestà legislativa generale (o meglio residuale) alle Regioni, e che fa della rigidità sistematica del riparto di competenze per materia uno dei suoi punti di forza, non stupisce se da più parti ci si è domandati quale tutela riconoscere al principio unitario, rimasto inscalfito dalla portata della riforma¹⁷. In tal senso il ruolo dirimente è spettato nuovamente alla Corte Costituzionale, la cui attività avrebbe introdotto un forte elemento di dinamismo nell'originario assetto¹⁸ ancora una volta, però, a scapito della portata dell'autonomia.

Tra gli elementi che hanno concorso a conferire una certa continuità alla dinamica dei rapporti tra Stato e regioni, nonostante l'intervenuta riforma, è tradizionalmente annoverata la teoria della trasversalità¹⁹. Questa trae origine dalla particolare formulazione delle materie contenute negli

¹⁴ In tal senso L. Paladin, *Problemi legislativi ed interpretativi*, cit., 28 ss.; come condiviso e riportato anche da A. Barbera, *Regioni ed interesse*, cit., 154. Vale la pena ricordare come in altra occasione, con specifico riferimento a C. Cost., sent. 17 aprile 1968, n. 21, in *Giur. cost.*, 1968, 396 ss., in tema di sfruttamento delle risorse del suolo e del sottosuolo, L. Paladin sia giunto a criticare nel merito l'operato della Corte in quanto questa avrebbe riconosciuto la sussistenza dell'interesse nazionale limitandosi a trarre argomento dal «peso economico degli interessi». V. sul punto *Id.*, *Territorio regionale e piattaforma continentale*, in *Giur. cost.*, 1968, 402 ss., 408.

¹⁵ Cfr. Paladin, *Diritto regionale*, Padova, 1973, 89; ove l'A. osserva come «l'interesse nazionale venga considerato tuttora, sia nella legislazione ordinaria sia nella giurisprudenza costituzionale più recente come un criterio di delimitazione delle competenze spettanti alle Regioni». V. altresì A. Barbera, *Regioni ed interesse*, cit., 162; nonché E. Di Salvatore, *Lo Stato, la Regione Siciliana e il problema della competenza legislativa sugli idrocarburi liquidi e gassosi*, in *Id.* (cur.), *Petrolio, ambiente, salute*, Giulianova, 2013, 22.

¹⁶ Invero il limite in discussione permane nel testo degli Statuti speciali, ma di rado viene invocato come tale.

¹⁷ Secondo Barbera con la riforma del Titolo V la custodia dell'interesse nazionale sarebbe definitivamente passata nelle mani della Corte Costituzionale. Cfr. A. Barbera, *Scompare l'interesse nazionale?*, in www.forumcostituzionale.it; *Id.*, *Chi è il custode dell'interesse nazionale?*, in *Quad. cost.*, 2001, 34 ss. Sembra essere di avviso parzialmente diverso R. Tosi, secondo cui la determinazione in concreto dell'interesse nazionale non potrà che essere frutto della collaborazione tra Parlamento e Corte costituzionale. Cfr. in tal senso R. Tosi, *A proposito dell'interesse nazionale*, in *Quad. cost.*, 2001, 86 ss.

¹⁸ Sul punto cfr. in particolare M. Scudiero, *La legislazione: interessi unitari e riparto della competenza*, in A. D'Atena (cur.), *Regionalismo in bilico. Tra attuazione e riforma della riforma del titolo V*, Milano, 2005, 3 ss.

¹⁹ Emblematico è il caso della "tutela della concorrenza", in cui la Consulta interpreta la materia in senso particolarmente ampio e dinamico rendendola di fatto idonea a penetrare ampiamente le maglie del riparto. Cfr. C. cost., sent. 13 gennaio 2004, n. 14, in *Giur. cost.*, 2004, I, 237 ss.; confermata da C. Cost., sent. 27 luglio 2004, n. 272, in *Giur. cost.*, 2004, IV, 2748 ss., in cui la disciplina dei servizi pubblici locali è ricondotta alla materia della "tutela della concorrenza". Cfr. sul punto anche C. cost., sent. 7 ottobre 2003, n. 307, in *Giur. cost.*, 2003, V, 2841 ss.; sent. 15 ottobre 2003, n. 312, in *ibidem*, V, 2936 ss.; sent. 13 gennaio 2004, n. 6, in *Giur. cost.*, 2004, I, 105 ss.; sent. 14 gennaio 2005, n. 7, in *Giur. cost.*, 2005, I, 27 ss.; sent. 06 aprile 2005, n. 134, in *ibidem*, II, 1119 ss.; sent. 4 maggio 2005, n. 175, *ibidem*, III, 1591 ss. Rientrano nell'ambito delle materie trasversali, tra le altre, anche la materia dell'"ordinamento civile", ricondotta

elenchi di cui all'art. 117 Cost. che ha portato una certa dottrina a definirle come «materie non materie»²⁰ in quanto, attribuendo al legislatore statale competenze di natura funzionale, individuerebbero non tanto ambiti-oggetto di disciplina quanto una vera e propria competenza in capo al legislatore centrale, che potrebbe essere esercitata in relazione ad una pluralità di materie, senza escludere nel medesimo ambito l'eventuale legislazione regionale²¹. Si determinerebbe in questi casi un concorso di fonti sul medesimo oggetto di disciplina, spettando però solo allo Stato il compito di «valutare discrezionalmente quale “densità” precettiva debba assumere il proprio intervento»²². Inutile accennare al fatto che questa valutazione, tendenzialmente unilaterale, si sia spesso tradotta in una disciplina che in nome del principio unitario avrebbe sensibilmente condizionato in senso accentratore la portata del riparto²³.

Altro meccanismo di origine giurisprudenziale strettamente collegato alla dottrina della trasversalità, con cui in fatto si è giunti il più delle volte ad imporre la logica dell'interesse nazionale alle autonomie regionali²⁴, è rappresentato dal criterio della prevalenza²⁵. Il principio vuole che in tutti quei casi in cui vi sia una concorrenza di competenze tra diversi livelli di governo il conflitto debba risolversi a favore di quello competente per la materia prevalente, quando «appaia evidente l'appartenenza del nucleo essenziale di un complesso normativo ad una materia piuttosto che ad altre»²⁶. Il processo logico da seguire comporterebbe anzitutto l'individuazione del fine della normativa, poi la ricognizione della materia prevalente. Ciò fatto, da essa risulterebbero attratte tutte le materie collaterali, in un procedimento che nella maggior parte dei casi finirebbe col rendere residuale il ricorso alle procedure di leale collaborazione²⁷. In questo modo sarebbe stata legittimata

essenzialmente a quella del “diritto privato” del previgente art. 117, su cui v. C. cost., sent. 28 luglio 2004, n. 282, in *Giur. cost.*, 2004, IV, 2844 ss.; sent. 29 settembre 2003, n. 300, in *Giur. cost.*, 2003, V, 2585 ss.; sent. 29 settembre 2003, n. 301, in *ibidem*, V, 2619 ss.; sent. 19 dicembre 2003, in *Giur. cost.*, 2003, VI, 3709 ss.; dell' “ordinamento penale”, su cui v. C. cost. sent. 24 giugno 2004, n. 185, in *Giur. cost.*, 2004, III, 1872 ss.; della “tutela dell'ambiente e dell'ecosistema”, su cui v. C. cost., sent. 26 luglio 2002, n. 407, in *Giur. cost.*, 2002, IV, 2940 ss.

²⁰ L'espressione è di A. D'Atena, *Materie legislative e tipologie delle competenze*, in *Quad. cost.*, 2003, 21.

²¹ Cfr. F. Benelli, R. Bin, *Prevalenza e “rimaterializzazione delle materie”*: scacco matto alle regioni, in *Le Regioni*, 2009, 1185 ss.. V. altresì G.U. Rescigno, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, 787, per cui «nell'elenco figurano “materie” che tali non sono, perché sono aspetti di qualunque disciplina in molte materie contemporaneamente».

²² V. G. Scaccia, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 461 ss., 483.

²³ Cfr. ad esempio C. cost. sent. 307/2003, *cit.*, con nota di Q. Camerlengo, *Il nuovo assetto costituzionale delle funzioni legislative tra equilibri innegabili e legalità sostanziale*, in www.forumcostituzionale.it, per cui «ove prevalga l'interesse di carattere unitario, non suscettibile di frazionamento o localizzazione territoriale, l'assetto (quindi l'equilibrio) configurato dal legislatore statale è stabile e, in quanto tale, non tollera alterazioni introdotte in ambito regionale». Prosegue l'A. affermando: «Questa è, forse, la dimostrazione che l'interesse nazionale, pur formalmente espunto dal testo costituzionale, continua, al cospetto del principio di unità ed indivisibilità di cui all'art. 5 Cost., a condizionare il riparto delle attribuzioni legislative tra stato e Regione».

²⁴ Sulla portata della prevalenza, nell'accezione che qui interessa, cfr. C. cost. sent. 17 dicembre 2008, n. 411, in *Giur. cost.*, 2008, V, 4749 ss., con nota di R. Bin, *Prevalenza senza criterio*, *Nota alla sent. 411/2008*, in *Le Regioni*, 2009, 620, ove l'A. afferma icasticamente come il criterio della prevalenza altro non sarebbe che «la riedizione post-riforma dell'interesse nazionale».

²⁵ La genesi della dottrina della prevalenza, quale criterio dirimente la concorrenza di competenze, è tradizionalmente riconducibile a C. cost., sent. 23 dicembre 2003, n. 70, in *Giur. cost.*, 2003, VI, 3808 ss., sugli asili nido e la riconducibilità della disciplina degli stessi alla materia dell'istruzione. In proposito si veda anche C. cost., sent. 28 gennaio 2005, n. 50, in *Giur. cost.*, 2005, II, 1135 ss., in cui la Consulta, in tema di disciplina delle prestazioni di lavoro accessorio, ha riconosciuto prevalenti i profili privatistici e previdenziali (di competenza Statale) rispetto a quelli di sicurezza sul lavoro (di competenza concorrente). Dello stesso periodo rileva anche C. cost., sent. 6 aprile 2005, n. 135, in *Giur. cost.*, 2005, II, 1135 ss., sulla prevalenza della materia tutela dell'ambiente e dell'ecosistema in tema di rischi industriali. Sulla genesi e la portata del principio v. P. Colasante, *Il criterio della prevalenza della materia nella giurisprudenza costituzionale*, in S. Mangiameli (cur.), *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione alla sua riforma*, Vol. II, Milano, 2012, 191 ss.

²⁶ Cfr. C. cost. sent. n. 50/2005, *cit.*

²⁷ Cfr. F. Benelli, R. Bin, *Prevalenza e “rimaterializzazione delle materie”*, *cit.* in cui gli AA. osservano come la tendenza della Corte ad enfatizzare il criterio della prevalenza avrebbe portato al fatto che questa «non opera mai a favore delle

l'elevazione verso l'altro del baricentro legislativo, in quanto il problema dell'intersezione di competenze, amplificato nei vasti ambiti materiali riservati alle competenze finalistiche, si sarebbe risolto nella sistematica elezione della materia statale quale prevalente, quale fosse un «magnete» destinato ad attrarre quelle regionali collegate²⁸.

Da ultimo, tra gli elementi che hanno comportato nel tempo la preminenza delle ragioni dell'unità su quelle dell'autonomia, deve annoverarsi la "chiamata in sussidiarietà", la cui paternità è riconducibile all'ormai storica pronuncia n. 303 del 2003²⁹. La portata innovatrice della sentenza sta nell'aver affermato che all'attivazione dei poteri sussidiari a livello amministrativo possa legittimamente conseguire il trascinarsi a favore dello Stato della corrispondente competenza legislativa³⁰ sulla base del principio di legalità³¹. Il meccanismo, derogando alla distribuzione costituzionale delle competenze, sarebbe stato ammesso, per espressa ammissione della Corte, a patto che «la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità, e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata»³². L'economia di questo scritto non permette ulteriori approfondimenti sul tema³³; basta ai nostri fini evidenziare come il meccanismo della chiamata ha nel tempo permesso allo Stato di accentrare la competenza legislativa in forma ampia, dato lo scrutinio definitivamente a maglie larghe compiuto dalla Corte costituzionale in ordine alla sussistenza ed all'attivazione dei presupposti per il proprio esercizio³⁴.

4. La riforma costituzionale Renzi-Boschi: un'occasione "sprecata"?

Quanto in questa sede solo sinteticamente riportato conduce ad affermare che l'interesse nazionale è un limite mai realmente scomparso, ma solo trasferito in un nuovo assetto che, nonostante

regioni». Infatti nelle materie trasversali la legislazione, dotata di una sensibile portata finalistica, avrebbe minato la portata degli interessi regionali sovrapposti ed il condizionato giudizio di rilevanza fornito agli stessi. Di conseguenza, in questi casi, piuttosto che valorizzare i meccanismi cooperativi in nome della trasversalità, si sarebbe verificato l'effetto opposto, ovvero il «rafforzamento della prerogativa della legge statale». Solo nel caso in cui in cui non possa ravvisarsi la sicura prevalenza di una competenza sulle altre andrebbero garantite le procedure di collaborazione. Anche in tal senso gli AA. si dimostrano critici ravvisando che la giurisprudenza, con ciò, avrebbe riconosciuto a favore delle Regioni solo un «indennizzo» a fronte del «risarcimento» che sarebbe invece consistito nell'«annullamento della legge invasiva». Su tale tendenza cfr. C. cost. sent. 2 febbraio 2011, n. 33, in *Giur. cost.*, 2011, I, 407 ss.; sent. 27 marzo 2009, n. 88, in *Giur. cost.*, 2009, II, 796 ss.; sent. 16 giugno 2005, n. 231, in *Giur. cost.*, 2005, III, 1979 ss.; sulla «pienezza» della competenza nei casi di sicura prevalenza v. C. cost., sent. 28 gennaio 2005, n. 50, cit.; sent. 16 giugno 2005, n. 234, in *Giur. cost.*, 2005, III, 2016 ss.

²⁸ Così R. Bin, *Prevalenza senza criterio*, cit., 620.

²⁹ C. cost., sent. 1 ottobre 2003, n. 303, in *Giur. cost.*, 2003, V, 2675 ss.

³⁰ Una successiva giurisprudenza, inaugurata da C. cost. sent. 12 aprile 2005, n. 151, in *Giur. cost.*, 2005, II, 1244 ss., pare spingere la portata del principio fino alla potestà regolamentare. *Contra* C. cost., sent. 12 aprile 2005, n. 145, in *Giur. cost.*, 2005, II, 1182 ss.; sent. 13 gennaio 2004, n. 12, in *Giur. cost.*, 2004, I, 206 ss.

³¹ È stato notato come l'esercizio del potere in questione evochi, in un certo particolare senso, la reviviscenza del principio del c.d. parallelismo delle funzioni. Cfr. in particolare A. Ruggeri, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronuncia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2003, in www.forumcostituzionale.it.

³² Cfr. C. cost., sent. 1 ottobre 2003, n. 303, cit., p.to 2.2 del *cons. dir.*

³³ Per cui si rinvia alla vastissima produzione dottrinale a riguardo tra cui, senza alcuna pretesa di esaustività, G. Scaccia, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009; A. D'Atena, *L'Allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2003, 2782 ss.; S. Mangiameli, *Giurisprudenza costituzionale creativa e Costituzione vivente. A proposito delle sentenze n. 303 del 2003 e n. 14 del 2004*, in *Le Regioni*, 2008, 825 ss.

³⁴ Sul punto si rinvia a M. Picchi, *La tutela delle istanze unitarie fra interesse nazionale e principio di sussidiarietà*, in www.issirfa.cnr.it, 2012, ed all'ampia giurisprudenza *ivi* citata. Cfr. anche *Id.*, *La "legge quadro" in materia di agriturismo e la sussidiarietà tradita*, in *Giur. cost.*, 2008, I, 486 ss.

l'impostazione formalmente divergente dal precedente, presenta con questo forti elementi di continuità³⁵.

Ora, per via della proposta di revisione Costituzionale contenuta nel disegno di legge costituzionale A.C. 2613-D³⁶, approvato dal Parlamento italiano il 12 aprile 2016 e sottoposto a referendum confermativo il 4 dicembre dello stesso anno, è parso probabile - pur per un breve periodo³⁷ - l'esperto reinserimento della *supremacy clause* al quarto comma del nuovo art. 117³⁸, nell'ambito di un contesto sostanzialmente diverso rispetto a quello che aveva conosciuto la propria prima applicazione. Giova pertanto interrogarsi se la mancata promulgazione della riforma debba oggi essere letta quale occasione "sprecata" o meglio, ponendo la questione in altri termini, se le modifiche proposte avrebbero effettivamente restituito il carattere della prevedibilità alle attribuzioni che caratterizzano il riparto nel rispetto del principio autonomistico, avvicinando così in via definitiva il dato formale con quello sostanziale.

In tal senso, alcune problematiche sottese all'introduzione della clausola, collegate sia alla tecnica costituzionale usata, che al proprio concreto operare nell'ordinamento costituzionale riformato, hanno portato una serie di commenti che in generale hanno lasciato intendere come, se male non si è fatto, sicuramente si sarebbe potuto fare di meglio³⁹.

Più nello specifico non ha convinto la formulazione eccessivamente ampia del riferimento all'«interesse nazionale», che insieme all'«unità giuridica ed economica» sarebbe venuto a figurare tra i presupposti per l'attivazione della clausola di supremazia⁴⁰, essendo lampante come tanto più questi concetti emergano come giuridicamente indeterminati, o di difficile verifica giudiziale, tanto maggiori sarebbero state le possibilità per il legislatore centrale di svuotare di contenuto le "guarentigie" regionali. Orbene, entrambi i riferimenti han parso evocare le ampie formule che connotavano il secondo comma dell'art. 72 della Costituzione tedesca prima che intervenisse la revisione costituzionale del 1994. Anche in quel caso infatti, nell'ambito della *Kunkurrierende Gesetzgebung*, ricorreva tra i presupposti per l'attivazione della potestà legislativa statale un generico stato di «bisogno» associato alla ricorrenza di una delle seguenti premesse: che una determinata questione non potesse essere disciplinata efficacemente dai singoli *Länder*, che la disciplina di una *Land* potesse porsi in contrasto con gli interessi di altri *Länder* o dell'intera collettività, ed infine nel

³⁵ Emblematiche in tal senso risultano le parole di S. Bartole, il quale evidenzia come «ricorrente è nella legislazione adottata successivamente alla revisione costituzionale e nella giurisprudenza costituzionale che la concerne, l'appello a motivazioni e ragionamenti che del suddetto principio (quello dell'unità ed indivisibilità della Repubblica, nota nostra) si danno in varia guisa carico, mascherando sotto mentite spoglie una persistente epifania dell'interesse nazionale. La cui implicita e sottaciuta utilizzazione va bene aldilà dell'unità nazionale». Cfr. Id., *Interesse nazionale, supremazia dello stato e dottrina giuridica*, in *Le Regioni*, 2011, 565-566.

³⁶ In G.U. del 15 aprile 2016 n. 88.

³⁷ È ormai noto come la consultazione referendaria abbia visto un'affluenza alle urne pari al 65,47% degli elettori, ed una affermazione piuttosto marcata dei voti contrari, pari al 59,12% dei voti validi. Pertanto la riforma non è stata promulgata. Dati completi disponibili su www.elezioni.interno.it.

³⁸ Il quarto comma dell'art. 117 secondo il testo del disegno di legge di riforma costituzionale avrebbe testualmente recitato: «...Su proposta del Governo, la legge dello Stato può intervenire in materie non riservate alla legislazione esclusiva quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero la tutela dell'interesse nazionale...».

³⁹ A. D'Atena definisce la c.d. clausola di supremazia il «punto più critico della riforma» o ancora, simbolicamente, una «clausola vampiro». Cfr. Id., *Luci ed ombre*, cit., 14 e 15. Vedi altresì S. Mangiameli, *Titolo V, il nuovo art. 117*, cit., in cui l'A., dopo aver efficacemente rappresentato alcuni aspetti critici della riforma, afferma come il Governo, nel nuovo previsto assetto «... appare essere, più che il vero regista, il "signore" della legge». In senso parzialmente diverso cfr. E. Gianfrancesco, *La "scomparsa" della competenza ripartita e l'introduzione della clausola di supremazia*, cit., par. 7.

Sulla debolezza dei "correttivi" rispetto all'introduzione della clausola di supremazia ed al "ridisegnato" ruolo delle regioni nell'ordinamento costituzionale Cfr. su tutti A. D'Atena, *Luci ed ombre*, cit., 15-16; M. Michetti, *Il nuovo art. 117, quarto comma, della Costituzione nel progetto di riforma in itinere*, in *Italian papers on federalism*, 2015, III, 9.

⁴⁰ O «di esercizio» come suggerisce una A. D'Atena in Id., *Luci ed ombre*, cit., 14.

caso in cui fosse necessario tutelare l'unità giuridica ed economica dello Stato e delle condizioni di vita del popolo germanico. Nel caso tedesco questa struttura non ha avuto un felice epilogo: l'ampiezza delle summenzionate condizioni avrebbe infatti portato il Tribunale costituzionale ad affermare come l'individuazione dello stato di bisogno dipendesse, caso per caso, da una valutazione discrezionale del Parlamento, pertanto sottratta in via di principio al proprio controllo⁴¹. Anche i concetti di «tutela uniforme delle condizioni di vita» e «tutela dell'unità giuridica ed economica» sarebbero stati giudicati quali «concetti giuridici indeterminati»⁴² che, pur se interpretati restrittivamente, come del resto prescritto dal Tribunale, in pratica non avrebbero comunque avuto l'effetto sperato di limitare il ricorso disinvolto del *Bund* ad una prassi che, nel tempo, è giunta a «svuotare di contenuto l'autonomia legislativa dei Länder»⁴³. Non a caso dette criticità sono state oggetto di un processo di riforma costituzionale che è culminato nel 1994 con la revisione dell'art. 72 GG⁴⁴, il quale ora prescrive come l'intervento centrale del *Bund* possa aversi solo se «necessario» e finalizzato all'ottenimento di condizioni di vita «equivalenti» (non più uniformi) su tutto il territorio nazionale. Inoltre, dato non meno rilevante, si affida espressamente al Tribunale costituzionale federale il compito di verificare il rispetto delle più stringenti condizioni ivi elencate se ciò è richiesto dal *Bundesrat*, dal Governo o dalla rappresentanza popolare di un *Land*⁴⁵.

Tale esperienza ha ampiamente dimostrato come in quest'ambito l'ampiezza e l'indeterminatezza dei presupposti d'esercizio del meccanismo di deroga dell'ordine formale delle competenze renda assai sottile, se non proprio confuso, il rapporto tra diritto e discrezionalità politica, con l'esito di allontanare il Tribunale costituzionale dall'esercizio delle proprie prerogative e lasciare in fatto il legislatore centrale libero di disporre del riparto.

L'esito esposto, resta da dire, probabilmente non è stato sufficientemente considerato dal riformatore costituzionale italiano che ha ritenuto giusto proporre nel nuovo art. 117 due condizioni sostanziali non sufficientemente dettagliate⁴⁶.

Concretamente pertanto, l'architettura del nuovo riparto, riformata nei termini suesposti, non ha fornito in prima lettura dati idonei alla formulazione di un giudizio prognostico incoraggiante.

Qualche spunto di senso inverso, pur se non risolutivo, avrebbe potuto invece trarsi da altri elementi testuali della riforma. Stando al testo licenziato l'avvio del procedimento derogatorio infatti non solo si sarebbe presentato come eventuale, essendo espressamente previsto come il governo «può» intervenire, ma sarebbe parso altresì subordinato alla sussistenza di una situazione eccezionale, che «richieda» l'intervento dello Stato al fine di promuovere la «tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero la tutela dell'interesse nazionale». Conseguente che la proposta del Governo avrebbe dovuto essere senz'altro corredata da ampi profili motivazionali da cui si fosse

⁴¹ BVerfGE 2, 213, 224 ss.

⁴² BVerfGE 13, 230 ss. 233; come riportato in E. Di Salvatore, *La potestà legislativa derogatoria dei Länder tedeschi*, in *Germania. Scritti di diritto costituzionale*, Giulianova, 2013, 54; pubblicato anche in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, 2014, 907 ss.

⁴³ V. E. Di Salvatore, *La potestà legislativa derogatoria dei Länder tedeschi*, cit., 54.

⁴⁴ Su cui v. E. Di Salvatore, *La potestà legislativa derogatoria dei Länder tedeschi*, cit., 55. Per un parallelo tra la disciplina dell'attuale art. 77 GG e quanto previsto nella riforma costituzionale, che a questi pare essersi ispirata, v. A. D'Atena, *Luci ed ombre*, cit., 14-15; nonché G. Scaccia, *Prime note sull'assetto delle competenze legislative statali e regionali nella proposta di revisione costituzionale del Governo Renzi*, in *Rassegna ASTRID*, 2014, VIII, 9 ss.; M. Michetti, *Il nuovo art. 117*, cit., 6 ss.

⁴⁵ Cfr. art. 93, comma 2a, GG.

⁴⁶ Sul punto la dottrina pare pressoché unanime. Avverte la difficoltà di compiere «test giudiziari di verifica» soprattutto con riferimento al presupposto dell'interesse nazionale: E. Gianfrancesco, *Regioni e riforma costituzionale*, cit., 175. La stessa clausola è definita da A. D'Atena «imponderabile» per cui «non è dato prevedere come si regolerebbe la Corte costituzionale». Cfr. Id., *Luci ed ombre*, cit., 15. G. Scaccia sottolinea come i presupposti d'esercizio indicati, per la propria non stringente formulazione, «promettono di essere soggetti ed uno scrutinio di costituzionalità non particolarmente incisivo». Cfr. Id., *Prime note*, cit., 10.

potuta desumere in via oggettiva l'“eccezionalità” della situazione che avrebbe richiesto l'intervento centrale, nonché i motivi per cui potesse ragionevolmente trarsi l'insufficienza degli strumenti regionali per farvi fronte in via localizzata. La clausola di supremazia avrebbe mantenuto così la propria natura di *ultima ratio*, garantita dal giudizio della Corte nei termini della ragionevolezza e proporzionalità dell'intervento.

Ad ogni modo appare chiaro come la questione, rispetto al 1947, sarebbe persa definitivamente invertita⁴⁷ dato che l'interesse nazionale, anche dal punto di vista del fraseggio, sarebbe passato da limite negativo rispetto agli atti di esercizio della potestà legislativa regionale a presupposto positivo per l'intervento dello Stato in ambiti materiali altrimenti riservati alle Regioni.

Verosimilmente, quindi, sarebbe spettato ancora una volta al Giudice costituzionale rinvenire un “punto di equilibrio” tra le scelte che Governo e Parlamento avrebbero voluto assumere, tra l'accentramento conseguente all'esercizio del nuovo art. 117 comma 4 ed il rispetto dei principi fondamentali del testo costituzionale, tra cui quello autonomistico. In tal senso la Corte avrebbe trovato dinanzi a sé un bivio: definire le questioni riguardanti l'unità giuridico economica o l'interesse nazionale, caratterizzando così un ritorno al passato, in cui si è resa arbitro della reale portata dell'autonomia, ovvero ritenersi incompetente a sindacare atti di esercizio “insindacabili”, in quanto afferenti al merito di scelte politiche⁴⁸, così lasciando il legislatore centrale “libero” da vincoli di sorta. In ognuna delle due eventualità, appare oggi chiaro, la rigidità delle competenze di attribuzione sarebbe uscita sensibilmente ridimensionata, così come la portata autonomistica del riparto⁴⁹, con evidente capovolgimento della logica su cui era stata impostata la riforma costituzionale del 2001. Pertanto, l'attuale strutturazione dei rapporti deve considerarsi preferibile, almeno per il profilo in discussione, in quanto le proprie implicite contraddizioni hanno già beneficiato nel tempo di una certa smussatura, tra applicazione pratica e correttivi introdotti in via di prassi dalla Corte. Certo è che, d'altro canto, non vorremmo trovarci nuovamente costretti in futuro a scegliere il “male minore”, e per questo si auspica che il prossimo processo riformatore tenga in adeguato conto la necessità di non ripercorrere strade che, qui o altrove, hanno già manifestato la propria attitudine ad allontanare l'applicazione pratica del riparto dai principi che lo ispirano.

Abstract

The “national interest” clause continued to produce its own effects despite its formal abolition occurred with the constitutional reform of 2001. The interpretation of the concept provided by the Constitutional Court, in fact, moved its meaning to a substantially different scope from what formally prescribed, leading it to compress the fundamental principle of autonomy. Now, the non-approval last December 4 of the constitutional reform referendum definitively denied an express reintegration of the clause into the constitution. What effects would unfold it in the new context? It would still be the Court to play a central role in defining the application of the national interest clause and, therefore, in establishing the extent of the principle of autonomy?

⁴⁷ In questo senso S. Mangiameli, *Il Titolo V della Costituzione alla luce della giurisprudenza costituzionale e delle prospettive di riforma*, in *Rivista AIC*, 2016, II, 35.

⁴⁸ Parallelamente a quanto sopra riportato con riferimento alla giurisprudenza del tribunale federale tedesco in vigenza della vecchia formulazione dell'art. 72 GG.

⁴⁹ Tanto che la dottrina è giunta ad interrogarsi se all'esito della riforma costituzionale così tracciata lo Stato mantenga i caratteri dello “stato regionale”. V. in tal senso S. Mangiameli, *Il Titolo V della Costituzione alla luce della giurisprudenza costituzionale e delle prospettive di riforma*, cit., 35.

L'Unione europea tra esigenze economico-fiscali e la garanzia dei diritti sociali. Brevi spunti di riflessione alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La Corte di Giustizia davanti al rischio di *dumping* sociale - 3. La giurisprudenza della Corte di Giustizia come argine al fenomeno del *welfare shopping* - 4. I precari della scuola italiana: istruzioni per l'uso - 5. Le nuove sfide dei diritti sociali - 6. Riflessioni conclusive

1. Premessa

La presente indagine ha ad oggetto alcune pronunce della Corte di Giustizia europea¹ relative alle prestazioni sociali connesse al dritto del lavoro. Il contesto europeo rappresenta oggi un punto di vista imprescindibile per uno studio sui diritti sociali dal momento che, se forte è il peso che esercitano all'interno dei singoli Stati membri le decisioni adottate dalle istituzioni europee in materia di politiche economiche, è evidente che esse incidono in maniera fondamentale nella effettiva garanzia dei diritti di prestazione². Non può, inoltre, trascurarsi il nuovo valore assunto dalla Carta di Nizza³, la quale ha contribuito, almeno a livello formale, a riempire alcune lacune normative in materia di diritti fondamentali⁴. Tuttavia, ancora diffusa è l'idea che al centro dell'ordinamento europeo vi siano, prevalentemente, la tutela del mercato unico, la disciplina della concorrenza, e, in generale, le libertà economiche e che, dunque, poco spazio rimanga per i diritti⁵.

Si cerca qui di tratteggiare alcune linee guida alla luce delle quali verificare, negli anni delle politiche di *austerità*⁶, quale sia stato lo spazio per i diritti all'interno dei confini dell'Unione europea⁷. In particolare, negli ultimi anni, il diritto del lavoro⁸ e i diritti dei lavoratori sono stati oggetto di

¹ Come parte della dottrina ha sottolineato, nonostante le novità introdotte dal Trattato di Lisbona in materia di politiche sociali siano tese a perseguire un bilanciamento tra le misure di natura economica e di sostegno alla competitività delle imprese e i principi di solidarietà e sicurezza sociale, tuttavia, la progressiva integrazione tra il livello sovranazionale e quelli nazionali potrebbe essere favorita principalmente dalle potenzialità garantistiche del sistema integrato dei livelli di protezione e un ruolo fondamentale potrebbe essere rivestito dalla Corte di Giustizia. Si veda sul punto E. Straziuso, *I diritti sociali tra stato sovrano e stato integrato nell'Unione Europea*, Bari, 2010, 149-150.

² Secondo parte della dottrina, infatti, i modelli sociali nazionali sono stati fortemente influenzati dalle previsioni dei Trattati dell'Unione europea in materia di libertà economiche fondamentali e oggi le politiche nazionali dipendono fortemente dalle strategie europee di austerità. Si veda A. Lo Faro, *Europa e diritti sociali: viaggio al termine della crisi*, cit., 219. Sul punto si veda altresì P. Costanzo, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea*, in *Consulta Online, Studi*, 26.08.2008, 2, secondo il quale i diritti sociali riverserebbero in una stagnazione dovuta, almeno in parte, alle politiche di rigore imposte dall'Unione per favorire la tenuta della moneta unica e la competitività dell'economia europea nel mercato globale.

³ Si sottolinea però che l'art. 6 del TUE, dopo riconosciuto alla carta di Nizza lo stesso valore dei Trattati, specifica nel secondo comma che il contenuto della Carta non estende in alcun modo le competenze dell'UE definite nei Trattati, per cui in materia di diritti sociali l'UE continua ad aver competenza sussidiaria.

⁴ Cfr. P. Gargiulo, *Il modello sociale europeo tra politica e diritti sociali dopo la riforma di Lisbona* in P. Gargiulo (cur.), *Politica e diritti sociali nell'Unione europea. Quale modello sociale europeo?*, Napoli, 2011, 1-28.

⁵ Il processo di integrazione europea dimostra di aver risentito del conflitto, ad oggi irrisolto, tra l'origine economico-mercantile della Comunità europea e la prospettiva, tuttora irrealizzata, di un'unione politica, come sottolineato da E. Straziuso, *I diritti sociali*, cit.

⁶ Come nota ad es. A. Lo Faro, in *Europa e diritti sociali: viaggio al termine della crisi*, in *Diritto del lavoro in trasformazione*, L. Corazza e R. Romei (cur.), Bologna, 2014, la crisi degli ultimi anni è stata caratterizzata da un numero eccezionale di riforme istituzionali che hanno avuto forte influsso sui circuiti decisionali sovranazionali. Peraltro, numerose sono state le decisioni che hanno condotto all'adozione di misure di coordinamento delle politiche economiche e finanziarie tra gli Stati membri.

⁷ Cfr. A. Guazzarotti, *Crisi economica e ruolo delle corti: quali contrappesi alla governance europea e internazionale?*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2013, secondo il quale l'Europa, nel tentativo di superare la crisi economica, ha posto in essere prevalentemente procedure tecnocratiche e intergovernative, relegando i processi decisionali democratici ad un ruolo secondario.

⁸ Il diritto del lavoro, come un "cantiere continuo" risente molto delle trasformazioni che si registrano nel contesto in cui esso si colloca. Tra i vari fattori che hanno esercitato maggiori spinte evolutive si annoverano

numerose riforme da parte degli Stati membri; inoltre, l'allarmante livello della disoccupazione registrato in alcuni di essi ha rappresentato uno dei più evidenti sintomi della crisi economica. Oltre a tali ragioni contingenti, vi è anche l'idea che allo *status* di lavoratore sia strettamente connessa la titolarità di alcuni diritti sociali o in quanto subordinati all'aver svolto una determinata attività lavorativa – si pensi, quindi, alla previdenza sociale – o perché, dal momento che gli Stati oggi dispongono di limitate risorse economiche, la effettiva possibilità di godere di taluni diritti sia condizionata dall'essere in possesso di un determinato reddito⁹.

Un primo gruppo di sentenze riguarda due fenomeni che possono essere visti due facce della stessa medaglia: da un lato il c.d. *dumping* sociale e dall'altro quello che può essere definito come *welfare shopping*, entrambi passibili di essere considerati come dirette conseguenze della forte disomogeneità sussistente tra i diversi ordinamenti interni¹⁰ e, al tempo stesso, della crisi economica. Si procederà, altresì, ad una breve disamina della nota sentenza della Corte di Giustizia del 26 novembre 2014 relativa ai precari della scuola italiana, sia perché essa riguarda il primo rinvio pregiudiziale operato dalla Corte costituzionale nell'ambito di un ricorso di legittimità costituzionale in via incidentale e rappresenta, dunque, un fondamentale tassello nel quadro del dialogo tra le Corti nella prospettiva della tutela multilivello dei diritti; sia perché, seppure in un brevissimo passaggio, la corte di Giustizia valuta la compatibilità della normativa italiana anche alla luce delle esigenze di bilancio *ex art.* 81 Cost. così come riformato nel 2012. Infine, un veloce sguardo verrà rivolto ai casi *Maruko*, *Romer* e *Hay* dai quali emergono alcuni spunti di riflessione sulle nuove sfide che l'Europa è chiamata ad affrontare in tema di diritti sociali¹¹.

La domanda che ci si pone è dunque la seguente: all'interno dell'attuale assetto politico-istituzionale, i diritti sociali hanno risentito delle politiche economiche dell'UE o, al contrario, essi hanno tratto beneficio dalla tutela multilivello?

2. La Corte di Giustizia davanti al rischio di *dumping* sociale

Prima di entrare nel merito delle sentenze selezionate, occorre precisare che già nei celebri casi *Viking*, *Laval*¹², *Rüffert*¹³ e *Commissione v. Lussemburgo* - precedenti all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – la Corte ha operato un bilanciamento tra libertà economiche e diritti dei lavoratori, chiarendo, come tra di essi non vi sia alcuna gerarchia.

l'internazionalizzazione dell'economica, la globalizzazione del mercato e il nuovo ruolo assunto dalle istituzioni europee. Quest'ultimo, peraltro, ha determinato una riduzione della sovranità degli Stati nazionali sulle politiche interne e, inoltre, impone all'interprete nuove riflessioni sulla funzione stessa del diritto del lavoro. Sul punto si rinvia a L. Corazza e R. Romei, *Il puzzle delle trasformazioni*, in *Diritto del lavoro in trasformazione*, I. Corazza e R. Romei (cur.), Bologna, 2014, 7-14.

⁹ Si consideri, peraltro, la centralità rivestita dal rapporto di lavoro subordinato nella vita di relazione a livello europeo, sin dalla nascita della Comunità europea, come sottolineato da G. Fiengo, *La nuova frontiera dei diritti sociali e della cittadinanza europea alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 4/2015, 1030.

¹⁰ Cfr. U. Carabelli, *Contrasto tra libertà economiche fondamentali e diritti di sciopero e di contrattazione collettiva* in *Studi sull'integrazione europea*, n. 2/2011, 217.

¹¹ Come si vedrà, infatti, in queste sentenze la Corte di Giustizia ha riconosciuto il diritto a talune prestazioni sociali, previste per le coppie coniugate, anche ai componenti di coppie omosessuali unite secondo istituti diversi dal matrimonio.

¹² Per eventuali approfondimenti, tra i vari, ad A. Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno*, in *Lav. dir.*, n. 1/2008; I. Ingravallo, *La corte di giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche e libertà fondamentali. Quale bilanciamento*, in A. Vimercati (cur.), *Il conflitto sbilanciato*, Bari, 2009; U. Carabelli, *Contrasto tra libertà economiche fondamentali e diritti di sciopero e di contrattazione collettiva*, cit.

¹³ Secondo alcuni, nella trilogia *Laval*, *Viking* e *Rüffert* il tema dei diritti sociali rileva come snodo cruciale per una serie di numerosi «dilemmi dell'integrazione» europea emersi in maniera dirompente a seguito del processo di allargamento. Cfr. A. Lo Faro, *Europa e diritti sociali: viaggio al termine della crisi*, *op. cit.*, 217, 218.

Nel 2014 la Corte è tornata a pronunciarsi sulla legittimità di una normativa tedesca che prescriveva l'obbligo per l'impresa aggiudicatrice di un appalto pubblico di garantire, e di far garantire nel caso di subappalto, un salario orario minimo ai dipendenti¹⁴. Innanzitutto, in questo caso, il Giudice di Lussemburgo nega che si applichi la Direttiva sul distacco dei lavoratori, poiché i lavoratori dell'impresa subappaltatrice avrebbero dovuto lavorare esclusivamente nel Paese di appartenenza. La Corte, richiamando le argomentazioni espresse nel caso *Rüffert*, ribadisce che il requisito di un minimo salariale imposto dalla disciplina tedesca rappresenta una illegittima restrizione alla libertà economica di prestazione di servizi, perché non necessaria ai fini della tutela dei lavoratori.

Ancora una volta, dunque, come è stato da alcuni sottolineato¹⁵ la Corte, nonostante la piena equiparazione tra diritti fondamentali e libertà economiche operata dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, opera un bilanciamento tra libertà economica e diritti dei lavoratori, al fine di chiarire che nessuno dei due interessi in gioco gode di un maggiore peso gerarchico¹⁶. La scelta del legislatore tedesco è, dunque, censurabile, poiché riconosce una tutela sproporzionata a tutto vantaggio dei lavoratori, senza tenere debitamente in considerazione anche le esigenze delle imprese che forniscono servizi. Il Giudice europeo infatti sottolinea che: «tale normativa, imponendo, in una tale situazione, un salario minimo fisso che corrisponde a quello richiesto per assicurare una congrua retribuzione ai lavoratori dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice con riferimento al costo della vita esistente in tale Stato membro, ma che non ha alcun rapporto con il costo della vita nello Stato membro in cui le prestazioni relative all'appalto pubblico di cui trattasi saranno effettuate e non consentirebbe, di conseguenza, ai subappaltatori stabiliti in quest'ultimo Stato membro di trarre un vantaggio concorrenziale dalle differenze esistenti tra le rispettive tariffe salariali, va oltre quanto è necessario per assicurare il raggiungimento dell'obiettivo della protezione dei lavoratori»¹⁷.

Sembra, dunque, emergere una tendenza della Corte a preservare la libertà di stabilimento delle imprese da eventuali limiti derivanti da forti esigenze di tutela dei lavoratori. A tali imprese, infatti, non può essere imposto un trattamento minimo salariale da parte del Paese ospitante, pena il venir meno del "vantaggio concorrenziale" derivante dalle differenze esistenti tra le diverse tariffe necessarie. Senza voler correre il rischio di giungere a conclusioni troppo affrettate, pare, tuttavia ragionevole affermare che per la Corte le evidenti differenze sussistenti tra i diversi Paesi membri non rappresentano una sfida da affrontare ma, al contrario, esse vanno mantenute per garantire la competitività e, anzi, la convenienza economica per le imprese che trarranno sicuro vantaggio dall'esistenza di sistemi sociali in cui il costo del lavoro è basso e vi è un forte squilibrio tra domanda e offerta di lavoro.

3. La giurisprudenza della Corte di Giustizia come argine al fenomeno del *welfare shopping*

Altro fenomeno legato alla crisi e alla forte disomogeneità tra sistemi sociali europei è rappresentato dal c.d. *welfare shopping* fenomeno che si manifesta in tutti quei casi in cui cittadini europei si dirigono

¹⁴ Ci si riferisce alla sent. C-649/13, *Bundesdruckerei GmbH contro Stadt Dortmund*, del 18 settembre 2014. Per una sintesi della sentenza si veda S. Olivieri, *Osservatorio comunitario - La Corte stabilisce che in un appalto pubblico il rispetto del salario minimo non può varcare i confini nazionali nel caso in cui l'aggiudicatario si avvalga di un subappaltatore stabilito in un altro Stato membro*, in *Le Società*, n. 12/2014, 1436.

¹⁵ Si veda, ad es. sul punto M. Forlivesi, *La clausola sociale di garanzia del salario minimo negli appalti pubblici al vaglio della Corte di Giustizia europea: il caso Bundesdruckerei*, *Riv. It. dir. lav.*, n. 2/2015, 558.

¹⁶ La Corte, dunque, finisce per far accordare maggior tutela alle libertà economiche, cfr. G. Barberis, *Appalti pubblici e obbligo di rispetto del salario minimo - La mancata garanzia di corresponsione del salario minimo e l'esclusione dell'impresa*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 3/2016, 674.

¹⁷ Cfr. p.to 34 della sent. C-549/13.

in altri Paesi membri al solo fine di usufruire di sistemi di protezione sociale più efficienti rispetto a quello offerto dal proprio Stato di origine.

La Corte di giustizia nella sentenza C-333/2013 si è trovata a risolvere una questione sollevata in via pregiudiziale dal Tribunale sociale di Lipsia nell'abito di una controversia tra due cittadini romeni e il *Jobcenter Leipzig*. In particolare, la Sig.ra Dano viveva in Germania insieme al figlio dal 2010 ed era ospite presso la propria sorella, la quale provvedeva al loro sostentamento. Pur non avendo mai svolto alcuna attività lavorativa né in Germania né in Romania, la Sig.ra Dano voleva accedere alle prestazioni dell'assicurazione di base riservate dalla legge tedesca a coloro che erano in cerca di lavoro. Il giudice tedesco chiedeva alla Corte di esprimersi su diverse questioni pregiudiziali circa la compatibilità della normativa tedesca relativa alle prestazioni sociali rispetto al reg. 883/2004¹⁸. La Corte, dunque, chiamata a declinare la normativa tedesca anche alla luce del generale divieto di discriminazione fondata sulla nazionalità, sancito dagli artt. 18, 20 e 21 del TFUE, chiarisce, innanzitutto, che un cittadino di un Paese membro, per ciò che attiene a prestazioni sociali simili a quelle del procedimento principale, può chiedere la parità di trattamento a condizione che il suo soggiorno rispetti i requisiti previsti dalla direttiva 2004/38¹⁹ i quali cambiano a seconda che il soggiorno sia inferiore a tre mesi, che sia maggiore a tre mesi e inferiore a 5 anni, o che superi i 5 anni, periodo oltre il quale si acquisisce il diritto di soggiorno permanente²⁰. La Corte, pertanto, chiarisce che consentire ai cittadini economicamente inattivi di accedere a prestazioni sociali come quelle richieste dalla Sig.ra Dano significherebbe porsi in contrasto con quanto stabilito dalla Direttiva in termini di oneri eccessivi per lo Stato ospitante. Tale Direttiva, peraltro, prescrive che i lavoratori provenienti da un altro Stato membro godano del diritto di soggiorno a prescindere dal possesso di risorse economiche sufficienti al proprio sostentamento, necessarie invece per i cittadini non attivi i quali non possono servirsi del sistema di protezione sociale del Paese ospitante come mezzo di sostentamento.

È interessante notare, innanzitutto come la Corte tenda a rimarcare la differenza tra cittadini europei inattivi e lavoratori, e come ai due *status* siano riservati trattamenti differenziati per ciò che riguarda l'accesso a talune prestazioni sociali non contributive: il diritto dell'UE sembrerebbe riconoscere una piena parità di trattamento ai soli lavoratori²¹. Tali limitazioni sono consentite per evitare da un lato quello che può essere definito il fenomeno dello *shopping dei sistemi di welfare* e dall'altro un eccessivo onere per le finanze di Stati dotati di particolari sistemi sociali²². Tale sentenza,

¹⁸ Tale regolamento è stato adottato dall'UE per perseguire il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale dei diversi Paesi membri.

¹⁹ Relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

²⁰ Nei primi due casi la Direttiva subordina il diritto di soggiorno alla condizione che esso non rappresenti un onere eccessivo per lo Stato ospitante.

²¹ Sul punto si veda Giubboni, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e solidarietà transnazionale: un riesame critico*, in *Politiche sociali*, n. 1/2016, 169-184, secondo il quale il sistema di solidarietà sociale sviluppatosi in Europa è un modello di tipo compassionevole i cui limiti e fragilità sono emersi in tutta la loro dirompenza proprio con la crisi economica. La mancanza di un sistema comune di *welfare* ha fatto sì che si potesse fare affidamento solo sui singoli sistemi di protezione sociale dei Paesi membri e dunque sulla loro reale disponibilità alla accoglienza. Per tale motivo, al cittadino europeo economicamente inattivo è riconosciuta una effettiva libertà di risiedere o di accedere al sistema di protezione sociale nel Paese ospitante al pari dei cittadini di quest'ultimo solo nel caso di possesso dello *status* di risiedente di lungo periodo ex art. 16 dir. 2004/38/CE. Si veda, altresì, E. Fumero e F. Strumia, *Stranieri integrati e cittadini emarginati? Profili evolutivi di una nozione sociale della cittadinanza europea*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2/2015, 430 e ss, la quale sottolinea come nella dimensione sociale, per la difesa del *welfare* dello Stato ospitante, sia inevitabile una certa disparità di trattamento tra cittadini di quest'ultimo e cittadini europei di altra nazionalità.

²² Al contrario, nel p.to n. 64 della sentenza *Brey*, C-140/2012 del settembre 2013 la Corte, nell'affrontare una questione pregiudiziale simile, ma non sovrapponibile, al caso *Dano*, aveva ritenuto necessario sottolineare che il fatto che un

secondo alcuni, rappresenta una evidente linea di demarcazione nel campo della cittadinanza europea, corrispondente ad una logica mercantile o, meglio, ad una cittadinanza basata sul censo²³.

Nella sentenza *Alimanovic*²⁴ la Corte si è pronunciata su un altro ricorso pregiudiziale relativo alla compatibilità tra il diritto dell'UE e alcune norme dell'ordinamento tedesco inerenti all'erogazione di prestazioni speciali non contributive a favore cittadini di Stati appartenenti all'UE. Nel caso di specie la Signora Alimanovic e la figlia avevano svolto attività lavorativa indicativamente dal giugno 2010 al maggio 2011 in Germania; inoltre, le norme oggetto del rinvio pregiudiziale subordinavano l'erogazione di contributi di sussistenza per disoccupati di lungo periodo al possesso della qualifica di richiedente lavoro, la quale spettava a chi si trovasse in una situazione di disoccupazione involontaria dopo aver lavorato per un periodo inferiore ad un anno. Ai sensi di tale normativa, lo *status* di lavoratore, e conseguentemente la sussistenza di un valido titolo di soggiorno, perdurava per almeno sei mesi dalla cessazione di un rapporto lavorativo. Il cittadino che non avesse mai lavorato, o che si trovasse nella situazione di disoccupazione da più di sei mesi, non poteva essere automaticamente allontanato dal Paese ospitante finché dimostrava di cercare attivamente lavoro e di aver buone possibilità di trovarlo. Tuttavia, in tale ultima situazione lo Stato ospitante avrebbe potuto legittimamente rifiutarsi di concedere talune prestazioni speciali di carattere non contributivo a tali categorie di soggetti - giunti in Germania per cercare lavoro - senza violare il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità. Tale è anche il punto di vista della Corte, secondo la quale non è necessario che lo Stato membro operi una valutazione circa la reale incidenza nell'economia dello Stato ospitante della eventuale erogazione di tali prestazioni, poiché la direttiva sulla cittadinanza europea prevede già un sistema graduale di mantenimento dello *status* di lavoratore modulato sulle diverse caratteristiche dei singoli richiedenti. Le prestazioni sociali, dunque, spettano in maniera eguale solo a chi sia in possesso di un posto di lavoro, mentre le altre misure assistenziali possono legittimamente essere oggetto di una disciplina differenziata basata sulla nazionalità, nel caso in cui il richiedente abbia perso, anche involontariamente, lo *status* di lavoratore previsto dalla Direttiva sulla cittadinanza dell'UE²⁵.

Dunque, sebbene la cittadinanza europea, così come chiarito dalla Corte, rappresenti lo *status* fondamentale per i cittadini dei Paesi membri, gli Stati, per non subire un onere eccessivo, possono legittimamente prevedere discipline differenziate per cittadini "un po' meno uguali di altri", ovvero cittadini europei di altra nazionalità²⁶. Tuttavia, dubbi sorgono circa il reale significato da

cittadino di un Paese membro chieda di ottenere una prestazione assistenziale non valga di per sé a dimostrare che lo stesso richiedente sia sprovvisto di mezzi economici necessari al proprio sostentamento e che, quindi, egli rappresenti necessariamente un onere eccessivo per lo Stato membro, incombendo sulle autorità competenti l'onere di effettuare una valutazione globale del costo che l'eventuale erogazione della prestazione potrebbe effettivamente rappresentare per le finanze dello Stato. Secondo alcuni autori, ad es. F. Costamagna, "*Chi non lavora ...*": Alcune considerazioni su cittadinanza europea, solidarietà e accesso ai benefici sociali a margine della sentenza *Dano*, in www.sidi-isil.org, 25 novembre 2014, la sentenza *Dano* sarebbe una risposta dell'UE nei confronti delle preoccupazioni sollevate da alcuni Paesi membri circa possibili effetti della sentenza *Brey*, tra i quali quello del turismo sociale.

²³ Cfr. S. Giubboni, *EU internal migration law and social assistance in times of crisis - Unione Europea, diritto di migrazione interna e di assistenza sociale in tempi di crisi*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, n. 2/2016, 259. Per una lettura critica della sentenza si veda, altresì, D. Düsterhaus, *Timeo Danones et dona petentes European Court of Justice (Grand Chamber), Judgment of 11 November 2014, Case C-333/13, Elisabeta and Florin Dano v Jobcenter Leipzig*, in *European Constitutional Law Review*, n. 11/2015, 121-139, il quale dubita della legittimità della dir. 2004/38, così come interpretata dalla Corte, rispetto ai Trattati e si domanda, altresì, quale sia la effettiva dimensione della cittadinanza europea.

²⁴ C-67/14 del 15 settembre 2015, *Jobcenter Berlin Neukölln c. Nazifa, Sonita, Valentina e Valentino Alimanovic*.

²⁵ Sulla sentenza in oggetto si veda A. Monica, *Libera circolazione delle persone (mantenimento dello status di lavoratore - prestazioni di assistenza sociale)*, in *Riv. it. di Dir. pub. com.*, n. 6/2015, 1787-1790.

²⁶ Non manca chi in dottrina ha parlato espressamente di due cittadinanze caratterizzate da statuti protettivi diversi: da un lato i cittadini economicamente attivi, dall'altra gli indigenti, categoria, quest'ultima, sprovvista di protezione. Sul punto si veda S. Giubboni, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione*, cit. 179.

attribuire sia al concetto di cittadinanza europea, sia a quello di divieto di discriminazioni, poiché sembrerebbe quasi che si è veramente cittadini europei, e che si ha diritto ad essere trattati in maniera eguale, nella misura in cui si è in grado di essere soggetti produttivi.

4. I precari della scuola italiana: istruzioni per l'uso

In un'indagine che intende verificare quale sia il contributo della giurisprudenza della Corte europea in materia di diritti sociali, non si può prescindere da un'analisi della sentenza del 26 novembre 2014²⁷ emessa in risposta a 4 diversi rinvii pregiudiziali sollevati dal Tribunale di Napoli e dalla Corte costituzionale, relativa ai c.d. precari della scuola italiana²⁸. Tale decisione, innanzitutto, ha affermato che l'accordo quadro adottato nell'ambito della direttiva 99/70/CE trova applicazione anche nel caso di lavoratori pubblici. In particolare, la clausola n. 5 di tale accordo mirava a limitare il ricorso ai contratti a termine, a tutela dei diritti dei lavoratori, in piena coerenza con la *ratio* all'accordo stesso: la stabilità del rapporto di lavoro è un elemento fondamentale della tutela dei lavoratori, mentre la temporaneità di tali rapporti può essere solo eccezionalmente giustificata tanto da esigenze dei lavoratori quanto da quelle dei datori di lavoro. Gli Stati, dunque, godendo di un ampio margine di discrezionalità, devono perlomeno indicare le ragioni obiettive che giustificano il rinnovo di tali contratti; devono altresì indicare una durata massima dei rinnovi e il numero massimo degli stessi. L'accordo quadro, dunque, impone agli Stati solo di prevenire l'abuso derivante da un rinnovo arbitrario dei rapporti di lavoro a tempo determinato, lasciando loro la libertà nella scelta dei mezzi da adottare. Inoltre, ad essi spetta l'onere di introdurre sanzioni efficaci contro tali abusi, non essendo gli stessi vincolati dall'accordo quadro a trasformare automaticamente i rapporti precari in rapporti stabili.

La Corte ha rilevato che, dal momento che nella normativa italiana mancava qualsiasi limite al rinnovo di tali contratti e che, inoltre, ai sensi dell'art. 10, comma 4 *bis* del d.lgs. 368/2001 era espressamente esclusa per il personale della scuola l'automatica trasformazione in contratto a tempo indeterminato per i contratti a tempo determinato superiori a 36 mesi, è necessario che vengano individuate le ragioni obiettive dei rinnovi dei contratti a tempo determinato dei ricorrenti dei giudizi principali. È interessante notare come la Corte tenga a precisare che per "ragioni obiettive" si debba far riferimento a circostanze concrete e peculiari, sintomatiche del caso specifico. Inoltre, la particolarità del settore scolastico richiede una forte flessibilità del personale, per cui una normativa nazionale che consenta il susseguirsi dei rinnovi di contratti di lavoro a tempo determinato per la sostituzione di personale, in attesa dell'esito di procedure concorsuali, potrebbe trovare giustificazione in una ragione obiettiva. Tuttavia, nell'applicazione concreta di tale ragione obiettiva le autorità competenti devono «stabilire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia atto a raggiungere lo scopo perseguito e sia necessario a tal fine». Nel caso di specie, osserva la Corte, tali contratti sono utilizzati per rispondere non ad esigenze contingenti ma permanenti e durevoli.

L'abuso del ricorso a contratti a tempo determinato è escluso solo alla luce di un'analisi completa e globale di tutte le circostanze del singolo il quale andrà condotto dal giudice interno. La normativa

²⁷ Cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C-418/13 *Raffaella Mascolo e a. c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*.

²⁸ Per una ricostruzione del percorso giudiziario attraverso il quale si è giunti innanzi alla Corte di giustizia, si veda L. Saltari, *La precarietà del lavoro nella scuola italiana nel difficile dialogo tra le Corti - il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/2015, 219 ss., il quale, peraltro, sottolinea come la Corte non abbia dato peso ad una presunta contraddizione dovuta al fatto che il ricorso pregiudiziale sia stato sollevato contemporaneamente da un Giudice costituzionale e da un giudice ordinario.

in esame, pertanto, è legittima nella misura in cui risponde ad un interesse pubblico corrispondente con quello dello Stato di rispondere alle esigenze relative al diritto all'istruzione e alla necessità di una particolare flessibilità del personale docente e amministrativo. Tuttavia, è nel momento applicativo della disciplina che occorre valutare la legittimità della concreta situazione, in cui, dunque, rileva il diritto del singolo. La totale assenza di previsioni circa le future procedure concorsuali - e dunque circa la fine del rinnovo dei contratti a tempo determinato - fa sì che lo Stato si serva di essi non come misura eccezionale, ma come strumento ordinario per rispondere ad esigenze strutturali. La totale assenza di strumenti atti ad ottenere un risarcimento del danno da parte dei lavoratori precari si pone in contrasto con la normativa europea in materia di contratti di lavoro a tempo determinato, poiché non vi sono criteri obiettivi e trasparenti alla luce dei quali verificare l'esistenza di una ragione obiettiva, e la idoneità e la necessità del ricorso a tali contratti rispetto al fine perseguito. Inoltre, la Corte sottolinea che l'assenza di qualsiasi misura di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato non è giustificata neppure dalle esigenze di bilancio.

Tale sentenza²⁹ offre ai giudici *a quibus* strumenti potenzialmente utili ai fini di un ampliamento delle garanzie riconosciute ai lavoratori, raccogliendo, secondo alcuni, l'invito alla prudenza suggerito dalla Corte costituzionale nel proprio ricorso³⁰. Essa, dunque, non fornisce risposte definitive, poiché rimette alla valutazione dei giudici³¹ l'onere di verificare se, nel caso concreto, il ricorso ai contratti a tempo determinato configuri un abuso, poiché la Corte ha censurato in maniera netta soltanto l'assenza di un termine preciso per la conclusione delle procedure concorsuali e di un limite al numero di supplenze annuali effettuate da un lavoratore per la copertura del medesimo posto³².

5. Le nuove sfide dei diritti sociali

Particolare interesse suscitano, inoltre, alcune pronunce della Corte di Giustizia con le quali sono state estese talune prestazioni sociali e previdenziali a nuclei familiari formati da persone del medesimo sesso.

In una pronuncia risalente al 2008³³ la Corte era stata adita dal giudice tedesco davanti al quale pendeva un giudizio vertente sulla possibilità per un cittadino tedesco di ottenere la pensione di reversibilità a seguito della morte del proprio compagno, con il quale aveva dato vita ad un'unione solidale prevista dalla normativa tedesca. L'ente previdenziale, tuttavia, aveva negato la prestazione poiché nel suo statuto tale beneficio era previsto solo per le coppie coniugate. Il giudice *a quo* sosteneva che in Germania vi fosse stata una progressiva equiparazione tra coppie coniugate e coppie unite da un'unione solidale, anche per ciò che riguardava il diritto alla pensione di vedova o di vedovo³⁴, per cui lo statuto dell'ente previdenziale operava una discriminazione ingiustificata tra coppie coniugate e coppie formate da persone dello stesso sesso e unite da un'unione solidale. Tale discriminazione risultava altresì in contrasto con la Direttiva 2000/78, emanata dal Consiglio europeo

²⁹ La quarta, in ordine cronologico, emessa dalla Corte di giustizia in materia di precariato pubblico italiano, cfr. B. Cimino, *Caso Mascolo: le supplenze nella scuola*, in *Quad. cost.*, n. 1/2015, 205.

³⁰ Cfr. L. Saltari, *La precarietà del lavoro nella scuola italiana nel difficile dialogo tra le Corti*, cit.

³¹ Sugli ipotetici esiti cui potrebbero pervenire i giudici comuni si veda F. Ghera, *I precari della scuola tra Corte di giustizia, Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Giur. cost.*, n. 1/2015, 158.

³² Cfr. B. Cimino, *Caso Mascolo: le supplenze nella scuola*, op. cit.

³³ *Caso Maruko*, C-267/2006, deciso il 1° aprile 2008, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*.

³⁴ Cfr. p.ti 68 e 69 sent. *Maruko*.

per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro. La Corte³⁵, riservando al giudice *a quo* l'onere di provare che tra le coppie coniugate e quelle unite da un'unione solidale vi sia una situazione analoga, chiarisce, però, che nel caso di effettiva analogia, lo statuto dell'ente previdenziale tedesco sia in contrasto con gli artt. 1 e 2 della predetta Direttiva.

Per molti versi simile al caso *Maruko* è la sentenza della Corte di Giustizia, C-47/2008 del 10 maggio 2011 nella quale la Corte ha chiarito, innanzitutto, che le pensioni complementari di vecchiaia vanno intese come retribuzioni ai sensi dell'art. 157 del TFUE e che, quindi, le stesse sono sottoposte al regime della Direttiva 2000/78, per cui non sono ammesse discriminazioni dirette. Inoltre, chiarisce che, sebbene la legislazione in materia di stato civile delle persone sia di esclusiva competenza dei singoli Stati³⁶, ai sensi della Direttiva anti discriminazione non è consentito introdurre una disciplina che preveda una pensione complementare più alta per le coppie coniugate rispetto a quella a cui possono accedere i *partner* di un'unione solidale se nell'ordinamento interno – così come avveniva in Germania – le coppie omosessuali non possano accedere al matrimonio e, tuttavia, i membri di tali unioni si trovino in una situazione paragonabile in fatto e in diritto a quella delle coppie sposate. La valutazione, circa la sussistenza di tale compatibilità spetta al giudice del rinvio. Infine, precisa la Corte, una volta scaduto il termine previsto dalla Direttiva senza che lo Stato abbia adeguato il proprio ordinamento ai suoi contenuti, nel caso in cui vi fosse una effettiva discriminazione diretta da parte di una disciplina statale, la Direttiva sarà auto-applicativa.

Con tali sentenze³⁷, dunque, il Giudice europeo ha fornito alcune utili indicazioni ai giudici interni i quali sono chiamati a valutare, caso per caso, se esista o meno una disparità di trattamento ingiustificata tra le coppie sposate e le coppie legate da altre forme di tutela. Tuttavia, specie negli ordinamenti in cui il legislatore ha voluto introdurre discipline fortemente differenziate per l'istituto del matrimonio e per altri istituti ad esso alternativi o, soprattutto, in quegli ordinamenti in cui non è prevista alcuna forma di tutela giuridica alternativa al matrimonio, al giudice è richiesto uno sforzo interpretativo particolarmente complesso e delicato.

Si consideri, infine, la sentenza *Hay* C-267/12 emessa dal Giudice europeo il 12 dicembre 2013. Con tale pronuncia la Corte di Giustizia ha chiarito che dal momento che nell'ordinamento francese le coppie omosessuali potevano accedere esclusivamente all'istituto dei *pacs*, alla luce delle finalità e dei presupposti di concessione del congedo e del premio stipendiale, - il cui godimento era stato negato al Sig. Hay - il ricorrente si trovava in una situazione analoga a quella di un lavoratore che avesse contratto matrimonio.

Sebbene alcuni autori³⁸ abbiano messo in luce come soprattutto le pronunce relative ai casi *Romer* e *Maruko* siano destinate ad avere scarso seguito all'interno dell'UE, tuttavia, sembra possibile riconoscere un particolare merito a tali sentenze nella misura in cui le stesse hanno chiarito che il riconoscimento di particolari prestazioni previdenziali o benefici derivanti dallo *status* di lavoratore non può essere condizionato dal solo fatto che l'ordinamento tratti in maniera più o meno simile

³⁵ Tale sentenza rappresenta il primo caso di applicazione del principio di parità di trattamento nelle condizioni di lavoro a prescindere dall'orientamento sessuale, come fa notare L. Ronchetti, *I due volti dell'Europa: il principio di non discriminazione tra libertà ed eguaglianza. A proposito delle sentenze Maruko e Rüffert della Corte di giustizia*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 3/2009, 564, in cui l'A. propone un'interessante comparazione con la sentenza Rüffert.

³⁶ Secondo alcuni, attraverso tale pronuncia la Corte ha intersecato una materia, quale quella dello stato di famiglia, che i Trattati riservano agli Stati membri, cfr. S. Ninatti, *Il caso Römer: limiti di materia, principio di uguaglianza o tutela di diritti?*, in *Quad. cost.*, n. 3/2011, 693.

³⁷ Per una lettura critica si veda, ad es., M. M. Winkler, *I trattamenti pensionistici delle coppie dello stesso sesso nell'Unione Europea: il caso Römer*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 10/2011, 1980-1992.

³⁸ In particolare M. M. Winkler, *I trattamenti pensionistici delle coppie dello stesso sesso*, cit.

l'istituto del matrimonio e altre forme di unioni. Soprattutto con riferimento al caso *Hay*³⁹ la Corte sembra rivolgere un monito nei confronti dei legislatori nazionali ai quali non è consentito introdurre discipline discriminatorie sulla base dell'orientamento sessuale.

Attraverso tali sentenze la Corte, valorizzando il principio fondamentale del divieto di discriminazioni, il quale tradizionalmente ha consentito alla stessa di svolgere un ruolo particolarmente rilevante nella creazione di un catalogo di diritti fondamentali dell'ordinamento europeo, sembra dare una risposta concreta anche alle nuove istanze riguardanti l'ambito dei diritti sociali. Infatti, sebbene il lungo cammino per il riconoscimento e la effettiva garanzia dei diritti sociali c.d. classici sembra essere ancora *in fieri*, può anche osservarsi come parallelamente si stiano affacciando nuove esigenze meritevoli di tutela.

6. Riflessioni conclusive

Alla luce della breve indagine svolta si può osservare come la Corte di Giustizia faccia ancora scarso uso della Carta di Nizza, la quale resta sullo sfondo della giurisprudenza⁴⁰. Nell'ambito del diritto sovranazionale le libertà economiche continuano a godere di una tutela particolarmente forte rispetto ai diritti dei singoli e quando la Corte estende la portata di questi ultimi tende, tuttavia, a consegnare al giudice del rinvio l'onere di decidere nel merito, seppur alla luce delle proprie indicazioni.

In generale pare possa affermarsi che l'impatto della giurisprudenza del Giudice di Lussemburgo nella tutela dei diritti sociali nell'epoca della crisi economica non sia stato, sino ad oggi, particolarmente dirompente, così come non è dato riscontrare un orientamento univoco e cristallizzato della Corte in tale ambito. L'UE è oggi chiamata ad affrontare nuove sfide: essa dovrà rispondere alle istanze provenienti da nuovi soggetti di diritto e, soprattutto, dovrà prepararsi a predisporre un sistema di *welfare* capace di rispondere non solo agli effetti che permarranno anche una volta superata la crisi economica, ma anche, e soprattutto, al mutato assetto che si appresta ad assumere l'area europea. È probabile, però, che i diritti sociali siano destinati ad affrontare una perdurante crisi⁴¹, o, comunque, nuove impegnative sfide⁴², se solo si pensa a quanto espresso dall'ormai *ex* Premier inglese Cameron il quale, durante il Consiglio europeo del febbraio 2016, aveva proposto un meccanismo atto a consentire agli Stati di ottenere - a determinate condizioni - l'autorizzazione da parte dell'UE ad attuare una forte restrizione nell'accesso al sistema di *welfare*, per un massimo di 4 anni, per i lavoratori provenienti da Paesi membri. Proprio quanto avvenuto nel Regno Unito impone di riflettere sul rapporto tra Unione Europea e diritti e sulle ipotetiche conseguenze scaturenti da tali interconnessioni. Infatti, se è vero che tra le altre ragioni che hanno portato il Regno Unito a decidere di uscire dall'UE vi è stata l'avversione tanto verso il fenomeno del *welfare shopping* quanto avverso una determinata maniera di intendere i diritti, si può forse sostenere che, non solo oggi il cammino verso l'integrazione politica e sociale non è stato compiuto ma, anzi,

³⁹ Come peraltro sottolinea V. Valenti, *Verso l'europeizzazione del diritto nazionale di famiglia? (Brevi osservazioni a margine del caso Hay, Corte di Giustizia UEC-267/12, sent. 12 dicembre 2013)*, in www.forumcostituzionale.it, 2014.

⁴⁰ Il valore giuridico riconosciuto alla Carta aveva spinto alcuni commentatori a prevedere che la Corte avrebbe potuto disporre degli strumenti giuridici necessari per effettuare bilanciamenti necessari tra la competitività mondiale dell'UE e il livello qualitativo della vita dei suoi cittadini. Sul punto si rimanda a P. Costanzo, *Il sistema di protezione dei diritti sociali*, cit., 15-16.

⁴¹ Cfr. A. Lo Faro, *Europa e diritti sociali*, cit., 225, il quale ben evidenzia come l'UE non sia mai intervenuta nel caso di sistemi di protezione sociale considerati da una insostenibile inadeguatezza come invece è previsto nei casi di disavanzo insostenibilmente alti.

⁴² La problematica posizione rivestita dai diritti sociali in ambito europeo non è riconducibile esclusivamente alla crisi economica ma, al contrario, essa è intrinsecamente connessa allo scarso livello di democratizzazione raggiunto dal potere pubblico il quale funge da presupposto per un pieno riconoscimento e godimento di tale categoria di diritti, come evidenziato da E. Straziuso, *I diritti sociali*, cit., 157.

LORELLA PONZETTA

che l'Europa ha ancora molta strada da percorrere su questo terreno sul quale emergono con maggiore evidenza le distanze intercorrenti tra i diversi Paesi membri.

Abstract

Considering the current political-institutional order, a study about social rights compels us to extend our field of examination to the UE judicial system. An advantageous working method is the study of the UE Court of Justice's jurisprudence, delivered during the age of the economic crisis. Specifically, analyzing the sentences concerning labour law, and the social benefits connected to it, we can ascertain whether, and how, social rights have suffered because of UE's economics policy or if, otherwise, they have taken advantage from the multilevel protection.

Il Protocollo n. 16 aggiuntivo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la richiesta di parere consultivo alla Corte di Strasburgo: un strumento di dialogo diretto tra giudici nazionali e Corte EDU

Sommario: Premessa. Il Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo quale Protocollo del "dialogo" - 2. La possibile interazione tra la richiesta di parere consultivo alla Corte europea dei diritti dell'uomo e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia - 3. La richiesta di parere consultivo come meccanismo di interazione giudiziaria paneuropea: problematiche e prospettive di sviluppo - 4. Alcune considerazioni conclusive

1. Premessa. Il Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo quale Protocollo del "dialogo"

Il sistema di tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali in ambito convenzionale si apre a nuovi scenari tramite l'adozione del Protocollo n. 16 CEDU¹, aperto alla firma degli Stati il 2 ottobre 2013 e non ancora entrato in vigore².

Il Protocollo introduce all'interno del sistema convenzionale di tutela dei diritti fondamentali un istituto nuovo, ossia il parere consultivo³ alla Corte europea dei diritti dell'uomo, il quale può essere richiesto dal giudice nazionale nell'ambito di un giudizio concreto pendente⁴ su *questioni di principio* relative all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione e dei Protocolli. Il parere in questione non assume una portata vincolante⁵ nei confronti dei giudici nazionali richiedenti ma dispiega esclusivamente un'efficacia consultiva⁶.

Una caratteristica significativa che vale a contraddistinguere tale strumento concerne l'oggetto della specifica richiesta da parte dell'autorità giurisdizionale nazionale, la quale può vertere esclusivamente su questioni di principio⁷. Non è possibile, quindi, sottoporre alla Corte EDU richieste di parere consultivo per ottenere in via pregiudiziale una pronuncia anticipata della Corte di Strasburgo sul caso concreto in esame, pur potendo avere il parere ad oggetto elementi fattuali della controversia stessa. In tal modo, la funzione espressa dall'istituto sembrerebbe essere quella di

¹ Definito il Protocollo "del dialogo" dall'ex Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, Dean Spielmann.

² Art. 8, par. 1: «Il presente Protocollo entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di tre mesi dalla data in cui dieci Alte Parti contraenti della Convenzione avranno espresso il loro consenso a essere vincolate dal Protocollo, conformemente alle disposizioni dell'articolo 7».

³ Art. 1, par. 2.

⁴ «La procedura non è pensata, ad esempio, per consentire una revisione in astratto della legislazione che non deve essere applicata nella causa pendente dinanzi a essa» (p.to *Rapporto esplicativo*). Peraltro, ci si interroga circa la possibilità di disporre la sospensione del processo in attesa della pronuncia della Corte di Strasburgo e, più in particolare, circa l'opportunità di introdurre una specifica base giuridica nell'ambito della l. n. 87 del 1953 che consenta una siffatta possibilità nel processo costituzionale (cfr. O. Pollicino, *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte di Strasburgo ex Prot. 16 CEDU?*, in E. Lamarque (cur.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2015, 24-25). Peraltro, particolarmente problematica è anche la questione circa la compatibilità della richiesta di parere alla Corte europea con l'oggetto del giudizio dinanzi alla Corte costituzionale (es. giudizio di ammissibilità sul referendum abrogativo): in tal senso, cfr. A. Ruggeri, *Ragionando sui possibili sviluppi tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del prot. 16)*, in *Rivista AIC*, 1/2014, 12.

⁵ Art. 5.

⁶ In particolare, «l'autorità richiedente decide sugli effetti del parere consultivo nel procedimento nazionale» (p.to 25 *Rapporto esplicativo*).

⁷ Art. 1, par. 2.

assicurare una sorta di nomofilachia convenzionale, assicurando un livello omogeneo dell'applicazione e dell'interpretazione del diritto convenzionale tra gli Stati contraenti.

Come anticipato, il parere consultivo è caratterizzato dalla mancanza di vincolatività nei riguardi del giudice nazionale richiedente. Circostanza, questa, che risulta essere confermata dal fatto che la richiesta può essere rigettata, con adeguata motivazione⁸, dopo esser stata vagliata da un collegio di cinque giudici della Grande Camera; nell'ipotesi, invece, in cui tale richiesta venga accolta, il parere viene emesso dalla Grande Camera⁹ e entra a far parte, al pari delle sentenze, della giurisprudenza CEDU¹⁰.

Rileva nel meccanismo così tracciato il ruolo assunto dal giudice interno, il quale potrà formulare richiesta di parere consultivo solo nell'ambito di una controversia concreta sottoposta al proprio giudizio, sulla falsariga di quanto previsto nell'ordinamento dell'Unione europea in ordine al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia¹¹. Ad ogni modo, come precisato dall'art. 1 del Protocollo, non tutti i giudici nazionali sono abilitati a presentare tale richiesta, contrariamente a quanto stabilito in ambito europeo¹². Infatti, possono proporre richiesta di parere consultivo solo le Alte giurisdizioni¹³, che saranno indicate al momento della ratifica da parte dei singoli Stati¹⁴.

⁸ «Ciò è volto a consolidare il dialogo tra la Corte e il sistema giudiziario interno, anche chiarendo cosa intenda la Corte per «questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli», e questo potenzierà l'attività di indirizzo nei confronti delle autorità giudiziarie nazionali quando esse devono valutare se presentare una richiesta, scoraggiando le richieste non opportune» (p.to 15 *Rapporto esplicativo*).

⁹ Art. 2, par. 2. Peraltro, è stato sottolineato come tale meccanismo rischi di sovraccaricare ulteriormente un organo decisionale che, di per sé, riesce a decidere soli pochi casi all'anno. Cfr. N. O' Meara, *Reforming the European Court of Human Rights through Dialogue? Progress on Protocols 15 and 16 ECHR*, in www.ukconstitutionallaw.org, 31 maggio 2013.

¹⁰ «L'interpretazione della Convenzione e dei suoi Protocolli contenuta in tali pareri consultivi sarà analoga nei suoi effetti ai principi interpretativi stabiliti dalla Corte nelle sentenze e nelle decisioni» (p.to 27 *Rapporto esplicativo*).

¹¹ Peraltro, proprio il richiamo al rinvio pregiudiziale aveva informato l'intento, espresso nel *Report* dal Gruppo dei Saggi (CM(2006)203 15 November 2006), nominato dai Capi di stato e di governo degli Stati membri del Consiglio d'Europa in occasione della riunione tenutasi a Varsavia il 15-16 maggio 2006, di avvicinare le due procedure europee. Il Gruppo dei Saggi sottolineava come «the introduction of a preliminary ruling mechanism on the model of that existing in the European Union was discussed. However, the Group reached the conclusion that the EU system is unsuitable for transposition to the Council of Europe. The preliminary ruling mechanism represents an alternative model to the judicial control established by the Convention, which requires domestic remedies to be exhausted. The combination of the two systems would create significant legal and practical problems and would considerably increase the Court's workload» (par. 80-81).

¹² Sulle differenze tra i due sistemi (UE e CEDU) nel quadro strutturale del rapporto tra le fonti e tra i giudici, si veda G. Martinico, *Is the European Convention Going to Be 'Supreme'? A Comparative-Constitutional Overview of ECHR and EU Law before National Courts*, in *Eur. Jour. Int. Law*, vol. 23, n. 2, 2012, 401 ss.

¹³ Art. 10. Peraltro, è stato sottolineato in dottrina come a seguito del processo di adesione dell'Unione europea alla Cedu, anche la Corte di giustizia potrebbe essere qualificata come un'Alta giurisdizione nazionale, abilitata, quindi, a formulare richiesta di parere consultivo alla Corte di Strasburgo. Così, E. Cannizzaro, *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria nella tutela dei diritti fondamentali: verso un modello integrato?*, in E. Lamarque (cur.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, cit., 87. Così, anche il *Reflexion Report* sulla possibilità di estendere la funzione consultiva della Corte, nel quale si precisa che «Moreover, it was argued that following the European Union (EU)'s accession to the Convention, the Court of Justice of the EU (CJEU) could avail itself of the advisory opinion procedure, which could serve to guarantee the respect of the principle of autonomy of EU law» (par. 10).

¹⁴ Sottolinea la pericolosità di tale previsione O. Pollicino, *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte di Strasburgo ex Prot. 16 CEDU?*, in E. Lamarque (cur.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, cit., 21, laddove afferma che «il fatto che lo stesso Prot. 16 preveda espressamente che gli Stati contraenti possano in ogni momento cambiare idea circa le Corti da considerare competenti, rischia di rappresentare una pericolosa "spada di Damocle" gravante sui giudici costituzionali degli Stati che non hanno ancora ultimato il processo di consolidamento democratico» e che, quindi, non godono di particolare legittimazione formale nei rispettivi Paesi.

L'espressione utilizzata lascia presagire che sicuramente saranno designati a partecipare al dialogo giurisdizionale¹⁵ con la Corte europea gli organi giurisdizionali di vertice¹⁶, quali la Corte costituzionale¹⁷, il Consiglio di Stato o la Corte di cassazione, per la peculiare natura rivestita dal parere, ossia quella di chiarificare l'esatta portata interpretativa ed applicativa del diritto convenzionale.

Ci si chiede, però, con riguardo a tale disposizione, quale possa essere la discrezionalità statale nella scelta degli organi giurisdizionali indicati a prender parte al simposio giurisdizionale convenzionale. Peraltro, occorre interrogarsi in ordine alla possibile implementazione del formante normativo con la prassi applicativa, tale da consentire la previsione in via pretoria di ulteriori autorità giurisdizionali rispetto a quelle originariamente designate, analogamente a quanto accaduto, *mutatis mutandis*, per la Corte costituzionale italiana rispetto alla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale, la cui legittimazione a ricorrere al giudice di Lussemburgo è stata riconosciuta, in via d'azione, con l'ordinanza n. 103 del 2008 e, in via incidentale, da ultimo, con l'ordinanza n. 207 del 2013.

2. La possibile interazione tra la richiesta di parere consultivo alla Corte europea dei diritti dell'uomo e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia

L'istituto del parere consultivo è stato concepito per rispondere alla necessità di fornire una risposta immediata, già nel corso del giudizio in sede nazionale¹⁸, a quei giudici che dubitano del corretto significato da attribuire al testo convenzionale e, quindi, alla giurisprudenza convenzionale. D'altra parte, il parere emesso dalla Corte non esplica un'efficacia vincolante nei confronti del giudice richiedente né, tantomeno, nei riguardi degli altri giudici, ma acquista esclusivamente una forza

¹⁵ Sulla possibilità per i giudici nazionali supremi di partecipare al dialogo giurisdizionale con la Corte europea al fine di contribuire ad assicurare l'uniforme interpretazione ed applicazione della Convenzione europea e di formare un livello omogeneo di tutela dei diritti, cfr. A. Ruggeri, "Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali, in www.federalismi.it, 24/2013, 27 ss.

¹⁶ Come confermato anche dal *Rapporto esplicativo* al Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, secondo il quale «L'uso dei termini «le più alte» invece di «la più alta» permette la potenziale inclusione di quelle autorità giudiziarie che, sebbene inferiori alla corte costituzionale o alla corte suprema, sono tuttavia di particolare rilevanza in quanto sono le «più alte» per una particolare tipologia di cause. Questo, unito al requisito che una Alta Parte contraente deve specificare quale alta giurisdizione può richiedere un parere consultivo, consente la necessaria flessibilità per tenere conto dei diversi sistemi giudiziari nazionali. Limitare la scelta alle «più alte» giurisdizioni è coerente con l'idea dell'esaurimento delle vie di ricorso interne, sebbene una più alta giurisdizione non debba necessariamente essere una autorità alla quale presentare un ricorso per soddisfare il requisito dell'esaurimento delle vie di ricorso interne ai sensi dell'articolo 35 paragrafo 1 della Convenzione» (p.to 8).

¹⁷ In realtà, come risulta dal testo del d.d.l. A.C. n. 2801 di ratifica ed esecuzione dei Protocolli nn. 15 e 16 CEDU, presentato il 30 dicembre 2014, ed attualmente all'esame delle Commissioni giustizia e affari esteri alla Camera, non contempla ai sensi dell'art. 3, tra gli organi giurisdizionali legittimati a presentare richiesta di parere alla Grande Camera della Corte europea la Corte costituzionale, lasciando presagire, sempre che tale previsione venga confermata, che il giudice costituzionale italiano voglia sottrarsi al "dialogo diretto" con l'omologo giudice europeo, venendo meno, così, all'obbligo di chiedere e di dare successiva esecuzione al parere fornito in via preventiva dalla Corte di Strasburgo. Tale elemento tenderebbe a privilegiare una lettura che confermerebbe la volontà del giudice delle leggi nazionale di rivendicare uno spazio decisionale proprio e del tutto sganciato dai meccanismi comunicativi con la Corte di Strasburgo, quasi riproducendo il percorso che l'aveva, in passato, portata a negare la propria natura di "giurisdizione nazionale" ai sensi dell'art. 234 TCE (ora, 267 TFUE).

¹⁸ Osserva R. Conti, *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in www.consultaonline.org, 16 maggio 2014, 21, che «... se, nel breve periodo, l'eventuale "fortuna" di tale strumento potrà portare a un appesantimento del lavoro dei giudici della Corte europea sembra evidente che, nel medio periodo, tale meccanismo dovrebbe ridurre il carico della Corte europea per effetto delle decisioni del giudice nazionale, le quante volte queste dovessero uniformarsi ai pareri di Strasburgo».

persuasiva, determinata dal fatto di provenire dall'organo giurisdizionale chiamato ad interpretare in via esclusiva la Convenzione europea¹⁹.

Sono, dunque, evidenti le differenze tra lo strumento ivi previsto e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo²⁰.

In primo luogo, come sopra esposto, non tutti i giudici nazionali hanno la facoltà di adire la Corte europea dei diritti dell'uomo, contrariamente a quanto succede in ambito europeo, laddove si prevede che tutti i giudici nazionali²¹ possono sollevare richiesta di rinvio pregiudiziale laddove dubitino dell'esatta interpretazione o sulla validità di atti di diritto derivato dell'Unione europea ovvero sull'interpretazione di atti di diritto primario dell'UE²².

Alla luce di tali premesse, solo i giudici che verranno indicati dagli Stati membri in occasione della ratifica saranno legittimati a presentare richiesta di parere alla Corte europea. A ben vedere, però, un'affermazione del genere non è scevra di problematiche applicative. Infatti, scopo precipuo del Protocollo n. 16 CEDU è quello di creare un nuovo strumento dialogico che unisca direttamente i giudici nazionali e il giudice di Strasburgo²³. Esso costituisce il primo tentativo di creare un

¹⁹ Non mancano, peraltro, casi nei quali la Corte europea giunge a qualificare la Convenzione europea come strumento volto ad assicurare l'ordine pubblico europeo nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali, al cui presidio è posta, quindi, la Corte europea. Cfr. sentenza CEDU *Neulinge e Shuruk c. Svizzera* del 6 luglio 2010, ove si chiarisce che «For that reason the Court is competent to review the procedure followed by domestic courts, in particular to ascertain whether the domestic courts, in applying and interpreting the provisions of the Hague Convention, have secured the guarantees of the Convention and especially those of Article 8 (see, to that effect, Bianchi, cited above, § 92, and Carlson, cited above, § 73)» (par. 133).

²⁰ M.C. Runavot, *Le Protocole n. 16 à la Convention européenne: réflexions sur une nouvelle espèce du genre*, in *Rev.gen.dr.int.publ.*, n. 1, 2014, 77 ss. Contra, P. Gragl, (Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure ad a Model for ECtHR Advisory Opinions under Draft Protocol No. 16, in *Eur.L.Rev.*, april 2013, 229 ss. Peraltro, ne evidenzia le assonanze con il "fratello maggiore" rappresentato dal rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia R. Conti, *La richiesta di parere consultivo alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Prot. 16 CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Prove d'orchestra per una nomoflaccia europea*, in E. Lamarque (cur.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, cit., 102-103, ove osserva che l'istituto in esame rappresenta uno strumento preventivo «che parte dal giudice nazionale e che non intende né elidere le prerogative, né travolgere l'operato della Corte europea dei diritti dell'uomo, esulando realmente da un meccanismo di tipo gerarchico».

²¹ Ai sensi dell'art. 267 TFUE, i giudici nazionali hanno la facoltà di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, salvo il caso in cui si tratti di giudici di ultima istanza, le cui sentenze non siano ulteriormente impugnabili, i quali hanno l'obbligo di rinviare ai giudici di Strasburgo, seppur con eccezioni consentite in via giurisprudenziale dalla Corte stessa (cfr. Corte giust., sent. 6-10-1982, causa C- 283/81, *Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo SpA c. Ministry of Health*, in *Racc.*, 1984, 1257).

²² Occorre rammentare, al riguardo, la felice commistione tra giurisdizione europea e giurisdizione convenzionale circa l'attivazione del rinvio pregiudiziale dinanzi alla prima. In particolare, nella sentenza *Dhabbi c. Italia* dell'8 aprile 2014 della Corte di Strasburgo, nella quale il giudice convenzionale europeo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 6 CEDU (diritto ad equo processo) per omessa motivazione da parte della Corte di cassazione circa il rifiuto opposto di operare il rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, specificando «33. La Corte ha esaminato la sentenza della Corte di cassazione del 15 aprile 2008 senza trovare alcun riferimento alla richiesta di rinvio pregiudiziale formulata dal ricorrente e alle ragioni per le quali è stato considerato che la questione sollevata non meritasse di essere trasmessa alla CGUE. La motivazione della sentenza controversa non permette dunque di stabilire se questa questione sia stata considerata come non pertinente o come relativa a una disposizione chiara o già interpretata dalla CGUE, oppure se sia stata semplicemente ignorata (si veda, a contrario, *Vergauwen*, sopra citata, § 91, dove la Corte ha constatato che la Corte costituzionale belga aveva debitamente motivato il suo rifiuto di sottoporre questioni pregiudiziali). A tale proposito, la Corte osserva che il ragionamento della Corte di cassazione non contiene alcun riferimento alla giurisprudenza della CGUE. 34. Questa constatazione è sufficiente per concludere che vi è stata violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione». In senso contrario, la precedente sentenza CEDU *Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio* del 20 settembre 2011, nella quale i giudici convenzionali europei, al contrario, non hanno ravvisato la violazione dell'art. 6 CEDU, ritenendo che il Consiglio di Stato e la Corte di cassazione avessero adeguatamente motivato in ordine al mancato adempimento del rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE.

²³ Ne sottolineano la necessità J.P. Costa, P. Titium, *Les Avis Consultatifs Devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, in *L'Homme Dans a Société Internationale: Mélanges en Hommage au Professeur Paul Tavenier*, Bruxelles, 2014.

meccanismo collaborativo immediato tra giudici nell'ambito convenzionale, che prescinda dalla proposizione di un ricorso individuale successivo alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Con l'introduzione del parere consultivo da parte del Protocollo n. 16 CEDU, si è voluto creare un percorso dialogico diretto tra i giudici operanti nello spazio CEDU, di modo da contribuire a rafforzare l'uniforme applicazione e interpretazione della Convenzione europea attraverso la lettura offerta non solo dalla Corte europea, titolare privilegiata del compito di assicurare l'osservanza della Convenzione, ma anche dai giudici nazionali, con la possibilità di ottenere un riscontro immediato²⁴ circa l'esatta portata da attribuire alle norme convenzionali attraverso il suddetto parere²⁵. Ciò nondimeno, affinché tale strumento possa rivelarsi di qualche utilità, è necessario che il giudizio nazionale sia caratterizzato dai requisiti necessari per porre rimedio alla censurata violazione del diritto. A tal proposito, ad esempio, occorre valutare la compatibilità del parere con il giudizio di legittimità costituzionale delle leggi²⁶, nel quale non si statuisce sul singolo diritto, ma sulla compatibilità della normativa interna con l'assetto ordinamentale generale.

Altra peculiarità si rinviene nel fatto che il parere in questione spiega esclusivamente un'efficacia persuasiva²⁷ nel giudizio interno, non comportando alcun tipo di sanzione nel caso di sua inosservanza, e ben potendo, quindi, essere disatteso dal giudice nazionale, il quale può addivenire ad una diversa composizione degli interessi in gioco. A ben vedere, però, anche se privo di efficacia formalmente vincolante, è agevole ritenere che il giudice richiedente difficilmente si discosterà dalla pronuncia europea²⁸, anche perché il parere ha ad oggetto formulazioni generali ed astratte relative all'interpretazione del diritto CEDU e non la risoluzione anticipata della fattispecie concreta.

Come sottolineato da parte della dottrina, un'anomalia sarebbe rappresentata dalla "concretezza" della richiesta, ossia dalla necessità che questa venga formulata nell'ambito di un giudizio concreto e, quindi, prima che venga emessa la relativa sentenza. La conseguenza sarebbe quella di smentire la natura stessa della giurisdizione di Strasburgo²⁹, che si pone in via sussidiaria rispetto alla tutela giurisdizionale in sede nazionale, in un momento successivo all'esaurimento dei mezzi impugnatori interni.

Ad ogni modo, però, tale strumento, di ausilio al giudice interno nella salvaguardia dei diritti, non sarebbe di per sé incompatibile con il ricorso successivo (art. 35 CEDU) alla Corte europea dei diritti dell'uomo per una duplice ragione: da un lato, il parere preventivo sembra colmare una lacuna nel confronto dialettico tra giudici nello spazio giuridico europeo; dall'altro, ben potrebbe il soggetto che ritenga violato un proprio diritto adire in via successiva il giudice di Strasburgo per far

²⁴ Così, il *Reflection paper on the proposal to extend the Court's advisory jurisdiction*, nel quale la Corte afferma che «The authority of the domestic courts ruling on a case following the Court's advisory opinion would equally be enhanced as those courts could decide the case on a solid basis in respect of the interpretation of the Convention. The likelihood that the parties accept their decision would be thereby increased» (par. 8).

²⁵ Cfr. F. Del Vecchio, *Le prospettive di riforma della Convenzione europea dei diritti umani tra limiti tecnici e "cortocircuiti" ideologici*, in *Osservatorio AIC*, novembre 2013.

²⁶ Perplessità sono state avanzate da O. Pollicino, *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?*, in www.forumcostituzionale.it, 2 aprile 2014.

²⁷ Cfr. A. Bodnar, *Res interpretata: legal effect of the European Court of Human Rights judgments for other states than those which were party to the proceedings*, in Y. Haecck, E. Brems (eds.), *Human rights and civil liberties in the 21st century*, Springer, 2014, 223-262.

²⁸ Cfr. P. De Sena, *Caratteri e prospettive del Prot. 16 Cedu*, in E. Lamarque (cur.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, cit., 9 e 13, parla al riguardo di funzione di nomofilachia preventiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.

²⁹ *Contra*, cfr. F. Sudre, *La subsidiarité, «nouvelle frontière» de la Cour européenne de droits de l'homme. A propos de protocoles 15 e 16 à la Convention*, in *La semaine juridique*, n. 42, 14 octobre 2013, 1912 ss.

valere la propria doglianza. In questo caso, l'oggetto del ricorso, diversamente da quello del parere³⁰, concernerebbe il caso di specie, da cui emergerebbe la violazione del diritto considerato e non si concreterebbe, invece, nella richiesta circa la corretta interpretazione del diritto CEDU.

3. La richiesta di parere consultivo come meccanismo di interazione giudiziaria paneuropea: problematiche e prospettive di sviluppo

Allo stato non è possibile determinare con precisione quali potrebbero essere conseguenze derivanti da un siffatto meccanismo³¹. Ciò che, in ogni caso, preme osservare è che la suggestione derivante dall'introduzione del parere consultivo rischia di essere superiore alle reali aspettative. Invero, la valutazione circa la concreta opportunità di inserire tale istituto nel tessuto ordinamentale europeo non può non tenere in considerazione le caratteristiche concrete del sistema giurisdizionale convenzionale, nell'ambito del quale le Corti costituzionali nazionali³² sembrano porsi criticamente rispetto ai *dicta* europei (da ultimo, la ricostruzione offerta nella sentenza della Corte costituzionale italiana, del 26 marzo 2015, n. 49, in *Giur.cost.*, 2015, 391 ss.)³³. La mancanza di vincolatività del parere potrebbe vanificare lo scopo perseguito dal Protocollo, ossia quello di creare un circuito collaborativo tra giudici, essendo sostanzialmente rimesso, per la sua osservanza, alla bontà applicativa dei giudici nazionali richiedenti.

D'altra parte, la richiesta del parere sembra rispondere ad un'altra finalità, in questo caso meramente processuale, ossia quella di alleggerire il carico giudiziario pendente dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo attraverso la definizione in via "pregiudiziale" della questione concreta - seppur nella formulazione di *principi di diritto* - attraverso l'emanazione del parere³⁴. In realtà, l'intento deflattivo si produrrebbe se sussistesse una perfetta coincidenza tra l'oggetto del parere consultivo e la successiva pronuncia resa su ricorso individuale da parte della Corte di

³⁰ Così come chiarito anche nel Documento di riflessione: «Advisory opinions in cases concerning questions of principle or of general interest in the above sense could also cover cases raising an issue with regard to the compatibility with the Convention of legislation, a rule or an established interpretation of legislation by a court. However, there should not be an abstract review of legislation. The advisory opinion procedure should be limited to questions arising in a contentious case concerning individual rights in a dispute between parties» (par. 29).

³¹ Per una riflessione sulle possibili implicazioni di tale parere, si veda E. Lam arque (cur.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, cit.; P. Gragl, *(Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory Opinions under Draft Protocol No. 16*, cit., 229 ss.; L.A. Sicilianos, *L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme - À propos du Protocole no. 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Rev.trim.dr.hom.*, n. 97, janvier 2014, 9 ss.; G. Asta, *Il Protocollo n. 16 alla Cedu: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti Umani?*, in *La Comunità internazionale*, 4/2013, 773 ss.

³² Sottolinea la peculiarità della situazione interordinamentale che verrebbe a crearsi con la scelta di escludere, al contrario, le Corti costituzionali dal dialogo con la Corte europea dei diritti dell'uomo R. Conti, *La richiesta di parere consultivo alla Corte europea delle Alte Corti*, op.cit., 109-110, laddove osserva che una siffatta opzione consentirebbe alla Corte costituzionale «di smarcarsi dal "controllo" del giudice europeo», ma comporterebbe anche l'esautoramento della stessa «da un'interlocuzione che ... sarebbe comunque dotata di un grado di autorevolezza probabilmente superiore a quella delle altre alte giurisdizioni non costituzionali».

³³ Cfr. «il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla «giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente» (sentt. nn. 236 del 2011 e 311 del 2009), «in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza» ... È, pertanto, solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo» (cons. dir. 7).

³⁴ «The Court could clarify issues relating to the interpretation of the Convention at an early stage and thereby anticipate and prevent a possibly large number of individual applications raising the same issue from being lodged with it. An extended advisory jurisdiction, working in that manner, could, in sum and in a mid- or long-term perspective, help reduce the Court's workload, as was stressed notably in the Izmir Declaration» (Documento di riflessione, par. 14).

Strasburgo, circostanza, questa, che però viene smentita dallo stesso articolato del Protocollo n. 16, che parla, a proposito del contenuto della richiesta del giudice nazionale di parere alla Corte EDU, di *questioni di principio*. Ne deriva, quindi, che, sebbene informato alla necessità di ridurre il contenzioso CEDU, è importante attendere l'entrata in vigore per verificare la rispondenza dell'istituto alle finalità annunciate ma, soprattutto, per valutare se, alla prova dei fatti, tale parere rischi di trasformarsi in un altro farraginoso ostacolo burocratico al corretto funzionamento della Corte³⁵, segnandone il definitivo collasso.

4. Alcune considerazioni conclusive

Come evidenziato, anche il Protocollo n. 16 CEDU si ispira ad un'ottica di ripensamento delle categorie ordinarie di funzionamento della Corte europea dei diritti dell'uomo.

L'intento è quello di avvalorare una struttura "europea" di collaborazione e di garanzia dei diritti fondamentali³⁶, creando non solo categorie sostanziali condivise, ma anche procedure metodologiche coordinate. Il parere consultivo si inquadra nella volontà di formare un *humus* europeo di tutela dei diritti fondamentali, al cui presidio sono preposti diversi operatori giudiziari agenti sui diversi livelli di governo, che si interfacciano nel comune proposito di fornire una soluzione efficace alle istanze di tutela dei diritti. Peraltro, nel perseguimento di un fine compositivo nella fitta intelaiatura giuridica europea³⁷ che si è tentato qui di riprodurre, il Protocollo n. 16 CEDU contribuisce a fornire al giudice nazionale un arsenale di strumenti in grado di coadiuvarlo nel difficile compito ermeneutico-applicativo cui è chiamato nella risoluzione del caso concreto.

Ciò premesso, però, non possono sottacersi le problematiche che potrebbero derivare dall'entrata in vigore del Protocollo e che devono essere inquadrate nella prospettiva del quadro normativo eurounitario. A tal riguardo, infatti, le riflessioni che si è tentato qui di ricostruire tendono ad assumere una portata prognostica più ampia alla luce dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU - allo stato interrotta alla luce del parere negativo n. 2/13 del 18 dicembre 2014 reso dalla Corte di giustizia, il quale sembra essere destinato ad incidere su un quadro giuridico già ampiamente frammentato - il cui scopo sarebbe quello di condurre a sistema la pluralità giuridica che caratterizza il tessuto europeo. La predetta adesione ambisce a determinare l'eliminazione del "doppio canale" di tutela dei diritti fondamentali - che spesso ha dato luogo a *distinguishing* interpretativi sulle stesse questioni - che verrebbe risolta nel dialogo tra le Corti sovranazionali. D'altra parte, una delle perplessità poste in evidenza dai giudici di Lussemburgo nel parere citato riguarda proprio la compatibilità delle prescrizioni del Protocollo n. 16 CEDU con il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nell'ambito della prevista adesione dell'Unione

³⁵ A tal fine, il Gruppo dei Saggi aveva auspicato l'adozione di alcuni accorgimenti al fine di evitare che il ricorso al parere consultivo si trasformasse in uno strumento suscettibile di sovraccaricare la Corte di Strasburgo dell'ulteriore compito di adempiere alle molteplici richieste di parere. Di tal guisa, affermava che «a) only constitutional courts or courts of last instance should be able to submit a request for an opinion; b) the opinions requested should only concern questions of principle or of general interest relating to the interpretation of the Convention or the protocols thereto; c) the Court should have discretion to refuse to answer a request for an opinion ...» (par. 86).

³⁶ Cfr. G. Asta, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, cit., 780, il quale evidenzia che il ricorso a tale strumento potrebbe rivelarsi utile anche ai fini di ristabilire "l'ortodossia interpretativa" della Convenzione europea che rischia di essere disattesa nelle prassi giurisprudenziali nazionali.

³⁷ Cfr. A. Ruggeri, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in www.forumcostituzionale.it, 29 novembre 2014.

europea alla CEDU poichè la possibilità per le Corti costituzionali o supreme di chiedere il parere alla Corte di Strasburgo potrebbe - a giudizio della Corte di giustizia - contribuire ad aggirare il meccanismo di cui all'art. 267 TFUE da parte dei giudici nazionali. Proseguendo nel ragionamento della Corte di Lussemburgo, l'entrata in vigore del Protocollo n. 16 CEDU parrebbe divenire un (indebito) strumento per rafforzare il ruolo spiegato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella tutela dei diritti fondamentali e nel dialogo diretto con i giudici nazionali.

Ad ogni modo, cercando di trarre qualche conclusione dalle considerazioni fin qui svolte e nell'intento di delineare una possibile prospettiva evolutiva, è necessario porre l'attenzione su un punto nodale che sembra emergere dalla disamina del parere n. 2/2013 in relazione all'entrata in vigore del Protocollo n. 16 CEDU. A ben vedere, sembra ragionevole poter affermare che la possibilità o meno di vedere con favore la previsione della facoltà per i giudici nazionali - segnatamente, di vertice - di chiedere alla Corte EDU un parere consultivo non sembri essere determinata tanto dalla reale complessità applicativa, allo stato non ancora verificabile, quanto da ragioni di opportunità nella rivendicazione da parte delle Corti sovranazionali del proprio monopolio nella protezione dei diritti fondamentali e, più ampiamente, dei rispettivi ordinamenti giuridici.

Abstract

The protection of fundamental rights in order to the European Court of Human Rights takes on a new implication through the adoption of the Protocol no. 16 ECHR, which provides for the possibility for national courts to apply to the Strasbourg Court an advisory opinion on questions of principle relating to the application or the interpretation of the European Convention of Human Rights. The aim of this paper is to investigate the role of the advisory opinion into the States and the effectiveness on judges, also in relation to the subsidiary nature of the European Court of Human Rights. Moreover, it's particular the role of judges, who ask the advisory opinion and establish a direct dialogue with the European Court of Human Rights.

Corruzione, illegalità, economia

L'aggressive Tax Planning nella digital economy

Sommario: 1. Introduzione - 2. Immaterialità dei fattori produttivi e immaterialità dei beni oggetto dell'attività - 3. Attività di recupero dell'imponibile tra strumenti classici e armonizzazione dell'attività di repressione del fenomeno a livello internazionale

1. Introduzione

La recente attenzione dedicata dalle istituzioni internazionali alla *digital economy* può dirsi dovuta ai relevantissimi risultati ottenuti, in termini di abbattimento del carico fiscale, dalle multinazionali del settore, sfruttando modelli di *aggressive Tax Planning* che pure non sono di nuova elaborazione.

Un prima riflessione è stata formulata sulla tardività dell'attivismo delle istituzioni internazionali in materia¹, ma quel che qui preme esaminare è l'efficacia degli strumenti approntati a contrasto dell'*aggressive Tax Planning*, avendo particolare riguardo alle caratteristiche che qualificano le pianificazioni realizzate dalle multinazionali digitali.

L'inedito successo delle operazioni abusive realizzate dai *big players* del settore digitale è dovuto in gran parte alle peculiarità che caratterizzano l'attività digitale, e gli *assets* di cui si serve. Invero, è l'immaterialità degli oggetti su cui l'attività si svolge, come pure quella dei fattori produttivi a caratterizzare tutta la successiva pianificazione fiscale, che, come si è avuto modo di esporre in precedenza, diviene estremamente agile e flessibile, nonché impermeabile alla strumentazione di cui le Amministrazioni Finanziarie sono dotate al fine di tutelare le ragioni fiscali degli Stati. Le proporzioni mastodontiche del fenomeno abusivo creato dalle cosiddette repubbliche digitali è dunque una variazione quantitativa di un fenomeno già noto. Tale variazione è tuttavia così rilevante da incidere, ormai, anche sulla qualificazione del reddito in termini di territorialità. La dematerializzazione sempre più significativa delle attività economiche ha infatti comportato una de-territorializzazione reddituale, e ha reso impossibile collocare in un determinato Stato il reddito, come pure il contribuente cui lo stesso sarebbe riconducibile². In questi termini si è, efficacemente parlato non solo di ricchezza senza stato, ma anche di ricchezza che, libera dai vincoli territoriali e giurisdizionali, si fa stato³. In questo sta la massima espressione di quel fenomeno di astrazione del reddito, che ne opacizza la titolarità, per cui lo *Stateless income*, finisce con il riferirsi ad un *disappearing taxpayer*⁴.

¹ S. Cipollina, *I redditi "nomadi" delle società multinazionali nell'economia globalizzata*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2014, I, 61.

² Commenta efficacemente G. Marino, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999, 136, «in termini più generali, la localizzazione dell'attività di impresa è evaporata, e con essa anche l'esercizio della sovranità impositiva, perché tutti i settori produttivi, più o meno all'avanguardia, hanno mutato la loro fisionomia, trasformandosi, totalmente o anche solo parzialmente, da economie reali in economie digitali, disperdendo nel globo terraqueo una fetta importante della creazione di valore all'interno del loro ciclo produttivo».

³ S. Cipollina, *I redditi nomadi*, cit., 31.

⁴ L. del Federico, *La digital economy ed il sistema tributario*, in L. del Federico, C. Ricci (cur.), *Digital economy e sistema tributario italiano ed europeo*, Milano, 2015, 1 ss.

2. Immaterialità dei fattori produttivi e immaterialità dei beni oggetto dell'attività

Tecnicamente, la prima difficoltà sta nel consolidare la definizione di "aggressivo" in termini giuridicamente utili.

Pertanto, da un punto di vista metodologico, si rivela necessaria una preliminare ricognizione delle categorie giuridiche necessarie ad una corretta qualificazione delle operazioni realizzate al fine di abbattere l'imposizione. Invero, la categoria delle pianificazioni fiscali aggressive si presenta, di per sé, secondo un'accezione atecnica, rimandando all'analisi del caso concreto, la riqualificazione in termini di liceità o meno ai fini giuridici. Soccorre, pertanto, la ricostruzione in termini abusivi delle operazioni stesse. Nondimeno, al fine di ritrarne delle utili considerazioni conclusive, occorre isolare i dati più significativi, per la riflessione che qui occupa.

E quindi, se la pianificazione fiscale può intendersi aggressiva, e dunque reprimibile se e in quanto abusiva, il canone di riferimento sarà l'aggiramento della *ratio* normativa, e il fine di ritrarne un vantaggio fiscale ingiusto.

Atteso peraltro che le operazioni ivi esaminate si presentano, sin dall'origine e per la loro stessa struttura, transnazionali, gli interrogativi posti all'interprete si fanno ancora più complessi, e gli interessi tributari degli Stati (ossia le singole ragioni fiscali riconducibili ai singoli Paesi) appaiono tra loro concorrenti, quando non confliggenti.

Infatti, come dettagliatamente evidenziato dagli autori più avveduti, come pure dalle risultanze degli studi delle Istituzioni internazionali, la pianificazione che muove su un terreno multinazionale, comprende, sempre, un momento di *treaty shopping*, lato *sensu* inteso⁵, ovvero una fase nella quale il contribuente sfrutta le disposizioni favorevoli che sovrintendono l'imposizione di un determinato reddito che transita da un Paese all'altro, o quanto meno il vuoto di imposizione che sul quel reddito si crea.

Le multinazionali digitali collocano sulla cartina del mondo delle Società, effettive, operative, e riconducibili ad un solo centro di interessi, sulla base della sola valutazione della leva fiscale.

Invero, i redditi oggetto delle pianificazioni fiscali aggressive, quando le stesse sono realizzate da multinazionali digitali, si presentano mutanti, alterandosi agevolmente anche nella natura, per mezzo dell'abbattimento dei redditi commerciali attraverso la strumentale generazione e la conseguente sottrazione di *passive incomes*.

In altri termini, all'immaterialità dei fattori produttivi delle imprese digitali, si accompagna l'immaterialità dei beni oggetto dell'attività, che finisce sul riflettersi sulla qualità della materia imponibile, che muta ragione reddituale passando da una giurisdizione all'altra.

È l'ibridismo reddituale, dunque, da sempre strumento di particolare efficacia nelle pianificazioni fiscali aggressive, e da tempo guardato con particolare allarme dalla dottrina più accorta, a connotare di una qualità più efficacemente distorsiva le pianificazioni realizzate dalle multinazionali del *web*.

Specialmente per quel che riguarda le pianificazioni realizzate dalle multinazionali del *web*, il quesito tecnico sulla normativa da ritenere abusata, finisce anche con il divenire interrogativo

⁵ Nel senso che può trattarsi sia dello sfruttamento di disposizioni convenzionali (la definizione tecnica di *treaty shopping*), come pure nell'abuso di disposizioni non bilaterali, ma disciplinanti i redditi di un'intera area (i.e. direttive europee).

politico su quale ragione Statuale sia prevalente. Un tale prospettiva impone di approcciare il fenomeno anche da punto di vista ordinamentale, osservando il mutamento determinatosi nelle istituzioni internazionali, ed in particolare nelle istituzioni europee, finalmente pronte a stigmatizzare quelle falle ordinamentali che sembrano essere volute dai Paesi europei che finora hanno costituito la sponda ideale delle pianificazioni fiscali internazionali volte a sottrarre la ricchezza del gruppo all'imposizione. Le recenti Raccomandazioni nei confronti della Irlanda, (in particolare rispetto alla possibilità prevista dall'ordinamento irlandese di considerare un contribuente *tax resident nowhere*), e le ultime azioni di richiamo nei confronti di Olanda e Lussemburgo per quanto concerne il regime delle holding e della tassazione degli strumenti ibridi, sono segnali confortanti della presa di coscienza dell'inefficacia di azioni che non siano concertate, e che si muovano su tessuto normativo lacerato da disposizioni (dolosamente) contrastanti non solo con i principi di armonizzazione fiscale sanciti nei trattati, ma finanche con le regole tecniche che sottendono un'equilibrata tassazione internazionale⁶.

3. Attività di recupero dell'imponibile tra strumenti classici e armonizzazione dell'attività di repressione del fenomeno a libello internazionale

Attività di recupero dell'imponibile tra strumenti classici e armonizzazione dell'attività di repressione del fenomeno a libello internazionale.

La combinazione di un inadeguato sostrato normativo e della peculiarità naturale dei redditi generati dalle attività digitali ha un ruolo nella sostanziale refrattarietà di tali redditi al recupero mediante i tradizionali strumenti elaborati con riferimento alle attività *cross border*.

Pertanto, allo *status quo approach*, propugnato, almeno per il momento dalle istituzioni europee ed internazionali, la dottrina prevalente e più attenta, contrappone tecniche di revisione della strumentazione disponibile per le Amministrazioni fiscali che prenda atto della circostanza che gli istituti elaborati in sede internazionale un secolo fa debbano essere aggiornati alla nuova realtà digitale, alla frattura tra territorio e reddito che si fa sempre più profonda.

Una revisione della nozione di stabile organizzazione che riesca ad inglobare al c.d. *significant digital presence* sembra essere l'idea più condivisa dalla comunità degli studiosi, e si presenta come immediatamente perseguibile dalle Istituzioni internazionali, attraverso meccanismi di soft law, come pure dai singoli Paesi. Infatti, tale approccio non intacca l'autonomia tributaria degli Stati, né il sistema tradizionalmente basato sul *separate entities approach*, su cui si fonda, ad oggi, il diritto tributario internazionale e gli strumenti di risoluzione delle controversie ed in generale della doppia imposizione che ne sono parte.

Qualcuno, poi si spinge verso il c.d. *revolutionary approach*, propugnando metodiche che, se non sono attualissime nell'elaborazione, costituirebbero una sicura novità dal punto di vista

⁶ È eclatante, ed infatti, sotto la lente d'ingrandimento della Commissione europea, che ne ha preteso la modifica, la fattispecie degli strumenti finanziari ibridi lussemburghesi. Si tratta di una esenzione, riconosciuta in Lussemburgo alle Società finanziarie per i proventi derivanti da strumenti finanziari la cui fonte sia situata in un altro Stato. Tale esenzione prescinde, incomprensibilmente, dalla circostanza che nell'altro Stato gli strumenti, civilisticamente ibridi, abbiano generato dei *passive incomes* suscettibili di deduzione o meno. In altri termini, si rende esente da tassazione anche ciò che nell'altro Stato, per il soggetto collegato, è costo deducibile, così creando una fattispecie di doppia non imposizione fondata su una qualificazione ibrida di natura civilistica che ai fini fiscali dovrebbe, e ordinariamente è, superata dalla classificazione tributaria fondata sulla deducibilità.

dell'applicazione, come nel caso di chi richiama i metodi di calcolo unitari i redditi del gruppo multinazionale, si da tenere finalmente conto non solo dell'unicità del centro di interesse, ma anche della struttura particolare, spesso oligopolista e caratterizzata da uno strettissimo networking che qualifica in particolare le multinazionali digitali.

Tale proposta si muove, espressamente, nel solco tracciato dalla stessa Unione Europea nell'elaborazione della *Common Consolidated Corporate Tax Base* (CCCTB), recependone l'innovativo approccio "*business oriented*".

Che tale proposta si riveli o meno condivisibile, essa si fonda sulla contezza dell'obsolescenza di un sistema fondato sulla finzione del *separate entities approach*, quanto meno nella misura in cui allo stesso non si apportino dei correttivi idonei ad adeguarlo alle nuove forme di esercizio dell'attività economica. Inoltre, esso propugna, ed è questo probabilmente un dato positivo, da un approccio proattivo, ai fini della qualificazione giuridica dei redditi, e non solo reattivo, di contrasto alla pianificazione fiscale aggressiva.

Inoltre, tutte le proposte degli studiosi muovono dal presupposto che le modifiche degli istituti siano elaborate, condivise ed apportate sul piano domestico e convenzionale dal maggior numero di Stati possibile, al fine di non scontare quelle limitazioni tecniche di cui si è trattato con riferimento alle proposte di legge Boccia e Quintarelli, Sottanelli, Melilla.

Infine, indubitabilmente, la politica fiscale dovrà calibrare gli interessi dei diversi Stati, tenendo conto del fatto che i lavori dell'OECD sono influenzati dagli Stati Uniti, che nell'economia digitale - qualora si riesca a superare l'interposizione di una o più *conduit companies* - sono prevalentemente "*residence country*", mentre gli Stati membri europei sono prevalentemente "*source country*".

Pertanto, la necessità di un radicale mutamento di approccio da parte delle istituzioni internazionali, se non altro nei termini di una netta revisione degli strumenti tradizionali nelle mani degli stati, si rende necessaria per contrastare la presunzione di operatività in un "non luogo" fisico da parte delle multinazionali digitali, al fine di tutelare l'equa imposizione ed il principio, generalmente ed internazionalmente accettato, della capacità contributiva, oltre che al fine di scongiurare una nuova e pericolosa corsa al ribasso ingenerata da un'eccessiva e dannosa concorrenza fiscale.

Si prospetta, pertanto, come cogente, la necessità di un coordinamento sovranazionale, che tenga conto delle prospettive emerse in sede OCSE, sviluppando un percorso parallelo all'interno dell'Unione Europea, si da ridurre le criticità emergenti dalle singole iniziative nazionale, le quali si innestano su un quadro di particolare complessità tecnica.

L'assoggettamento ad imposizione dei c.d. redditi nomadi dunque, non può che passare attraverso la combinazione di strumenti intesi a costituire un intelaiatura armonizzata, nella quale da un lato, la multinazionale digitale trova un elemento, condiviso, di collegamento territoriale con gli ordinamenti tributari nei quali opera, e dall'altro, gli Stati siano disincentivati dall'implementare regimi di particolare favore, o suscettibili facilmente all'abuso.

Con riferimento precisamente all'abuso del diritto ed all'importanza di tale nozione ai fini del contrasto alla pianificazione fiscale aggressiva, con particolare riferimento alle tecniche di cui ci siamo occupati nel presente lavoro, sia consentito formulare ulteriori e più concrete conclusioni.

Le pratiche di *treaty shopping* e di *aggressive Tax Planning* appaiono, indiscutibilmente, riconducibili a tecniche abusive. Ciò comporta che la nozione di abuso del diritto, la quale è oramai tendenzialmente uniformata almeno in sede europea, soccorre non solo per quanto concerne la

ricostruzione delle tecniche di pianificazione fiscale aggressiva, ma anche con riferimento al contrasto delle stesse. E dunque, occorre ribadire come la stessa nozione di pianificazione fiscale c.d. aggressiva, come individuata in sede OCSE ed in sede europea, appare giuridicamente accettabile solo nella misura in cui la stessa sia riconducibile alla qualificazione abusiva. Si è già chiarito come tale impostazione sia condivisa in sede istituzionale europea, secondo la ricostruzione formulata dalla Commissione Europea⁷: la pianificazione fiscale si rivela non più lecita, e quindi *aggressiva*, quando la stessa sia abusiva, secondo i principi internazionali, sovranazionali e domestici. Orbene, la ricostruzione di matrice comunitaria, recepita nel nuovo testo di cui all'art. 10 *bis* dello Statuto dei Diritti del Contribuente, si riferisce al principio della prevalenza della sostanza sulla forma. Sul punto, la dottrina civilistica italiana offre, probabilmente, un più sicuro appiglio nella elaborazione della nozione della causa in concreto, con la quale la giurisprudenza è fornita di un parametro utile per valutare la meritevolezza dei singoli contratti stipulati in ordine alla sussistenza di una causa, concreta, suscettibile di tutela da parte dell'ordinamento⁸. Orbene, tale ricostruzione, utilmente coordinata con le disposizioni positive appena introdotte nel nostro ordinamento, chiarisce come al di là degli aspetti sanzionatori⁹, il principio dell'abuso del diritto, ormai codificato nell'ordinamento tributario, sia sicuramente frutto non solo di un percorso internazionale, ma anche il risultato dell'elaborazione multidisciplinare. L'abuso di diritto come principio inerente a tutte le situazioni giuridiche patrimoniali è stato altresì interpretato sia dalla dottrina civilistica che da quella tributaristica soprattutto sulla base del dettato costituzionale e degli artt. 2 e 3, comma 2¹⁰. E nello stesso solco interpretativo è da intendersi il costante richiamo giurisprudenziale e dottrinario all'art. 53 Cost. a giustificazione dell'estensione del divieto di abuso, in assenza *ratione temporis* di una norma specifica, ai rapporti tra contribuenti e amministrazione finanziaria.

Pertanto, un primo approccio in termini di contrasto della pianificazione fiscale aggressiva può essere impostato in termini di inopponibilità degli atti alle Amministrazioni finanziarie che ne risultano danneggiate, sulla scorta interpretativa di quello che ad oggi appare l'unico principio applicabile a contrasto della pianificazione fiscale aggressiva, nell'attesa che vengano implementati gli strumenti convenzionali specifici e, più in generale, che si provveda a costruire un'intelaiatura internazionale di norme che ne consentano una efficace repressione.

Abstract

The recent attention that International institutions are paying to the digital economy is due to very significant reduction in the tax burden being achieved from the digital companies.

⁷ Raccomandazione 2012/772/UE del 6 dicembre 2012.

⁸ *Ex multis*, G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966. V. anche Corte Cass. 24 aprile 2008, sent. n. 10651, in *Dir. del turismo*, 2008, 349 ss., con nota critica di V. Corona, *La tipizzazione della "finalità turistica" tra presupposizione e criteri di ripartizione del rischio*, in *Danno e resp.*, 2009, 661 ss.

⁹ Si deve sempre tenere presente che la sanzione civilisticamente prevista per la carenza di causa (anche in concreto) è la nullità, e non l'inopponibilità degli atti. Peraltro, ciò comporta inevitabili conseguenze di carattere processuale.

¹⁰ Cfr., al riguardo, G. Falsitta, *L'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e direttamente ricavabile dai principi costituzionali*, in *Corr. giur.*, 2009, 3, 299, che considera l'interpretazione antielusiva o antiabuso una clausola di giustizia nella ripartizione del carico tributario tra i consociati che dà concretezza al principio costituzionale di eguaglianza.

ALBERTO AMORI

The success of these planning schemes is mostly due to the intangible nature of many of their assets. This feature allows the relevant tax planning become extremely flexible, and not liable to attack by the ordinary mechanism managed by national Tax Administrations. So, it emerge the stateless income phenomenon, and also the disappearing taxpayer one. However, the treaty shopping and aggressive tax planning schemes are, clearly, abusive tools.

So, the concept of abuse of rights, uniformly defined by European institution, could be useful both to interpret the aggressive tax planning phenomenon, and to cope with it.

I nuovi meccanismi di monitoraggio della finanza pubblica anche in un'ottica anti-corruzione

Sommario: 1. Premessa. Rapporti fra illegalità e crescita economica - 2. L'Ufficio Parlamentare di bilancio - 3. Il coordinamento di funzioni tra il nuovo organismo deputato al monitoraggio della politica di bilancio e la Corte dei conti, anche in un'ottica anti-corruzione

1. Premessa. Rapporti fra illegalità e crescita economica

Secondo i dati resi noti dalla Commissione europea, in tema di lotta alla corruzione, ogni anno un importo stimato di 120 miliardi di euro, pari all'1% del PIL dell'UE, va perso a causa della corruzione¹. La stessa Commissione europea rileva come il fenomeno corruttivo, benché sia diverso per natura ed entità nei vari Paesi membri, nuoce a tutti gli Stati dell'UE ed all'UE nel suo insieme, poiché provoca danni finanziari diminuendo i livelli di investimento, impedendo il buon funzionamento del mercato interno e riducendo le finanze pubbliche; è causa altresì di innumerevoli danni sociali ove si consideri che i gruppi della criminalità organizzata vi ricorrono per commettere altri gravi reati, come il traffico di droga e la tratta degli esseri umani. Inoltre, com'è noto, la corruzione è destinata inevitabilmente a minare anche la fiducia nelle istituzioni.²

Proprio perché il fenomeno corruttivo costituisce una sfera della criminalità grave, che presenta una dimensione transnazionale, l'UE, negli ultimi dieci anni, ha compiuto grandi sforzi per ridurlo: si pensi ad esempio alla normativa contro la corruzione nel settore privato³, all'adesione alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (UNCAC)⁴, alla predisposizione ed al rafforzamento dei meccanismi di monitoraggio e valutazione dell'efficacia delle politiche anti-corruzione, sia a livello dell'UE, sia all'interno degli Stati membri (primo fra tutti il Gruppo degli Stati del Consiglio d'Europa contro la corruzione-GRECO⁵).

Non solo. Nel corso del tempo, all'interno del quadro normativo europeo e, più esattamente, nel *corpus* del TFUE, sono state inserite alcune norme fondamentali⁶, che rappresentano, oggi, le basi giuridiche per gli interventi penali dell'Unione contro la frode e gli altri reati che ne ledano gli interessi finanziari, che costituisce un nuovo "bene giuridico" europeo, meritevole di protezione penale. La corruzione transfrontaliera, ma anche altre forme di corruzione, fanno parte di questo elenco di reati poiché destinati ad incidere sulla concorrenza e sui flussi degli investimenti.

A livello europeo, dunque, è ben nota sia l'incidenza della corruzione sulle finanze pubbliche, sia la necessità di intervenire, a livello preventivo, prima ancora che repressivo, predisponendo anzitutto un più rigoroso monitoraggio dell'azione anti-corruzione, in grado di verificare l'esistenza e di valutare l'efficacia delle politiche europee e dei singoli Stati membri nella materia de qua.

La medesima consapevolezza si registra anche a livello interno.

¹ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio ed al Comitato economico e sociale europeo del 6.6.2011 in tema di lotta alla corruzione - COM (2011) 308, 3.

² *Ibidem*.

³ Decisione Quadro 2003/568/GAI del Consiglio.

⁴ Decisione 2008/801/CE del Consiglio.

⁵ Nel *report* annuale del *Group of States Against Corruption* (GRECO) del 2015, sono stati riscontrati alcuni punti deboli negli ordinamenti esaminati e che riguardano, in estrema sintesi: le misure volte a ridurre l'influenzabilità dei parlamentari da parte di soggetti terzi e delle lobby, e le norme sulla trasparenza dei loro patrimoni; le procedure di reclutamento dei giudici e la composizione dei loro organi di autogoverno; l'indipendenza delle procure dal potere esecutivo. Per una più dettagliata analisi cfr. S. Zirulia, *Corruzione: il rapporto annuale del Consiglio d'Europa*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 24 giugno 2015.

⁶ Artt. 83 e 325 TFUE. In tema si rinvia a L. Picotti, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relativi ai reati oggetto della competenza della Procura europea*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

In Italia la corruzione rappresenta una costante nei dibattiti istituzionali.

In occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2016, la Corte dei Conti è tornata a puntare il dito contro l'illegalità. Il suo Presidente Raffaele Squitieri, ha evidenziato come «crisi economica e corruzione procedono di pari passo, in un circolo vizioso, nel quale l'una è causa ed effetto dell'altra»; «l'illegalità ha effetti devastanti sull'attività d'impresa e quindi sulla crescita». Ma già in passato, i vertici della nostra magistratura contabile avevano concentrato la propria attenzione sulla idoneità della corruzione ad incidere “direttamente” sulla finanza pubblica⁷.

Allora, non appare affatto peregrina la tesi che si fa strada nella letteratura economica, non solo italiana, e secondo cui l'illegalità, ed in particolare la corruzione, ha un suo peso non indifferente sul debito pubblico. Più esattamente, si sostiene che la corruzione influisce sulle principali variabili che determinano il livello del debito: 1) da un lato tende a far crescere i livelli di spesa pubblica a causa del maggior costo dei servizi e beni acquistati; 2) dall'altro, diminuisce il tasso di crescita del PIL e di conseguenza riduce il gettito fiscale⁸.

Negli ultimi vent'anni la strategia di lotta alla corruzione in Italia ha fatto leva in buona parte sull'aspetto repressivo. L'esigenza sistemica che la corruzione e, più in generale, i fenomeni illeciti e di illegalità di amministrazioni ed imprese debbano essere sempre più prevenuti prima che repressi, ha rappresentato uno dei temi affrontati anche in occasione dell'ultimo congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati, tenutosi a Bari dal 23 al 25 ottobre 2015.

L'esigenza di attuare un sistema forte di prevenzione nella lotta ai fenomeni corruttivi ha trovato una prima importante risposta da parte del legislatore interno mediante l'istituzione di organismi ad hoc, primo fra tutti l'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione) e, più di recente, attraverso il rafforzamento dei suoi compiti e poteri⁹.

Invero, tenuto conto della correlazione fra illegalità e crescita economica, un ruolo importante nella lotta alla corruzione, potrebbe riconoscersi anche alla nuova istituzione deputata al monitoraggio della finanza pubblica, l'Ufficio Parlamentare di Bilancio, il nuovo “*whatch dog*” dei conti pubblici, istituito per spostare sul piano della precauzione i controlli sul rispetto degli obblighi derivanti dal principio di matrice costituzionale del pareggio di bilancio.

2. L'Ufficio parlamentare di bilancio

La riforma della *governance* economica europea ha determinato molteplici innovazioni, sia all'interno degli Stati Membri, sia nei rapporti fra questi e l'Unione europea. Uno dei profili di maggiore interesse concerne, senz'altro, il rafforzamento dei controlli sui conti pubblici.

Invero, in Europa, già prima di tale riforma, si era discusso circa l'opportunità di introdurre negli

⁷ Cfr. *Discorso del Presidente della Corte dei Conti in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2014*.

⁸ Cfr. A. Del Monte, *Quanto pesa la corruzione sul debito pubblico*, in www.lavoce.info, 7 ottobre 2014.

⁹ L'ANAC è un organismo indipendente istituito dall'art. 1 L. 190 del 2012. Invero non si tratta del primo ente con la specifica finalità di vigilanza e di contrasto della corruzione; si tratta tuttavia della prima Authority che unisce il controllo e la vigilanza nel settore dei controlli pubblici al sistema di prevenzione della corruzione. L'ANAC incorpora infatti i poteri della soppressa Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, assommando a tali competenze specifici poteri sanzionatori in materia di anticorruzione (precedenti organismi lotta alla corruzione: Alto Commissariato... soppresso nel 2008; Servizio anticorruzione e trasparenza del Dipartimento della funzione pubblica (SAET); CIVIT già istituita con il D.Lvo n. 150 del 2009, successivamente rinominata ANAC dalla l. 190/2012). Il punto davvero innovativo della riforma del 2012 è stata l'attribuzione all'ANAC di nuovi poteri in materia di contrasto della corruzione, in risposta alle critiche che da tempo venivano rivolte all'organismo indipendente (AVCP), in merito alla carenza di poteri di tipo inibitorio, capaci di incidere direttamente sugli appalti pubblici nel caso scoperta di condotte illecite da parte degli operatori: la procedura di commissariamento ex art. 32 d.l. n. 90/2014, ad esempio. Per un esame più approfondito del tema si rinvia al testo della l. n. 90/2014.

ordinamenti degli Stati membri organismi indipendenti deputati al monitoraggio della politica di bilancio¹⁰.

In particolare, l'8 novembre 2011 il Consiglio dell'UE ha approvato la direttiva n. 2011/85/UE relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri, dal cui sedicesimo *Considerando* si evince l'opportunità che le regole di bilancio numeriche nazionali si basino su analisi e valutazioni affidabili ed obiettive, eseguite da organismi indipendenti o dotati di autonomia funzionale rispetto alle autorità di bilancio degli Stati membri, poiché l'esperienza politica dimostra che le regole di bilancio numeriche funzionano effettivamente solo se la loro mancata osservanza produce conseguenze, anche se si tratta solo di costi sul piano della reputazione.

Invero, la citata direttiva del 2011, fa della premessa appena richiamata il contenuto di un preciso obbligo per gli Stati membri: quello di assicurare un controllo effettivo e tempestivo sull'osservanza di queste regole, affidando le funzioni di monitoraggio ai suddetti organismi indipendenti¹¹.

L'art. 5, comma 1, lett. f), l. cost. n. 1/2012 istituisce, in Italia, presso le Camere e nel rispetto della relativa autonomia costituzionale, un organismo indipendente preposto da un lato all'analisi e alla verifica degli andamenti di finanza pubblica e dall'altro alla valutazione dell'osservanza delle regole di bilancio da parte del Governo e del Parlamento.

Prima di affrontare le problematiche connesse a tale istituzione, nonché la disciplina di dettaglio dettata dalla l. n. 243/2012, risulta utile tracciare, anche sulla base delle esperienze sovranazionali, i caratteri salienti dei c.d. *Fiscal Councils*, anche perché le fonti europee, nell'esprimere la necessità di introdurre questi organismi di controllo, non hanno indicato specificamente i principi che gli Stati membri devono rispettare nell'atto di introduzione e disciplina degli stessi.

I *Fiscal Councils* sono organismi con compiti di monitoraggio della politica di bilancio¹² e di supporto tecnico, a cui sono attribuite una serie di funzioni fra cui quelle di garantire la trasparenza del bilancio, fornire stime prudenziali delle variabili macroeconomiche e di finanza pubblica, nonché monitorare il raggiungimento degli obiettivi di risanamento.

Nell'ambito delle varie esperienze sovranazionali registratesi sul tema, possono essere identificati due modelli organizzativi di *Fiscal Councils*: quelli insinuati all'interno del Governo e quelli collocati in seno al Parlamento¹³.

Un esempio del primo tipo, operante già dal 1945, si rinviene nel *Central Planning Bureau* (CPB) olandese, i cui compiti principali si sostanziano nel rilascio di previsioni e analisi macroeconomiche trimestrali che sono utilizzate dal governo nella preparazione del bilancio annuale, nonché nell'analisi delle proposte politiche e nella valutazione degli effetti delle misure già attuate¹⁴.

È riconducibile al secondo modello organizzativo il *Congressional Budget Office* (CBO), istituito, negli Stati Uniti, il 12 luglio 1974 e la cui disciplina è contenuta nel *Congressional Budget and*

¹⁰ Sul punto cfr. C. Goretti, *Pareggio di bilancio e credibilità della politica fiscale: il ruolo del fiscal council nella riforma costituzionale italiana*, Intervento nell'ambito della Giornata di studio organizzata dalla Assemblea Regionale Siciliana, *Il ruolo degli apparati serventi delle Assemblies legislative tra tradizione e linee di sviluppo*, Palermo, 20 gennaio 2012, disponibile in www.astrid-online.it, 2.

¹¹ Cfr. art. 6, lett. b) della direttiva del Consiglio n. 2011/85/UE, nonché il regolamento (UE) n. 473/2013.

¹² Anche noti nella letteratura come "watchdog".

¹³ Si segnala che, nelle migliori esperienze internazionali, la collocazione organizzativa generalmente non influisce sull'esercizio indipendente delle funzioni loro assegnate. Cfr. Servizio del bilancio del Senato, *L'istituzione del servizio parlamentare di bilancio*, XVII Legislatura, nota breve n. 2, aprile 2013, 23.

¹⁴ Un altro esempio riconducibile alla prima categoria è dato dall'*Office for Budget Responsibility* (OBR), istituito nel Regno Unito il 17 maggio 2010. Esso è disciplinato dal *Budget Responsibility and National Audit Act* del marzo 2011, per la cui analisi cfr. *ibidem*, 62.

*Impoundment Control Act of 1974*¹⁵. Quest'ultimo assiste le Commissioni bilancio di Camera e Senato e, più in generale, il Congresso mediante la stesura di rapporti che, nel rispetto dell'obbligo di oggettività e analisi imparziale, non contengono alcuna raccomandazione di carattere politico¹⁶.

Fra i compiti più importanti demandati al CBO, vi è quello di fornire al Congresso analisi oggettive, indipendenti e tempestive sui costi e sugli effetti che avrebbe, nei cinque anni successivi e oltre, l'ampia gamma di programmi previsti dall'Amministrazione, nonché le informazioni e le stime richieste per l'approvazione delle leggi di bilancio e finanziarie del Congresso¹⁷.

Invero, anche per l'Italia, il dibattito circa la necessità di rafforzare il controllo sulla finanza pubblica, soprattutto nel senso di meglio garantire la trasparenza nella presentazione dei conti pubblici e nella quantificazione relativa alle conseguenze finanziarie delle decisioni normative, era già stato affrontato. Sul punto, due erano le proposte emerse nella dottrina che si è occupata del tema: «1) quella di rafforzare gli attuali "guardiani", in particolare all'interno dell'esecutivo e del legislativo; 2) quella di creare una nuova *Authority*»¹⁸. A ben vedere, tuttavia, è stato necessario un atto di impulso a livello europeo per concretizzare tali propositi, mai realizzati prima, anche alla luce dell'opposizione manifestata da taluni magistrati della Corte dei Conti, soprattutto con riguardo all'ipotesi di istituire una Commissione indipendente di valutazione dei conti pubblici¹⁹.

Com'è noto, in attuazione di quanto sancito dal citato art. 5, comma 1, lett. f), l. cost. n. 1/2012, la l. n. 243/2012, detta la disciplina relativa a questo organismo indipendente.

Anzitutto, nel disciplinare la composizione, la nomina ed il funzionamento dello stesso, si dispone che il denominato Ufficio parlamentare di bilancio, la cui sede è presso le Camere, «opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione» e che i suoi tre membri devono essere nominati d'intesa dai Presidenti delle Camere, nell'ambito di un elenco di dieci soggetti con competenza, sia a livello nazionale che internazionale, in materia di economia e finanza pubbliche, indicati dalle Commissioni bilancio di ciascuna Camera, a maggioranza dei 2/3 dei rispettivi componenti. In particolare, per quanto riguarda la selezione del personale, si afferma, in primis, che l'Ufficio predispone il reclutamento «in piena autonomia, unicamente sulla base di criteri di merito e di competenza, con esclusivo riferimento alle esigenze funzionali»²⁰.

In secondo luogo si stabilisce che il nuovo organismo dev'essere costituito da: a) personale assunto dall'Ufficio attraverso pubblico concorso con contratto di lavoro a tempo determinato; b) personale delle amministrazioni del Senato e della Camera dei deputati, nonché delle amministrazioni pubbliche o di diritto pubblico, collocato fuori ruolo²¹; c) personale selezionato mediante concorso pubblico, con incarichi a tempo determinato, di durata non superiore a tre anni, rinnovabili per una sola volta²².

¹⁵ Risulta riconducibile a tale secondo modello anche il *Parliamentary Budget Office* (PBO) canadese, istituito nel 2008 in «risposta alle preoccupazioni circa la credibilità delle previsioni economiche e fiscali del governo, allo sfioramento delle previsioni di costo dei programmi governativi e la trasparenza dei conti pubblici». Così Servizio del bilancio del Senato, cit., 25.

¹⁶ Cfr. *Congressional Budget and Impoundment Control Act of 1974/ Title II- SEC.201.ESTABLISHMENT OF OFFICE*.

¹⁷ Cfr. *Congressional Budget and Impoundment Control Act of 1974/ Title II- SEC.202.DUTIES AND FUNCTIONS*, nonché per un'analisi più approfondita circa il funzionamento e i documenti prodotti da tale organismo cfr. P.G. Joyce, *The Congressional Budget Office. Honest Numbers, Power and Policymaking*, Washington, 2011.

¹⁸ Cfr. G. Salvemini e C. Virno, *Un (nuovo) guardiano della trasparenza dei conti pubblici*, Siep- working paper No 485, luglio 2006, disponibile in www-3.unipv.it/websiep/wp/485.pdf.

¹⁹ Cfr. P. Maltese e A. Scudieri, *Chi deve vigilare sui conti pubblici?*, in www.amcorteconti.it, 2005.

²⁰ Cfr. l'art. 17, l. n. 243/2012.

²¹ Si rinvia al co. 3 dell'art. 17 per la disciplina del collocamento fuori ruolo del personale delle amministrazioni pubbliche o di diritto pubblico richiesto dall'Ufficio.

²² Ai sensi del comma 4 del medesimo art. 17 è previsto che «nei primi tre anni di attività, la dotazione di personale dell'Ufficio non può superare il limite di trenta unità. Decorso tale termine, la dotazione di personale non può superare complessivamente le quaranta unità».

Il richiamo del principio del pubblico concorso, invero, rappresenta un buon presupposto per l'esercizio autonomo e indipendente delle funzioni ad esso assegnate.

Proprio in ordine a queste ultime, la legge di attuazione demanda all'Ufficio il compito di effettuare analisi e verifiche concernenti: le previsioni macroeconomiche e di finanza pubblica, l'impatto macroeconomico dei provvedimenti legislativi di maggiore rilievo, gli andamenti di finanza pubblica e l'osservanza delle regole di bilancio, la sostenibilità della finanza pubblica nel lungo periodo, l'attivazione e l'utilizzo dei meccanismi correttivi e gli scostamenti dagli obiettivi derivanti dal verificarsi degli eventi eccezionali, nonché inerenti ad ulteriori temi di economia e finanza pubblica²³.

Quanto ai rapporti con le altre istituzioni, la legge che ci occupa si limita ad affermare che, nel regolamentare l'attività del nuovo organismo, a quest'ultimo compete la stesura di rapporti a richiesta delle Commissioni parlamentari competenti per materia, nonché per iniziativa del Consiglio. È interessante sottolineare che, nel caso in cui l'Ufficio, esercitando le funzioni di cui sopra, esprima «*valutazioni significativamente divergenti*» rispetto a quelle espresse dal Governo, su richiesta di almeno un terzo dei componenti di una Commissione parlamentare competente in materia di finanza pubblica, si prevede l'obbligo, per quest'ultimo, di illustrare i motivi per i quali ritiene di confermare le proprie valutazioni ovvero di conformarle a quelle dell'Ufficio²⁴.

Il legislatore, inoltre, si è preoccupato di disciplinare i rapporti tra l'istituito organismo indipendente ed il complesso delle amministrazioni pubbliche, disponendo, da un lato che l'Ufficio corrisponde con queste ultime comunicando dati ed informazioni e agevolando ogni forma di collaborazione ritenuta utile per l'adempimento delle sue funzioni istituzionali e, dall'altro, che le amministrazioni pubbliche, al fine di consentire l'agevole svolgimento di tali funzioni, assicurano l'accesso a tutte le banche dati in materia di economia o di finanza pubblica da loro costituite o alimentate.

L'Ufficio Parlamentare di bilancio è nato nel 2014 ed attualmente risulta composto dai seguenti organi: il Consiglio, costituito da un Presidente e due consiglieri, il Direttore Generale, il Consigliere economico e da tre Servizi, dedicati rispettivamente all'analisi macroeconomica, alla finanza pubblica, alle analisi settoriali²⁵. Tra le sue funzioni principali si annoverano: la predisposizione di previsioni macroeconomiche e di finanza pubblica e impatto macroeconomico dei provvedimenti legislativi di maggior rilievo ed in particolare, valida le previsioni macroeconomiche del Governo contenute nei documenti di programmazione; monitora gli andamenti di finanza pubblica, anche per sottosettore, nonché l'osservanza delle regole di bilancio; attiva e utilizza alcuni istituti previsti dal nuovo quadro di regole europee (in particolare, il meccanismo correttivo e l'autorizzazione in caso di evento eccezionale); verifica la sostenibilità della finanza pubblica nel lungo periodo. Si tratta indubbiamente di funzioni rilevanti, ma, a ben vedere, pur sempre "ausiliarie" rispetto a quelle decisionali, che, com'è noto, sono attribuite ad altri organi.

Probabilmente, la decisione di istituire l'Ufficio parlamentare di bilancio presso le Camere appare orientata a favorire l'esercizio della funzione di controllo del Parlamento²⁶, allineandosi a quel processo

²³ Cfr. l'art. 18, l. n. 243/2012.

²⁴ Cfr. l'art.18, comma 3, l. n. 243/2012.

²⁵ Per una più precisa analisi dell'organigramma, con specificazione delle singole funzioni si rinvia al sito ufficiale dell'organismo: www.ufficioparlamentaredibilancio.it.

²⁶ Così D. Cabras, *op. cit.*, 27. Cfr. anche R. Perna, *Costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed evoluzione della forma di governo*, in *Costituzione e pareggio di bilancio*, Il Filangieri, Quad. 2011, Napoli, 19-43, secondo cui «L'introduzione di un vincolo costituzionale al saldo di bilancio (...) determina di per sé importanti effetti sulla forma di governo (...) evidentemente connessi con il ruolo centrale che assume nel sistema il Governo come soggetto responsabile del rispetto effettivo di tale vincolo». E ciò, tanto nei confronti del Parlamento, quindi dei cittadini, tanto nei confronti dell'Unione

evolutivo che, negli ultimi anni, sembra volto a dare maggiore spazio a quest'ultimo nella decisione di bilancio²⁷.

Certo non può negarsi che, seppur il compito del *watch dog* dei conti pubblici è quello di favorire la trasparenza delle informazioni sulle politiche di bilancio, «aumentando i costi “reputazionali” dei governi»²⁸, la responsabilità della politica di bilancio rimane saldamente ancorata al rapporto di fiducia che, nel nostro Paese, lega Parlamento e Governo; da questo punto di vista è chiaro che «nessun fiscal council potrà mai impedire ad un governo, sorretto dalla maggioranza parlamentare, di adottare politiche unsound»²⁹. E purtuttavia, gli esiti di politiche di bilancio imprudenti sono destinati, inevitabilmente, ad influire sull'opinione pubblica e, conseguentemente, ad orientare il corpo elettorale. Inoltre, non bisogna dimenticare che l'Esecutivo, con la fissazione di un vincolo costituzionale al bilancio pubblico, accanto alla generale responsabilità politica nei confronti del Parlamento, e dei cittadini, ha una precisa responsabilità anche nei confronti dell'Unione europea e delle altre Istituzioni internazionali, che, dunque, possono rappresentare, accanto al corpo elettorale, un valido motivo per «un esercizio assai più consapevole ed assai più intenso delle prerogative costituzionali» ad esso riconosciute³⁰.

3. Il coordinamento di funzioni tra il nuovo organismo deputato al monitoraggio della politica di bilancio e la Corte dei conti, anche in un'ottica anti-corruzione

L'Ufficio parlamentare di bilancio si inserisce in un contesto istituzionale connotato dall'esistenza di organismi con competenze simili, determinando, di conseguenza, questioni di compatibilità e di funzionalità: il Servizio del Bilancio del Senato, il Servizio studi della Banca d'Italia, la Ragioneria generale dello Stato, il Dipartimento del Tesoro del Ministero dell'Economia e delle Finanze ed anche l'ISTAT, per parte delle sue statistiche³¹.

La problematica di maggior rilievo attiene, senz'altro, al coordinamento delle funzioni del nuovo organismo parlamentare con le funzioni proprie della Corte dei conti che, com'è noto, rappresenta un organo indipendente, la cui istituzione risale al 1862, per il controllo dei conti pubblici, ausiliario del Governo e soprattutto del Parlamento. La stessa Consulta, più di recente, ha definito la Corte dei conti come il garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario dell'intero settore pubblico, in riferimento ai parametri costituzionali (artt. 81, 119 e 120 Cost.) ed ai vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea (artt. 11 e 117 co. 1 Cost.)³².

Nell'architettura costituzionale, la Corte dei conti, infatti, è inserita sia tra gli organi di garanzia della legalità e del buon andamento dell'azione amministrativa e di tutela degli equilibri di finanza pubblica (art. 100, secondo comma, Cost.) sia tra gli organi giurisdizionali (art. 103, terzo comma, Cost.).

europea.

²⁷ Cfr. in merito C. Goretti e L. Rizzuto, *Il ruolo del parlamento italiano nella decisione di bilancio - evoluzione recente e confronto con gli altri paesi*, in www.bancaditalia.it, in cui si fa riferimento, ad esempio, alla struttura della legge di contabilità riformata nel 1988, sotto questo aspetto confermata nelle grandi linee dalla recente riforma, che dà un ruolo importante all'esame parlamentare sugli obiettivi a medio termine. Cfr. altresì E. Griglio, *Il "nuovo" controllo parlamentare sulla finanza pubblica: una sfida per i "nuovi" regolamenti parlamentari*, fasc. n. 1/2013, in www.osservatoriosullefonti.it, 11.

²⁸ Così L. Landi, *op. cit.*, 8.

²⁹ *Ibidem.*

³⁰ Così R. Perna, *op. cit.*, 36.

³¹ Cfr. M.P. Chiti, *L'Ufficio parlamentare di bilancio e la nuova governance della finanza pubblica*, in www.studiolegalechiti.it, 11 aprile 2014.

³² Cfr. Corte Cost., sent. n. 60/2013.

Da questa doppia investitura deriva la centralità del ruolo di garanzia della corretta gestione delle pubbliche risorse della Corte dei conti che, nell'esercizio delle funzioni di controllo, è organo neutrale, autonomo ed indipendente sia rispetto al Governo che al Parlamento e, nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, fa parte a tutti gli effetti dell'ordine giudiziario. Per quanto concerne, in particolare, la funzione di controllo, in questa sede, non possiamo esimerci dal rilevarne la debolezza; e ciò sia rispetto al controllo preventivo di legittimità che a quello successivo sulla gestione del bilancio³³. Nel primo caso, invero, il controllo da parte dei giudici contabili interviene in un momento in cui le leggi sono state già approvate³⁴. A ciò si aggiunga la progressiva riduzione del novero di atti sottoposti a tale tipologia di controllo. Come noto, la l. n. 400/1988 aveva già escluso dal controllo preventivo di legittimità i decreti-legge ed i decreti legislativi delegati³⁵. Successivamente il legislatore è intervenuto a ridurre ulteriormente questa elencazione³⁶.

In sede di controllo sul rendiconto, il ruolo della Corte appare ancor meno incisivo, poiché esso giunge alla fine dell'esercizio finanziario, quando gli effetti contabili ed amministrativi della legge impugnata si sono ormai prodotti.

Eppure la Corte dei conti, come è stato di recente sostenuto con riferimento alla giustiziabilità del nuovo principio costituzionale, appare «*il pressoché unico soggetto legittimato a far valere la violazione della regola dell'equilibrio*»³⁷ dinanzi al Giudice delle leggi, posto che sia in sede di controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo che nel giudizio di parificazione sul rendiconto generale dello Stato e delle Regioni a statuto speciale, la magistratura contabile è legittimata a promuovere l'incidente di costituzionalità³⁸. Certo, non senza difficoltà, riconducibili alle caratteristiche, sopra brevemente illustrate, delle due sedi di giudizio.

L'art 20 della l. n. 243/2012 prevede nuove funzioni di controllo alla Corte dei conti sui bilanci delle amministrazioni pubbliche stabilendo, al comma 1, che la magistratura contabile è competente a svolgere, anche in corso di esercizio, il controllo successivo sulla gestione dei bilanci delle Regioni e degli enti territoriali, nonché delle amministrazioni pubbliche non territoriali³⁹. Per quanto concerne le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano, si prevede che le stesse provvedano a quanto sopra detto in conformità ai rispettivi statuti e alle relative norme di attuazione. Ai sensi del comma 2, invece, «la legge dello Stato disciplina le forme e le modalità del controllo di cui al comma 1». Al riguardo si osserva che il d.l. n. 174/2012 (convertito con modificazioni in l. n. 213/2012), che reca disposizioni urgenti in materia di finanza e funzionamento degli enti territoriali, introduce ed implementa le tipologie di controlli, interni ed esterni, sugli enti territoriali⁴⁰.

Proprio il ruolo di garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario dell'intero settore

³³ Sull'estensione del giudizio di parificazione anche rispetto al rendiconto delle Regioni ordinarie cfr. *infra*.

³⁴ Cfr. N. Lupo, *Art. 81, cit.*, 1610, il quale evidenzia che la verifica svolta dai giudici contabili ha «lo scopo di segnalare a Governo e Parlamento le "forzature" e le "imprecisioni", in modo da contribuire al consolidamento di metodologie e di tecniche il più corrette possibile di quantificazione e di copertura degli oneri derivanti dalle leggi di spesa». Ne deriva che la verifica svolta dalla Corte dei conti è «piuttosto relativa, essendo sostanzialmente rimessa all'attenzione che ad essa prestano gli altri organi di controllo e, ovviamente, ai fini dello svolgimento della loro futura attività legislativa, Governo e Parlamento».

³⁵ Esclusione considerata legittima dalla Corte costituzionale con sent. n. 406/1989.

³⁶ Cfr. la l. 14 gennaio 1994, come modificata dal d.l. n. 543/1996, convertito dalla l. n. 639/1996.

³⁷ Così G. Scaccia, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in "Costituzione e bilancio", Il Filangieri, Quad. 2011, Napoli, 217.

³⁸ *Ibidem*, 217. Sull'estensione del giudizio di parificazione anche rispetto al rendiconto delle Regioni ordinarie cfr. *infra*.

³⁹ Nella versione definitiva della suddetta legge è stata soppressa la previsione secondo cui la Corte esercita la parifica, con le modalità stabilite per il rendiconto dello Stato, sui bilanci delle Regioni a statuto ordinario, poiché tale funzione risulta alla Corte dei conti affidata dall'art. 1, d.l. n. 174/2012, convertito in l. n. 213/2012.

⁴⁰ Per un'analisi dei meccanismi di controllo della spesa nelle amministrazioni locali cfr. E. Flaccadoro, *I meccanismi di controllo della spesa nelle amministrazioni locali*, 20 novembre 2013, in www.federalismi.it.

pubblico, attribuito da tempo alla Corte dei conti, nell'ordinamento italiano, ha indotto parte della dottrina, oltre che gli stessi esponenti della magistratura contabile, ad auspicare, agli albori della riforma della *governance* economica europea, l'attribuzione delle funzioni dell'ente indipendente di bilancio, alla Corte stessa.

Tale opzione è stata evidentemente scartata e le motivazioni sono diverse: una in particolare va ricercata nelle caratteristiche che la magistratura contabile è venuta assumendo⁴¹. Essa, infatti, è composta per lo più da magistrati o comunque alti funzionari pubblici, la cui cultura è prevalentemente giuridico-amministrativa, indipendentemente dalla sezione in cui si opera, giurisdizionale o di controllo, con conseguente "giurisdizionalizzazione" dei controlli della Corte⁴². Come autorevolmente sostenuto⁴³, l'Europa richiede agli organismi indipendenti di monitoraggio dei conti pubblici, competenze specialistiche di tipo economico-finanziario, come ad esempio quelle inerenti alla elaborazione ed approvazione delle previsioni macroeconomiche, che, allo stato attuale, sono estranee alle modalità di funzionamento della nostra magistratura contabile.

Si è infatti rilevato che «l'attività dei fiscal councils differisce da quella esercitata tipicamente dalla corte dei conti, non soltanto per la mancanza di poteri giurisdizionali, ma anche perché le analisi svolte sono di tipo forward looking e fondate su principi economici, mentre quelle della corte dei conti sono di tipo backward looking e basate su principi prettamente giuridici»⁴⁴.

La stessa normativa europea, nel delineare i caratteri dell'organismo deputato al controllo dei conti pubblici nazionali e le sue funzioni essenziali, ha posto l'accento sulla elaborazione e approvazione delle previsioni macroeconomiche, a conferma di un «cambio di paradigma nella concezione dei controlli, che ad oggi ancora non trova una sua incarnazione nelle modalità di funzionamento della Corte dei conti»⁴⁵.

Come coniugare, dunque, nell'attuale compagine istituzionale, le funzioni demandate all'Ufficio parlamentare di bilancio con quelle proprie della Corte dei conti?

Certamente i rapporti tra questi organi devono essere improntati sul principio di leale collaborazione istituzionale⁴⁶, non solo assicurando una «sinergia tra la verifica ex ante delle previsioni macroeconomiche e di finanza pubblica, di competenza dell'UPB, e il controllo successivo sulla gestione del bilancio da parte della Corte dei conti»⁴⁷, ma soprattutto attuando un dialogo costante, caratterizzato dallo scambio delle informazioni, conformemente alle competenze caratterizzanti ciascuna istituzione.

Non dimentichiamo che la stessa legge rinforzata n. 243 del 2012 concepisce i rapporti in questa direzione, là dove demanda all'UPB, fra l'altro, il compito di assicurare la divulgazione di elementi informativi nei campi dell'economia e della finanza pubblica. Più esattamente, il legislatore ha espressamente previsto che l'Ufficio corrisponde con le amministrazioni pubbliche comunicando dati ed informazioni e agevolando ogni forma di collaborazione ritenuta utile per l'adempimento delle sue funzioni istituzionali; dal loro canto le amministrazioni pubbliche, al fine di consentire l'agevole svolgimento di tali funzioni, assicurano l'accesso a tutte le banche dati in materia di economia o di finanza pubblica da loro costituite o alimentate.

⁴¹ Sul punto cfr. C. Fasone, *Corte dei Conti V. Ufficio Parlamentare di Bilancio?*, Toruńskie Studia Polsko-Włoskie IX- Studi Polacco-Italiani di Toruń IX, Toruń 2013.

⁴² *Ibidem*, 189.

⁴³ *Ibidem*, 189.

⁴⁴ Così L. Landi, *op. cit.*, 6.

⁴⁵ Cfr. C. Fasone, *op. cit.*, 189.

⁴⁶ Così C. Fasone, *op. cit.*, 198.

⁴⁷ Così M.P. Chiti, *op. cit.*

Data l'incidenza diretta della corruzione sulla finanza pubblica, tale interazione, con la Corte dei conti, ma anche con la stessa ANAC, potrebbe rivelarsi particolarmente utile anche nella lotta a tale fenomeno criminale, ad esempio riconoscendo all'UPB, ed in particolare ad uno dei Servizi di cui si compone, l'ulteriore compito di individuare, nello svolgimento della sua attività qualificata, e condividere, attraverso l'ottimizzazione dell'utilizzo dei sistemi informativi, una serie di potenziali indicatori di natura economica di illeciti, nonché di segnalare situazioni e casi sospetti. E così, valorizzandone le funzioni altamente tecniche, il *fiscal council* italiano sarebbe in grado di contribuire, atteggiandosi ad una sorta di "campanello d'allarme", al più ampio programma volto a combattere i fenomeni corruttivi, specialmente quelli diffusi nella pubblica amministrazione.

Abstract

The monitoring of public finances represents one of the most debated issues in the process of constitutionalisation of the balanced budget principle. In order to achieve the objectives which characterise the new economic governance, both on a supranational and national level, it has become evident that there is a need to review the existing control mechanisms, which, over time, have proven to be insufficient to ensure the compliance with the relevant provisions. Based on European requests for transposing the new public budgets rules to their national legislations, there was also "the need to fully involve the national guarantee mechanisms, even to compensate the Union deficiencies", by introducing in the Members States legislations, some independent bodies monitoring the budget policy, based upon the so called Fiscal Councils model. In Italy, such provisions have led to the establishment of the Parliamentary Budgetary Office, for whom some questions arose, connected in particular to the juridical nature, to the guarantee of independence and to the coordination with other bodies assigned to the exercise of similar functions. It is useful to reflect on these questions, trying to give answers, without neglecting some Comparative Law aspects and preferring as a starting point, the supranational experiences, which have been acquainted with a similar institute for long time and have represented in the Italian debate, the terms for comparison in the regulation of the new Public Finances Controller.

Accesso civico in Italia e Foia americano: parallelismi e differenze

SOMMARIO: 1. Il D.lgs. 97/2016 - 2. L'accesso civico - 3. Le problematiche - 4. Trasparenza in Italia ed in USA - 5. Conclusioni

1. Il D.lgs. 97/2016

Il 7 agosto 2015, il Parlamento ha approvato la legge n. 124, che contiene 14 deleghe legislative su temi nodali, come la dirigenza pubblica, la riorganizzazione dell'amministrazione statale centrale e periferica, la digitalizzazione della PA, la semplificazione dei procedimenti amministrativi, la razionalizzazione e il controllo delle società partecipate, l'anticorruzione e la trasparenza.

Nell'art. 7, in particolare, era prevista una delega per l'approvazione di uno o più decreti integrativi del decreto legislativo 14 marzo 2013 n. 33 (in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte della PA), nel rispetto dei criteri direttivi contenuti nella legge 190/2012 e di quelli ulteriori stabiliti nella legge del 2015. La riforma si colloca all'interno di un complesso intervento, che ha l'intento di rendere più moderna ed agile la Pubblica amministrazione, adeguandola ai tempi ed alle moderne tecnologie. In particolare, la trasparenza diviene un obiettivo strategico, che deve tradursi nel diritto di informare quale canone fondamentale dell'azione dei pubblici poteri.

Il testo definitivo è stato approvato il 25 maggio 2016; il decreto legislativo n. 97 rappresenta sicuramente un passo in avanti di grande importanza in termini di trasparenza. Per tale ragione, una sua analisi permetterà di comprendere l'importanza dell'innovazione e le sue peculiarità e di confrontarle con quelle contenute nell'analogo provvedimento americano.

2. L'accesso civico

Il punto nodale è l'accesso civico, contenuto nell'art. 5 del d.lgs. n. 33 del 2013, che viene profondamente modificato dall'art. 6 del decreto¹; esso infatti estende, in misura rilevante, la possibilità di prendere conoscenza di informazioni. Si prevede che, allo scopo di favorire forme di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, chiunque «ha diritto di accedere ai dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni», senza alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva e senza motivazione, salvo le eccezioni previsti dall'art. 5-bis (che prevedono ipotesi in cui è legittimo il rifiuto perché reca pregiudizi a interessi pubblici e privati). La distinzione terminologica tra "dati" e "documenti" è sicuramente di rilievo, dal momento che i primi non sempre sono contenuti nei secondi; questo significa che la PA dovrà permettere l'accesso ai privati ai *data base*².

Inoltre, viene esteso anche il numero dei soggetti a cui rivolgere la richiesta; oltre che alla pubblica amministrazione, essa può essere diretta anche ad altri soggetti, come enti pubblici economici ed ordini professionali, società partecipate, fondazioni, associazioni ed enti di diritto privato di dimensioni medio-grandi (ossia con bilancio superiore a 500 mila euro) e con partecipazione preponderante di pubbliche amministrazioni.

¹ Un'analisi a riguardo, con riferimento allo schema di Decreto legislativo, è fatta da D.U. Galetta, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, su www.federalismi.it, 2 marzo 2016.

² A. Ciccio Messina, *La Pa mette sul piatto i dati. Accesso e riutilizzo sono liberi*, in *Italia Oggi*, 23 maggio 2016, 2.

La richiesta può essere trasmessa in via telematica e l'accesso è gratuito, salvo il rimborso del costo effettivamente sostenuto e documentato dall'amministrazione per la riproduzione su supporti materiali. La richiesta viene evasa con provvedimento espresso e motivato entro e non oltre 30 giorni tramite la trasmissione dei documenti all'interessato.

In sostanza viene permesso l'accesso non solo ai documenti per i quali sussiste un obbligo della pubblicazione (trasparenza di tipo "proattivo"), ma anche a quelli per i quali non esiste alcun obbligo, senza necessità, a differenza della normativa in materia di accesso ai documenti amministrativi, di qualsiasi qualificazione o motivazione (trasparenza di tipo "reattivo", secondo il Consiglio di Stato). L'accesso è vietato nel caso in cui entrino in gioco rilevanti interessi pubblici generali o privati.

Come avviene per l'accesso ai documenti amministrativi, anche i controinteressati sono informati della richiesta; questi possono in dieci giorni presentare una motivata opposizione. Non è prevista però (e di ciò si duole il Garante della privacy) né la sospensione del termine in caso di comunicazione al controinteressato, per cui l'amministrazione potrebbe avere un tempo veramente esiguo, né un mezzo di tutela o di impugnazione del provvedimento finale per il controinteressato.

In presenza di un diniego espresso, è possibile presentare un ricorso al responsabile della prevenzione, che decide in venti giorni; nel caso in cui vi siano ragioni inerenti il trattamento dei dati personali, verrà consultato il Garante della *privacy*.

In caso di diniego espresso dall'amministrazione o in sede di riesame, è ammesso il ricorso al TAR; è inoltre consentito, per gli atti delle amministrazioni regionali o degli enti locali, il ricorso al difensore civico.

Gli stessi diritti vengono attribuiti al controinteressato.

I limiti e le esclusioni sono contenute nell'art. 5-bis, come modificato dal D.lgs. 97/2016; esso individua gli interessi pubblici e privati che legittimano il rigetto della richiesta di accesso civico (come la sicurezza pubblica o nazionale, la protezione dei dati personali e la libertà e la segretezza della corrispondenza), ferma in ogni caso l'esclusione nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge (ivi compreso il caso in cui l'accesso è subordinato a particolari condizioni o limiti, ivi incluso l'art. 24, comma 1, della legge 241/1990)³.

3. Le problematiche

Sin da subito emergono dal provvedimento approvato una serie di problematiche. Il Garante della privacy, in un parere espresso il 3 marzo 2016, ha rilevato i dubbi che possono sorgere in materia di tutela; evidenzia, ad esempio, che mentre la normativa in materia di privacy fa riferimento all'autorità giudiziaria ordinaria, quella sulla trasparenza al TAR. Al fine di evitare contrasti (già evidenziati dal TAR Milano, Lombardia, sez. III, n. 615 del 3.3.2015), sarebbe stato necessario raccordare le diverse discipline, facendo in ogni caso salve le disposizioni del Codice della privacy.

Altre perplessità attengono alla formulazione delle norme; all'ANAC è attribuito il potere, d'intesa con il Garante, di fornire linee guida da fungere come parametro per la trattazione dell'accesso universale, potere che si è concretizzato nella determinazione dell'ANAC del 28

³ Nelle *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del D.lgs. 33/2013*, approvato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione con delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016, si distinguono le eccezioni assolute (contenute nell'art. 5 bis, comma 3) da quelle relative o qualificate (commi primo e secondo); nello stesso provvedimento si opera una puntuale analisi delle diverse tipologie di limiti. Di rilievo è anche l'art. 5-ter, che prevede un trattamento particolare per l'accesso per fini scientifici ai dati elementari per finalità statistiche.

dicembre 2016. Ma la norma nulla dice sul contenuto di queste linee guida, che svolgeranno una funzione fondamentale per l'esercizio del diritto.

In particolare, dubbi interpretativi potrebbero sorgere proprio in relazione agli interessi pubblici e privati giuridicamente rilevanti che costituiscono un limite all'accesso dei dati e dei documenti delle pubbliche amministrazioni. In sostanza, una maggiore precisione faciliterebbe l'onere gravoso delle amministrazioni di effettuare il bilanciamento. Tale profilo (segnalato anche dal Consiglio di Stato nel parere dato su questo provvedimento in data 24 febbraio 2016) attribuisce ovviamente ampia discrezionalità alla PA e crea il pericolo concreto di incrementare il contenzioso e le incertezze.

Ma il profilo che suscita maggiori perplessità è la ristrettezza dei tempi per l'adeguamento a tale innovazione epocale; l'art. 42 del d.lgs. 97/2016 prevede l'entrata in vigore nel normale termine di *vacatio legis* (ossia il 23 giugno 2016), ma l'accesso potrà essere esercitato dopo 6 mesi dalla pubblicazione (a partire cioè dal 23 dicembre 2016). In questo breve lasso di tempo andrà formato il personale e, per il futuro, dovranno essere adottate "adeguate soluzioni organizzative"⁴. Volendo fare un parallelismo con altre esperienze, basti considerare, ad esempio, che il FOIA britannico del 2000 è entrato in vigore il primo gennaio 2005. Quello che maggiormente preoccupa è anche l'alto numero di richieste che verranno avanzate. Basti pensare che nel 2015, negli Stati Uniti, sono state presentate al solo governo federale⁵ oltre 700.000 richieste FOIA⁶; è quindi legittimo avanzare più di qualche preoccupazione per i tempi di adeguamento previsti da questa disciplina.

Anche altre sono le criticità del provvedimento; manca ad esempio una disciplina più analitica sulle spese per l'accesso. Inoltre, non è prevista una tutela avanti un'autorità indipendente (come potrebbe essere l'ANAC) come ad esempio avviene in altri ordinamenti, come quello francese o inglese, ove la CADA o l'*Information Commissioner* contribuiscono a ridurre gli spazi di incertezza. Residuano infine incertezze sulle varie forme di accesso esistenti nonché, come detto, sui differenti modi di tutela, le cui molteplicità contribuiscono ad ingenerare nel cittadino dubbi ed incertezze⁷.

4. Trasparenza in Italia ed in USA

La normativa approvata viene paragonata al FOIA (*Freedom of Information Act*); sono circa 130 gli Stati che hanno adottato una normativa in materia di diritto all'informazione. Due sono i modelli seguiti, quello statunitense (diffuso nell'area anglosassone e nel Nord Europa) e quello francese. Mentre il primo permette un ampio accesso alle informazioni, il secondo è diretto a soddisfare le richieste di soggetti interessati ed ha ad oggetto il documento amministrativo, e altre tipologie di atti.

Il parallelismo in questa sede verrà effettuato con il modello americano⁸, ossia con quel sistema articolato contenuto nel titolo 5 dell'US. Code, *section* 552, approvato nel 1966, che permette ai cittadini di poter conoscere l'operato del Governo attraverso l'accesso ai documenti pubblici che le

⁴ In tal senso si esprimono le *Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del D.lgs. 33/2013*.

⁵ Va evidenziato che ogni Stato americano ha una propria normativa sull'accesso che quindi va ad aggiungersi (ovviamente senza sovrapporsi) alla normativa federale.

⁶ Dati tratti dall'*Annual Foia Reports* del 2015, in www.justice.gov.

⁷ A. Ciccio Messina, *Una disciplina per ogni diritto*, in *Italia Oggi*, 23 maggio 2016, 3, il quale ricorda che nel nostro ordinamento vi sono una pluralità di diritti di accesso, che vanno da quello ai documenti amministrativi, all'accesso in pendenza del procedimento amministrativo, all'accesso in materia di privacy, all'accesso ambientale, solo per citarne alcuni. Sul tema, con particolare riferimento alla distinzione tra accesso civico e accesso ai documenti amministrativi, S. Villamena, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, su www.federalismi.it, n. 23 del 30 novembre 2016.

⁸ Sul tema, v. A. Bonomo, *La trasparenza amministrativa: riflessioni di diritto comparato*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, Anno I -N. 2, Bari, 2008, 59 ss.

Agenzie federali sono tenute a rendere conoscibili, a meno che l'oggetto della richiesta non sia compreso in una delle nove *Exemptions*⁹, che rappresentano un compromesso tra l'interesse dei cittadini a conoscere l'attività governativa e la salvaguardia di alcuni interessi pubblici particolarmente importanti¹⁰. Esso si applica solo alle agenzie federali e non ai documenti del Congresso, delle corti o delle agenzie statali o locali, le quali hanno specifici *Acts* che ne disciplinano l'accesso. Con questa normativa si mira a combattere la corruzione e a responsabilizzare i governanti nei confronti dei governati¹¹ nonché a garantire, secondo qualche autore, il "right to know" dei cittadini¹².

Di rilievo sono state poi le modifiche apportate il 30 giugno 2016, in occasione del 50° anniversario, con il *2016 FOIA Improvement Act*; esso codifica una sorta di presunzione di conoscibilità di tutti i documenti governativi, a meno che l'ente ritenga (*reasonably foresee*) che la pubblicazione possa essere pericolosa (*harmful*) ed interessare una delle 9 *Exemptions* o vietata dalla legge. Tale caso ricorre, ad esempio, quando le informazioni attengono alla sicurezza nazionale, o siano idonee a ledere la *privacy*.

Anche in questi casi, però, la normativa permette alle agenzie federali di secretare le informazioni protette e rendere pubblico la restante parte del documento. Ciò consente di evitare che l'ente apponga il divieto anche nelle ipotesi in cui solo una minima sezione contenga informazioni inaccessibili.

Altro profilo importante è l'introduzione di una data di scadenza per il c.d. *deliberative process privilege*. Con tale espressione si intendono quei dati o quelle informazioni create durante il procedimento che si svolge all'interno dell'ente; proprio questa natura endoprocedimentale li esclude quindi dalla conoscibilità in ragione della *Exemption 5*. Le modifiche apportate al FOIA permettono invece l'accesso anche per questi documenti, purché risalenti a 25 o più anni antecedenti la data della richiesta.

Inoltre, è espressamente stabilito che deve essere permesso l'accesso per quelle informazioni per le quali sia stata presentata (e negata) per più di tre volte l'accesso.

In generale, ogni ente governativo federale (ad esclusione, come detto, del Congresso, dei tribunali federali, del Governo dei territori e dei possedimenti e il Governo del distretto di Columbia, nonché i governi degli Stati, di competenza locale) deve "rendere noto e pubblicare tempestivamente nel *Federal Register*" tutta una serie di atti (organizzazione, iter in cui si esercitano le funzioni, valutazioni finali, atti, manuali per lo staff amministrativo). Le modifiche del 2016 impongono che l'ispezione pubblica debba essere resa possibile in formato elettronico nonché la creazione di un

⁹ Secondo la Corte suprema, le *FOIA exemptions* devono essere "*narrowly construed*"; in realtà, l'interpretazione restrittiva non è stata seguita, anzi, come osservato dal giudice Scalia nell'opinione dissenziente espressa nel caso *John Doe Agency v. John Doe Corp.* (493 U.S. 146 (1989)), le decisioni a riguardo hanno dimostrato che questa concezione è stata considerata "*a formula to be recited rather than a principle to be followed*" (161); una critica a questa normativa, con particolare attenzione all'utilizzo fattone durante il GWOT (*Global War on Terror*), è svolta da S.F. Kreimer, *The Freedom of Information Act and the Ecology of Transparency*, in *Journal of Constitutional Law*, 2008, vol. 10, 1011 e segg.

¹⁰ Sottolinea tale profilo, D.E. Pozen, *The Mosaic Theory, National Security, and the Freedom of Information Act*, in *The Yale Law Journal*, 2005, vol. 115, 635.

¹¹ *Brennan Ctr. For Justice at New York Univ. Sch. of Law v. U.S. Dep't of Justice*, 697 F.3d 184, 194 (2d Cir. 2012); nello stesso senso già si era espressa la Corte suprema nella sentenza *NLRB v. Robbins Tire & Rubber Co.*, 437 U.S. 214 (1978), in cui aveva riconosciuto che "*the basic purpose of FOIA is to ensure an informed citizenry, vital to the functioning of a democratic society, needed to check against corruption and to hold the governors accountable to the governed*".

¹² B. Sullivan, *FOIA the First Amendment: Representative Democracy and the People's Exclusive "Rights to Know"*, in *Maryland Law Review*, vol. 72, 1, 2012, 66, il quale osserva che tale diritto non ha mai assunto il rango di "*enforceable right*"; più in generale, sull'origine del diritto di accesso, con riferimento all'*APA (Administrative Procedure Act)* ed al FOIA, M Fuchs, *Judging Secrets: The Role Courts Should Play in Preventing Unnecessary Secrecy*, in *Administrative Law Review*, 2006, vol. 58, 139 e segg.

portale unico per presentare le richieste di accesso e seguirne l'esito e ciò anche al fine di adattare tale normativa allo sviluppo tecnologico¹³.

Nel contempo, si specifica ((3) (A)) che l'Ente governativo "in presenza di ogni singola richiesta di documenti che (i) li descriva ragionevolmente e (ii) sia stata fatta in ottemperanza alle regole pubblicate che specifichino tempo, luogo, oneri (se ce ne sono) e procedure da seguire, deve rendere i documenti immediatamente disponibili a chiunque". Esentati da tale obbligo sono gli enti che fanno parte dei servizi d'*intelligence*. La disciplina degli oneri e della procedura da seguire è dettata da un regolamento emanato da ogni ente governativo; è previsto un prezzo standard in particolari casi ed addirittura senza costi se "la divulgazione delle informazioni sia fatta nell'interesse del pubblico, per fornire un possibile contributo alla migliore comprensione delle attività del Governo, e non sia fatta principalmente per interesse commerciale del richiedente". Vi sono quindi due tipologie di atti, quelli che devono essere pubblicati e quelli che devono essere resi conoscibili su richiesta di ogni cittadino.

Nel caso di rifiuto da parte dell'ente governativo, è possibile presentare ricorso gerarchico al competente *Appeals Review Panel*, costituito presso ciascuna amministrazione federale; inoltre, è prevista l'esplicita informativa della possibilità di risolvere i contrasti avanti l'*Office of Government Informaion Service* (OGIS) o al FOIA *Public Liaisons*.

In ultima istanza, si può fare ricorso entro 90 giorni alla corte distrettuale degli Stati Uniti del distretto in cui il reclamante risiede o svolge la sua attività, o in cui si trova la documentazione dell'ente governativo o il *District of Columbia*¹⁴.

L'ente governativo, in caso di richiesta, dovrà deliberare in 20 giorni (o in termini minori secondo una procedura celere, disciplinata da un apposito regolamento); il *FOIA Improvement Act* ha previsto una proroga del termine per rispondere alle istanze in presenza di "*unusual circumstances*", specificate nella ricerca di informazioni in altri luoghi, nella necessità di esaminare *records* voluminosi, di consultarsi con altri uffici o con due o più componenti lo stesso ufficio. L'esistenza di queste circostanze deve essere comunicata al cittadino e se la proroga è superiore a dieci giorni, l'agenzia deve consentire al richiedente di circoscrivere lo scopo della richiesta in modo da accelerare la tempistica o individuare un nuovo termine. Inoltre, nel caso in cui le circostanze richiedano più di dieci giorni, dovrà essere comunicata la possibilità di risolvere il contrasto in via bonaria tramite l'OGIS.

Come già evidenziato, vi sono 9 *Exemptions*, ossia 9 ambiti sottratti all'accesso; le materie spaziano dalla difesa nazionale, alla politica estera, a quelle classificate come tali da un decreto presidenziale o relative a regole e pratiche del personale interno ad un ente (escluse in base ad una normativa), ai segreti industriali e informazioni commerciali, ai dati medici o personali che costituiscono un'invasione della privacy, ai documenti di verifica o di operatività preparati o per l'uso di un ente responsabile della regolamentazione o della supervisione degli istituti finanziari, alle informazioni e ai dati geologici e geofisici (come le informazioni ed i dati sui pozzi di petrolio). Questa

¹³ Su tali profili, D. R. Stewart e C.N. Davis, *Bringing Full Disclosure Back: A Call for Dismantling FOIA*, in *Communication Law & Policy*, vol. 21, n. 4, 2016, 515 ss.; le critiche rivolte al *Foia Improvement Act* attengono alla mancanza di previsioni finanziarie contenute al suo interno, necessarie per fare fronte all'incremento dei costi legati al formato elettronico dei documenti e all'adeguamento alle innovazioni legislative.

¹⁴ Ogni anno, le Corti federali decidono centinaia di casi riguardanti il FOIA, come viene sottolineato nel sito del Dipartimento di giustizia, alla pagina www.justice.gov; è stato sottolineato però che solo una minima parte di essi, in rapporto al totale di richieste, giunge all'attenzione delle Corti (in tal senso, M.B Kwoka, *The Freedom of Information Act Trial*, in *American University Law Review*, 2011, vol. 61, 217 e segg.).

lunga lista è stata ampiamente criticata, dal momento che è stata utilizzata dalle agenzie federali e dai giudici in modo da comprimere la garanzia dell'accesso¹⁵.

Inoltre, potrà essere permesso l'accesso a dati ed informazioni previa segregazione delle parti che rientrano nelle eccezioni appena richiamate. Infine, una norma di chiusura permette ai soggetti pubblici la facoltà di ammettere ugualmente l'ostensione della documentazione, anche se l'informazione appartiene ad una delle categorie sopra indicate.

Ogni anno ciascun ente governativo invia all'*Attorney General* degli Stati Uniti una relazione sull'anno precedente in materia di accessi, reclami, tempistica, ecc.

Sotto il profilo strutturale, emergono quindi una serie di peculiarità. Oltre l'ambito di applicazioni (solo le agenzie federali) e l'oggetto (l'informazioni, essendo il documento solo lo strumento per conoscere i contenuti), non è richiesta alcun interesse da parte del richiedente, a differenza dell'APA (*Administrative Procedure Act* del 1946, che prevede l'accesso solo per chi fosse *properly and directly concerned*). In sostanza, tutti gli atti sono conoscibili, a meno che l'amministrazione non dimostri l'esistenza di una causa rientrante nelle nove eccezioni.

Dopo questa sintetica ricostruzione, è da chiedersi quali siano i punti di contatto tra la normativa americana e quella italiana. Si è sostenuto che le modifiche in corso di approvazione andrebbero ad introdurre i principi del FOIA all'interno del nostro ordinamento. Il parallelismo, tuttavia, regge fino ad un certo punto.

Ad esempio, la normativa statunitense stabilisce che la richiesta debba descrivere "ragionevolmente" i documenti¹⁶; in quella italiana, invece, si richiede che «l'istanza di accesso civico identifica i dati, le informazioni o i documenti richiesti».

Altri profili sono i costi; mentre la disciplina prevista dall'art. 5, comma 3, stabilisce che il rilascio dei dati o documenti è gratuito ed è subordinato soltanto al «rimborso del costo sostenuto e documentato dall'amministrazione per la riproduzione su supporti materiali», quella americana è molto più articolata. Essa, infatti, oltre a rinviare ad una disciplina di rango secondario, fa riferimento a prezzi standard e prevede addirittura l'esenzione, allorquando la richiesta è fatta nell'interesse pubblico e per contribuire alla migliore comprensione dell'attività del governo e non per interessi commerciali. La stessa inoltre prevede il pagamento dei soli costi di ricerca, duplicazione o verifica o addirittura l'esenzione nel caso in cui vengano superati i limiti di tempo imposti dalla legge. Ma la disciplina è molto più analitica, anche in ragione del fatto che il profilo economico potrebbe essere un serio deterrente per l'accesso.

Ma le differenze emergono anche, ad esempio, nella tempistica; nella normativa italiana si prevede il termine di trenta giorni, mentre il rifiuto, il differimento o la limitazione devono essere motivati con riferimento ai casi e ai limiti stabiliti dall'art. 5-bis, laddove in quella americana è previsto che l'ente governativo debba deliberare entro 20 giorni lavorativi. Tuttavia il termine può essere prolungato previa notifica scritta al richiedente e nel caso in cui sussistano particolari circostanze. In sostanza, si cerca di instaurare non una contrapposizione, bensì una leale collaborazione tra richiedente e ente governativo. Inoltre, in caso di rigetto (espreso), dovranno essere indicati anche i nomi e le cariche o posizioni professionali dei responsabili.

¹⁵ D. E. Pozen, *Deep Secrecy*, in *Stanford Law Review*, 2010, January 2010, vol. 62, 313.

¹⁶ Questo "prerequisito della conoscenza" potrebbe però impedire l'accesso a tutti quei documenti sui quali il governo non ha informato i cittadini; su tale problematica, D.E. Pozen, *op. cit.*, 313 e ss., il quale sottolinea che il FISA (*Foreign Intelligence Surveillance Act*) ed il FOIA «are the closest thing we have to a constitutional amendment on state secrecy».

La normativa statunitense prevede poi procedure di urgenza, finalizzate a rendere conoscibili le attività governative¹⁷. Inoltre, ad ogni richiesta, deve essere assegnato un numero e che ciascun ente governativo deve essere dotato di una linea telefonica e istituito un portale dedicato ad informare ciascun interessato sullo status della richiesta tramite il numero identificativo.

Infine i limiti previsti sono molto più analitici, dal momento che escludono dall'accesso tutta una serie di dati rilevanti (come quelli medici) o quelli che priverebbero una persona del diritto ad un processo giusto o imparziale o ancora quelli che divulgerebbero tecniche e procedure per le indagini o i procedimenti legali o potrebbe mettere in pericolo la vita o la sicurezza fisica di qualsiasi individuo. Inoltre, si prevede la possibilità di segretare parti del documento che non possano essere oggetto di ostensione¹⁸. Tali profili evidenziano una maggiore attenzione nei confronti degli interessi dei soggetti (sia pubblici che privati) e la finalità chiara di salvaguardare il diritto di informazione del cittadino. Pur essendo stata sottoposta ad ulteriori limitazioni a seguito degli attentati dell'11 settembre 2001, la normativa dimostra una maggiore analiticità ed un tentativo concreto di operare un bilanciamento tra interesse pubblico e privato, pur mantenendo uno spiccato *favor* nei confronti dell'accesso.

5. Conclusioni

Le modifiche in corso con il c.d. Decreto trasparenza rappresentano un passo importante diretto a permettere una conoscenza puntuale del cittadino delle attività poste in essere dalla Pubblica amministrazione. Permangono sullo sfondo ancora dubbi e perplessità soprattutto se la disciplina viene paragonata a quella esistente negli Stati Uniti. Le critiche sono venute anche dal mondo della stampa, che ha considerato ancora inadeguato lo strumento, in quanto andrebbe a costituire un "muro di gomma". Secondo alcuni, negli USA proprio le *lobbies* dei media hanno esercitato pressioni sul Legislatore al fine di non introdurre una disciplina eccessivamente restrittiva e con marcate limitazioni di carattere soggettivo. Anche in Italia è stato evidenziato che la regolamentazione approvata favorirà sicuramente le imprese che gestiscono i *big data* o le grandi società di marketing¹⁹.

Di sicuro, una normativa che permetta un controllo del cittadino sulle attività della Pubblica amministrazione è fondamentale; lo scopo è quello della prevenzione dei fenomeni corruttivi²⁰, un costo per l'Italia quantificato da *Transparency International* in oltre 60 miliardi di euro. Ma la trasparenza è anche uno strumento primario per operare il riavvicinamento del cittadino alla PA, rendendolo partecipe alla fase di controllo sul suo operato. Spetterà, in ogni caso, a quest'ultimo agire e farsi parte attiva, esercitare effettivamente quello *ius activae civitatis*, quel diritto di partecipare al controllo delle scelte e delle attività della pubblica amministrazione.

In conclusione, la normativa ha sicuramente un grande merito, che è quello di aver aperto, in netto ritardo rispetto ad altre esperienze, una porta, di aver posto al centro dell'agenda politica una problematica, quella dell'accesso Foia, fino ad oggi trascurata; bisogna fare in modo che questa porta

¹⁷ Questa disposizione è stata interpretata come particolarmente favorevole per i giornalisti; in tal senso E. C. Carroll, *Protecting the Watchdog: Using the Freedom of Information Act to Preference the Press*, in *Utah Law Review*, 2016, 2, 195.

¹⁸ Sul tema va ricordato quanto statuito nella decisione *Auto Safety v. EPA*, 731 F.2d 16, 21 (D.C. Cir. 1984), secondo la quale «the "segregability" requirement applies to all documents and all exemptions in the FOIA»; sul tema, M. Fenster, *The Implausibility of Secrecy*, in *Hastings Law Journal*, 2014, vol. 65, 345.

¹⁹ In tal senso, M. Longoni, *Pa trasparente. E sprecona. L'accesso gratuito ai dati in possesso della pubblica amministrazione non farà la felicità dei cittadini, ma dei guru del marketing e delle strategie aziendali*, in *Italia Oggi*, 23 maggio 2016,1.

²⁰ Sul controllo sociale in chiave anticorruzione, A. Di Mucci e D. Provvidenza Petralia, *Il principio di trasparenza tra ipertrofia regolamentare e debolezze del controllo sociale: il caso degli obblighi pubblicitari nel settore dei contratti pubblici*, in www.federalismi.it, 4/2016, 24 febbraio 2016, 7 ss.

non rimanga socchiusa ma venga definitivamente spalancata, al fine di rendere effettivamente possibile, come sottolineato dal Consiglio di Stato, quella rivoluzione copernicana che permetta di evocare la nota immagine cara a Filippo Turati della Pubblica Amministrazione come una “casa di vetro”. Solo con il raggiungimento di questo risultato, allora, l’accesso civico avrà assunto una fisionomia definitiva, ovvero di diritto fondamentale garantito al cittadino all’interno di una moderna democrazia.

Abstract

On 25 May 2016, the Italian Government approved the so called “Decreto trasparenza”, legislation that is compared to the American FOIA (Freedom of Information Act), i.e. that discipline that in the US allows citizens to know the actions of Government through access to public documents that Federal Agencies are required to make knowable, unless the object of the request is not included in one of the nine Exemptions.

The decree was published on the Official gazette on 8 June 2016 but many criticisms have been raised, since the approved legislation leaves too much discretion to the PA, who can easily circumvent the right to know of citizens.

These issues will be analyzed during the brief speech, which will focus precisely on the parallelisms and differences with the FOIA, especially in the field of civic access limits, according to art. 6 of the aforementioned decree.

Il canone della trasparenza e la prevenzione dei fenomeni corruttivi nell'Unione europea: il ruolo del Mediatore europeo

Sommario: 1. Cenni al ruolo e alle funzioni del Mediatore europeo - 2. La trasparenza come strumento di prevenzione di vicende di *maladministration* nel contesto sovranazionale - 3. L'*Ombudsman* in azione: la dimensione della trasparenza ed il fenomeno delle *revolving doors* - 3.1 (*segue*): il profilo della trasparenza nelle attività di lobbying della Commissione europea - 3.2 (*segue*): richiesta di accesso e pubblicazione dei documenti nell'ambito delle negoziazioni sul TTIP - 4. Qualche riflessione conclusiva: la promozione della trasparenza e l'approfondimento dei profili di *accountability* nell'operato del Mediatore europeo

1. Cenni al ruolo e alle funzioni del Mediatore europeo

Come noto, la figura dell'*Ombudsman* ha trovato ingresso nel contesto sovranazionale proprio attraverso il Trattato di Maastricht del 1992¹ ed, attualmente, trova la sua base legale negli artt. 20, 24 e 228 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, nell'art.43 della Carta dei diritti fondamentali, nonché nello Statuto per l'esercizio delle funzioni del Mediatore e nelle relative disposizioni di esecuzione².

In particolare, l'art.228 TFUE conferisce al Mediatore europeo il potere di ricevere le denunce di qualsiasi cittadino dell'Unione o persona giuridica che abbia la sede sociale in uno Stato membro, riguardanti casi di cattiva amministrazione posta in essere da parte delle Istituzioni, degli organi o degli organismi dell'Unione europea.

Il Mediatore europeo ha, quindi, assunto la missione istituzionale di organismo preposto a contrastare casi di "cattiva amministrazione" posta in essere dalle principali Istituzioni e organi dell'Unione europea, con l'obiettivo ultimo di rafforzare gli strumenti di tutela dei diritti dei cittadini dell'Unione e migliorare l'efficienza dell'amministrazione sovranazionale.

Ciò posto, si ricordi brevemente che il Mediatore procede alle indagini ritenute giustificate sulla base delle denunce che vengono presentate direttamente, ovvero può, laddove lo ritenga necessario, avviare indagini di propria iniziativa³.

Due rapidi spunti sui possibili scenari. Da un lato, qualora il Mediatore europeo valuti che la denuncia rientri nel proprio mandato e sia ricevibile sulla base dei criteri definiti e trattati nello Statuto, può decidere di avviare un'indagine, informando il denunciante e l'Istituzione

¹ Sul tema, P. Bonnor, *The European Ombudsman: a nouvelle source of soft law in the European Union*, in *E.L.R.*, 2000, 1992; M.P.Chiti, *Il Mediatore europeo e la buona amministrazione comunitaria*, in *Riv.it. dir. pubbl.com.*, 2000; G. De Vergottini, *Ombudsman*, in *Enc. Dir. Vol.XXIX*, Milano, 1979; G. De Vergottini, *Difensore Civico*, in *Enc. Giur. Treccani*, Milano, 1988; G. Kucsko-Stadmlayer (cur.), *European Ombudsman-Institutions*, Austria, 2008; P.Kunlik, B. Jacobson, *Article 169, the Ombudsman and the Parliament in European Environmental Law Review*, 1997; B. Nascimbene, *Cittadinanza dell'Unione e ricorso al Mediatore europeo*, in *RIDU*, 1992; Brevemente, si ricordi che il Mediatore europeo esercita le sue funzioni in piena indipendenza, è eletto dal Parlamento europeo dopo ogni elezione per la durata dell'intera legislatura, il suo mandato è rinnovabile. Al primo Mediatore di nazionalità finlandese Soderman (1995-2003), è succeduto il greco Nikiforos Diamandouros (2003-2013) e, nel 2013, è stata nominata l'irlandese Emily O'Reilly, prima mediatrice donna attualmente in carica.

² Così, ai sensi dell'art.43 della Carta dei diritti fondamentali: «qualsiasi cittadino dell'Unione o qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di sottoporre al mediatore dell'Unione casi di cattiva amministrazione nell'azione delle istituzioni o degli organi comunitari, salvo la Corte di giustizia e il Tribunale di primo grado nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali».

³ Ai sensi dell'art. 2 dello Statuto: «alle condizioni e nei limiti stabiliti dai summenzionati trattati, il mediatore contribuisce a individuare i casi di cattiva amministrazione nell'azione delle istituzioni e degli organi comunitari, fatta eccezione per la Corte di giustizia e per il Tribunale di primo grado nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali, e a proporre raccomandazioni per porvi rimedio. L'azione di qualsiasi altra autorità o persona non può costituire oggetto di denunce presentate al mediatore».

interessata, la quale, entro tre mesi, può formulare un apposito parere⁴. Una volta ricevuto tale parere, il Mediatore lo comunica al denunciante, invitandolo al contempo a trasmettere eventuali osservazioni e, qualora ritenga che sia possibile chiudere le indagini, il caso viene archiviato con una decisione motivata, che sarà notificata sia al denunciante, sia all'Istituzione.

Laddove, invece, al termine della propria indagine, si riscontri un caso di cattiva amministrazione, in un primo momento, l'*Ombudsman* può tentare di cooperare con l'Istituzione interessata nel ricercare una conciliazione amichevole, atta ad eliminare i casi di cattiva amministrazione e a soddisfare la denuncia presentata. Viceversa, se non risulti possibile addivenire a siffatta conciliazione amichevole, il caso viene chiuso con una valutazione critica (le c.d. *critical remarks*), ovvero viene elaborata una relazione definitiva corredata da un progetto di raccomandazione.

In tal senso, in capo al Mediatore europeo grava il compito di segnalare alle Istituzioni europee interessate casi di *maladministration* e, al contempo, specificare quali debbano essere i criteri da adottare onde garantire una "buona amministrazione".

Sul punto, per quanto concerne la definizione generale di cattiva amministrazione necessaria al fine di comprendere e circoscrivere il ruolo istituzionale dell'*Ombudsman*, occorre ricordare che in un primo momento il Mediatore europeo affermò che: «si è in presenza di cattiva amministrazione allorquando un organismo pubblico non opera conformemente ad una norma o ad un principio per esso vincolante». Statuizione successivamente integrata in virtù della quale: «quando l'*Ombudsman* verifica se una istituzione comunitaria o un altro organismo hanno agito in conformità alle norme ed ai principi per essi vincolanti, il suo primo e più importante compito è quello di accertare se hanno agito legalmente»⁵.

Nondimeno, di fronte a tale riconoscimento, è stato anche adottato il *Codice europeo di buona condotta amministrativa* con il precipuo fine di garantire il diritto alla buona amministrazione, così come riconosciuto dall'art.41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ed inteso quale strumento e guida necessaria per le Istituzioni nello svolgimento delle loro funzioni⁶, ed essenziale per il Mediatore europeo nell'agire come organismo esterno di controllo.

Infine, a ben guardare, la lettura del quadro normativo offre un ulteriore elemento relativo al rilievo dato alle decisioni del Mediatore europeo: in effetti, malgrado il Mediatore goda di poteri di indagine più o meno ampi, deve essere tenuto a mente che le sue decisioni «non sono giuridicamente vincolanti e non creano obblighi giuridici azionabili in giudizio»⁷.

⁴ In virtù dell'art. 3 delle disposizioni di esecuzione «il Mediatore valuta se una denuncia rientri nel suo mandato e, in caso affermativo, se sia ricevibile sulla base dei criteri definiti nel trattato e nello Statuto; egli può chiedere al denunciante di fornire ulteriori informazioni o documenti prima di prendere una decisione. Qualora una denuncia esuli dal suo mandato o sia irricevibile, il Mediatore archivia il relativo fascicolo. Egli informa il denunciante della sua decisione rendendone noti i motivi. Il Mediatore può consigliare al denunciante di rivolgersi ad un'altra autorità».

⁵ Si è così espresso il Mediatore europeo nella sua relazione annuale del 1997 in risposta ad un invito del Parlamento europeo, che chiedeva di precisare il significato di *Maladministration*. L'anno successivo, il Parlamento europeo ha poi adottato una risoluzione con la quale è stata favorevolmente accolta tale definizione.

⁶ Più precisamente, a seguito di una indagine di propria iniziativa, il Mediatore europeo aveva presentato al Parlamento, in forma di relazione speciale, siffatto Codice. Il 6 settembre 2001 il Parlamento ha accolto positivamente tale proposta ed ha adottato una risoluzione mediante la quale si è approvato definitivamente il testo che codificava le norme per una buona condotta amministrativa da applicarsi alle Istituzioni europee ed ai loro amministratori e funzionari. In particolare, si ricordi che sulla base di quanto disposto da tale Codice, la nozione di cattiva amministrazione ricomprende sia un'amministrazione *illegittima*, ossia contraria al diritto dell'Unione europea ed ai Trattati, sia un'amministrazione *impropria*, ovvero quella che non risponde a criteri di trasparenza, efficienza, equità e correttezza dei rapporti con il pubblico.

⁷ Infatti, si ricordi che qualora l'Istituzione non risponda adeguatamente al progetto di raccomandazione, l'*Ombudsman* può come ultima ed unica azione sostanziale presentare al Parlamento europeo una relazione speciale affinché «siano prese le misure opportune».

Orbene, in siffatta prospettiva, l'obiettivo di tale scritto è quello di esaminare il ruolo che il Mediatore europeo sta svolgendo nella prevenzione di fenomeni corruttivi e vicende di *maladministration* nel contesto sovranazionale, ponendo particolare attenzione allo sviluppo ed approfondimento della dimensione della trasparenza, intesa come mezzo fondamentale per favorire forme diffuse di controllo democratico sul perseguimento delle funzioni istituzionali e per rafforzare gli strumenti di tutela dei diritti dei cittadini europei.

In effetti, l'analisi di alcuni rilevanti e recenti casi porrà in evidenza l'interessante e ancor più delicato compito che l'*Ombudsman* è chiamato a svolgere nel quadro politico istituzionale europeo.

2. La trasparenza come strumento di prevenzione di vicende di *maladministration* nel contesto sovranazionale

Premessi questi brevi cenni di carattere più generale e venendo alle questioni che maggiormente interessano la presente sede, come si diceva, la figura del Mediatore europeo è stata istituita con il precipuo obiettivo di sviluppare un'amministrazione democratica, responsabile e trasparente.

Sicché, ponendo l'attenzione al principio della trasparenza, del dialogo e della consultazione con la società civile nel quadro normativo europeo, giova innanzitutto ricordare come l'art.11 § 1-2 del TUE preveda che «le Istituzioni danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione; 2. Le Istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile; 3. Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate».

Inoltre, la diffusione della cultura della trasparenza, con particolare riferimento all'obbligo per le amministrazioni di rendere più aperti, accessibili e comprensibili i processi decisionali per migliorare la qualità dell'amministrazione e promuovere il pieno rispetto dei diritti dei cittadini, trova altresì fondamento nell'anzidetto Codice europeo di buona condotta amministrativa⁸.

Anche a livello unionale, dunque, il principio di trasparenza sta svolgendo un compito sempre più penetrante e delicato non solo per la conoscenza ai fini della partecipazione, ma anche nell'ottica dell'approfondimento di un controllo sociale diffuso nei confronti di chi esercita pubbliche funzioni, nonché avverso i risultati raggiunti e sull'utilizzo delle risorse umane ed economiche⁹.

In tale cornice ordinamentale, il tema della trasparenza ha, invero, assunto un ruolo vieppiù pregnante e centrale nell'operato dell'*Ombudsman*: è proprio attraverso una adeguata promozione della trasparenza che si è costantemente inteso intervenire per evitare accordi illeciti o corruttivi e, dunque, prevenire casi di cattiva amministrazione¹⁰.

⁸ Così, in tema di trasparenza il Codice prevede che: «i funzionari sono pronti a spiegare le proprie iniziative ed a motivare il proprio operato. Tengono adeguate registrazioni e sono disponibili all'esame pubblico della loro condotta, incluso il rispetto di questi principi del servizio pubblico».

⁹ Sul punto, I.Nicotra, *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale*, in www.federalismi.it, giugno 2015.

¹⁰ In questo senso si sono costantemente espressi i precedenti Mediatori europei. Parimenti, l'attuale Mediatrice europea Emily O'Reilly nella più recente relazione annuale al Parlamento europeo ha ribadito come «le denunce che si riferiscono alla mancanza di trasparenza nelle Istituzioni dell'Unione europea sono rimaste al primo posto dell'elenco delle denunce presentate alla Mediatrice europea. Le problematiche più comuni sono il rifiuto

Più specificamente, l'attenzione a siffatto canone si è nel tempo sostanziata sullo sviluppo della comprensibilità e conoscibilità dei processi decisionali, basati su informazioni che, nella misura del possibile e nel costante e attento bilanciamento con gli altri interessi e valori in gioco da tenere in considerazione caso per caso, devono divenire pubblicamente disponibili. Solo in tal modo, infatti, i cittadini possono venire a conoscenza dei risultati raggiunti e dell'utilizzo delle risorse umane ed economiche da parte di chi svolge pubbliche funzioni.

In via generale, le misure concretamente individuate dal Mediatore europeo includono la promozione delle regole sull'accesso del pubblico ai documenti¹¹ tali da garantire la trasparenza in tutte le istituzioni UE, nonché l'obbligo di assicurare l'accessibilità delle informazioni ad una pluralità indeterminata di soggetti e di diffonderle attraverso i propri siti istituzionali; la promozione di maggiore trasparenza nelle procedure UE in ambiti quali le assunzioni, gli appalti e le sovvenzioni, la collaborazione con il Garante europeo della protezione dei dati al fine di bilanciare il diritto alla protezione dei dati e il diritto all'accesso del pubblico ai documenti, unitamente alla regolare diffusione di informazioni alle parti interessate nelle 24 lingue ufficiali dell'Unione Europea¹².

Ora, nell'ottica di tale contributo, la richiamata prospettiva induce a stringere la lente focale su alcuni casi di particolare rilievo e paradigmatici per la comprensione degli strumenti utilizzati e delle modalità attraverso cui il Mediatore europeo è intervenuto per potenziare la trasparenza e la responsabilità democratica dei processi decisionali e amministrativi delle istituzioni dell'UE, onde far emergere vicende di *maladministration* e fenomeni corruttivi.

3. L'Ombudsman in azione: la dimensione della trasparenza ed il fenomeno delle *revolving doors*

Il fenomeno delle cosiddette *revolving doors* è stato preso in considerazione dal Mediatore europeo nell'ambito di un'indagine avviata a seguito di una serie di denunce presentate da parte di cittadini ed alcune ONG¹³. Più precisamente, nel corso del 2012 e del 2013, alcune Organizzazioni non governative avevano evidenziato come l'assenza di una adeguata regolamentazione relativa al fenomeno delle "porte girevoli" all'interno della Commissione europea avesse prodotto rischi particolarmente elevati di conflitti di interesse in capo a tali soggetti.

Il Mediatore europeo decise, pertanto, di avviare un'indagine volta a chiarire, da un punto di vista sistemico, le modalità attraverso cui la Commissione europea gestiva tale fenomeno.

Pur non potendo in questa sede ripercorrere in maniera più approfondita gli aspetti principali del caso *de quo*, ciò che preme evidenziare è come, in effetti, il Mediatore individuò su alcuni aspetti della normativa relativa alle *revolving doors* un esempio di *cattiva amministrazione*. Da ciò conseguendone l'emanazione di una raccomandazione, la quale espressamente indicava

di concedere l'accesso ai documenti e/o informazioni» e, in tale direzione, ha confermato la propria missione istituzionale concernente la promozione della trasparenza.

¹¹ In questo senso, il riferimento normativo si rinviene nel Regolamento(CE)n.1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione.

¹² Cfr. G. Kucsko-Stadlmayer (cur.), *European Ombudsman-Institutions*, Austria, 2008 e F. Preite, *Atti notarili nel diritto comunitario e internazionale. Vol III*, Torino, 2011.

¹³ Ci si riferisce ai casi 2077/2012/TN e 1853/2013/TN contro la Commissione europea avviati a seguito di denunce presentate da alcune ONG tra cui *Greenpeace*, *Corporate Europe Observatory*, *Lobbycontrol* e *Spinwatch* che, a tutela della trasparenza istituzionale, avevano rilevato violazioni del diritto UE della disciplina relativa, in particolare, al passaggio di personale tra l'Esecutivo europeo e lo svolgimento di attività di lobbying.

e suggeriva una serie di linee guida necessarie per un'adeguata implementazione di tale disciplina¹⁴.

Nell'ottica del presente contributo, tuttavia, giova soffermare l'attenzione sui profili inerenti lo sviluppo della trasparenza nella disciplina del fenomeno in esame, in quanto, nella anzidetta Raccomandazione, il Mediatore si è pronunciato ponendo particolare attenzione a questo aspetto: «solo se i cittadini sono debitamente informati sulle regole e procedure previste dalla Commissione, si attenuano i sospetti ed i dubbi sui possibili conflitti di interesse. Parimenti, è solo attraverso la promozione della trasparenza che è possibile valutare se (anche) le Istituzioni dell'Unione europea rispettano determinate regole»¹⁵.

Dunque, proprio allo scopo di sviluppare le regole sulla condotta e sull'etica, l'*Ombudsman* aveva ritenuto innanzitutto necessaria la pubblicazione delle informazioni sul personale ex art. 16(4) dello *Staff Regulation*¹⁶. Ulteriormente, tra i punti indicati spicca(va) l'esigenza di consentire il diritto di accesso, al fine di sviluppare il profilo degli *open data* attraverso la pubblicazione dei nominativi dei dipendenti in questione, del ruolo svolto all'interno della Commissione e da svolgersi nella nuova posizione, e delle conclusioni raggiunte dalla Commissione relativamente ai possibili conflitti di interesse in ogni singolo caso¹⁷.

Ebbene, vale la pena di sottolineare come tale indagine abbia sortito esiti positivi in quanto, una volta decorso il termine previsto dallo Statuto del Mediatore europeo per la risposta dell'Istituzione interessata, la Commissione si è in effetti conformata ai principali suggerimenti sopraindicati, provvedendo ad implementare le regole concernenti la pubblicazione dei nomi di alcuni dipendenti e ad aggiornare la disciplina sulla regolamentazione dei trasferimenti dei *Senior officials*.

3.1 (segue): il profilo della trasparenza nelle attività di *lobbying* della Commissione europea.

Come si diceva, il Mediatore europeo può anche avviare indagini di propria iniziativa laddove lo ritenga necessario e salvo che i fatti in questione non siano già oggetto di un procedimento giudiziario.

Secondo questa impostazione, nel corso del 2014, il Mediatore europeo ha deciso di ricorrere all'art.3 dello Statuto ed avviare un tale tipo di indagine nei confronti delle procedure riguardanti il ruolo dei gruppi di pressione e, più generalmente, dell'attività di *lobbying* esercitata a Bruxelles presso la Commissione europea.

¹⁴ Come emerge dalla Raccomandazione sul caso 1853/2013/TN, il Mediatore aveva ritenuto necessario: - Una approfondita analisi del *curriculum vitae* dei soggetti esterni all'Istituzione; - una precisa disciplina in tema di conflitti di interesse con un meccanismo di allerta applicabile ad ogni DG; - una valutazione delle singole *applications* da parte di soggetti esterni ed indipendenti; - l'individuazione di un Codice etico applicabile ai funzionari; - una seria ed adeguata implementazione delle regole relative alla pubblicazione dei dati concernenti i *senior officials*, nel rispetto del Regolamento 45/2001; - la creazione di un "registro centralizzato" contenente le *applications* dei dipendenti e utile alla verifica di eventuali conflitti di interessi per i futuri consulenti.

¹⁵ Cfr. punto 45 della Raccomandazione in oggetto.

¹⁶ In virtù del quale ogni Istituzione deve pubblicare annualmente le informazioni sull'implementazione dell'art. 16(3), il quale dispone che agli ex dipendenti deve essere fatto divieto nei dodici mesi successivi la scadenza del loro ruolo, di instaurare rapporti di consulenza o *lobbying* con l'Istituzione interessata.

¹⁷ Sul punto, il Mediatore europeo aveva ritenuto che siffatta proposta non contrastasse con la disciplina prevista in tema di protezione dei dati personali disciplinata dal Regolamento 45/2001. Seguendo il ragionamento dell'*Ombudsman*, invero, nel bilanciamento tra gli interessi in gioco, ossia la tutela della privacy dei dipendenti, da un lato, e l'interesse pubblico di conoscere se i soggetti interessati agiscono o meno nell'interesse dell'Unione europea, dall'altro, in questo caso, quest'ultimo doveva prevalere.

Com'è ormai ben noto, i c.d. gruppi di esperti svolgono un ruolo particolarmente pregnante ed influenzano l'elaborazione delle politiche ed il processo decisionale anche all'interno della Commissione europea, attraverso la produzione di opinioni, raccomandazioni e pareri circa (i) la predisposizione di proposte legislative e iniziative politiche nell'ambito del diritto di iniziativa della Commissione; (ii) l'elaborazione di norme delegate e l'implementazione di esistenti legislazioni, programmi e politiche¹⁸.

In tale prospettiva ed in ragione dell'assenza di un'adeguata normativa in materia, il Mediatore europeo è intervenuto di fatto rilevando un esempio di cattiva amministrazione in riferimento proprio alla gestione del lobbismo all'interno della Commissione.

Più precisamente, benché le attività di *lobbying* non risultino essere espressamente disciplinate dai Trattati, l'*Ombudsman* aveva ritenuto che fosse stato violato l'obbligo di «mantenere un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione»¹⁹.

Orbene, nella raccomandazione emanata al termine di tale indagine, il Mediatore europeo ha indicato alla Commissione cinque principali proposte.

Innanzitutto, si è suggerito di pubblicare una *call for applications* per consentire una selezione più trasparente dei gruppi di esperti, sì da rendere le consultazioni note a tutti e, di conseguenza, favorire una più ampia partecipazione ai procedimenti in oggetto. In secondo luogo, si è suggerita l'adozione di nuove disposizioni concernenti la definizione delle regole sui conflitti di interesse dei singoli esperti²⁰, nominati sulla base delle loro capacità professionali e personali.

Inoltre, il punto *E.* di tale Raccomandazione si occupa, specificamente, dei profili relativi allo sviluppo del canone della trasparenza, avendo particolare riguardo agli aspetti inerenti gli obblighi di pubblicazione e conoscibilità delle informazioni da parte dei consociati.

Lo scopo perseguito da tale documento andava quindi nella direzione di sviluppare una *full transparency* nella gestione e funzionamento delle attività di lobbying, affinché i cittadini potessero venire a conoscenza dei dati e degli interessi ivi considerati, evitando ed eliminando ingiustificati ostacoli. Così, l'*Ombudsman* ha innanzitutto suggerito di estendere anche ai gruppi di esperti l'obbligo della registrazione presso l'apposito "Registro della Trasparenza della Commissione europea" e di inserire un link diretto tra la pagina istituzionale web di ogni membro ed il relativo profilo nel suddetto Registro.

Ancora, il Mediatore europeo ha evidenziato l'importanza di rendere pubbliche le minute dei meeting, per identificare i soggetti che vi partecipano e rendere noto il contenuto sostanziale delle discussioni e decisioni²¹. In tal senso, si inserisce anche la richiesta avanzata di poter aver accesso, in via preventiva, alla pubblicazione dell'agenda, dei documenti e dei relativi cd. *background documents*.

Ebbene, facendo seguito a tale raccomandazione, la Commissione ha in effetti accolto alcune delle proposte avanzate, innanzitutto accettando di adottare nuove previsioni nella gestione dei conflitti di interesse dei singoli esperti. Sono state, inoltre, implementate le regole concernenti

¹⁸ Si pensi che ad aprile 2015, il numero dei gruppi di esperti coinvolti in tali attività è arrivato a 830, con più di 25000 membri. Tra essi, si annoverano: soggetti singoli che sulla base delle qualità professionali e personali sono nominati in qualità di esperti indipendenti; singoli nominati per rappresentare gli interessi di differenti stakeholders; organizzazioni di vario tipo, tra cui associazioni, organizzazioni non governative, università, centri di ricerca, agenzie, organizzazioni internazionali; autorità nazionali.

¹⁹ Art. 11, § 2 TUE.

²⁰ Cfr. punti da 25 a 29 della Raccomandazione.

²¹ In conformità con quanto disposto dal regolamento(CE)n.1049/2001, del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione.

le *call for applications*, ed è stato introdotto l'obbligo di registrazione nell'apposito Registro della Trasparenza per i gruppi di esperti, così come indicato dal Mediatore. Tuttavia, deve essere tenuto a mente che in questo caso non è ancora possibile valutare con precisione gli effetti di siffatta raccomandazione in quanto la Commissione deve ancora fornire un'adeguata risposta: in conformità con l'art.3(6) dello Statuto, la Commissione, è tenuta, infatti, entro il 30 maggio a rispondere ai punti sollevati nella Raccomandazione ed inviare al Mediatore europeo la sua opinione, nella quale dovrà indicare come sono state accettati ed implementati i suggerimenti ivi individuati.

3.2 (segue): richiesta di accesso e pubblicazione dei documenti nell'ambito delle negoziazioni sul TTIP

Venendo a questioni di ancor più stringente attualità, il Mediatore europeo sta svolgendo una funzione di particolare rilievo anche nell'ambito delle negoziazioni sul *TTIP (The Transatlantic Trade and Investment Partnership)*.

Infatti, come noto, e nel procedere con alcune necessarie semplificazioni, nel giugno 2013, il Consiglio dell'Unione europea ha conferito alla Commissione europea il potere di concludere, per conto dell'Unione europea, una serie di negoziazioni, accordi commerciali e di investimenti con gli Stati Uniti.

L'indagine di "propria iniziativa" è stata avviata dal Mediatore europeo poiché un anno dopo la sua adozione, il mandato di negoziato sul partenariato transatlantico per il commercio e gli investimenti non era ancora stato pubblicato e non si era registrata, pertanto, una adeguata diffusione di tali documenti. Ritenendo di interesse pubblico la desecretazione di tali documenti, il Mediatore ha invitato il Consiglio a divulgare e rendere accessibili il mandato a negoziare sul partenariato transatlantico per il commercio e gli investimenti²².

Di talché, facendo seguito a questa indagine, il Consiglio dell'UE ha espressamente riconosciuto l'importanza di mantenere un alto livello di trasparenza a tal riguardo, specificando altresì che lo stesso Presidente italiano in carica aveva già deciso di avviare delle consultazioni con i singoli Stati membri anche al fine di valutare se tali direttive potessero essere rese note al pubblico e, in linea (anche) con quanto richiesto dall'*Ombudsman*, ha da ultimo deciso di pubblicare siffatte *TTIP negotiations directives*.

4. Qualche riflessione conclusiva: la promozione della trasparenza e l'approfondimento dei profili di *accountability* nell'operato del Mediatore europeo

Alla luce di quanto esposto, è possibile abbozzare alcune considerazioni di chiusura circa le modalità attraverso cui tale peculiare organismo ha vieppiù interpretato, in piena autonomia e indipendenza, la propria missione istituzionale volta a garantire nel contesto sovranazionale, un'amministrazione democratica, responsabile e trasparente.

Si è innanzitutto visto come, a differenza di un organo giurisdizionale, le decisioni del Mediatore non abbiano carattere giuridicamente vincolante, non potendo quindi direttamente

²² Ci si riferisce al Caso OI/11/2014/RA relativo alla richiesta di accesso a informazioni e documenti nell'ambito del *TTIP*. Si ricordi altresì come, durante tale indagine, il Mediatore europeo ha inviato una lettera al Presidente italiano del Consiglio UE per sollecitare e sottolineare l'importanza di poter aver accesso a questi documenti, evidenziando come «...Releasing this particular document could thus serve to enhance the legitimacy, in the eyes of citizens, not only of the negotiation process, but also of the Council's balancing of the interests in disclosure and confidentiality in future cases».

comminare all'istituzione interessata alcun tipo di sanzione, ovvero obbligare l'amministrazione in questione a modificare il proprio comportamento²³. Tuttavia, i casi che, in tale sede, si è scelto di prendere in considerazione costituiscono validi e paradigmatici esempi di come anche le raccomandazioni dell'*Ombudsman* europeo, se caratterizzate da argomentazioni forti e tali da intercettare adeguatamente un certo interesse pubblico, siano in grado di stigmatizzare casi di cattiva amministrazione e ricevere un'adeguata risposta da parte delle istituzioni direttamente interessate.

Ulteriormente, alzando lo sguardo al contesto sovranazionale, si è potuto osservare come la tutela di vicende di *maladministration* - intesa in un'accezione particolarmente ampia di cui si è dato conto - passi innanzitutto per l'attenzione e la promozione della dimensione della trasparenza, che diviene lo strumento principale per prevenire fenomeni corruttivi, rendere conoscibile ai cittadini l'azione delle amministrazioni, instaurando così forme di *accountability* dirette (anche) nei confronti delle Istituzioni europee.

In particolare, attraverso gli esempi riportati, si sono volute evidenziare le differenti sfaccettature che può assumere il *diritto alla trasparenza*. In primo luogo, inteso come meccanismo volto ad assicurare l'accesso al patrimonio informativo pubblico attraverso forme di pubblicazione in forma riassuntiva e pur nel rispetto di un attento bilanciamento dei valori in gioco, si da consentire ai consociati di controllare e valutare l'operato dei propri rappresentanti, titolari di incarichi pubblici. Esempio in questa prospettiva e in un'ottica di particolare ampiezza, è stato il ruolo svolto dal Mediatore europeo nell'ambito della richiesta di accesso ai documenti relativi al *TTIP*. Inoltre, l'attenzione ai profili concernenti la promozione della dimensione della trasparenza, da cui discende direttamente l'approfondimento ed il rafforzamento di forme di *responsabilità* in capo alle stesse istituzioni sovranazionali, con particolare riguardo all'ambito dei procedimenti legislativi e decisionali. In tale ottica, si innestano appieno le decisioni e raccomandazioni inerenti il fenomeno delle porte girevoli all'interno della Commissione e quelle concernenti lo sviluppo della trasparenza nelle attività di lobbying.

E', dunque, attraverso l'eliminazione di ogni ostacolo ad un completo accesso al patrimonio informativo pubblico che può inverarsi ed essere approfondito un controllo sociale diffuso. E, invero, in questa direzione sembra indirizzarsi (anche) l'operato del Mediatore europeo: proprio perché "la trasparenza è una condizione indispensabile per il funzionamento della democrazia e senza trasparenza i cittadini non possono dare un consenso informato all'azione dei governi, discutere o criticare in maniera fondata"²⁴, nel quadro politico ed istituzionale sovranazionale, la promozione di siffatta dimensione sembra viepiù rappresentare uno degli strumenti funzionali per incidere sulle - e chiedere conto delle - scelte adottate dalle Istituzioni con l'obiettivo ultimo di combattere vicende di *maladministration* e fenomeni corruttivi.

Abstract

The European Ombudsman investigates complaints about maladministration in the institutions and bodies of the European Union with the aim of strengthening the protection of rights and interests of the European citizens and improving the efficiency of supranational administration. In this regard, the

²³ Cfr. L. Raimondi, *Il Mediatore europeo e mezzi di ricorso giurisdizionale*, in *DUE*, 2004; P. Dollatz, *Les protections non juridictionnelles du citoyen européen*, in *La Citoyenneté européenne théorie et status*, Bruxelles, 2008.

²⁴ J. Lodge, *Transparency and democratic legitimacy*, in *Journal of common market studies*, 1994.

CHIARA SORBELLO

diffusion of a culture of transparency is becoming increasingly significant to prevent instances of maladministration.

In this contest, the paper focuses on the role of the European Ombudsman in such sense. To this purpose, specific attention is drawn to several recent cases, such as the inquiry concerning transparency and public participation in relation to the TTIP negotiations, the consultation for lobbying transparency and the “revolving door” case in the Commission, as examples of the institutional mission of the European Ombudsman.

Lotta all'evasione e alla pianificazione fiscale aggressiva: la risposta multilaterale dell' OECD e prospettive

Sommario: 1. Premessa – 2. Il multilateralismo: una parentesi teorica – 3. I “tentativi” di introdurre il multilateralismo in ambito tributario – 4. Il multilateralismo nella “versione” OECD: il progetto BEPS – 5. Conclusioni

1. Premessa

La progressiva disgregazione della catena Stato-territorio-ricchezza, amplificata dalla dematerializzazione dell'economia, hanno messo a nudo l'inefficienza dei tradizionali sistemi fiscali, saldamente ancorati al territorio.¹

Il trasferimento della ricchezza da Stati ad alta fiscalità ad altri a bassa fiscalità, pur non essendo particolarmente recente, è, tuttavia, cresciuto esponenzialmente per dimensioni e fenomenologia. La perdita di controllo sull'imponibile e sui relativi flussi finanziari, acuita, altresì dalla scarsa trasparenza a livello informativo degli stati a bassa fiscalità, ha contribuito ad alimentare la spirale illegalità, economia, corruzione.

Da decenni è matura a livello internazionale la consapevolezza della necessità di una risposta multilaterale per fronteggiare i fenomeni corruttivi²: la Convenzione degli Stati Americani, firmata a Caracas il 29 marzo 1996; nel contesto Europeo, la Convenzione del 26 Maggio 1997 relativa alla lotta alla corruzione quando sono coinvolti funzionari UE; oltre alle numerose iniziative a livello ONU, OECD e del Consiglio d'Europa.

È diffusa, in sostanza, la necessità di un approccio corale al cospetto di un fenomeno che ha assunto proporzioni globali.

In materia tributaria, per contro, il primo tentativo di introduzione di un trattato multilaterale è esperienza recentissima, anche se l'esigenza di fronteggiare i fenomeni evasivi, elusivi, ed abusivi a rilevanza transnazionale è risalente. L'ostacolo, tradizionalmente, è la riottosità degli Stati ad abdicare “quote” di sovranità, in particolar modo sovranità fiscale.

Non a caso, l'OECD presenta la XV azione del Base Erosion and Profit Shifting come strumento innovativo³ per fronteggiare la sfida “fiscale” alla globalizzazione e ai connessi fenomeni di erosione delle basi imponibili degli Stati⁴.

È noto, infatti, che tale specifica *action* del progetto BEPS mira a sviluppare il multilateralismo come misura strumentale e complementare agli altri obiettivi dell'*action plan*, giacché ritenuto più adatto ed efficiente rispetto alle convenzioni bilaterali esistenti.

In altri termini, il multilateralismo è elevato a meccanismo procedurale di garanzia per l'implementazione di tutti gli altri interventi volti a contrastare i fenomeni erosivi.

* Il *paper* riprende spunti e riflessioni della relazione presentata nelle XXVIII *Jornads Latinoamericanas de Derecho Tributario*- ILADI, 8-13 novembre 2015, Città del Messico dal Prof. L. del Federico e Dr. Silvia Giorgi.

¹ S. Cipollina, *I redditi “nomadi” delle società multinazionali nell'economia globalizzata*, in *Riv. Dir. fin e sc. Fin.*, 2014, 1, 2.

² G. De Amicis, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale: verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziaria*, Milano, 2007, 52.

³ Lo stesso *action plan* parla, infatti, espressamente di *innovative approach*.

⁴ Si riporta per comodità il contenuto dell'azione n. 15 *Develop a multilateral instrument*: «Analyse the tax and public international law issues related to the development of a multilateral instrument to enable jurisdictions that wish to do so to implement measures developed in the course of the work on BEPS and amend bilateral tax treaties. On the basis of this analysis, interested Parties will develop a multilateral instrument designed to provide an innovative approach to international tax matters, reflecting the rapidly evolving nature of the global economy and the need to adapt quickly to this evolution».

Sembra, dunque, intrapreso un percorso di convergenza nelle più recenti iniziative europee ed internazionali verso un'attività di coordinamento multilaterale⁵, attraverso l'abbandono del bilateralismo o, dell'unilateralismo; si tratta di una risposta pressoché "fisiologica" all'economia globale⁶.

Sono, infatti, numerose le pressioni per un approccio più cooperativo tra gli stati in contesti via via più ampi: dal "regionalismo" europeo, al "semi - universalismo" OECD⁷.

Ma è l'esigenza di contrasto alla pianificazione fiscale aggressiva a imporre una soluzione concertata attraverso la "sperimentazione tributaria" del multilateralismo su scala pressoché globale.

Si pone, quindi, il problema di valutare la praticabilità, l'effettività e l'efficienza di tale strumento rispetto alle sfide della fiscalità globale e globalizzata; di collocare i trattati multilaterali all'interno della gerarchia delle fonti nazionali, di coordinarli con i trattati bilaterali esistenti e con le fonti dell'Unione Europea, nonché di garantirne l'omogeneità interpretativa e, soprattutto, l'*enforcement*.

Il neo - nato multilateralismo "tributario" deve, in sostanza, testare la propria efficacia, affrontando le problematiche teoriche e applicative in cui si è già "imbattuto" il più assodato e consolidato multilateralismo affermatosi nel diritto pubblico internazionale.

2. Il multilateralismo: una parentesi teorica

È noto che il multilateralismo, scarsamente applicato in materia tributaria tanto da indurre l'OECD a qualificarlo "approccio innovativo, senza precedenti nell'esperienza mondiale", è, invece uno strumento ampiamente utilizzato in altri ambiti, segnatamente nel commercio internazionale, tanto da divenire termine di uso corrente a partire dalla fine del secondo conflitto mondiale.

Può essere interessante rammentare che, nella prospettiva italiana, la prima monografia dedicata al tema è quella del Prof. Guido Carli, pubblicata nel 1955⁸, che ricostruisce i principi generali della politica di controllo dei cambi proprio attraverso il passaggio dagli accordi bilaterali a quelli multilaterali. Nel settore dei pagamenti e delle monete, infatti, il termine indicava le intese mediante le quali si accettava come pratica generalizzata la convertibilità della valuta e la libera circolazione dei capitali⁹.

Nell'ambito del commercio, invece, il multilateralismo designava gli accordi con i quali si stabiliva l'applicazione del principio della nazione più favorita: alla fine della seconda guerra mondiale era visto come perno del liberismo economico volto a soppiantare il protezionismo del sistema precedente¹⁰. Non a caso, l'accordo generale sul commercio e le tariffe (GATT), riprodotto nell'organizzazione mondiale del commercio (OMC)¹¹ introduceva il regime multilaterale mediante cui, in ossequio al principio di non discriminazione, qualsivoglia accordo bilaterale di riduzione delle tariffe commerciali veniva esteso ai tutti i paesi membri sulla base del principio della nazione più favorita.

⁵ F. Vanistendael, *Are BEPS, FATCA and EU Compliance Efforts Moving in the Same Direction?*, in *Tax Notes Int.*, 2014, 75, 395.

⁶ G. Carli, *Gruppi di società, fattore produttivo fiscale e organizzazione aziendale stabile*, in *Dir. Prat. trib.*, 1986, 1183 segnalava la necessità di collaborazione e di considerazione delle norme di altri paesi.

⁷ F. Amatucci, *L'adeguamento dell'ordinamento tributario nazionale alle linee guida dell'OCSE e UE in materia di lotta alla pianificazione fiscale aggressiva*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2015, 3.

⁸ G. Carli, *Verso il multilateralismo degli scambi e la convertibilità delle monete*, Roma, 1955.

⁹ R.W. Cox, *Multilateralism and World Order in Review of International Studies*, 1992, 18, 161.

¹⁰ F. Attinà, *La scelta del multilateralismo. L'Italia e le operazioni di pace*, Milano, 2009, 18.

¹¹ Sull'indagine volta a soluzioni unilaterali, bilaterali, regionali o multilaterali si veda A. Tizzano, *Appunti sulla cooperazione internazionale in tema di concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 1999, 4, 695.

Nonostante la mancanza di una definizione univocamente appagante di multilateralismo, il *minimum* definitorio su cui la dottrina pare concordare è “la pratica di coordinare le politiche nazionali in gruppi di tre o più stati”¹².

Pur nel suo “minimalismo”, tale definizione ha il pregio di cogliere sia il profilo quantitativo sia quello qualitativo dello strumento multilaterale: riassume, infatti, da un lato, la volontà degli stati di condizionare le loro azioni attraverso decisioni collettive; dall’altro, fissa la soglia minima concernente il numero di stati necessari ai fini della qualificazione¹³.

L’elemento che sembra, poi, accomunare le diverse espressioni del multilateralismo – politico, economico, giuridico che sia – è il suo fondarsi sull’esistenza di uno o più principi sulla base dei quali vengono prodotti beni pubblici. Si tratta, in sostanza, di principi generali a fronte dei quali gli interessi singoli e contingenti degli Stati sono destinati a soccombere¹⁴: non dovrebbe, quindi, essere una pratica occasionale e strumentale, bensì “obbligata” giacché indivisibile e caratterizzata da diffusa reciprocità. L’adesione ai principi dovrebbe, quindi, essere integrale e inderogabile in modo tale che ogni stato ottenga dalle pratiche multilaterali gli stessi benefici degli altri stati.

Una volta individuato il principio o i principi generali e condivisi quali fondamenta della costruzione multilaterale, gli aderenti individuano nel multilateralismo una scelta stabile di soluzione dei problemi di ciascuno di essi, beneficiando della diffusa reciprocità.

I caratteri essenziali del multilateralismo, accedendo a siffatta ricostruzione, sarebbero da individuarsi nella non discriminazione, reciprocità e *self – restraint*.

Secondo le tesi c.d. “costruttiviste”, la pratica multilaterale si erge a punto di composizione degli interessi nazionali giacché, da un lato, riduce i costi di transazione¹⁵; dall’altro, svolge una funzione pressoché “pedagogica” e osmotica, facendo circolare e, progressivamente, assimilare valori e comportamenti comuni, con il complessivo vantaggio di ridurre il rischio di violazioni¹⁶.

Al contempo, il multilateralismo promuove l’uguaglianza degli stati, tamponando la “preminenza” di eventuali stati dominanti¹⁷, ferma restando la tendenza a sottrarsi a tale principio¹⁸ attraverso la coesistenza di iniziative multilaterali e regionali/minilaterali.

Non a caso, negli ultimi anni, si registra una combinazione tra forme di cooperazione multilaterale e regionale, tanto da far parlare di “nuovo multilateralismo”¹⁹, quale azione sinergica e cooperativa tra livelli multilaterali e regionali. Il caso emblematico, nell’ambito del multilateralismo della sicurezza e della pace, è proprio il rapporto tra l’azione globale dell’ONU e quella di organizzazioni regionali quale l’Unione Europea²⁰, da sempre impegnata sul versante del multilateralismo cooperativo²¹.

¹² R.O. Keohane, *Multilateralism: An Agenda for Research*, in *International Journal*, 1990, 45, 731.

¹³ R. Corbetta, W.J. Dixon, *Multilateralism, Major Powers, and Militarized Disputes*, in *Political Research Quarterly*, 2004, 57, 1, 6.

¹⁴ J.G. Ruggie, *Multilateralism: the anatomy of an institution*, in J.G. Ruggie, *Multilateralism Matters. The theory and praxis of an institutional form*, New York, 1993, 11, parla di «principles which specify appropriate conduct for a class of actions, without regard of the particularistic interest of the parties or the strategic exigencies that may exist in any specific occurrence».

¹⁵ E.G. costi per la raccolta di informazioni, contrattazione esecuzione e applicazione delle norme.

¹⁶ J.G. Ruggie, *Multilateralism: the anatomy of an institution*, cit.

¹⁷ A.D. Lake, *American hegemony and the future of East-West relations*, in *International Studies Review*, 2006, 8, 425.

¹⁸ F. Attinà, *La scala del multilateralismo*, cit., 22 il quale cita, a titolo esemplificativo, a livello mondiale, nell’ambito del multilateralismo della sicurezza, la clausola del diritto di veto degli stati membri permanenti del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite.

¹⁹ U. Leanza, *Il nuovo multilateralismo nel mantenimento della pace: Nazioni Unite ed Unione Europea*, in *Comunità Internazionale*, 2007, 1, 51.

²⁰ Si veda S. Cassese, *L’Unione Europea come organizzazione pubblica composita*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 5, 987.

²¹ Si veda, ad esempio, la Comunicazione della Commissione Europea al Consiglio e al Parlamento Europeo del 10 settembre 2003, *L’Unione europea e le Nazioni Unite: la scelta del multilateralismo*, in cui viene ribadito a chiare lettere che «l’impegno per il multilateralismo è uno dei principi che definiscono la politica esterna dell’Unione europea»; o,

In ambito economico, la sovrapposizione tra diverse forme di integrazione, attraverso la diffusione, dopo l'inizio degli anni Ottanta, di accordi commerciali regionali, ha ridestato l'attenzione per lo studio dei rapporti tra multilateralismo e regionalismo commerciale, allo scopo di chiarire se quest'ultimo debba sempre essere considerato come un ostacolo al libero scambio mondiale o, se, invece, possa favorirlo.

In linea teorica, il regionalismo può, infatti, espandersi al punto da trasformarsi in liberalizzazione commerciale globale, implementando l'esito cooperativo, ovvero "ristagnare", frammentando l'economia globale in un conteso non cooperativo²².

Tuttavia, tale modello teorico trascura il fatto che i due livelli di integrazione non sono indipendenti ma interagiscono costantemente, sia in positivo, sia in negativo²³.

L'esistenza di forme di integrazione a geometrie variabili è, così, da taluni considerata sostenibile²⁴ attraverso la lettura del regionalismo quale strumento rafforzativo del multilateralismo, grazie alla capacità di compensare i soggetti danneggiati dalla liberalizzazione commerciale²⁵, da altri, viene, invece sottolineato come l'integrazione economica regionale aumenti il benessere dei paesi membri a discapito degli altri²⁶, secondo il meccanismo dei blocchi commerciali e, al contempo, favorisca, da parte di paesi non coinvolti nel processo di integrazione iniziale, la creazione di blocchi contrapposti, proprio allo scopo di compensare la perdita di benessere²⁷.

Al di là del giudizio di valore sui rapporti tra multilateralismo e minilateralismo, rimane come dato di fatto la coesistenza tra i due livelli e quindi l'ineludibile necessità di indagare gli effetti di interazione reciproca e le possibili modalità di coordinamento.

Problematica che, *mutatis mutandis*, non può che coinvolgere anche i rapporti tra strumento multilaterale e altre forme più "ristrette" di integrazione, in ambito tributario.

3. I "tentativi" di introdurre il multilateralismo in ambito tributario

L'approccio multilaterale, pur "soppiantato" dalla prevalenza delle convenzioni bilaterali è stato, tuttavia, una presenza costante nella "storia" del diritto tributario internazionale.

Emblematico in tal senso è il contributo delle organizzazioni internazionali²⁸ all'elaborazione dell'istituto del *transfer price*, cui è stata sin dall'inizio riconosciuta una funzione pre - legislativa sui paralleli sviluppi legislativi interni ai singoli stati²⁹: i lavori della Società delle nazioni che segnarono

ancora la Strategia di sicurezza presentata il 20 giugno 2003 dall'Alto rappresentante UE per la Politica estera e di sicurezza comune al Consiglio di Salonicco «dobbiamo costruire un ordine internazionale basato su un multilateralismo effettivo».

²² J. Bhagwati, D. Greenaway, A. Panagariya, *Trading preferentially: Theory and Policy*, in *The Economic Journal*, 1998, 108, 1128.

²³ F. Praussello, *Rapporti tra multilateralismo e regionalismo economico*, AUSE, Pavia, 2006, 3.

²⁴ C. Freund, *Multilateralism and the Endogenous Formation of Preferential Trade Agreements*, in *Journal of International Economics*, 2000, 52, 359; W. Ethiers, *Regionalism in Multilateral World*, in *Journal of Political Economy*, 1998, 106, 1214; A. Hillman, N. Long, N. P. Moser, *Modelling Reciprocal Trade Liberalization: The political Economy and national Welfare perspectives*, in *Swiss Journal of Economics and statistics*, 1995, 131, 503.

²⁵ O. Cadot, J. de Melo, M. Olarreaga, *Can Bilateralism Ease the Pains of Multilateral Trade Liberalization?*, in *European Economic Review*, 2001, 45, 27.

²⁶ J. Goto, K. Hamada, *Economic Integration and the Welfare of Those Who Are Left Behind: An Incentive - Theoretical Approach*, in *Journal of Japanese and International Economics*, 1998, 12, 25; P. Krugman, *Is Bilateralism Bad*, in E. Helpman, A. Razin, *International Trade and Trade Policy*, Cambridge, 1991.

²⁷ M. Gosh, *The Revival of regional Trade Arrangements: A GE Evaluation of the Impact of Small Countries*, in *Journal of Policy Modeling*, 2002, 24, 83.

²⁸ In generale sul ruolo delle organizzazioni internazionali per lo sviluppo del multilateralismo si veda AA.VV. (a cura di S.L. Rossi), *Le organizzazioni internazionali come strumenti di governo multilaterale*, Milano, 2006.

²⁹ G. Maisto, *Il «transfer price» nel diritto tributario italiano e comparato*, Padova, 1985, 24.

il passaggio dalla *unitary theory* alla *separate accounting theory* tra gli anni venti e gli anni trenta³⁰; il modello di Convenzione ONU, nonché quello OECE (poi divenuta OECD)³¹ fino al rapporto «Transfer Pricing and Multinationals» del 1979.

Le varie tappe del percorso - poi confluito nelle varie discipline nazionali e nelle specifiche convenzioni bilaterali - manifestano l'esigenza per l'individuazione di principi generali e condivisi, a fronte dei quali gli interessi dei singoli, eventualmente antagonisti, trovano composizione, la circolazione e l'osmosi dei principi, gli equilibri tra stati più potenti e paesi in via di sviluppo³².

La svolta, tuttavia, consiste nel passaggio da un generico approccio multilaterale ad una convenzione multilaterale vincolante per i contraenti.

La praticabilità di quest'ultima fu espressamente presa in considerazione tanto dalla Società delle Nazioni quanto dall'OECE e dall'ONU³³, ma scartata da entrambe giacché percorso impervio nel breve periodo, anche se auspicabile in quello medio - lungo.

Così, i tentativi volti a creare un vero e proprio trattato multilaterale fallirono, rimanendo allo stadio di "bozza"³⁴ e lo stesso Comitato degli Affari Fiscali dell'OECD, nella fase di elaborazione della Bozza di Convenzione del 1963 e del modello del 1977, nel valutare l'opportunità dello strumento multilaterale, espresse le proprie perplessità, soprattutto in termini di praticabilità effettiva dell'approccio "corale"³⁵.

La creazione di "modelli" di convenzione³⁶, base per i singoli trattati bilaterali, divenne così il placebo del multilateralismo, come fase intermedia in attesa di che i tempi - e con essi la maggior coesione economica e culturale tra gli stati - fossero maturi per il passaggio da un multilateralismo di *soft law* ad un multilateralismo di *hard law*.

Nonostante gli insuccessi delle organizzazioni internazionali, inaspettatamente, si può dire che il vero e proprio primo "esperimento" riuscito di convenzione multilaterale risalgia all'accordo del Sud - Est Europeo del 1922 sulla doppia imposizione, siglato da Austria, Ungheria, Italia, Romania ed il Regno di Serbi, Croati e Sloveni³⁷.

Occorre, poi, attendere gli anni Settanta per imbattersi in ulteriori convenzioni multilaterali in materia fiscale: le convenzioni multilaterali del 1977 e del 1978 sulla doppia imposizione tra i paesi dell'area COMECON (*Council of Mutual Economic Assistance*)³⁸ e, parallelamente, nel 1977, la prima

³⁰ Scanditi dai *Draft Model* del 1928 con la convergenza su 27 paesi sull'accordo e, poi, da quelli del 1933 e del 1935, fino al modello del Messico del 1943 e di Londra del 1946.

³¹ Le varie tappe del percorso com'è noto, sono scandite dal rapporto del 4 settembre 1958 su «The allocation of profits to permanent establishments and subsidiary companies», dal modello del 1963 e del 1977 e dai vari OECD Report (1979, 1984, 1987, 1992 e 1993 fino alle linee guida sul *Transfer pricing* 1995/1997).

³² È noto, infatti, che mentre l'ONU si era rivelato più sensibile alle esigenze dei paesi in via di sviluppo, l'OECD, invece, aveva tralasciato tali problematiche; su tali profili G. Maisto, *Il «transfer price» nel diritto tributario*, cit., 36.

³³ Si veda *United Nations, United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries* 12 (1980), in cui si legge testualmente che «The creation of a network of bilateral tax treaties based on a common model will be an important step on the way leading to the eventual conclusion of world - wide multilateral tax convention for the avoidance of double taxation. In the meantime, as an intermediate step, groups of countries might consider the possibility of negotiating regional or subregional multilateral tax conventions based on the United Nations Model Convention but adjusted to their requirements and the characteristics of their region or subregion».

³⁴ Si veda, ad esempio, il *draft* del 1931 *for a Plurilateral Convention for the Prevention of the Double Taxation of Certain Categories of Income* del Comitato Fiscale della Società delle Nazioni.

³⁵ Cfr. Par. 37 e 40 dell'Introduzione al Commentario sul Modello di Convenzione del 1977.

³⁶ Si veda H.J. Ault, *The importance of International Cooperation in Forging tax Policy*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2001, 26, 1684 secondo cui «we already have a multilateral treaty in the Organization of Economic cooperation and Development», ricordando, altresì, che perfino l'American Law Institute Study ha espressamente riconosciuto che «the OECD Model has almost acquired the status of an international agreement».

³⁷ H. Loukota, *Multilateral Tax Treaty Versus Bilateral Treaty Network*, in M. Lang, H. Loukota, A.J. Rädler, J. Schuch, G. Toifl, C. Urtz, J. Wessermeyer, M. Züger M. (cur.), *Multilateral Tax Treaties*, London, 1998, 86.

³⁸ T. Nagy, *CMEA: Multilateral Agreements for the Avoidance of Double Taxation*, in *Intertax*, 1980, 174; v. pure V. Uckmar, *I trattati internazionali in materia tributaria*, cit., 730-734.

Direttiva europea sulla mutua assistenza, quale primo vero successo di armonizzazione nell'ambito dell'imposizione diretta.

È, proprio, nella disciplina dello scambio di informazioni³⁹ che l'esigenza di superare i limiti del bilateralismo si fa più impellente: così, la Convenzione sulla mutua assistenza amministrativa in materia fiscale, stipulata a Strasburgo nel 1988, affianca il modello OECD e le numerose convenzioni bilaterale che su tale modello si basano. Essa ha costituito per lungo tempo uno dei rari esempi di convergenza internazionale su regole vincolanti per una pluralità di stati che individuavano proprio nel multilateralismo uno strumento efficace per fronteggiare le questioni inerenti lo scambio di informazioni e l'assistenza alla riscossione⁴⁰.

Vocazioni multilaterali si rinvencono, poi nel documento OECD "Co-operative. A Framework. From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance" del 17 maggio 2013 che, espressamente, esamina la possibilità di adottare una *co-operative compliance* multilaterale che veda coinvolte due o più autorità fiscali di diversi paesi⁴¹; nel modello *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information* del 21 luglio 2014 che si distingue dal modello americano FATCA proprio per la sostituzione dell'approccio bilaterale con quello multilaterale, nonché nella convenzione internazionale per la semplificazione e l'armonizzazione dei regimi doganali⁴², cui l'Unione Europea ha aderito sin dal 1974, approvandone l'emendamento con Decisione del Consiglio del 17 marzo 2003.

In ambito europeo, uno degli approdi più evoluti del multilateralismo è la convenzione n. 90/736/CEE relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate.

Nel contesto europeo, l'esempio più significativo di multilateralismo in materia fiscale sono, certamente, i Trattati Multilaterali Nordici, non a caso proposti quali modello generale di trattato multilaterale a livello europeo per fronteggiare, i fenomeni di doppia imposizione⁴³.

4. Il multilateralismo nella "versione" OECD: il progetto BEPS

Tra le concause del fenomeno di erosione della base imponibile, l'OECD individua i trattati in materia fiscale di carattere bilaterale, strumenti ormai datati e inadeguati a fronteggiare le sfide della globalizzazione: l'atomismo delle convenzioni amplifica, infatti, il rischio erosivo.

³⁹ OECD, *Manual On The Implementation Of Exchange Of Information Provisions For Tax Purposes*, 2006; v. altresì: F. Prats, *A Exchange of Information under Article 26 of the UN Model Tax Convention*, in *Bulletin Tax treaty Monitor*, 1999, 541; M. Barassi, *Lo scambio di informazioni in materia di imposte sui redditi e sul patrimonio*, in C. Sacchetto e L. Alemanno (cur.), *Materiali di diritto tributario internazionale*, Milano, 2002, 377; P. Adonnino, *Lo scambio di informazioni*, cit., 1152-1155; R. Castiglione, *Cooperazione fiscale nell'Unione Europea ed accertamento tributario*, Bari, 2006, 7; Id., *Cooperazione fra autorità fiscali, accertamento tributario e garanzie del contribuente*, in *Giust. Trib.*, 2009, 258; F. Ardito, *La cooperazione internazionale in materia tributaria*, Padova, 2007, 257 ss.; P. Merks, *Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax Planning*, in *Intertax*, 2006, 5, 272; A. Turina, *I recenti sviluppi internazionali in materia di scambio di informazioni*, in *Fisc. Intern.*, 2010, 155; F. Pitrone, *Lo scambio di informazioni e la direttiva 2011/16/UE in materia di cooperazione rafforzata: innovazione e profili critici*, in *Dir. Prat. Trib., Internaz.*, 2012, 2, 475; P. Selicato, *Scambio di informazioni*, cit., 321; P. Mastellone, *La cooperazione fiscale internazionale*, cit.; A. Cracea, *OECD Actions to Counter Tax Evasion and Tax Avoidance (2013) Base Erosion and Profit Shifting and the Proposed Action Plan, Aggressive Tax Planning Based on After-Tax Hedging and Automatic Axchange of Information as the New Standard*.

⁴⁰ S. Dorigo, *La cooperazione fiscale internazionale*, in C. Sacchetto (cur.), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011, 215.

⁴¹ Per approfondimenti, F. Amatucci, *L'adeguamento dell'ordinamento tributario nazionale alle linee guida dell'OCSE*, cit., il quale auspica anche l'individuazione di requisiti comuni europei di accesso alla *compliance* al fine di garantire il miglior funzionamento di tale istituto a livello multilaterale.

⁴² Proprio gli accordi in materia doganale rivelano la stretta correlazione tra commercio internazionale e diritto tributario; storicamente, infatti, esistono da tempi risalenti accordi per facilitare la circolazione delle merci fra territori finitimi, soprattutto mediante la creazione delle c.d. zone franche.

⁴³ M. Helminen, *The problem of Double Non-Taxation in the European Union. To What Extent Could This Be Resolved through Multilateral EU Tax Treaty Based on the Nordic Convention*, in *European Taxation*, 2013, 306.

Da qui l'idea si sviluppa un apparato multilaterale funzionale a realizzare tanto gli obiettivi del progetto BEPS, quanto i fenomeni di doppia imposizione allo stato "coperti" da oltre 3.000 convenzioni bilaterali.

Non è casuale che la prima incisiva iniziativa patrocinata da un'organizzazione internazionale in tema di multilateralismo coinvolga i fenomeni BEPS: il bilateralismo, infatti, non solo non è in grado di contrastare pratiche elusive, abusive, di arbitraggio o *treaty shopping*, ma, proprio in ragione della sua natura, finisce per amplificarli. Per contro, il multilateralismo è strutturalmente preordinato al contrasto alla pianificazione fiscale aggressiva.

Siffatta convinzione è certamente maturata grazie all'impulso degli studiosi⁴⁴ che, ormai, da decenni incoraggiano il ricorso allo strumento multilaterale come panacea per i vari "vuoti" di coordinamento creati dalla rete bilaterale. Sullo sfondo, l'ottimistica e ambiziosa considerazione per la quale i tempi siano ormai maturi per superare le riluttanza in termini di praticabilità dell'approccio⁴⁵. Non va dimenticato che nel non lontanissimo 2000 lo stesso OECD manteneva una certa "resistenza" sul punto⁴⁶.

Il progetto, meglio delineato nel report OECD *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*⁴⁷, mira, in sostanza, all'introduzione dell'approccio multilaterale, accanto a quello bilaterale, per le tematiche già disciplinate dalle attuali convenzioni (e.g. la definizione di stabile organizzazione o i meccanismi per la soluzione delle controversie), ma anche per affrontarne di nuove come, ad esempio l'introduzione di una specifica previsione anti-abuso.

Il che produrrebbe plurimi vantaggi: rapidità e concentrazione, giacché singoli negoziati bilaterali di revisione richiederebbero molto tempo; sincronizzazione rispetto alle tematiche affrontate dal progetto BEPS; coordinamento, evitando il rischio di violazioni dei trattati in vigore attraverso eventuali iniziative unilaterali⁴⁸.

Il report OECD valorizza, poi, la vocazione egualitaria e democratica del multilateralismo, laddove ritiene che rappresenti, altresì, un'opportunità per i paesi in via di sviluppo, i quali beneficiano, così, dello sforzo globale di fronteggiare i fenomeni erosivi⁴⁹. È, infatti, comunemente ritenuto nel diritto internazionale che siano gli stati meno "potenti" a privilegiare la scelta multilaterale, al fine di ridurre i costi di transazione⁵⁰.

È interessante rilevare sin d'ora l'inversione di prospettiva del progetto di multilateralismo OECD, finalizzato precipuamente al contrasto alla pianificazione fiscale aggressiva, rispetto a quello tradizionale: se, infatti, sono solitamente gli stati "deboli" a ricercare la soluzione corale per acquisire massa critica, qui l'iniziativa è assunta dagli stati "forti" al fine di superare congiuntamente le insidie della pianificazione fiscale aggressiva, fomentata dai paesi poco collaborativi.

⁴⁴ F. Rodler, *Austria Proposes Multilateral Tax Treaty*, 1997, TNI, 97, 183; D. Berman: *Departing U.S. Treasury Staffer Discusses Treaties*, *Tax Notes Int.*, 1997, 949; M. Lang, H. Loukota, A.J. Rädler, J. Schuch, G. Toifl, C. Urtz, J. Wessermeyer M. Züger (cur.), *Multilateral Tax Treaties*, London, 1998; V. Thuronyi, *International Cooperation and a Multilateral Treaty*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2001, 26, 1644.

⁴⁵ R.J. Vann, *A Model Tax treaty for the asian Pacific Region?*, in *Bull. Int. Fiscal Documentation* 1991, 151, 157; Ault H.J., *The importance of International Cooperation*, cit., 1693.

⁴⁶ OECD Committee on Fiscal Affairs, *Model Tax Convention on Income and on Capital* (2000) secondo cui «there are no reasons to believe that the conclusion of a multilateral tax convention involving all member countries could now be considered practicable».

⁴⁷ Il report, che sviluppa l'azione 15 del Progetto BEPS, è stato pubblicato il 16 settembre 2014, www.oecd.org.

⁴⁸ *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, 12 -13.

⁴⁹ *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, 16.

⁵⁰ W.J. Dixon, *Interdependence as Foreign Policy Behavior*, in *International Interactions*, 1984, 11, 65; S. Patrick, *Multilateralism and Its Discontent: The Cause and Consequences of Us Ambivalence*, in S. Patrick, S. Forma, *Multilateralism and US Foreign Policy: Ambivalent Engagement*, 2002, Boulder, 1; R. Corbetta, W.J. Dixon, *Multilateralism, Major Powers*, cit., 8.

Tale inversione di prospettiva evoca, sullo sfondo, il vero termine della questione, ossia se, in materia tributaria, i rapporti di forza tra gli stati si misurino in termini di trasparenza e cooperazione: sono, infatti, i paesi più scarsamente collaborativi, ancorché “piccoli” o poco influenti a livello economico – politico, ad assumere un ruolo centrale nella fiscalità internazionale, spesso ribaltando i rapporti di forza tradizionali.

Ulteriore motivo di appetibilità del multilateralismo, risiederebbe, stando al report OECD, nella maggior capacità del medesimo a superare le resistenze palesate dagli stati rispetto alle procedure amichevoli (*mutual agreement procedure*, MAP), sinora osteggiate anche per l’assenza di solide basi di “*hard law*”.

Senza contare la maggior affidabilità, in termini di certezza giuridica, della soluzione multilaterale che moltiplica il numero di esperti presenti alla trattativa, facendoli convergere su un unico documento, di cui viene prospettata l’uniformità interpretativa nelle diverse giurisdizioni⁵¹.

Talune misure del progetto BEPS, peraltro, sono ritenute quasi “ontologicamente” a vocazione multilaterale⁵²: così il MAP per risolvere le controversie coinvolgenti una pluralità di stati, così il contrasto alle strategie di doppia residenza e ai c.d. *hybrid mismatch arrangements*, le fattispecie triangolari⁵³ che coinvolgono stabili organizzazioni in stati terzi, i fenomeni di abuso dei trattati.

La forza espansiva del multilateralismo faciliterebbe, poi, l’implementazione di profili strettamente connessi al BEPS: il c.d. *country-by - country reporting*⁵⁴, gli accordi per l’allocazione degli interessi passivi⁵⁵ o nuovi meccanismi di soluzione delle controversie.

È tracciato, infatti, il sentiero per un’evoluzione dinamica dello strumento multilaterale⁵⁶: se, da principio, è opportuno che sia focalizzato su pochi mirati obiettivi, allo stesso tempo è necessario che la cultura multilaterale sia instillata nella tradizione tributaria internazionale, permeandola progressivamente in vista di una sua futura più ampia applicazione⁵⁷.

5. Conclusioni

L’impatto del progetto deve essere vagliato alla luce dei suoi obiettivi precipui: da un lato, la lotta alla pianificazione fiscale aggressiva; dall’altro, la logica di certezza, semplificazione e razionalizzazione che inevitabilmente accompagna il passaggio dal bilateralismo al multilateralismo.

Se, tuttavia, (quasi) nessuno pone in discussione l’astratta appetibilità dello strumento multilaterale quale risposta convenzionale alla crescente globalizzazione, i dubbi maggiori sono, invece, da sempre concentrati sulla praticabilità concreta dello strumento. In definitiva, l’effettività del multilateralismo risiede prima che in soluzioni tecniche, nella progettualità e volontà eminentemente politica di aumentare il livello di cooperazione tra gli stati⁵⁸.

⁵¹ *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, 16.

⁵² Il report è chiaro nell’affermare che «some of the measures developed in the BEPS Project are multilateral in nature», 23.

⁵³ Sulla difficoltà di applicare i trattati bilaterali a fattispecie triangolari, Fett. E., *Triangular Cases: The Application of Bilateral Income Tax treaties in Multilateral Situations*, Amsterdam, 2014.

⁵⁴ E. Traversa, M. Somare, *BEPS and Country-by-country Reporting: a Step closer towards Formulary Apportionment?*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2015, 175.

⁵⁵ Sulla necessità di una soluzione multilaterale per il trattamento fiscale degli interessi passivi, M.J. Graetz, *A Multilateral Solution for the Income Tax Treatment of Interest Expense*, in *Bulletin for International Taxation*, 2008, 486.

⁵⁶ *Developing a Multilateral Instrument*, 26 «for the moment, it is important to keep the multilateral instrument narrowly targeted, and at the same time start a reflection on what further incremental opportunities may be available».

⁵⁷ Nel senso di andare “oltre il BEPS”, Parere del CFE *Fiscal Comittee* inviata all’OECD nel dicembre 2014, in *European Taxation*, 2015, 160.

⁵⁸ In questi termini, V. Thuronyi, *International Cooperation*, cit., 1665; D.M. Ring, *Prospect for A Multilateral Tax Treaty*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2001, 26, 1708.

Da qui la scelta storica delle organizzazioni internazionali per un percorso maggiormente graduale, scandito, dapprima, dalla mera cooperazione sui modelli base per la negoziazione dei trattati bilaterali; poi, nell'attuale progetto OECD, dalla coesistenza dello strumento multilaterale con le convenzioni bilaterali esistenti. Il report *Developing a Multilateral Instrument* è, infatti, chiaro nel proporre la coesistenza tra i due livelli di cooperazione: il multilaterale si limiterebbe, infatti, ad intervenire su un numero limitato di previsioni delle attuali convenzioni, concentrandosi, in particolar modo sull'esigenza di fronteggiare i fenomeni BEPS.

Se – come riconosciuto dalla teoria internazionalistica – il multilateralismo deve ergersi su principi condivisi, il disegno individua le fondamenta della coesione tributaria ad ampio raggio proprio nella volontà di sconfiggere i fenomeni erosivi.

L'evoluzione proposta è, comunque, graduale: la prima fase sperimentale di multilateralismo sulle azioni BEPS sarà, infatti, affrontata da una Conferenza Internazionale⁵⁹ per definire il testo della convenzione, poi soggetta alle ordinarie procedure di ratifica nazionali. Il report OECD suppone, poi, che la “nuova” convenzione possa operare solo tra parti che già abbiano stipulato convenzioni bilaterali, a meno che non venga in considerazione una procedura di soluzione delle controversie plurilaterale che coinvolga tutte le parti della convenzione, non necessariamente avvinte tra loro da reciproche convenzioni bilaterali.

Se, da un lato, è condivisibile la scelta per la tradizionale modalità di negoziazione dei trattati, maggiori perplessità derivano, invece, dalla prescritta previa stipulazione di convenzioni bilaterali.

Posto, infatti, che il successo e, quindi, l'efficacia dell'esperimento multilaterale sarà misurato anche attraverso il numero di adesioni, non sembra una strategia proficua quella di postulare una rapporto di priorità imprescindibile tra strumento bilaterale e multilaterale⁶⁰.

La soluzione “integrata” tra multilateralismo e bilateralismo non può che condurre a rischi di sovrapposizioni che il report mira a risolvere attraverso specifiche clausole di “primazia”⁶¹ della convenzione multilaterale su quelle bilaterali disciplinanti la medesima questione.

È, tuttavia, scontato che, secondo i principi generali del diritto internazionale⁶² di successione dei trattati nel tempo, quello successivo disciplinante la medesima questione è destinato a prevalere su quello antecedente, senza necessità di specifica modifica o abrogazione⁶³. Ma, per ragioni di maggior certezza e chiarezza, è preferito rafforzare i principi generali del diritto dei trattati attraverso la previsione della suddetta clausola sul primato del multilateralismo⁶⁴.

Laddove, invece, la convenzione bilaterale sia stipulata successivamente a quella multilaterale⁶⁵, è consigliabile prevedere in quest'ultima una clausola che autorizzi accordi successivi “più ristretti” a condizione che confermino o estendano le previsioni contenute nell'accordo multilaterale, non potendo in ogni caso contraddirne gli obiettivi.

⁵⁹ Aperta a tutti i paesi interessati, sotto l'egida dell'OECD e del G20. Sull'importanza dell'approccio modulare e dall'apertura di un forum sulle tematiche fiscali multilaterali, Y. Brauner, *BEPS: An Interim Evaluation*, in *World Tax Journal*, 2014, 37.

⁶⁰ Perplesso verso tale previsione anche, J. Malherbe, *The Issues of Dispute Resolution and Introduction of a Multilateral treaty*, in *Intertax*, 2015, 94.

⁶¹ *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, 19.

⁶² Art. 30 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati «application of successive treaties relating to the same subject-matter. When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under article 59, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty».

⁶³ Tant'è vero che il *report* ritiene preferibile parlare di *modification*, piuttosto che di *amendment*, operando il generale principio di prevalenza del trattato multilaterale successivo su quello bilaterale antecedente, cfr. *Developing a Multilateral Instrument*, cit. 32.

⁶⁴ Sulle possibili soluzioni tecniche di formulazione della clausola di soluzione del conflitto, cfr. l'allegato a *Developing a Multilateral Instrument*, cit. A.1.2.1., 33 ss.

⁶⁵ Fattispecie contemplata dall'art. 41 del Trattato di Vienna.

A tal proposito, se, da un lato si condivide la necessità di un approccio progressivo, quasi “pedagogico” al multilateralismo, dall’altro la coesistenza tra le attuali convenzioni bilaterali e la stipulanda convenzione multilaterale – nitidamente prospettata dall’OECD – pare foriera di notevoli incertezze sotto il profilo applicativo e, dunque, scarsamente virtuosa in termini di effettività ed efficacia dell’intervento.

Sarebbe, dunque, preferibile – magari al termine di una fase meramente transitoria di coesistenza – una vera e propria sostituzione del trattato multilaterale nelle aree coincidenti con la rete bilaterale.

Il problema di fondo, invero, è quello dell’equilibrio tra flessibilità – fondamentale per preservare il nocciolo duro della sovranità tributaria – e innovatività.

L’approccio graduale rischia di sacrificare il secondo profilo a vantaggio del primo ma, al contempo – probabilmente nell’intento dei proponenti – facilita un maggior successo dell’iniziativa. Risponde, in sostanza, alla logica del “meglio poco ma subito” piuttosto che spingersi verso obiettivi ambiziosi ma velleitari.

Sembra, tuttavia, che la preoccupazione dei redattori del report sia sfociata in scelte fin troppo “caute”.

La flessibilità, infatti, è preservata non solo con riferimento ai rapporti tra progetto multilaterale e convenzioni esistenti, ma anche nella previsione di meccanismi di *opt-out*, e, quindi, deroghe e riserve; meccanismi di *opt-in*; scelta tra previsioni alternative⁶⁶.

In sostanza, pur nell’apprezzabile e condivisibile obiettivo di semplificazione e razionalizzazione alla base della scelta multilaterale, lo sguardo dell’OECD sembra ancora “retrospettivo”, giacché eccessivamente incurvato sulla salvaguardia degli individualismi nazionali.

Una delle “sfide” in termini di certezza giuridica, certamente, risiede nell’abilità di definire autonomamente le nozioni innovative e uniformarsi, invece, a quella già esistenti e consolidate a livello multilaterale. Da questo punto di vista, è, peraltro, previsto un vero e proprio *explanatory report* che funga da collante esplicativo e interpretativo tra nuovo ed esistente, oltre a meccanismo per facilitare gli obiettivi di certezza e prevedibilità del trattamento fiscale della fattispecie *cross - border*⁶⁷.

A chiusura del sistema è, poi, suggerita la previsione dei tradizionali meccanismi di soluzione degli *impasse* interpretativi, attraverso speciali accordi tra le autorità fiscali degli stati contraenti⁶⁸.

Una prima basilare questione è quella dell’individuazione della lingua ufficiale del trattato: se da un lato, infatti, la redazione in un unico idioma ufficiale giova a esigenze di certezza e semplicità⁶⁹, dall’altro l’esperienza europea ha fatto del multilinguismo il baluardo della diversità culturale, senza creare, sinora, serie difficoltà interpretative. Non può, pertanto, escludersi l’opzione per il multilinguismo, peraltro espressivo della “democraticità” anche idiomatica dello strumento.

Eventuali conflitti interpretativi, dovuti o meno a questioni linguistiche, nonché problematiche applicative tra gli stati coinvolti non potranno che essere demandati ad un apposito organismo di *enforcement*⁷⁰. L’efficacia e l’effettività del multilateralismo, infatti, passa necessariamente attraverso meccanismi para – giurisdizionali o arbitrari di soluzione dei contrasti⁷¹.

Il trattato sprovvisto di un proprio organo di interpretazione, applicazione ed *enforcement* stenta a sopravvivere, giacché destinato allo stato di mera enunciazione di intenti.

⁶⁶Si veda il *Developing a Multilateral Instrument*, cit., par. A.2.2. 48. “Modalities for introducing flexibility in the multilateral instrument”. J. Malherbe, *The Issues*, cit., 94 critica tale perdita di uniformità del disegno multilaterale.

⁶⁷ *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, 22.

⁶⁸ Una simile clausola è prevista nel *Nordic Mutual Assistance Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*.

⁶⁹ V. Thuronyi, *International Cooperation*, cit., 1670 si schiera a favore della lingua “unica” o, al più, di un “minimo” di lingue ufficiali.

⁷⁰ Ancora il lungimirante contributo di V. Thuronyi, *International Cooperation*, cit., 1676.

⁷¹ M. Helminen, *The Nordic Multilateral tax Treaty as a Model for a EU Multilateral Tax Treaty*, Amsterdam, 2013, 277.

SILVIA GIORGI

Solo, infatti, la presenza di un organo giurisdizionale può consentire alla scelta multilaterale non solo una vita duratura ma anche un'effettiva implementazione. L'auspicio è, dunque, che, solcando le orme dell'esperienza europea e del contributo della Corte di Giustizia, si inneschi un processo di innovazione tale da fagocitare la rete bilaterale la quale, invece, di un giudice è sprovvista.

Abstract

The paper analyzes the OECD proposal of a multilateral treaty in order to address base erosion and profit shifting. Moving from the theoretical background of multilateralism, the obstacles to such an approach in tax matter will be faced through the main experiences which have risen up till now. Lastly, the pros and cons of the OECD proposal will be identified, with special reference to the enforcement issue.

Costituzione economica e diritti fondamentali

Efficienza dell'amministrazione pubblica. Contenimento della spesa e tutela dei diritti

Sommario: 1. La centralità dell'efficienza nel settore pubblico - 2. Efficienza dell'amministrazione pubblica ed efficienza generata dal mercato - 3. Il rapporto fra efficienza ed equità nella gestione dei servizi sociali - 4. Il costo dei diritti: il ruolo della *spending review*

1. La centralità dell'efficienza nel settore pubblico

La nozione di efficienza tecnica, nata nella scienza economica ed elaborata nell'ambito dell'economia aziendale per indicare il rapporto tra quantità/qualità dei beni prodotti o dei servizi erogati e quantità/qualità delle risorse impiegate – e dunque il rapporto fra *output* e *input* – è venuta progressivamente ad assumere rilevanza giuridica quale espressione del principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione.

Al buon andamento, nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della Costituzione fu riconosciuta, invero, dalla dottrina prevalente natura meramente programmatica, essendo lo stesso ritenuto privo di qualsivoglia contenuto giuridico ed inerente la sola organizzazione amministrativa. Solo in un secondo momento il buon andamento viene ricondotto ad un principio tecnico di efficienza, inteso quale massimizzazione del risultato con il minimo mezzo, o quale impiego ottimale dei fattori a disposizione dell'amministrazione.

Tale evoluzione, peraltro, a ben vedere riflette il pensiero insito nello sviluppo e nell'affermarsi dello Stato sociale. Nello Stato liberale ci troviamo, infatti, di fronte ad una forma di Stato che, per la centralità attribuita al singolo, pare avere necessità ridotte di efficienza¹. Lo Stato liberale non riconosce i diritti sociali e la tutela delle fasce di popolazione bisognose di assistenza viene considerata un problema di solidarietà sociale e rimesso allo spontaneo intervento di soggetti privati. Fattore centrale nell'origine e nello sviluppo dello Stato sociale è per contro proprio la volontà di riconoscere ai cittadini la titolarità non soltanto di diritti civili e politici, ma anche di diritti sociali, accompagnata dall'idea che il funzionamento spontaneo dell'economia di mercato non fosse in grado di assicurare la protezione di tali diritti. I diritti sociali si sostanziano in prestazioni di beni e servizi che necessitano di essere finanziate dallo Stato, comportando un incremento della spesa pubblica e un accrescimento del prelievo fiscale e dunque un aggravio diretto o indiretto dei diritti economici², dimodoché il perseguimento dell'efficienza diviene fondamentale al fine di ricomporre la contrapposizione tra tali diritti in termini di reciproca compatibilità.

Lo Stato sociale deve dunque individuare il perseguimento dell'efficienza quale strumento necessario ai fini del perseguimento dei nuovi fini ad esso attribuiti e soprattutto in funzione dello sforzo che occorre realizzare per armonizzarli. Il concetto di efficienza, come sviluppato dalle scienze aziendalistiche, entra dunque nel mondo del diritto pubblico venendo utilizzato per spiegare la portata, ed in sostanza, il contenuto del precetto costituzionale di buon andamento, sino ad

¹ S. Onorato, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milano, 1975.

² Cfr. G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2015.

emergere nel diritto positivo nell'ambito della disciplina del pubblico impiego³ e della normativa inerente il riordino degli enti pubblici⁴.

L'economicità politico sociale dell'agire amministrativo viene così ad acquisire un carattere non più recessivo di fronte al momento giuridico garantistico, per poi assumere una rilevanza centrale con la legge n. 241/1990. La legge sul procedimento amministrativo, infatti, pur non menzionando espressamente l'efficienza, attraverso l'inclusione dei criteri di economicità ed efficacia fra i principi generali dell'azione amministrativa, determina la definitiva affermazione di un modello di amministrazione improntata al risultato (c.d. *performance oriented*).

In particolare gli eventi di fine secolo, quali le riduzioni del tasso di crescita del prodotto pro-capite e l'aumento della disoccupazione, hanno indotto a dubitare che miglioramenti di benessere seguano sempre all'espansione del settore pubblico, con la conseguenza che il ridimensionamento dello Stato stesso e, soprattutto, i recuperi di efficienza, divengono il tema dominante. Al fine di conseguire la produzione di prestazioni e servizi con il minor impiego di risorse, il legislatore ha dunque in più occasioni incentivato od imposto il ricorso al mercato, avviando politiche di privatizzazione seguite da una regolazione a tutela della concorrenza.

2. Efficienza dell'amministrazione pubblica ed efficienza generata dal mercato

A partire dagli anni '90 del secolo scorso è stato avviato nel nostro ordinamento un ampio processo di privatizzazione degli enti e delle *holding* pubbliche, a cui si è affiancato, poi, il tentativo di superamento del regime di monopolio che caratterizzava i settori connotati dall'intervento pubblico nell'economia.

Si radica l'idea che il mercato sia in grado di garantire l'oculata gestione delle risorse disponibili, specie quando sia connotato da un regime di concorrenza, ritenuto strumento necessario per garantire l'efficienza del sistema economico.

Tuttavia, né le norme nazionali né le disposizioni del Trattati europei definiscono il concetto di concorrenza. La determinazione di tale nozione comporta dunque una sforzo definitorio da parte dei giuristi che presuppone a sua volta la scelta e la definizione da parte degli economisti di un modello di funzionamento dei mercati ritenuto ottimo rispetto agli obiettivi che si intendono perseguire⁵.

Bisogna innanzitutto chiarire che il concetto di concorrenza cui occorre far riferimento a tal fine non coincide con la concorrenza in senso soggettivo, intesa come libertà delle imprese di scegliere se e come concorrere nel mercato, bensì con la concorrenza in senso oggettivo, intesa come modo di funzionamento effettivo di un mercato.

³ D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, art. 15, dispone che l'impiegato deve prestare tutta la sua opera nel disimpegno delle mansioni che gli sono affidate cercando, di perseguire, in conformità delle leggi, "con diligenza e nel miglior modo, l'interesse dell'amministrazione per il pubblico bene".

⁴ L. 4 dicembre 1956 n. 1404; l. 20 marzo 1975 n. 70.

⁵ Sulla definizione di concorrenza e sulla nozione di efficienza generata dal mercato v. M. Libertini, *La tutela della concorrenza nella Costituzione - Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 3, dicembre 2014; M. Libertini, *Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, Annali III, Milano, 2010; M. Libertini, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in *Giur. Cost.*, vol. II, Milano, 2005; G. Ghidini, E. Arezzo, *La tutela della concorrenza nella costituzione economica comunitaria e nazionale*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (cur.), *20 anni di antitrust - L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010; A. M. Altieri, A. Dell'Atti, F. Di Cristina, *Concorrenza, istituzioni e mercati regolati nella prospettiva costituzionale*, in *Ianus*, n. 5/2011.

La concorrenza intesa in senso oggettivo può poi, a sua volta, assumere connotati contenutistici assai diversi a seconda delle modalità di perseguimento dell'efficienza economica⁶ ritenute ottimali. Ciò impone di far riferimento alle elaborazioni della scienza economica in materia di concorrenza per approdare ad una definizione del bene giuridico concorrenza e alla nozione di efficienza generata dal mercato.

Per gli economisti neoclassici il modello ottimale di funzionamento dei mercati si identifica con la concorrenza perfetta, ritenuta la sola in grado di garantire la c.d. efficienza allocativa o paretiana, che si realizza quando l'allocazione delle risorse è tale da non poter incrementare il benessere della collettività, nella misura in cui non è possibile migliorare la condizione di un soggetto senza peggiorare la condizione di un altro. Tale impostazione, secondo la quale unico scopo della disciplina antitrust è quello di garantire l'ottima allocazione delle risorse, individua quale bene giuridico meritevole di tutela una nozione di concorrenza statica (intesa come condizione di equilibrio ottimale del mercato) e come obiettivo ultimo da perseguire la condizione di ottimo paretiano.

Tale modello è stato sottoposto a forti critiche dalla scuola austriaca, ed in particolare da Schumpeter,⁷ in quanto ritenuto non soltanto incapace di descrivere la realtà empirica – essendo i mercati contemporanei prevalentemente di concorrenza imperfetta o oligopolistici –, ma anche politicamente indesiderabile, in quanto inadatto a promuovere l'innovazione e lo sviluppo economico, ossia l'efficienza dinamica, e dunque soltanto apparentemente in grado di garantire il maggior benessere economico collettivo. Per tali ragioni, l'impostazione oggi prevalente⁸ tende ad individuare la concorrenza imperfetta quale modello ottimale di funzionamento dei mercati e a riconoscere quale oggetto prevalente di tutela una nozione di concorrenza intesa in senso dinamico, quale stimolo ad un processo continuo di innovazione.

A ben vedere non vi è tuttavia necessaria antitesi fra efficienza allocativa ed efficienza dinamica, nella misura in cui l'efficienza dinamica, introducendo nel mercato nuovi tipi di offerta comporta un'espansione a livello sistemico della libertà di scelta del consumatore e dunque nel tempo ad una crescita di efficienza allocativa. Fondamentale risulta essere dunque in tale ambito il ruolo della regolazione affinché il perseguimento dell'efficienza dinamica sia indirizzato al contempo verso il conseguimento del benessere collettivo.

A questo punto occorre allora capire se l'efficienza dell'amministrazione si debba identificare con l'efficienza generata dal mercato. Possiamo davvero ritenere che il buon andamento dell'amministrazione imposto dall'art. 97 Cost. possa raggiungersi rimettendo l'amministrazione alle dinamiche assicurate dal mercato?

Se l'interesse collettivo cui può mirare il mercato attraverso l'intervento del regolatore pare determinare un punto di convergenza fra efficienza dell'amministrazione ed efficienza generata dal mercato, tale convergenza pare sfumare, in alcuni ambiti, non appena si tenga conto degli imprescindibili rapporti fra efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

⁶ Attitudine dei mercati a produrre la maggiore quantità di beni e a soddisfare la maggior quantità di bisogni possibile.

⁷ In particolare in J. A. Schumpeter, *Capitalism, socialism and democracy*, Londra 1954, trad. it. *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, 2001.

⁸ V. approfonditamente sul punto M. Libertini, *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, 2010.

Il principio di efficacia, richiamato espressamente nella legge n. 241/1990, indica la capacità dell'amministrazione di conseguire gli obiettivi prefissati e dunque il perseguimento degli interessi generali e specifici attribuitigli dall'ordinamento. Occorre in particolare tener conto del fatto che fra i risultati cui l'azione dell'amministrazione deve tendere non può annoverarsi soltanto il benessere della collettività genericamente intesa, dovendo necessariamente esser presa in considerazione la distribuzione del benessere nella società, in funzione dell'attuazione del principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost. e del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 c. 2 Cost. In altre parole, l'azione dell'apparato amministrativo non può non tener conto del benessere individuale e dunque dei parametri di equità ed del livello di effettività dei diritti garantiti ai cittadini, dovendo sussistere un legame indissolubile fra efficienza della gestione e socialità del fine.

Proprio in questo necessario bilanciamento fra i fini economici e sociali dell'azione amministrativa possono tuttavia emergere i limiti del mercato con riferimento ad alcuni settori, quale quello dei servizi sociali, nella misura in cui l'efficienza generata dal mercato, sia che la si identifichi con l'efficienza allocativa, sia che la si faccia coincidere con l'efficienza dinamica, fa riferimento al benessere collettivo e non individuale, finendo per trascurare l'equità⁹.

3. Il rapporto fra efficienza ed equità nella gestione dei servizi sociali

Ritenere che il ricorso al mercato sia in grado di garantire il perseguimento degli obiettivi dell'amministrazione pubblica mediante una riduzione dei relativi costi potrebbe implicare conseguenze notevoli sulle modalità di erogazione delle prestazioni ad opera del soggetto pubblico: in particolare potrebbe indurre a ritenere che in una fase di crisi della finanza pubblica tale scelta sia inevitabile non soltanto per assicurare l'erogazione dei servizi pubblici pacificamente ritenuti a rilevanza economica, ma anche per quei servizi tradizionalmente qualificati sociali, quali sanità ed istruzione, rispetto ai quali tuttavia la dottrina¹⁰ e i dati empirici rivelano la configurabilità di un mercato quanto meno potenziale.

La dottrina¹¹ ha infatti in più occasioni evidenziato come non sia affatto scontato che i servizi sociali non possano avere carattere economico, in quanto a ben vedere l'aggettivo sociale si riferisce alle finalità del servizio ed alla natura dei diritti di cui lo stesso intende garantire l'attuazione, ma resta neutro rispetto al carattere imprenditoriale o meno dell'attività.

L'assenza di una definizione legislativa dei servizi pubblici a rilevanza economica ha rimesso all'interprete l'individuazione della linea di confine fra servizi sociali e servizi a rilevanza economica. Si tratta tuttavia di un confine necessariamente mobile, inevitabilmente modellato dal

⁹ Da tale consapevolezza prendono peraltro le mosse i lavori della *Commission on the Measurement of Economic Performance and Social progress* (CMEPSP) - istituita dal Presidente francese Sarkozy nel 2008 e composta da autorevoli studiosi - che a seguito della grave crisi finanziaria iniziata nel 2007 si propone di realizzare la misurazione dei servizi offerti dallo Stato in base non ai loro costi, come avviene tradizionalmente mediante il PIL, ma rispetto al loro impatto sul benessere dei singoli.

¹⁰ V. D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010, 240 ss.

¹¹ Sulla distinzione fra servizi di rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica v. A. Police, *Sulla nozione di servizio pubblico locale*, in S. Mangiameli (cur.), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008; W. Giulietti, *Servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica*, in S. Mangiameli (cur.), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008; M. Del Signore, *L'ambito di applicazione: la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica*, in R. Villata (cur.), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011; D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010.

progresso sociale e tecnologico, ed individuabile, secondo quanto emerge dall'esperienza giurisprudenziale, soltanto sulla base di un'analisi casistica, che tenga conto delle circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato ossia dei suoi specifici connotati economico-organizzativi.

In tale contesto la distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza deve essere ricondotta all'impatto che l'attività può avere sulla concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività, con la conseguenza che deve ritenersi di rilevanza economica il servizio attinente ad un settore per il quale potrebbe esistere, quantomeno potenzialmente, una redditività, e quindi una competizione per o nel mercato, a prescindere dalla previsione o meno di forme di finanziamento pubblico del servizio.

Ritenuta dunque pacifica la presenza di servizi pubblici che possono essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato di cui è obiettiva la natura economica, e di servizi pubblici in settori sociali, in cui la presenza di un fallimento di mercato impone l'affidamento diretto a soggetti pubblici o a enti no profit, permane una categoria intermedia posta al confine fra servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza in cui si collocano i servizi pubblici in settori sensibili afferenti direttamente alla persona - quali appunto la sanità e l'istruzione - che potenzialmente potrebbero tuttavia acquisire una rilevanza economica.

La riconduzione di tali servizi fra servizi di rilevanza economica o fra servizi privi di tale rilevanza è rimessa alla scelta operata a monte dalle amministrazioni titolari del servizio fra la gestione diretta dello stesso o il ricorso al mercato.

Qualora si giungesse tuttavia, a ritenere convergenti anche sul piano delle finalità efficienza dell'amministrazione ed efficienza generata dal mercato, difficilmente la discrezionalità delle p.a. titolari di questi servizi - tenute all'osservanza del principio costituzionale di buon andamento - potrebbe giungere sino al punto di optare consapevolmente per una scelta inefficiente, negando il ricorso al mercato.

D'altro canto, tuttavia, in quest'ambito, privatizzazioni ed esternalizzazioni avrebbero notevoli conseguenze sull'accessibilità e continuità del servizio, stanti gli inevitabili limiti che il mercato incontra nel soddisfacimento di bisogni sociali delle classi più disagiate, non potendo la regolazione spingersi sino ad imporre agli operatori una gestione antieconomica al fine di garantire l'equità sociale. L'accesso alle prestazioni sociali finirebbe dunque per prescindere dalla loro qualifica giuridica in termini di diritti e variare in funzione delle disponibilità finanziarie degli utenti.

Il ricorso al mercato non può tuttavia esonerare lo Stato dalla necessità di intervenire al fine di garantire a tutti i cittadini, se non a tutti gli individui, i livelli essenziali delle prestazioni, rientrando fra i compiti fondamentali dello Stato la tutela di categorie sociali strutturalmente deboli e la garanzia di accesso per tutti a beni e servizi pubblici, quantomeno con riferimento alla componente minima del servizio corrispondente alla nozione di servizio universale.

Peraltro a ben vedere il ruolo attivo dello Stato nel garantire l'accesso al servizio universale risulta necessario non soltanto con riferimento ai servizi sociali, ma anche con riferimento ai servizi pubblici di rilevanza economica, nella misura in cui la regolazione tariffaria spesso non esime lo Stato dall'intervenire mediante compensazioni volte a coprire gli obblighi di servizio gravanti sul privato gestore, allo scopo di garantire la capillarità del servizio e l'accessibilità delle relative tariffe.

Orbene proprio l'analisi del settore dei servizi pubblici a rilevanza economica evidenzia come la trasposizione acritica nell'ambito dell'amministrazione pubblica di un criterio meramente aziendalistico di efficienza, avulso da qualsivoglia valutazione di impatto sociale delle scelte gestionali operate, abbia condotto ad un progressivo svilimento dei diritti degli utenti, dovuto al traslare dell'attenzione del legislatore dai rapporti di cittadinanza a quelli di utenza.

Pur non negandosi, dunque, che servizi connessi all'attuazione di diritti sociali, in quanto potenzialmente idonei ad essere erogati mediante un corrispettivo economico sul mercato, potrebbero essere svolti con standard qualitativi accettabili anche prescindendo da un intervento pubblico - come dimostra peraltro l'esperienza di altri ordinamenti - non risulta affatto dimostrato che tali standard qualitativi risultino più elevati di quelli garantiti dalla gestione pubblica, ed anzi, i dati empirici inducono a dubitare fortemente dell'efficacia del ricorso alle esternalizzazioni, stante l'inevitabile bilanciamento che occorre realizzare in tal caso fra il perseguimento di finalità lucrative ed il conseguimento dell'interesse generale.

Al contempo è evidente che l'arretramento del soggetto pubblico comporterebbe uno svolgimento del servizio in condizioni differenti e deteriori in termini di accessibilità e non discriminazione. D'altro canto evitare tali inammissibili conseguenze comporterebbe un intervento finanziario diretto da parte dello Stato talmente ampio da indurre a dubitare circa l'opportunità di ricorrere al mercato in termini stessi di efficienza oltre che di impatto sociale.

4. Il costo dei diritti: il ruolo della *spending review*

Dalla sintetica analisi effettuata nei precedenti paragrafi è emerso come il ricorso al mercato non esoneri lo Stato dalla necessità di intervenire al fine di garantire l'accesso generalizzato ai livelli essenziali delle prestazioni, assicurando standard minimi ed inderogabili di qualità dei servizi offerti. Ne consegue che il nucleo duro della tutela effettiva dei diritti connessi alla prestazione di servizi risulta in definitiva inevitabilmente rimesso alla capacità dello Stato di sostenere i costi di tali diritti.

Pare dunque quantomeno opportuno ipotizzare che lo strumento effettivo per realizzare il necessario bilanciamento fra equità ed efficienza dell'amministrazione - intesa in senso lato come capacità di soddisfare i bisogni di cittadini ed utenti sostenendo i relativi costi - sia da rinvenire nella *spending review*¹².

I processi di analisi, valutazione e revisione della spesa, infatti, sono diretti non soltanto al perseguimento di obiettivi di natura contabile, attraverso interventi che cerchino di migliorare la programmazione e la gestione del bilancio, ma risultano altresì funzionali a garantire l'obiettivo di dare maggior efficienza ed efficacia ai programmi di spesa statali, intervenendo sui contenuti quantitativi, ma soprattutto qualitativi di questi programmi.

In particolare, in relazione agli obiettivi perseguiti, è possibile effettuare una distinzione fra un'analisi di tipo strategico ed un'analisi di tipo funzionale. La c.d. *strategic review* confronta le finalità dei vari programmi con gli obiettivi del Governo allo scopo di valutare l'opportunità o meno di un determinato tipo di politica, effettuando una comparazione fra le finalità dei

¹² La *spending review* trova, peraltro, un fondamento nel testo costituzionale, sia nel disposto dell'art. 81 che impone l'equilibrio del bilancio dello Stato, sia nel disposto dell'art. 97 c. 1 a norma del quale - a seguito della riforma costituzionale del 2012 - le pubbliche amministrazioni sono chiamate ad assicurare, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione Europea, l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.

programmi e il cambiamento delle priorità del Governo, tenendo conto della continua evoluzione fiscale. La c.d. *fuctional review* si concentra, invece, sull'efficienza dell'azione pubblica, allo scopo di verificare se un determinato programma o servizio esistente possa continuare ad essere adottato o fornito con minori risorse.

La *spending review* intesa in senso strategico, in quanto funzionale a rideterminare la gerarchia dei valori in funzione delle decisioni di spesa, non pare praticabile con riferimento a prestazioni connesse all'attuazione di diritti sociali di cui la stessa Costituzione determina la centralità dal punto di vista assiologico. Tale affermazione trova conferma in una recente pronuncia della Corte costituzionale¹³, con la quale la Consulta, pronunciandosi sui rapporti fra diritti sociali costituzionalmente tutelati e vincoli di bilancio, ha evidenziato che «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione». A fronte della necessità di garantire l'effettiva attuazione dei diritti fondamentali, la discrezionalità del legislatore incontra dunque limiti invalicabili nell'individuazione delle risorse da allocare, un'individuazione che risulta necessaria e doverosa affinché l'affermazione di tali diritti non si traduca in una mera affermazione programmatica. Secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale, dunque, gli strumenti volti a garantire un livello minimo di effettività dei diritti costituzionalmente tutelati devono essere sottratti al vaglio di sostenibilità in relazione alle risorse disponibili. Tale valutazione, che risulta doverosa in ossequio al disposto dell'art. 81 Cost con riferimento alle spese ritenute facoltative, risulterebbe infatti contraria ai valori costituzionali se volta a minare l'effettività di diritti ritenuti incompressibili.

Se dunque la *spending review* intesa in senso strategico incontra rilevanti limiti di applicabilità in relazione a prestazioni connesse all'attuazione di diritti sociali costituzionalmente tutelati, non altrettanto può dirsi con riferimento alla *spending review* intesa in senso funzionale.

L'obiettivo della *fuctional review*, infatti, non è affatto quello di ridurre la spesa sottesa alle principali funzioni perseguite, ma piuttosto quella di migliorare la qualità dei servizi attraverso una migliore allocazione delle risorse disponibili. Non si tratterà dunque di sottrarre risorse al perseguimento di determinati obiettivi al fine di impiegare le stesse ad altri fini, quanto piuttosto di procedere all'eliminazione degli sprechi attraverso l'efficientamento degli strumenti esistenti o l'individuazione di nuovi strumenti atti a perseguire gli stessi risultati riducendo i costi, o a mantenere i costi invariati incrementando tuttavia i risultati e dunque garantendo in ogni caso l'efficienza nell'impiego delle risorse disponibili.

Così intesa la *spending review* finisce per assumere un ruolo guida dell'azione amministrativa nella garanzia e sviluppo efficiente delle prestazioni pubbliche, e diviene uno strumento fondamentale per bilanciare il *trade off* esistente fra efficienza ed equità, fra vincoli di bilancio ed effettività dei diritti.

La revisione della spesa, dunque, in quanto strumento potenzialmente idoneo a garantire un bilanciamento fra il perseguimento dei criteri economico-aziendalistici di efficienza, economicità ed efficacia, ed i principi socio-politici di etica ed equità, non deve divenire il mezzo per facilitare l'arretramento delle autorità pubbliche in favore del libero mercato, ma piuttosto lo strumento atto a dimostrare la possibilità di conseguire obiettivi di efficienza anche nel settore pubblico.

¹³ Si fa in particolare riferimento alla pronuncia della Corte costituzionale n. 275 del 19 ottobre 2016.

Il ricorso a privatizzazioni ed esternalizzazioni non pare dunque una scelta necessitata in funzione del perseguimento dell'efficienza dell'amministrazione, ben essendo possibile a tal fine ricorrere agli strumenti pubblicistici rivisitandoli.

La corretta declinazione delle norme in materia di contabilità pubblica può infatti costituire in quest'ambito uno strumento fondamentale al fine di garantire che, attraverso una gestione efficiente delle risorse, la sostenibilità del debito pubblico venga garantita in funzione e non a scapito dei diritti fondamentali dei cittadini.

Abstract

The notion of efficiency, originated in the economic sciences, has become very important in the public law as an expression of the constitutional principle of good administration, up to find her final affirmation with the law 241/1990. The law on administrative procedure includes economy and efficiency among the general principles of administrative action and determines the development of a management model based on the result.

In order to achieve the production of services with fewer resources, the legislator has repeatedly encouraged or imposed recourse to the market, with privatization policies and regulation to protect competition.

Indeed, the national and the European rules don't define the concept of competition. The economic science discusses if competition can be configured as a condition able to ensure allocative efficiency, based on the well-being of the community, or a condition able to ensure dynamic efficiency, based on the innovation.

But is it possible identify the public administration's efficiency with the market's efficiency? Can the positive administration imposed by article 97 of the Constitution really be achieved by market's efficiency?

The aim of the paper is to try to answer this question and analyze the impact that the choice of efficiency's tools has on social rights.

“Cittadinanze” regionali e locali vs. cittadinanza sociale unitaria

Sommario: 1. Cittadinanza giuridica e cittadinanza sociale - 2. Cittadinanza e immigrazione tra competenze statali e competenze regionali e locali - 3. L'emergere di “cittadinanze” regionali e locali - 4. Un tentativo di ricomposizione del sistema

1. Cittadinanza giuridica e cittadinanza sociale

I mutamenti sociali, economici, politici e istituzionali degli ultimi decenni “premono” con forza per il ripensamento di intere categorie giuridiche proprie dello Stato e del diritto costituzionale. Anche il concetto di cittadinanza è sottoposto a tali “pressioni”: in una società sempre più multilivello e multiculturale, i cui confini sono “liquidi”¹, anche la cittadinanza acquista pluridimensionalità e prevale la tendenza a volerne ridefinire i contorni.

Se ne affermano così due concetti distinti², tra loro in continua tensione. Da un lato vi è la cittadinanza in senso giuridico, la quale attiene al legame dell'individuo con lo Stato-Nazione. Solo lo Stato, in quanto titolare della sovranità, ha il potere di definire i “confini” della cittadinanza. Il cittadino risulta prima di tutto suddito, soggetto alla sovranità dello Stato e, in secondo luogo, partecipe dello Stato. La cittadinanza *in senso stretto* tende inevitabilmente ad «escludere»³, a creare barriere, a mantenere una netta distinzione tra colui che è cittadino e chi è straniero; essa impone, ineluttabilmente, diseguaglianza⁴.

Dall'altro, emerge la tendenza al superamento del concetto formale di cittadinanza per abbracciarne, sulla scorta della scienza sociologica⁵, uno sostanziale. La cittadinanza sarebbe definita, contenutisticamente e sostanzialmente, dall'acquisizione di diritti e doveri. Tale concezione della cittadinanza risulta da una interpretazione comunitaristica ed etica dello Stato, secondo la quale è cittadino colui che appartiene ad una determinata comunità, che è in essa integrato. La cittadinanza si caratterizzerebbe per essere sociale, fondata sulla condivisione di uno *status* di diritti e di doveri della persona in quanto tale, piuttosto che su vincoli di altra natura (sangue, etnia, lingua, etc.). Essa risulterebbe inoltre inscritta nel nostro ordinamento nel progetto di «democrazia emancipante»⁶ di cui, *in primis*, agli artt. 2 e 3 della Costituzione.

Questa diversa concezione di cittadinanza implicherebbe pertanto una «dimensione eminentemente inclusiva»⁷, tendente all'eguaglianza di *status* e di dignità sociale e, non ultimo, alla universalizzazione dei diritti⁸. Attraverso il suo affermarsi si perseguirebbe un progetto di

¹ Lo scontato riferimento è all'opera del sociologo Z. Bauman, *Liquid modernity*, Cambridge, 2000, trad. it. S. Minucci, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002.

² Sul punto, tra i molti, J. Habermas, *Recht und Moral*, Tanner Lectures on Human Values, Salt Lake City, 1986, trad. it. L. Ceppa, *Morale, Diritto, Politica*, Torino, 2001, 113; L. Ferrajoli, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. Zolo (cur.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, 1994, 264; E. Grosso, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*, Padova, 1997, 5 ss.

³ Cfr. S. Staiano, *Migrazioni e paradigmi della cittadinanza: alcune questioni di metodo*, in *federalismi.it*, 21/2008, 2; P. Carrozza, *Noi e gli altri. Per una cittadinanza fondata sulla residenza e sull'adesione ai doveri costituzionali*, in E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna (cur.), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013, 31.

⁴ Cfr. sul punto V. Onida, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale AIC, Cagliari, 16-17 ottobre 2009, Napoli, 2010, 6 ss.

⁵ Cfr. T.H. Marshall, *Sociology at the Crossroad*, London, Heinemann, 1963, trad. it. P. Maranini, *Cittadinanza e classe sociale*, Torino, 1976, 24.

⁶ Cfr. M. Dogliani, A. Di Giovine, *Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, in *Quest. giust.*, 2/1993, 323.

⁷ V. T.N. Poli, *Nuove forme di cittadinanza nel costituzionalismo multilivello: gli sviluppi della giurisprudenza europea e costituzionale*, in *Rivista KorEuropa*, 3, 87.

⁸ Condotta all'estremo la cittadinanza sociale implicherebbe, secondo alcuni, uno *status* di «cittadinanza cosmopolitica». Cfr., per tutti, J. Habermas, *op. cit.*, 136.

democrazia maggiormente pluralista e si amplierebbe la platea degli attori della vita comunitaria, sino a ricomprendervi coloro che, secondo lo Stato-Nazione, cittadini non sono.

Il primo concetto di cittadinanza, discendente dalla sovranità statale, rischia peraltro sempre più di essere “soppiantato” dal concetto di cittadinanza sociale, in conseguenza di fattori esogeni ed endogeni all’ordinamento nazionale.

Sul versante esterno, l’aumento dei flussi migratori da aree sottosviluppate e da zone di guerra, alla conquista di una cittadinanza «pregiata»⁹, sta mettendo in crisi non solo le fondamenta dello Stato sociale e i principi della democrazia pluralista, ma la capacità decisionale stessa delle democrazie occidentali.

Il moltiplicarsi e la convinta adesione a dichiarazioni di diritti in ambito internazionale, rafforzate talora da una tutela giurisprudenziale, nonché il processo di integrazione europea, sollecitano alla universalizzazione dei diritti dell’uomo¹⁰ e al superamento del concetto di cittadinanza legato esclusivamente alla nazionalità.

Quanto al versante interno, è riconosciuta unanimemente l’attuale crisi di rappresentanza politica e l’incapacità, specie dello Stato, di riuscire a regolare le condizioni sociali della popolazione, anche in conseguenza di una crescente carenza delle risorse finanziarie.

La riforma costituzionale del 2001, inoltre, pur confermando la competenza esclusiva statale rispetto alla disciplina delle modalità di acquisto e di perdita della cittadinanza, come di quelle di ingresso e residenza sul territorio nazionale, ha significativamente accresciuto il ruolo delle autonomie territoriali rispetto a una più piena garanzia dei diritti sociali, facendo così emergere un *welfare* “territoriale” e una nuova dimensione, regionale e/o locale, di cittadinanza sociale.

2. Cittadinanza e immigrazione tra competenze statali e competenze regionali e locali

Le competenze legislative statali e regionali, nonché le modalità di allocazione delle funzioni amministrative, confermano l’emergere, accanto alla tradizionale cittadinanza giuridica, di altre forme e condizioni di cittadinanza sociale.

Con la riforma del Titolo V si è inteso attribuire espressamente allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all’Unione europea (lett. *a*)); di immigrazione (lett. *b*)); rispetto alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di diritti civili e sociali (lett. *m*)); in materia di ordine pubblico e sicurezza (lett. *h*)); di cittadinanza, stato civile e anagrafi (lett. *i*)). Alla base di tale scelta, naturalmente, vi sono la necessità di garantire uniformità e unità all’ordinamento, il rispetto del principio di eguaglianza degli individui presenti sul territorio e, più in generale, l’esigenza di accentrare in capo allo Stato le politiche dell’immigrazione, attraverso le quali esso riesce ad affermare la propria sovranità anche rispetto allo *status civitatis*.

Al tempo stesso, tuttavia, non si può escludere un intervento regionale e, in via amministrativa anche degli enti locali, in relazione a possibili politiche per l’immigrazione. Gli ambiti di intervento regionale e locale già riconosciuti dal Testo Unico sull’immigrazione (d.lgs. n. 286/1998) sono stati infatti potenzialmente ampliati in Costituzione in conseguenza dell’accresciuta competenza legislativa delle Regioni non solo in materia di servizi sociali, ma anche di istruzione, formazione professionale, tutela della salute e, in generale, in tutti i settori che possono avere riflessi sull’esistenza dello straniero presente, stabilmente od occasionalmente, sul territorio italiano.

⁹ Cfr. D. Zolo, *La strategia della cittadinanza*, in *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, cit., 42.

¹⁰ Cfr., tra i molti, G. Azzariti, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Dir. pubbl.*, 2/2011, 449; S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

Se, dunque, per cittadinanza sociale si intende l'appartenere e l'essere integrati ad una determinata comunità e il riconoscimento di posizioni giuridiche soggettive, è indubbio che Regioni e enti locali assumano un ruolo decisivo, nella misura in cui risultano responsabili della programmazione, gestione ed erogazione di diritti civili e sociali.

Sul punto è inoltre particolarmente significativo il fatto che nel testo costituzionale stesso, all'art. 118, c. 3, si sia riconosciuta la necessità di un coordinamento statale nell'ambito dell'immigrazione e dell'ordine pubblico e sicurezza. In questi settori, più di altri, è infatti presente al legislatore costituzionale la necessità di contemperare le esigenze di unità e la sovranità statale, da un lato, con il pluralismo delle decisioni legislative, dall'altro, e di come vi sia un tale intreccio funzionale di competenze statali, regionali e locali da poter trovare composizione solo attraverso forme di coordinamento organico e/o procedimentale.

Se è indubbio che la definizione e la "delimitazione" della cittadinanza formale continuino ad essere riconosciute di competenza dello Stato, è dunque vero che quest'ultimo ha visto progressivamente "intaccata" la propria sovranità rispetto alla disciplina e alla garanzia dei diritti e doveri del cittadino e dello straniero. Lo Stato può dirsi, così, responsabile «della riduzione o dell'allargamento della forbice» tra coloro che posseggono la cittadinanza italiana e coloro che, semplicemente, vivono o risiedono sul territorio italiano; le Regioni e gli enti locali possono invece contribuire ad assicurare a tutti, in relazione al solo *status personae*, «molti dei diritti fondamentali (e non solo)» che integrano e danno sostanza alla cittadinanza sociale¹¹.

I contenuti della cittadinanza sostanziale non possono più ritenersi attribuiti in via esclusiva alla valutazione dello Stato; nuovi centri decisionali, esterni ed interni all'ordinamento, sono subentrati a quest'ultimo e i loro interventi stanno mettendo in crisi la definizione di cittadinanza formale, facendo al contempo affiorare una pluralità di suoi modelli.

3. L'emergere di "cittadinanze" regionali e locali

Uno dei principali problemi degli ordinamenti "composti" è dato dalla difficoltà di "costruire" una cittadinanza sociale unitaria che riesca a tradursi in un ragionevole limite al frazionamento del potere politico sul territorio nazionale. In tali ordinamenti emerge infatti, da un lato, la necessità di «riconoscere e promuovere le autonomie locali» (art. 5) e dall'altro, al tempo stesso, il dovere della Repubblica di «riconoscere e garantire i diritti fondamentali dell'uomo» (art. 2) nonché la «pari dignità sociale e l'eguaglianza» (art. 3) di tutti i cittadini. Costante è la tensione e difficile l'equilibrio tra unità e differenziazione del sistema: per quanto un ordinamento possa desiderare di tendere al massimo del decentramento, esiste sempre uno stato giuridico comune ed egualitario della persona, il cui nucleo è da ricercarsi nella garanzia dei diritti fondamentali.

Non è invero agevole comprendere sino a che punto possa imporsi l'unità del sistema, per assicurare l'eguaglianza, e quanto, invece, proprio l'unità e l'eguaglianza non si traducano in un'eccessiva uniformità, a scapito della differenziazione e dell'autonomia.

I flussi migratori crescenti e la presenza di lungo periodo di stranieri sui nostri territori, come anche l'aumento di cittadini che versano in condizioni di povertà e debolezza, hanno inciso profondamente negli ultimi anni sulle finanze regionali e locali, coincidendo del resto con un più ampio e necessario intervento di questi enti territoriali rispetto a una efficace garanzia dei diritti sociali. Il "complessificarsi" della domanda sociale ha costretto Regioni ed enti locali a riconfigurare i diritti (anche quelli fondamentali) e i loro "confini", determinando la preoccupante emersione di

¹¹ Sul punto cfr. L. Ronchetti, *La cittadinanza sostanziale tra Costituzione e residenza: immigrati nelle regioni*, in www.costituzionalismo.it, 2/2012, 2-3.

“cittadinanze” regionali e locali, che non sembrano conciliabili né con la definizione che si è data di cittadinanza sociale, né tantomeno con quella di cittadinanza giuridica. Tali “cittadinanze”, infatti, più che l’inclusione sociale determinano una progressiva esclusione di settori di popolazione dalle politiche sociali e accrescono la diseguaglianza all’interno dello Stato.

La creazione di queste nuove “forme di cittadinanza” avviene indirettamente attraverso la valorizzazione del requisito della cittadinanza e, più spesso, della residenza sul territorio regionale o urbano. A fronte della pressante domanda di integrazione sociale e pur in presenza del dovere imperante della solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.), si assiste all’opposto a politiche per lo più esclusive nei confronti dello straniero, di chiusura dei “confini” della cittadinanza, attraverso le quali, finendo con l’eludere il principio di eguaglianza, si instaura una spiccata “territorialità” dei diritti su base regionale o locale.

Interventi di questo genere sono rintracciabili in leggi regionali rivolte ai soli cittadini italiani¹², ma, in misura maggiore, in quelle che subordinano l’erogazione delle prestazioni sociali e, quindi, il godimento dei corrispondenti diritti, al requisito della residenza anagrafica nella Regione. Non sono inoltre rare le norme regionali che dispongono che il soggetto richiedente la prestazione sia presente sul territorio “erogante” da un certo lasso di tempo e in forma continuativa¹³, “aggravando” così le condizioni pretese. Si determina in tal modo una “cittadinanza” diversa, a seconda del contesto e del livello normativo nel quale la persona decida di stabilirsi e risiedere¹⁴.

Si aggiungono poi, talora, ordinanze comunali rivolte esplicitamente a restringere i criteri per la concessione della residenza anagrafica, che comportano così l’impossibilità *a priori* di accedere alle prestazioni sociali¹⁵. In seguito infatti all’ampliamento dei poteri di ordinanza sindacale, realizzato con il c.d. Pacchetto sicurezza¹⁶, alcuni sindaci – quelli “schierati” contro le politiche di inclusione degli immigrati – ostacolano il permanere nel contesto urbano di fasce di popolazione non gradite o ritenute costituire un “peso” per le risorse locali. Nonostante la Corte costituzionale sia intervenuta a restringere i poteri di ordinanza sindacale¹⁷, si constata il permanere talora di un atteggiamento discriminatorio e l’introduzione di prassi amministrative informali o di circolari interne restrittive, rivolte agli uffici anagrafici e al personale della polizia locale.

¹² Art. 7 l.r. Veneto n. 18 del 2005 e art. 5 l.r. Friuli Venezia Giulia n. 11 del 2007, che prevedono l’accesso al servizio civile regionale solo per coloro che abbiano la cittadinanza italiana.

¹³ Ne sono un esempio l’art. 1 l.r. Basilicata n. 33/2008, che richiede la residenza da almeno 12 mesi nella Regione per poter ottenere il contributo previsto per i soggetti portatori di svantaggi psicofisici; l’art. 4, c. 2, l.r. Lazio n. 4/2009, che richiede la residenza da almeno 24 mesi nella Regione per poter accedere al reddito minimo garantito in favore dei disoccupati, inoccupati o precariamente occupati; l’art. 6, c. 3, l.r. Trentino n. 13/2007, che prevede il requisito della residenza protratta per almeno 3 anni per poter beneficiare di tutti gli interventi sociali previsti dalla legge; l’art. 2 l.r. Campania n. 2/2004, che disciplina il c.d. reddito di cittadinanza per coloro che risiedano nella Regione da almeno 5 anni.

Ancora, l’art. 1 l.r. Lombardia n. 7/2005, che richiede, per l’assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, la residenza o lo svolgimento di attività lavorativa nella Regione da almeno 5 anni e aggiunge che «la residenza sul territorio regionale concorre alla determinazione del punteggio per la formazione della graduatoria».

¹⁴ Si vedano, ad esempio, l’art. 2, c.2, l.r. Piemonte n. 34/2009, recante «Norme straordinarie a sostegno dei lavoratori dipendenti in condizione di disagio economico. Fondo speciale di garanzia»; l’art. 2 l.r. Abruzzo n. 33/2010, recante «Misure a sostegno della mobilità delle persone colpite dal sisma che non abbiano fatto ancora rientro presso i comuni di residenza o limitrofi»; art. 2 l.r. Molise n. 18/2010, recante «Interventi regionali per la vita indipendente».

¹⁵ Sul tema della residenza anagrafica quale fattore di esclusione degli stranieri, cfr. M. Gorlani, *Accesso al welfare state e libertà di circolazione: quanto “pesa” la residenza regionale?*, in *Le Reg.*, 2-3/2006, 345 ss.; E. Gargiulo, *Le politiche di residenza in Italia: inclusione ed esclusione nelle nuove cittadinanze locali*, in *La governance dell’immigrazione*, cit., 135 ss.; Id., *Dalla popolazione residente al popolo dei residenti: le ordinanze e la costruzione dell’alterità*, in *Rass. It. di Sociologia*, 1/2015, 3 ss.

¹⁶ D.l. n. 92 del 23 maggio 2008 recante «Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica».

¹⁷ Sul punto cfr. Corte cost., sent. n. 115/2011.

Ne deriva un evidente problema di disegualianza tra quanti sono cittadini italiani e gli stranieri; ma si scoraggiano e si ostacolano anche, in tal modo, forme di migrazione «interna»¹⁸ allo Stato di cittadini che, cambiando residenza, si ritrovano in una situazione di svantaggio rispetto a quanti, forse anche stranieri, risiedono da più tempo sul territorio.

Un sentimento diffuso di difesa del territorio, il progressivo venir meno del *welfare* statale e la necessità di una distribuzione maggiormente ponderata delle poche risorse finanziarie a disposizione hanno dunque determinato l'introduzione di "cittadinanze" regionali e locali che, al pari di quella formale, se non in misura maggiore, risultano fortemente escludenti e contrarie al risultato cui tende la cittadinanza sociale: l'eguaglianza e l'inclusione degli individui.

Lo Stato sociale, ancorché complesso da un punto di vista territoriale ed organizzativo, richiede che non vi siano affatto disparità tra i propri cittadini nell'effettivo godimento dei diritti e che, in linea di principio, neppure esse vi siano tra cittadini e stranieri quanto ai diritti fondamentali¹⁹.

Ipotizzare forme di discriminazione tra individui (cittadini e non cittadini) sulla base della sola provenienza o residenza pare inammissibile: se è indubbio che la cittadinanza formale è unica e unitaria, non può che esserlo – anzi deve esserlo, a meno di evidenti e pesanti disegualianze – anche la cittadinanza sostanziale.

Non si può peraltro nemmeno ritenere che le Regioni e gli enti locali debbano erogare prestazioni quantitativamente e qualitativamente eguali, dal momento che, in tal modo, verrebbe gravemente toccata, e quasi svuotata, l'autonomia territoriale. Per ritenere ammissibili su scala regionale e locale politiche sociali differenti, occorre invero verificare, come anche sostenuto dalla Corte costituzionale²⁰, l'esistenza di una «ragionevole correlazione» tra la natura della prestazione erogata e il requisito posto alla base del suo godimento.

Emerge nuovamente, in modo quasi scultoreo, il nodo centrale del temperamento di unità e uguaglianza con le esigenze di autonomia e differenziazione. Occorre dunque tracciare i limiti precisi a una tale politica "decentrata"; né può essere lasciato alla Corte costituzionale o a istanze giudiziarie sovranazionali quello – parimenti difficile – del ricondurre ad unità la complessa categoria della cittadinanza sociale²¹. Il contenuto dei diritti in essa ricompresi deve infatti essere "riempito" di significato e di effettività dai detentori del potere politico, chiamati a farsene promotori e tutori in prima istanza.

Affinché si realizzi concretamente una effettiva unità della e nella cittadinanza occorre che i legislatori, statale e regionali, condividano, predispongano e attuino convintamente un progetto organico e sistematico di cittadinanza sociale, che conduca la Repubblica alla dimensione di «democrazia emancipante» disegnata in Costituzione. Solo un indirizzo politico nazionale può infatti arginare la «frammentazione»²² territoriale della cittadinanza alla quale si sta assistendo e può

¹⁸ Distingue tra migrazione «interna» e migrazione «esterna» allo Stato P. Carrozza, *op. cit.*, 28, il quale sostiene, diversamente da quanto emerge in questo studio, che la prima sia irrilevante dal punto di vista giuridico. Se una migrazione «interna» è senza dubbio ininfluenza dal punto di vista della cittadinanza formale, essa pare invece assumere oggi rilevanza sotto il profilo della cittadinanza sostanziale.

¹⁹ Così l'art. 2, c. 1, del T.U. sull'immigrazione.

²⁰ Cfr., tra le altre, Corte cost., sentt. 432/2005 e 40/2011. Sul punto cfr. F. Biondi Dal Monte, *I diritti sociali degli stranieri. Politiche di appartenenza e condizioni di esclusione nello Stato sociale*, in E. Cavasino, G. Scala, G. Verde (cur.), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia*, Napoli, 2013, 189 ss.

²¹ Come giustamente sottolineato da S. Staiano, *Per un nuovo paradigma giuridico dell'eguaglianza*, in M. Della Morte (cur.), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, Napoli, 2016, 421, «una legislazione 'vuota' o 'neutra' dal punto di vista valoriale – cioè (...) incapace di interpretare, essa anzitutto, il quadro costituzionale, e poi di tradurre coerentemente tale interpretazione in atto – lascerebbe libero campo alla creazione giurisprudenziale delle politiche di rimozione delle disegualianze o di conservazione di esse, se ritenute "tollerabili" o "necessarie"».

²² Cfr. S. Staiano, *Migrazioni e paradigmi della cittadinanza: alcune questioni di metodo*, cit., 21.

consentire il delinarsi concettuale di una cittadinanza unitaria, della quale tutti riescano a godere, a prescindere da ogni cittadinanza formale o dalla propria residenza sul territorio.

4. Un tentativo di ricomposizione del sistema

Il principio dell'autonomia territoriale, che mette oggi in discussione il concetto di cittadinanza e determina un'accentuata "territorialità" dei diritti, può essere in realtà rivalutato, senza che esso risulti dirompente rispetto al circolo "virtuoso" di sovranità statale, cittadinanza unitaria, eguaglianza e solidarietà sociale. L'autonomia territoriale non si oppone infatti all'unità dell'ordinamento, ma, come sancito nell'art. 5 Cost., si stabilisce e si afferma in essa. Le autonomie territoriali non solo possono, ma hanno il dovere di contribuire alla affermazione di una cittadinanza sociale unitaria; nel farlo, contribuiscono anzi ad una sua dimensione dinamica, arricchendola di contenuti diversi. Le "cittadinanze" regionali o locali possono dunque ricomporsi in quella sociale unitaria nel momento in cui contribuiscono a definirla, a valorizzarla e ad accrescerne i contenuti; non già a ridurli.

Di fronte al dramma quotidiano dei migranti e alla difficoltà di risposte convincenti nell'odierna democrazia, è ormai necessario individuare e costruire, come sostenuto da attenta dottrina, un «nuovo paradigma di cittadinanza»²³, che trovi peraltro le proprie radici nella Costituzione. Tale cittadinanza, in quanto unitaria, non può consentire discriminazioni irragionevoli; proprio in quanto si inverte in un ordinamento composto, non tollera di essere indiscriminatamente omogenea ed uniforme, ma deve accettare di configurarsi in modo differenziato sul territorio.

Una puntuale definizione di cittadinanza sociale unitaria non potrà dunque che emergere ed essere definita a livello politico-istituzionale di tutta la Repubblica. La responsabilità dei «costi dell'essere umano», infatti, non potrà essere altrimenti assunta che «dalla società nel suo insieme, (...) come uno degli scopi più alti della politica»²⁴.

Si rende quindi necessario rintracciare, da un lato, uno spazio istituzionale di interazione sociale nel quale siffatta cittadinanza venga in essere e, dall'altro, la correlativa organizzazione strutturale e le corrispondenti risorse finanziarie che ne assicurino l'osservanza.

Ritengo che questo spazio debba essere individuato nel momento della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, che divengono, così, il «nucleo di una cittadinanza nazionale indisponibile a ogni ipotesi di differenziazione territoriale»²⁵ e il «felice punto di equilibrio»²⁶ tra le esigenze dell'eguaglianza nella fruizione dei diritti e quelle della doverosa autonomia politica. Tale funzione, infatti, per quanto in Costituzione sia attribuita in forma esclusiva allo Stato (art. 117, c. 2, lett. m)), deve essere interpretata come potestà «non escludente»²⁷ le autonomie territoriali. Per la sua piena effettività essa necessita non solo della legislazione regionale attuativa²⁸ e dell'erogazione delle prestazioni a livello comunale, ma anche – come qui si sostiene – dell'indispensabile contributo delle autonomie territoriali nella loro stessa determinazione. Solo una visione condivisa e collaborativa delle prestazioni garantite a tutti gli individui in quanto tali, indipendentemente dalla cittadinanza e dal luogo di residenza, correlata a un loro adeguato

²³ *Ibidem*, 30.

²⁴ Cfr. L. Gallino, *Il modello sociale, pilastro dell'unità europea*, in www.eguaglianzaelibertà.it, 2011, 5.

²⁵ Cfr. A. D'Aloia, *Diritti e stato autonomistico: il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Reg.*, 6/2003, 1091.

²⁶ Cfr. R. Tosi, *Cittadini, Stato, Regioni di fronte ai «livelli essenziali delle prestazioni...»*, in *Quad. Cost.*, 2003, 630.

²⁷ Cfr. M. Olivetti, *Le funzioni legislative regionali*, in T. Groppi, M. Olivetti (cur.), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, 2003, 101.

²⁸ Cfr. A. Poggi, *Differenziazioni territoriali e cittadinanza sociale*, in AA.VV. *Scritti in memoria di Livio Paladin*, col. IV, Napoli, 2004, 1746.

finanziamento, consente infatti di instaurare una «diretta proporzionalità»²⁹ tra il riconoscimento dei diritti di cittadinanza e la loro effettiva attuazione.

In questi anni, all'opposto, ad avere inciso sulla "a-territorialità" nella fruizione dei diritti e sulla frammentazione della cittadinanza sociale sono stati non solo la mancata individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni³⁰, ma anche il fatto che si è lungamente disatteso il modello di regionalismo cooperativo implicito al sistema complesso e multilivello della Repubblica.

La Costituzione stessa richiama, a proposito di immigrazione, all'art. 118, c. 3, la necessità del coordinamento Stato-Regioni, e il coordinamento era d'altra parte prefigurato nella programmazione "a cascata" del T.U. sull'immigrazione: un programma pluriennale statale che - come è noto - rinviava a ulteriori piani regionali e poi locali³¹. Questo modello di programmazione non è tuttavia mai stato attuato e in questi anni gli interventi statali e regionali hanno sovente fatto riferimento ad una logica volta più ad escludere lo straniero, che non a provvedere alla sua integrazione e inclusione.

Risulta pertanto fondamentale che Stato e Regioni, perché possano dare risposte effettive ed egualitarie alla crescente domanda sociale di una cittadinanza «pregiata», condividano anzitutto la disciplina legislativa, prima ancora di quella attuativa, dei "contenuti essenziali" della cittadinanza sociale. Contenuti evidentemente irriducibili che - se condivisi e co-decisi - risulteranno unitari e sottratti alle dinamiche di differenziazione legate al pluralismo politico-territoriale e alla ideologia di forze politiche contrarie al progetto costituzionale di inclusione sociale; progetto anzitutto inscritto, come già evidenziato, negli artt. 2 e 3 della Costituzione.

Occorre inoltre che, contestualmente al momento istituzionale di co-individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni, si realizzi quello di co-identificazione delle risorse economiche e delle relative politiche volte a finanziarli e, così, a garantirli³². È indubbio che le istituzionali statali e sub-statali siano oramai fortemente condizionate - quantomeno rispetto ai profili della spesa pubblica - dalle istituzioni e dalla politica economica europee, e che ciò stia determinando un "corto circuito" proprio rispetto all'aumento delle esigenze locali di spesa relative all'erogazione di prestazioni sociali. È altresì evidente, tuttavia, come il nostro ordinamento individui nella perequazione e in eventuali risorse aggiuntive (art. 119, c. 4 e 6, Cost.) il punto di equilibrio tra la cittadinanza sociale unitaria e le autonomie territoriali³³. Attraverso la redistribuzione delle risorse e l'assegnazione di aggiuntive, volte a promuovere la coesione e la solidarietà sociale, nonché a rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, si è inteso infatti fare in modo che in Costituzione i rapporti fra risorse e diritti fossero mediati da chiare scelte politiche. Scelte che, anche in questo caso, per quanto attribuite in via esclusiva allo Stato (art. 117, c. 2, lett. e)), non possono che essere assunte, per poter corrispondere pienamente all'obiettivo che si prefiggono, attraverso un metodo condiviso e collaborativo con le Regioni e gli enti locali.

Al tempo stesso occorre poi tenere in considerazione il fatto che i diritti sociali vengono soddisfatti anche attraverso politiche redistributive collegate ai doveri di solidarietà sociale, *in primis*

²⁹ Cfr. A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo «modello sociale europeo»: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, 4/2011, 4, il quale sostiene si sia di fronte a una «diretta proporzionalità tra espansione e attuazione dei diritti».

³⁰ Sul punto si veda, per tutti, A. Piperno, *L'attuazione del federalismo fiscale in Italia: si può riavviare il cantiere?*, in *Research Paper del Centro Studi sul Federalismo*, marzo 2016.

³¹ Cfr. art. 3 D.Lgs. 286/1998. Sul punto, tra i molti, M. Vrenna, *Le Regioni di fronte all'immigrazione: linee di tendenza degli ultimi anni*, in *La governance dell'immigrazione*, cit., 399 ss.

³² Da ultimo, cfr. G.M. Caruso, *Diritti sociali, risorse e istituzioni: determinismo politico di un sistema complesso*, in www.federalismi.it, 4/2016, 38, il quale evidenzia la necessità di un «modello istituzionale che consenta di valutare congiuntamente tanto gli interessi di matrice economica quanto quelli di matrice sociale, proprio per evitare che i primi finiscano per imporsi unilateralmente in capo ai secondi».

³³ Così anche A. Poggi, *I diritti delle persone. Lo Stato sociale come Repubblica dei diritti e dei doveri*, Milano, 2014, 98.

quello tributario di cui all'art. 53 della Costituzione. Se si vuole dunque assicurare una effettiva cittadinanza sociale unitaria occorre fare fronte ai relativi costi intervenendo anche sulla pressione fiscale. Detto altrimenti, occorre operare attraverso la funzione di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, non quale strumento di taglio alla spesa pubblica e di accentramento di competenze allo Stato – come invece essa è stata interpretata in questi ultimi anni – ma come vera e condivisa occasione, per lo Stato e le autonomie territoriali, di riorganizzazione e di redistribuzione delle risorse.

Nell'ultimo periodo la Corte costituzionale ha affermato che «la situazione eccezionale di crisi economico-sociale ha ampliato i confini entro i quali lo Stato deve esercitare la (...) competenza legislativa esclusiva»³⁴ in materia di livelli essenziali delle prestazioni, giungendo così a indebolire e svuotare di significato il principio della leale collaborazione tra Stato e Regioni. Essa ha peraltro anche statuito che «una volta cessata la situazione congiunturale», che ha determinato la crescente pervasività degli interventi statali, «non si può prescindere, avendo cura così di garantire anche la piena attuazione del principio di leale collaborazione, nell'osservanza del riparto delle competenze definito dalla Costituzione»³⁵.

Sembra oramai che, specie a proposito di cittadinanza sociale e dei diritti di cittadinanza, non possa più parlarsi di una “situazione eccezionale e congiunturale”, ma si debba piuttosto iniziare a fare i conti con il principio di realtà, prendendo definitiva coscienza che se per davvero si intende sviluppare un modello di Repubblica solidale, occorre una maggiore condivisione, concettuale, giurisprudenziale e soprattutto politica, del nucleo essenziale di tale cittadinanza.

Occorre insomma che a livello politico-istituzionale si dia forma e contenuto ad una cittadinanza repubblicana, declinabile anche al plurale, e che le Regioni non risultino “terze” rispetto a questo momento, ma vi cooperino convintamente.

Questa dunque la difficile sfida della politica. Le “scelte di equilibrio” tra unità e differenziazione, tra eguaglianza e diseguaglianza, tra inclusione ed esclusione, non possono infatti prescindere da una totale e sicura legittimazione democratica³⁶.

In caso contrario, il rischio è quello di «risultati rapsodici»³⁷, lasciati in mano a giurisdizioni nazionali e sovranazionali, e della progressiva incapacità del sistema rappresentativo di affrontare, con convinzione e in modo utile, le trasformazioni del nostro tempo, giungendo così, in nome di una pretesa sicurezza e della indisponibilità di risorse, alla ingiustificata chiusura ed esclusione dell'“altro” da noi.

Abstract

The claim of the residence in order to benefit from social rights causes the development of regional and local 'citizenships' as well as a progressive crisis of the traditional concept of legal and social citizenship. However the unity of the Republic could be guaranteed through the shared decision of the essence of social citizenship by central, regional and local governments as well as through the equalization of financial resources. Indeed this unity can't be considered as territorial only (art. 5 Const.), but also and particularly as citizenship's unity.

³⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 62/2013, *cons. dir.* n. 6.2.

³⁵ *Ibidem*, nonché Corte cost., sent. n. 10/2010.

³⁶ Emerge in conclusione, in tutta la sua problematicità, il tema, che non è dato qui approfondire, del riconoscimento del diritto di voto agli stranieri e dell'identità tra governati e governanti. Sul punto, tra i molti, cfr. E. Grosso, *Cittadinanza e partecipazione politica a livello locale*, in M. Scudiero (cur.), *Le autonomie al centro*, Napoli, 2007, 3 ss.; B. Caravita, *I diritti politici dei «non cittadini». Ripensare la cittadinanza: comunità e diritti politici*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 133 ss.; G. Azzariti, *op. cit.*, 445 ss.

³⁷ S. Staiano, *Per un nuovo paradigma giuridico dell'eguaglianza*, cit., 427.

L'iniziativa economica dello straniero. L'*ethnic business* tra integrazione e sviluppo locale.

Sommario: 1. L'iniziativa economica dello straniero tra dottrina costituzionale e approcci teorici - 2. Profili giurisprudenziali dell'imprenditoria etnica - 3. Il lavoro autonomo dello straniero nella normativa nazionale - 4. L'investimento straniero come forma di *premium residence* - 5. Considerazioni conclusive

1. L'iniziativa economica dello straniero tra dottrina costituzionale e approcci teorici

Gli studi relativi all'imprenditoria immigrata hanno sempre privilegiato gli aspetti sociali ed economici del fenomeno. La letteratura scientifica si è sempre concentrata sul profilo del migrante come lavoratore, guardando all'attività come canale di accesso alla comunità di accoglienza ma spesso privilegiando il ruolo subalterno del soggetto, nella sua condizione opposta a quello del cittadino. In effetti, l'analisi teorica dell'*ethnic business* affonda le sue radici nel contesto statunitense, dove questi studi hanno trovato la loro maggiore affermazione e, solo tardivamente, si sono diffusi in Europa. L'approccio europeo ha mosso i suoi passi dalle impostazioni d'oltreoceano, elaborando il c.d. modello di *mixed embeddedness* (Rath e Kloosterman, 2000): questa interpretazione sociologica del fenomeno, traducibile «alternativamente con i termini radicamento, incorporazione, annidamento»¹, assume che l'imprenditoria immigrata sia, in definitiva, il risultato che scaturisce dall'intersezione tra l'ambiente, la cultura d'origine ed il modo in cui le attività indipendenti degli stranieri si inseriscono nel contesto economico e normativo del Paese ospitante.

Proprio su quest'ultimo punto, quello economico e normativo, pur nell'impossibilità di essere esaustivi, riteniamo sia necessario concentrare l'attenzione nell'analisi del tema in questione. In effetti, desta qualche curiosità il fatto che un fenomeno, attualmente dai contorni sempre più definiti e rilevanti, sia stato trattato solo in parte dalla dottrina giuridica. Il ragionamento su cui fondare le questioni che porremo in esame può prendere le mosse dalla stessa nozione di lavoro, fondamento della Costituzione repubblicana (art. 1 Cost.). Nonostante questo termine appaia (insieme alla parola "lavoratore") molto spesso negli articoli della Carta fondamentale, ci dichiariamo sinora concordi con quella nozione di lavoro in senso "politico", espressa dalla «sovrapposizione dell'art. 1 e l'art. 4, c. 2 della Costituzione»², dove in esso vengono racchiuse unitariamente tutte quelle funzioni che concorrono al progresso sociale e materiale della società. Tuttavia, come è stato recentemente osservato in dottrina, l'attività lavorativa «non può consistere in un'attività interna alla società, che colloca il lavoratore in una specifica posizione nella società, ma nel perseguimento di finalità ad esso esterne, che conducano alla sua trasformazione, al suo progresso»³. Intesa in questo senso, la categoria di cui discutiamo ammette la partecipazione di tutti i soggetti che sono capaci attraverso il lavoro - e nei limiti delle loro possibilità - di partecipare all'avanzamento e al progresso proprio e della comunità che li accoglie, siano essi cittadini o stranieri. Del resto, il Costituente ha così voluto racchiudere a fondamento dell'ordinamento «la condizione umana nella contemporaneità, più estesa, più comune e più significativa di valori concreti, materiali e immateriali, economici, sociali e di cultura»⁴.

Si ricordi che, ai rapporti specifici tra i membri della comunità nazionale, è stato dedicato l'intero Titolo III del Testo fondamentale, ovvero quella parte che apprezzata dottrina ha ribattezzato come

¹ M. Ambrosini, *Gli immigrati nelle attività indipendenti, interpretazioni a confronto*, in *Working Paper Crocevia*, Genova, Forum internazionale ed europeo di ricerche sull'immigrazione, 2004, 13.

² C. Esposito, *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 12.

³ M. Cavino, *Il lavoro politico come fondamento della Repubblica*, in M. Cavino e I. Massa Pinto (cur.), *Costituzione e lavoro oggi*, Bologna, 2013, 25.

⁴ Cfr. G. Ferrara, *I diritti del lavoro e la Costituzione economica italiana ed in Europa*, in www.costituzionalismo.it.

«Costituzione economica»⁵ quale «complesso di principi costituzionali che si occupano dei rapporti economici [...] e dai quali si desume quale modello di società sia stato prefigurato dai costituenti»⁶. Ecco perché, in questa sede, riteniamo sia proficuo unire lo studio di elementi propri del sistema economico (l'iniziativa, *in primis*) alla luce dell'ordinamento giuridico. Del resto, in tal senso sembra muoversi anche parte della dottrina scientifica quando, rispetto al sistema economico, denota «l'impossibile chiusura autoreferenziale, non potendo questi in alcun modo prescindere dalle risorse naturali offerte dall'ecosistema» e, in egual misura, non può tralasciare «forme di capitale sociale sottratti alla logica propria dell'economia»⁷.

Allo stesso modo, anche l'ordinamento giuridico va ricostruito attraverso le chiavi di lettura che derivano dal sistema sociale nel suo complesso: «come l'attività economica presuppone categorie di natura intrinsecamente giuridica (basti considerare la nozione di "proprietà" e di "contratto"), così il sistema giuridico si avvale di nozioni elaborate dalla scienza economica ("l'iniziativa economica", il "risparmio"), in entrambi i casi rinviandosi, dall'interno di uno dei due sistemi, a figure generate e maturate all'interno dell'altro»⁸.

Ritorna centrale nel nostro discorso, quindi, il c.d. principio lavorista della Costituzione che è valevole tanto per il cittadino come per lo straniero, poiché non incarna solo un diritto, bensì «un dovere civico, che si esplica in genere attraverso lo svolgimento di un'attività individuale»⁹. Esso si lega perfettamente con un altro principio cardine, quello *personalista*, poiché la stessa attività lavorativa si riflette come «tramite necessario per l'affermazione della personalità»¹⁰. La portata di questi concetti, almeno in questa sede, è universale, ritenendo che l'impianto teorico sinora delineato si riferisca non solo allo straniero nella sua condizione di subordinazione lavorativa – come spesso avviene – bensì nelle diverse forme della sua vita attiva e, quindi, anche come lavoratore autonomo e imprenditore. È dalla coniugazione dei principi costituzionali precedentemente esposti che possiamo far discendere la tutela delle libertà economiche. La loro più ampia consacrazione si riscontra proprio nell'enunciato dell'art. 41 Cost., vale a dire l'iniziativa economica privata, che è ritenuta «libera». A tal proposito, aderiamo alla dottrina maggioritaria che «riconduce all'ambito di operatività di tale disposizione ogni atto di scelta di un fine economico da perseguire e l'attività di organizzazione dei mezzi in vista del raggiungimento dello stesso»¹¹.

Senza voler entrare nelle diverse sfaccettature che l'art. 41 Cost. può assumere, essendo questa una «questione ampiamente dibattuta»¹², consideriamo tale libertà in relazione allo straniero come la potestà «di decidere che cosa produrre, quanto produrre, come produrre, dove produrre»¹³, assumendo che l'art. 41, c. 1 Cost. tutela sia la fase iniziale, sia la fase di svolgimento dell'attività economica. Il limite all'applicazione di questo precetto è desumibile dal secondo comma dello stesso articolo, ove si stabilisce che l'iniziativa economica privata non possa «svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». Diventa, quindi, implicito affermare che, anche allo straniero, per il combinato disposto degli artt. 2 e 10, c. 2

⁵ Tra i tanti, P. Bilancia, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996.

⁶ A. Pizzorusso, *Su alcuni problemi in materia di fonti del diritto pubblico dell'economia, Stato ed Economia, Scritti in ricordo di D. Serrani*, Milano, 1984, 6.

⁷ Teorie ampiamente rinvenibili in S. Latouche, *La scommessa della decrescita*, Milano, 2007. Si veda anche S. Zamagni, *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Bologna, 2004.

⁸ L. D'Andrea, *Diritto costituzionale e sistema economico: il ruolo della Corte costituzionale*, in F. Dal Canto e E. Rossi (cur.), *Corte costituzionale e sistema istituzionale. Giornate di studio in ricordo di A. Concaro*, Torino, 2011, 81.

⁹ G. Di Gaspare, *Il lavoro quale fondamento della Repubblica*, in *Dir. pubbl.*, n. 3, 2008, 873.

¹⁰ A. Cariola, *Art. 4*, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (cur.), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 115.

¹¹ R. Niro, *Art. 41*, R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (cur.), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 852.

¹² S. Costantini, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. "clausole sociali"*, in *Ianus*, n. 5, 2011, 203.

¹³ F. Galgano, *Sub art. 41*, in G. Branca (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1982, 4.

Cost., devono essere riconosciuti i diritti fondamentali in base al principio di uguaglianza e garantito il “pieno rispetto della dignità” in qualunque condizione essi si trovino, accettando l’idea che, attraverso il lavoro, «gli individui desiderano appartenere alla loro comunità, e allo scopo di rinforzare questa appartenenza si comporteranno in modo tale che gli altri si identifichino con loro, li accettino e li approvino»¹⁴.

2. Profili giurisprudenziali dell’imprenditoria etnica

La condizione giuridica dello straniero in Italia (ex art. 10, c. 2 Cost.) e all’interno degli Stati membri dell’Ue, sin dalla creazione della cittadinanza dell’Unione europea e dalla sua più recente implementazione, è sempre in continuo divenire. Come è noto, l’intento iniziale perseguito dai trattati istitutivi delle allora Comunità europee hanno sempre privilegiato la figura del lavoratore, quale elemento essenziale allo sviluppo di un “rifugio certo” di sicurezza, libertà e giustizia. Così, si è proceduto a creare, almeno nelle intenzioni del legislatore sovranazionale, una serie di facilitazioni e diritti accessori (libera circolazione, libertà di stabilimento, pari trattamento nell’accesso ad alcune posizioni, partecipazione alle procedure concorsuali, etc.) che potessero avvicinare, in un certo senso, la figura dello straniero “europeo” a quella di un qualsiasi cittadino nazionale. Eppure, se da un lato questa affermazione di libertà aggiuntive sembrava stesse scardinando l’ormai sottile linea di demarcazione tra la sovranità dello Stato e l’ingerenza delle istituzioni di Bruxelles¹⁵, dall’altro verso la preoccupazione degli Stati membri che il lavoratore straniero (anche nella fase potenziale) potesse convertirsi in un carico eccessivo per il sistema di *Welfare* interno, ha recentemente mostrato come l’idillio della libera circolazione sia sempre più rivisto in chiave di “necessaria però non obbligatoria” opportunità, specie in un periodo di recessione economica¹⁶. In tal senso, quindi, non potendosi, a parere della Commissione europea, configurarsi «una relazione statistica tra la generosità dei sistemi di sicurezza sociale e i flussi di cittadini dell’Unione»¹⁷ sembra ormai chiaro come lo statuto giuridico che viene riservato al soggetto che proviene da altri Stati membri, sia in realtà limitato e circoscritto, seppur peculiare.

Insieme a questi soggetti, bisogna considerare i nazionali provenienti da Paesi terzi e i titolari di una protezione internazionale (nell’Ue, anche di protezione sussidiaria) e ci si rende rapidamente conto come la tripartizione degli statuti giuridici rende ancora più complicata l’analisi in oggetto. Peraltro, si aggiunga che molti dei diritti (seppur fondamentali) come quello in questione, sono facilmente configurabili per ciò che attiene la titolarità ma, per il pieno godimento degli stessi, lo straniero deve sempre far riferimento al diritto positivo, che resta agganciato a particolari condizioni previste dall’ordinamento. Si pensi, tra tutti i prerequisiti, alla necessaria iscrizione del soggetto al servizio sanitario nazionale, così come l’inclusione in precise liste di registro: tale limite normativo rende chiaro come «tra la funzione anagrafica e alcuni diritti fondamentali della persona, e non soltanto del cittadino, corre un legame molto stretto»¹⁸. Da qui, si desume per quale motivo, attraverso le norme sovraordinamentali ma anche grazie alla tradizione di determinate Costituzioni,

¹⁴ A. Kirman, *L’identità nell’analisi economica*, in *Ragion pratica*, 39, 2012, 389.

¹⁵ Si pensi a quanto stabilì la sentenza della Corte di giustizia del 8-3-2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*, in *Racc.*, I-1177 e successive decisioni.

¹⁶ Si pensi a quanto deciso con il filone inaugurato con la sentenza della Corte di giustizia, dell’11-11-2014, causa *Dano* C-333/13.

¹⁷ Cfr. C. Sanna, *La crisi economica impone restrizioni alla libera circolazione delle persone?*, in www.eurojus.it

¹⁸ E. Gargiulo, *Localizzazione dei diritti o localismo dell’appartenenza? Abbozzo di una teoria della residenza*, in *Società mutamento politica*, 2, 3, 2011, 256.

«l'accesso ai diritti diventa differenziato tra chi è meramente presente sul territorio *de facto* e chi risulta *de jure* residente sullo stesso»¹⁹.

In ogni caso, va ricordato che proprio rispetto al lavoro, il livello di protezione elaborato dal sistema europeo di tutela dei diritti, tanto da parte della Corte EDU così come dai giudici di Lussemburgo, si basa nel pari trattamento e nella dignità di tutte le persone. Questa impostazione, sebbene i Costituenti già considerarono come presupposto la centralità dell'individuo (artt. 2 e 3 Cost.), la riscontriamo in molte delle disposizioni che riguardano l'attività lavorativa all'interno del nostro ordinamento: a partire dallo stesso art. 3, c. 1, dove al principio di uguaglianza si lega la «pari dignità sociale»; allo stesso modo, l'art. 36, c. 1, rinvia a un'equa retribuzione al fine di assicurare «una esistenza libera e dignitosa» al lavoratore e alla sua famiglia. In modo ancora più eloquente, l'art. 41 Cost. stabilisce che l'iniziativa economica privata non possa «svolgersi in contrasto con l'utilità sociale - della quale abbiamo già discusso - o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». Da questi precetti non è escluso lo straniero (qualunque sia la sua condizione occupazionale), nel pieno rispetto di quella «promessa» che proclama la Carta costituzionale, per cui «il lavoro è lo strumento principale per acquisire un'identità sociale e quindi integrarsi e partecipare alla comunità in cui si vive»²⁰. Non si dimentichi che proprio il lavoro è protetto «in tutte le sue forme ed applicazioni» (art. 35 Cost.). È questo l'approccio che deve guidare lo studioso e il legislatore per ciò che concerne l'ingresso e il soggiorno degli stranieri per questi motivi, sempre entro i limiti delle direttive europee e le convenzioni internazionali in materia. Dello stesso avviso, in numerose sentenze, anche i giudici della Corte costituzionale²¹. È proprio al legislatore che spetta il bilanciamento degli interessi pubblici che investono le fasi propedeutiche e di sviluppo dell'attività lavorativa dello straniero²² e tale azione serve ad individuare i limiti dell'ampia discrezionalità che egli possiede nella materia. Si pensi, ad esempio all'individuazione dei titoli richiesti al fine di concedere le necessarie autorizzazioni ai cittadini extraeuropei che intendono soggiornare e lavorare nel territorio della Repubblica²³ o tutta la complessa macchina amministrativa, talvolta dotata di automatismi, che concerne il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno²⁴. Su quest'ultimo punto, vale la pena ricordare che la condizione dei migranti, soprattutto se lavoratori, costituisce il «presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa» (Corte cost. sent. n. 148 del 2008) che, in ogni caso, deve sempre agire «conforme a criteri di intrinseca ragionevolezza»²⁵. Con questo non si vuole affermare che il legislatore, così come la pubblica amministrazione, non possano utilizzare, in ragione della condizione del soggetto, un trattamento differenziato (così, anche Corte cost. sent. n. 104 del 1969); tuttavia tale azione deve essere ponderata e mantenere una certa proporzionalità rispetto al fine da perseguire, tenendo in debito conto anche il c.d. "effetto utile" della normativa europea.

Tutto questo ci porta a riconsiderare, ad esempio, l'annoso tema della programmazione dei flussi migratori, nella componente che più si avvicina alla tematica in oggetto: le quote di ingresso per motivi di lavoro. In tal senso, l'art. 2, c. 3 del d.lgs. n. 286 del 1998 stabilisce che «la Repubblica italiana, in attuazione della convenzione dell'OIL n. 143 del 24 giugno 1975, ratificata con legge del 10 aprile 1981, n. 158, garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle

¹⁹ L. Ronchetti, *L'accesso ai diritti tra regolarità e residenza*, in *Id.*, *I diritti di cittadinanza dei migranti. Il ruolo delle Regioni*, Milano, 2012, 186.

²⁰ L. Tria, *Stranieri extracomunitari e apolidi: la tutela dei diritti civili e politici*, *Pratica giuridica*, Milano, 2013, 463.

²¹ V. Corte cost. sentt. 21 febbraio 2011, n. 61 e 20 luglio 2011, n. 245.

²² Corte cost. sent. 11 luglio 2012, n. 172.

²³ Corte cost. sent. 18 febbraio 2005, n. 78.

²⁴ Corte cost. sent. 7 maggio 2008, n. 148.

²⁵ Corte cost. sent. 17 maggio 2006, n. 206.

loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani». A partire da questo enunciato, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, è annualmente consentito ammettere nel territorio italiano, anche per lavoro autonomo, una percentuale ponderata di stranieri, tenuto conto anche dei ricongiungimenti familiari e delle misure di protezione temporanea. Ciò significa che il lavoratore straniero, qualora sia nelle possibilità di esercitarla, deve poter sviluppare la propria attività con parità di trattamento, rispetto ai cittadini italiani, sia esso regolarmente soggiornante e/o familiare, così come soggetto ad una qualsiasi forma di protezione internazionale. In ogni caso, il sistema delle quote prevede, *de facto*, appositi ingressi per quei lavoratori di origine italiana, nonché per i cittadini di Paesi con i quali l'Italia abbia precedentemente sottoscritto accordi bilaterali per la regolamentazione dei flussi di ingresso. Si applicano restrizioni, invece, per i soggetti appartenenti a Stati che non collaborano adeguatamente nel contrasto all'immigrazione clandestina. In ogni caso, come si può dedurre da quanto argomentato prima, le quote non riguardano quegli stranieri provenienti dai Paesi membri dell'Unione europea, per i quali vige il limite esplicito (oltre alle vevoli ragioni di ordine pubblico e sicurezza) dell'obbligo per il soggetto di non convertirsi in un onere eccessivo (o poco sostenibile) per il sistema sociale dello Stato ospitante, come si evince dalla legislazione europea nel suo complesso²⁶.

Per altri versi, le direttive europee intervengono in modo più deciso per ciò che riguarda l'accesso al lavoro da parte di determinate tipologie di straniero: in tal senso, la direttiva 2003/109 all'art. 11 garantisce ai soggiornanti CE di lungo periodo la parità di trattamento «per quanto riguarda [...] l'esercizio di un'attività subordinata o autonoma, purché questa non implichi nemmeno in via occasionale la partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri». In modo più vago, ai sensi dell'art. 26, c.1 della direttiva 2011/95, vi è l'obbligo per gli Stati membri di autorizzare «i beneficiari dello *status* di rifugiato ad esercitare una attività dipendente o autonoma nel rispetto della normativa generalmente applicabile alle professioni e agli impieghi nella pubblica amministrazione». In virtù di questo corpus normativo europeo, in un certo senso, «il cittadino di Paese terzo che si veda escluso dall'ammissione ad una attività di lavoro autonomo esclusivamente in ragione della sua condizione di straniero ed eventualmente anche in forza di una norma nazionale, potrebbe fare valere il suo diritto alla parità di trattamento in forza delle predette direttive comunitarie, che – relativamente a questa specifica disposizione– appaiono incondizionate e sufficientemente precise»²⁷. In ogni caso, la posizione generale dello straniero, in quanto lavoratore, ci appare quanto mai difficile e complicata. Da un lato, come è certo, il diritto a realizzare la propria vocazione al lavoro deve essere garantita allo straniero in modo assolutamente paritario che per i cittadini, nonostante abbiamo già riscontrato evidenti differenziazioni sulla base della provenienza. Dall'altro lato, possono essere previste (e di fatto, lo sono) restrizioni all'accesso, vale a dire all'esercizio, del diritto sulla scorta di ragioni che, seppur ponderate, rischiano di comprimere la stessa attività del soggetto. Si pensi, ad esempio, ai casi in cui lo straniero si trovi inattivo (anche temporaneamente): in tal caso, qualora si tratti di un cittadino dell'Ue, dovrà dimostrare (se risiede per un periodo compreso tra i 3 mesi e i 5 anni di soggiorno) di disporre di risorse economiche proprie e sufficienti, al pari dello straniero extraeuropeo, senza poter beneficiare di un sussidio a riguardo. Il medesimo discorso potrebbe applicarsi all'aspetto che riguarda il rapporto con la pubblica amministrazione: lo straniero, come vedremo, deve sottoporsi al medesimo procedimento amministrativo che, nel caso del lavoratore autonomo, non manca di complessità e scarsa semplificazione, poiché sempre vincolato alla endemica precarietà del titolo di soggiorno.

²⁶ Dir. 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

²⁷ Come sottolinea A. Guariso, *Approfondimento del servizio antidiscriminazione del mese di gennaio 2015. Stranieri e accesso al lavoro autonomo*, in www.asgi.it.

3. Il lavoro autonomo dello straniero nella normativa nazionale

La normativa italiana in materia di accesso degli stranieri al lavoro autonomo non può prescindere dagli enunciati contenuti negli artt. 2 e 43 del Testo Unico sull'immigrazione, da cui si evince chiaramente che il libero esercizio di una attività economica deve farsi rientrare senz'altro tra i diritti civili (che dunque devono essere attribuiti allo straniero regolarmente soggiornante a parità di condizione con l'italiano, salva espressa deroga contenuta in altro atto avente forza di legge) perché l'art. 43 qualifica espressamente come discriminazione qualsiasi "illegittima" restrizione nell'accesso all'occupazione da parte dello straniero.

Per altri versi, l'attività autonoma dello straniero deve essere letta alla luce di quella che è l'incidenza esercitata nel nostro ordinamento dai meccanismi di gestione della politica migratoria. Gli ingressi, così come qualsiasi altra autorizzazione a sostare in forma più o meno stabile sul territorio dello Stato, sono programmati e decisi (almeno in forma preventiva) dal Consiglio dei Ministri che, in base all'art. 26 del Testo Unico sull'immigrazione (d'ora in poi, TUI) subordina ad un vero e proprio meccanismo di "quote" l'accesso di soggetti che intendono svolgere una qualsiasi attività per lavoro autonomo, non occasionale, che si considera rientrante nel c.d. «decreto flussi». L'ultimo provvedimento transitorio, alla data in cui si scrive, è stato adottato con DPCM del 14 dicembre 2015 con il quale sono state previste circa 30mila quote, di cui 2.400 per lavoro di tipo autonomo o imprenditoriale.

Su questo punto, potremmo già porre alcune semplici osservazioni: anzitutto, va considerato che i flussi migratori odierni si distinguono in varie tipologie, non tanto sulla scorta della c.d. "ragione del viaggio", bensì sulla natura etnica del fenomeno; allo stesso modo, l'art. 26 TUI, così come l'art. 39 del d.P.R. n. 394/1999, se esaminati nell'ottica generale del lavoro, non offrono molti dettagli se non rimarcare che il soggetto debba essere economicamente autosufficiente per poter accedere al territorio statale. In ultimo, appare come poco significativa, poiché erroneamente improntata su un sistema di «quote»²⁸, la stessa definizione specifica della situazione giuridica in oggetto²⁹. Anche a parere di chi scrive, la logica attuale del mercato del lavoro consta di numerose sfaccettature e la stessa iniziativa di impresa si avvale di ulteriori forme di organizzazione; essa rappresenta, pertanto, una scelta primaria rispetto ad altre opportunità, contribuendo a rendere quanto mai obsoleto questo binomio "autonomo/subordinato" che il legislatore ha voluto creare, con una logica all'ingresso che si ritiene «di difficile comprensione ed inutilmente vincolante»³⁰.

In via interpretativa, quindi, si potrebbe considerare come autonoma qualsiasi attività diversa dal lavoro subordinato, così come si deduce proprio dall'art. 26, c. 2 TUI quando contempla come "ragione" per il rilascio di un titolo di soggiorno una «attività industriale, professionale, artigianale o commerciale» (ampliando la portata del già citato art. 2222 c.c.) sempre e quando essa non sia riservata ai cittadini italiani o provenienti dai Paesi membri dell'Unione europea. Questa esclusione circa il "fine" dell'attività, si somma alla necessità che nel Paese d'origine del soggetto intenzionato ad aprire in Italia un'impresa autonoma debba essere accordata una certa reciprocità, vale a dire che il medesimo esercizio possa essere condotto da cittadini italiani nel territorio straniero; tale prerequisite viene sondato dalle autorità diplomatiche, quando non già contenuto in accordi bilaterali sottoscritti dalle due Nazioni. A nostro avviso, se da un lato questo atteggiamento protegge il sistema economico nazionale nei settori che possono considerarsi come "strategici", dall'altro lato si pone quale limite esplicito all'attività dello straniero che, in un certo senso, si può considerare meno libera.

²⁸ Sul punto, si veda M. Marando, *Extracomunitari: la disciplina del lavoro autonomo e i rapporti «speciali»*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 4, 2001, 473.

²⁹ Così anche L. Guaglianone, *Il lavoro autonomo*, in A. Tursi (cur.), *Lavoro e immigrazione*, Torino, 2005, 283.

³⁰ Sul punto, già S. Nappi, *Il lavoro degli extracomunitari*, Napoli, 2005, 315.

A fronte di questa intenzione (perché di tale comportamento si tratta, sinora) il soggetto deve provare di possedere i criteri previsti dalla legge italiana per l'esercizio dell'attività specifica, ed effettuare l'eventuale iscrizione in albi e registri. Si badi bene che, in più di un caso, l'inclusione in suddetti gruppi può comportare ad esempio la necessità di richiedere anche il riconoscimento di eventuali titoli di studio o qualifiche professionali conseguite all'estero per svolgere l'attività scelta. È abbastanza evidente, inoltre, che verrà sondata dalle autorità l'adeguata consistenza dell'impegno finanziario (si pensi proprio alle attività commerciali o imprenditoriali) oltre che alle già menzionate risorse minime e sufficienti, con relativa certificazione di provenienza da fonti lecite e in misura maggiore di quanto previsto dalla legge per l'esenzione sanitaria.

Come si può notare, la richiesta del visto consolare, ossia della "ragione" dell'attività nel Paese di residenza, è uno degli ultimi passi che completa una serie di procedure assai complesse, dove l'iter amministrativo si interseca con l'incomprensibile tempistica delle autorizzazioni prelieve. A tal proposito, è necessaria la dichiarazione di Nulla Osta all'esercizio dell'attività che, nel caso di specie, verrà rilasciata dalla Camera di Commercio di competenza. Il visto, in ogni caso, viene accordato dalla rappresentanza diplomatica dopo aver ricevuto almeno tre autorizzazioni: dal Ministero degli Interni, dal Ministero degli Affari esteri e, qualora presente, dal Ministero di competenza dell'attività in questione. Non si dimentichi, come già accennato, che l'ingresso è poi sottoposto ai limiti previsti dal "decreto flussi" per l'attività richiesta. Infine, dopo la consegna da parte dello straniero della documentazione attestante quanto prima citato, la Questura rilascerà un permesso di soggiorno per lavoratore autonomo ai sensi dell'art. 5, c. 3 quater del TUI per un periodo non superiore a due anni. La revoca del permesso e l'eventuale espulsione si verificherà qualora il soggetto venga condannato per violazione del diritto d'autore, la contraffazione, l'abuso nell'uso di segni distintivi di prodotti industriali e altri reati riconducibili alla proprietà intellettuale, come disposto dall'art. 26, c. 7 bis del Testo Unico.

L'analisi, quindi, ci restituisce un procedimento amministrativo dotato di complicati passaggi, talvolta ripetitivi che suggeriscono un atteggiamento di irragionevole precauzione da parte del legislatore; per altri versi, alla burocratizzazione relativa al rilascio del permesso di soggiorno, si somma l'esiguo tempo (due anni) accordato al soggetto per il potenziale avvio di una attività, limitata anch'essa dalle autorizzazioni preventive che, di fatto, incidono sulla prospettiva autonoma dell'iniziativa economica. I risultati più evidenti, almeno per quei soggetti che non provengono da esperienze economiche ben consolidate, sono riconducibili ad una persistente e scoraggiante difficoltà nel procedimento di avvio dell'attività imprenditoriale che, in modo assai scontato, potrebbe «determinare un forte tasso di abusivismo, peraltro pesantemente sanzionato qualora esso assuma le sembianze dell'abusivismo commerciale»³¹. Si consideri che altre figure, sinora non assimilabili al lavoratore autonomo, possono essere ammesse nel territorio per motivi di interesse strategico e nazionale, ovvero al di fuori delle restrizioni sui flussi, ai sensi dell'art. 27 TUI (es. professori, ricercatori, personale specializzato, titolari di Carta Blu Ue etc.). Tuttavia, questa autorizzazione, in alcuni specifici casi, può riguardare anche l'attività imprenditoriale o, comunque, l'impegno finanziario di un singolo soggetto straniero, come vedremo nel proseguo dell'analisi.

4. L'investimento straniero come forma di *premium residence*

L'ammissibilità dello straniero sul territorio dello Stato, oltre ai requisiti di legge, passa evidentemente attraverso una considerazione di opportunità condotta dai poteri centrali competenti

³¹ W. Chiaromonte, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Milano, 2013, 176.

in materia (Ministero degli interni, Ministero degli Esteri e, non ultimo, lo stesso Consiglio dei Ministri). Eppure, questa logica fondata su una ripartizione programmata dei flussi sembrava idonea al fine di affrontare le normali e correnti questioni che pervadono l'ambito delle migrazioni, almeno nel suo disegno originale, del tutto slegata da logiche emergenziali che, al contrario, sembrano connotare la fase migratoria attuale. Questo atteggiamento, che definiremo come "misto", poiché profondamente intriso da una commistione fatta di *public policy* e legislazione, se coniugato con i giusti tempi (che il legislatore, in verità, aveva scandito) non necessariamente crea viscosità e problematiche, almeno nella programmazione pluriennale. Del resto, come è noto, risiede nella più profonda sovranità statale (con il rischio che il termine appaia obsoleto) la decisione di chi e come debba entrare a far parte della popolazione dello Stato, al netto di più o meno specifici requisiti. Il fine ultimo da raggiungere, in ogni caso, è la residenza stabile e autorizzata che può trasformarsi anche in piena cittadinanza.

A tal proposito, vale la pena ricordare che esiste una prerogativa assolutamente interna allo Stato, tale da consentire che lo straniero entri a far parte in modo permanente della Nazione, qualora si sia distinto per «grandi atti di servizio alla comunità»³². La c.d. "naturalizzazione" oggi ha assunto caratteristiche sempre più flessibili, rafforzando anche il delicato ambito della discrezionalità amministrativa. Nell'ordinamento italiano, ad esempio, l'art. 9 della legge 91/1992 stabilisce le modalità con cui il Presidente della Repubblica ha il potere di concedere (non riconoscere) la cittadinanza o residenza a coloro che, stante i requisiti minimi richiesti, possiedono una posizione giuridica per cui sia possibile abbreviare il naturale percorso di integrazione. È proprio all'interno di questo contesto che alcuni ordinamenti hanno deciso di favorire l'ingresso (non sempre con residenza stabile) di stranieri che possano vantare una certa capacità economica.

Questo straniero "investitore" (e quindi, in un certo senso, imprenditore) è stato oggetto a vario titolo di interessanti interventi legislativi che, anche a parere di chi scrive, hanno favorito il sorgere di specifiche forme di «*ius pecuniae*»³³ all'interno degli ordinamenti europei. Peraltro, questi istituti, che chiameremo col nome di *premium residence*, sono basate sulla contropartita tra un investimento e una posizione giuridica soggettiva, assolutamente assimilabile alla cittadinanza, poiché spesso fondata sui medesimi prerequisiti e corredata di un gran numero di diritti che non si discostano molto dallo *status civitatis*.

A tal proposito, è opportuno soffermarsi brevemente su quanto previsto dalla legislazione italiana attraverso il programma *Startup Visa* (d.m. del 21 febbraio 2013) che è certamente degno di nota, specie se si considerano i risultati più prossimi al beneficiario. Si tratta, per dirla con la terminologia più utilizzata, di una *fast-track* accordata al soggetto straniero che può usufruire di una procedura ad hoc, solo se rispetta i criteri limitativi di innovazione e unicità. Questo è quanto sembrerebbe emergere dalle linee guida elaborate dai quattro ministeri interessati (il Ministero dello sviluppo economico, il Ministero degli Esteri, il Ministero dell'interno e quello del lavoro e delle politiche sociali). Ciò che si desume, almeno nella terminologia del tutto originale (parole come *start-up innovative*, *venture capital*, *angel investors*, etc.) è che il provvedimento si rivolge proprio a quel nuovo modo di "gestire" le imprese. Ciò non influisce, almeno nell'intento del legislatore, sulla titolarità della misura che sembra riferirsi alla totalità dei lavoratori autonomi stranieri. Ciò che invece restringe il campo di azione del provvedimento è proprio l'oggetto dell'investimento: con il termine "start-up innovativa" – come si legge dal documento congiunto dei Ministeri – ci si riferisce a una società di capitali, costituita anche in forma cooperativa, in base a quanto inteso nel diritto italiano,

³² P. J. Spiro, *Beyond Citizenship: American Identity After Globalization*, Oxford, 2007, 34.

³³ Il concetto è stato sviluppato da J. Stern, *Ius Pecuniae. Staatsbürgerschaft zwischen ausreichendem Lebensunterhalt, Mindestsicherung und Menschenwürde*, in J. Dahlvik (cur.), *Migration und Integration. Wissenschaftliche Perspektiven aus Österreich*, Vienna, 2011, 54.

residente nel territorio della Repubblica ai sensi dell'art. 73 del d.P.R. n. 917 del 22 dicembre 1986, le cui azioni o quote rappresentative del capitale sociale non sono quotate su un mercato regolamentato o su un sistema multi-laterale di negoziazione. Tra le caratteristiche più salienti, oltre ad un'anzianità di quattro anni, vi è l'esigenza che abbia la sede principale in Italia, meno di 5 milioni di euro di fatturato (senza distribuire utili) e orientarsi ad *business* prevalentemente innovativo (almeno il 15% delle proprie spese deve essere in attività di Ricerca & Sviluppo).

Vista in questi termini, quella titolarità che, in un principio, si apriva ad ogni imprenditore (o lavoratore autonomo) sembra assai compressa sulla scorta di prerequisiti talvolta di difficile certificazione e, in altri casi, assolutamente poco sostenibili in una epoca di recessione economica come quella appena trascorsa. Sembrerebbe, almeno ad una prima analisi, una misura molto più orientata ad attirare un determinato tipo di investimenti, che lambiscono vagamente le misure di integrazione dello straniero.

5. Considerazioni conclusive

Per come si è tentato di dimostrare, almeno dal punto di vista teorico e costituzionale, l'iniziativa economica del migrante è un diritto fondamentale nella sua essenza, poiché ascrivibile all'ambito dei diritti civili, e libera nella sua connotazione positiva, seppur soggetta a possibili limitazioni da parte del legislatore, solo ai fini di preservare l'ambito economico strategico e le funzioni pubbliche. Tuttavia, l'analisi degli aspetti legislativi e giurisprudenziali, ci hanno restituito una tutela di tale diritto a "doppia intensità": se da un lato, le Corti hanno cercato di estendere e, alcune volte, ristabilire la corretta applicazione di quello che è, *in primis*, un obbligo internazionale, dall'altro lato lo straniero imprenditore si scontra dinanzi ad una farraginoso e (mi si permetta) talvolta ripetitiva burocrazia amministrativa che, nello svolgere la naturale funzione di accertamento dei requisiti di legge, dimostra un chiaro atteggiamento precauzionale derivante soprattutto da un assetto legislativo risalente ad un'epoca storica differente.

In effetti, l'atteggiamento utilizzato per taluni soggetti (es. stranieri richiedenti un visto ai fini del permesso di soggiorno) non si riflette in quei provvedimenti legislativi che dovrebbero mirare ad includere nel sistema economico anche quelle imprese che, come suggerisce il contesto attuale, sono differenti nella forma (es. *start-up*) ma identiche nella sostanza. Se adottiamo, infatti, il punto di vista soggettivo, si tratta pur sempre di una fase di iniziativa economica che, essendo libera nel diritto positivo, deve poi tradursi in un obbligo per i poteri dello Stato verso il rispetto dei principi di pari trattamento e di non discriminazione. Su questo ultimo punto, abbiamo riscontrato una maggiore attenzione dei giudici europei e nazionali che, in specifici casi, ha avuto ricadute importanti sul piano normativo (si pensi a quanto contenuto nell'art. 3, c. 8 del d.lgs. 138/2011 o nell'accesso agli albi professionali).

Il ruolo della nazionalità e dello stesso concetto di cittadinanza ritorna predominante in questo ambito. La tendenza, anche da parte del legislatore nazionale, ad individuare formule di *premium residence* pone l'accento su due aspetti importanti: da un lato, il periodo di recessione e di crisi, ha suggerito l'individuazione di programmi che incentivassero l'apertura di attività economiche sul territorio, al fine di incrementare l'investimento straniero (tra l'altro, totalmente esenti dai meccanismi di programmazione dei flussi); dall'altro, mettono in relazione l'investimento individuale del soggetto con ambiti (la residenza e la libertà di soggiorno, appunto) che, almeno dal punto di vista formale, sono di più difficile raggiungimento per altre categorie di stranieri. Il dato comparativo, tra l'altro, ci avverte di come tali misure possano facilmente invadere il campo dello *status civitatis*, con il rischio che l'elemento economico possa convertirsi nel c.d. *genuine link* che lega

il soggetto al territorio, favorendo comportamenti di “vendita”, più che di riconoscimento, di libertà civili e personali.

È bene ricordare che il lavoro è il frutto di una libera scelta e che spetta innanzitutto allo Stato promuoverne lo sviluppo, nella consapevolezza che ognuno, nazionale o straniero che sia, è unito da un comune vincolo solidaristico nei confronti degli stessi appartenenti alla comunità. Il legislatore italiano, quindi, non dovrebbe distogliere l’attenzione dal fatto che il fondamento del nostro ordinamento è sia una logica di avanzamento e sviluppo, sia una legittima aspirazione di qualsiasi individuo presente sul territorio della Repubblica, intesa come il prodotto di una società aperta in continua evoluzione, mai uguale a sé stessa ma in eterno divenire.

Abstract

The ethnic business is a potential resource for the local communities' progress. This paper carries out an investigation into the nature of this phenomenon, inspired by the work not only as a way to compete for the social and material progress, but as a principle of a possible integration. Starting from the constitutional and theoretical aspects, this study examines the various forms of self-employment of migrants to understand the critical issues and possible development challenges.

Crisi economica e diritti sociali degli stranieri extra-comunitari: il progressivo intreccio tra conflitti “identitari” e conflitti “distributivi” nelle odierne società europee e la risposta di Corti e Tribunali costituzionali

Sommario: 1. Introduzione - 2. Le risposte alle normative incentrate sul requisito della cittadinanza - 3. Le risposte alle normative incentrate sul requisito della residenza - 4. Le risposte alle politiche di riduzione del *welfare state* con riferimento agli stranieri - 5. Brevi cenni conclusivi

1. Introduzione

Gli effetti della crisi economica hanno portato a far sì che, nelle odierne società contemporanee (in particolare di quelle europee), i conflitti “identitari” abbiano finito sempre più spesso per intrecciarsi e mescolarsi con i più tradizionali conflitti “distributivi”, innescando fenomeni di discriminazione quotidiana nell'accesso a diritti e prestazioni sociali. Un elemento che si è accentuato anche a causa del riesplodere in Europa della questione del terrorismo internazionale, dato che terrorismo e crisi economica si sono poste come due vere e proprie «palle di ferro poste ai piedi dei diritti»¹.

Nei Paesi più industrializzati, più nello specifico, si è così optato per sistemi a “geometria variabile” spesso basati su “politiche di appartenenza” tese a favorire coloro che presentano un legame più intenso e duraturo con il territorio²; un “regresso delle prestazioni”³ che punisce solitamente cittadini non comunitari e apolidi, nonostante gli ordinamenti giuridici nazionali (e le Convenzioni internazionali) equiparino lo straniero al cittadino per quanto concerne l'accesso ai diritti sociali e, più in generale, ai diritti fondamentali.

Ma è proprio tale discrasia che ha condotto varie Corti e Tribunali costituzionali ad una reazione tutt'altro che scontata, che si basa essenzialmente sulla connessione tra il principio di eguaglianza ed i criteri di ragionevolezza e proporzionalità, arrivando in alcuni casi a “relativizzare” in modo espresso quelle necessità di risparmio economico ormai poste alla base di molte politiche che, mirando alla destrutturazione dei modelli di *welfare state* europei, colpiscono spesso i soggetti più deboli delle società contemporanee.

Gli esempi al riguardo sono numerosi, ma ci concentreremo su quelli più recenti e che reputiamo maggiormente significativi rispetto alla dinamica descritta.

2. Le risposte alle normative incentrate sul requisito della cittadinanza

Sotto questo angolo di osservazione non può che farsi riferimento, in primo luogo, all'orientamento assunto dalla Corte costituzionale italiana, dal *Conseil Constitutionnel* francese e dal *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) tedesco, i quali hanno giudicato incostituzionali le leggi che subordinavano l'accesso alla protezione sociale al possesso della cittadinanza nazionale; un'operazione ritenuta lesiva del principio di eguaglianza interpretato alla luce dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza.

Già a partire dagli anni '60 le prime due Corti si sono orientate nel senso di riconoscere la possibilità di trattamenti differenziati per cittadini e stranieri laddove titolari di uno *status*

¹ Così A. Ruggeri, *Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?*, in *Consulta Online*, fasc. III, 2015, 1 ss.

² Vedi F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, 2013, 217 ss.

³ Così A. Rauti, *La “giustizia sociale” presa sul serio. Prime riflessioni*, in www.forumcostituzionale.it, 4.

differenziato (disciplinato dal legislatore per contemperare interessi diversi), ma senza possibilità di incidere sui diritti fondamentali⁴.

Gli indirizzi più recenti seguiti dalla giurisprudenza costituzionale italiana mostrano tuttavia in modo ancor più chiaro la non tollerabilità di distinzioni tra cittadini e stranieri con riferimento al nucleo irriducibile dei diritti fondamentali⁵ e per quelli diretti al soddisfacimento dei “bisogni primari” della persona umana⁶; ma anche per le prestazioni sociali eccedenti i “limiti dell'essenziale”, il rispetto del criterio della ragionevolezza ha portato a limitare il ricorso al requisito della cittadinanza⁷. La Corte costituzionale, inoltre, è intervenuta pure in tema di doveri costituzionali, arrivando a sancire l'irragionevolezza del tentativo, operato da alcune Regioni e Province autonome, di subordinare la possibilità di accedere al servizio sociale volontario al possesso della cittadinanza italiana o di altro Stato dell'Unione europea: con la sentenza 17 dicembre 2013, n. 309 (emessa in relazione ad alcuni articoli della legge della Provincia di Bolzano n. 19/2012), infatti, si è parlato al riguardo di prestazioni personali che «rappresentano la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale», per le quali non è ammessa discriminazione nei confronti degli stranieri «né per il godimento dei diritti fondamentali della persona (306/08), né nell'esercizio dei doveri di solidarietà previsti dalla Costituzione» (argomentazioni in parte riprese con la successiva sent. 25-06-2015, n. 119, rispetto all'esclusione degli stranieri dall'accesso al servizio civile volontario nazionale)⁸.

Anche in Francia l'orientamento del *Conseil* è ormai abbastanza stabile nel giudicare non conformi a Costituzione le disposizioni legislative che condizionano l'accesso alla protezione sociale al possesso della cittadinanza nazionale. Con la *décision* 22 gennaio 1990, n. 89-269 DC, ad esempio, i giudici costituzionali hanno dichiarato non conforme a Costituzione una prestazione non contributiva di invalidità riservata ai cittadini francesi, data l'assenza di un legame coerente tra la disparità di trattamento e la finalità della disposizione oggetto di giudizio⁹. In svariate successive occasioni il *Conseil Constitutionnel* è intervenuto nuovamente sul punto, sanzionando il requisito della cittadinanza come condizione per l'accesso agli impieghi pubblici non connessi all'esercizio della sovranità statale o per l'ottenimento di alcuni benefici sociali¹⁰; e ciò ha indotto il legislatore alla soppressione della condizione di nazionalità per la maggior parte delle prestazioni sociali, tanto di *sécurité sociale* che riferite all' *aide sociale*.

⁴ Corte cost., sentt.: 26-06-1969, n. 104; 23-07-1974, n. 244; 24-02-1994, n. 62; Conseil Constit., déc.: n. 89-269 DC; n. 93-325 DC. V. E.V. Zonca, *Multiculturalismo e protezione sociale dei “non cittadini”*. Uno studio comparativo della giurisprudenza costituzionale italiana e francese, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”, *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Trapani, 8-9 giugno 2012, consultabile all'indirizzo www.gruppodipisa.it, 5 ss.

⁵ Corte cost., sentt.: 23-11-1967, n. 120; 26-06-1969, n. 104; 17-07-2001, n. 252. V. M. Michetti, *L'integrazione degli stranieri*, in www.issirfa.cnr.it, aprile 2015.

⁶ Corte cost., sent. 28-05-2010, n. 187. Cfr. G. Famiglietti, *I diritti dei non cittadini*, in E. Catelani, S. Panizza, R. Romboli (cur.), *Profili attuali di diritto costituzionale*, Pisa, 2015, 21 ss.

⁷ Corte cost., sent. 02-12-2005, n. 432. Si veda, a commento della decisione: M. Cuniberti, *L'illegittimità costituzionale dell'esclusione dello straniero dalle prestazioni sociali previste dalla legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2006, 502 ss.; F. Girelli, *Gli stranieri residenti in Lombardia totalmente invalidi per cause civili hanno diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea nel territorio regionale*, reperibile all'indirizzo www.archivio.rivistaaic.it, 27 gennaio 2006.

⁸ Si veda, a commento della decisione: S. Penasa, *Verso una “cittadinanza costituzionale”? L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al servizio civile volontario*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015, 1 ss.; A. Rauti, *Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. cost. n. 119/2015*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2015, 1 ss.

⁹ In riferimento alla differenza di trattamento in deroga al principio di eguaglianza, il *Conseil Constitutionnel* afferma: «le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu' il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit». V. E.V. Zonca, *Multiculturalismo e protezione sociale dei “non cittadini”*, cit., 6-7.

¹⁰ Conseil Constit., déc.: n. 2010-1 QPC; n. 2010-18 QPC; 2010-93 QPC; 2011-128 QPC.

Pure in Germania, come detto, si è giunti a considerazioni simili. Il Tribunale costituzionale federale ha ad esempio di recente dichiarato in contrasto con il principio di eguaglianza di cui all'articolo 3 comma 1 della Legge Fondamentale la normativa del *Land* Baviera che riservava un sussidio per l'educazione ai soli cittadini tedeschi (o europei o dello SEE), escludendo gli stranieri extra-comunitari (BVerfG, ord. 7-02-2012, n. 1 BvL 14/07). Nello specifico, non si è ravvisato alcun motivo legittimo (legato alla dimora nel *Land* o a ragioni fiscali) che giustificasse il pregiudizio subito dagli stranieri, dato che la misura prevista aveva lo scopo di dare ai genitori la possibilità di rinunciare temporaneamente al proprio lavoro per potersi dedicare ai figli piccoli, ossia una motivazione valida tanto per i genitori stranieri che per quelli con cittadinanza tedesca o europea.

Si tratta di un insieme di interventi certamente importanti¹¹, ma che nei fatti rende complessa la distinzione tra la regola pratica di giudizio imposta dal principio di eguaglianza ed i criteri di giudizio imposti dal canone della ragionevolezza¹². In altre parole, non sembra in questi casi intendersi l'uguaglianza come "garanzia oggettiva", quale principio generale che permea gli ordinamenti delle odierne società europee: il collegamento stretto ai requisiti di ragionevolezza e proporzionalità, infatti, impone la necessaria indagine della questione riguardante l'individuazione dei soggetti beneficiati dal principio medesimo, da operare volta per volta, con le possibili oscillazioni giurisprudenziali che ciò porta a generare¹³.

Il *Conseil Constitutionnel*, ad esempio, a partire dalla *décision* 23 luglio 1991, n. 91-293 DC, ha "salvato" le previsioni che prevedevano la cittadinanza francese quale condizione per l'accesso agli impieghi pubblici le cui attribuzioni siano connesse all'esercizio della sovranità statale. Un ragionamento argomentativo che è stato applicato con la *décision* 9 aprile 2015, n. 2015-463 DC, pure alla previsione del requisito della cittadinanza (francese, europea o di altro Stato appartenente al SEE) per potersi veder accordare l'autorizzazione a dirigere una società che svolga attività di sicurezza privata.

Ma anche la giurisprudenza costituzionale del *Tribunal Constitucional* spagnolo in tema di diritti dello straniero effettua una classificazione dei diritti sanciti nel Titolo I della Costituzione, in base alla maggiore o minore discrezionalità assegnata al legislatore nel regolarli¹⁴, che risente della difficoltà

¹¹ V. A.O. Cozzi, *Un piccolo puzzle: stranieri e principio di eguaglianza nel godimento delle prestazioni socio-assistenziali*, in *Quad. cost.*, n. 3, 2010, 556; F. Biondi Dal Monte, *I diritti fondamentali degli stranieri tra discrezionalità del legislatore e sindacato costituzionale*, in E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna (cur.), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013, 91 ss.

¹² Guardando al caso italiano, ad esempio, può notarsi come il canone della ragionevolezza appaia inizialmente proprio nell'ambito del giudizio di uguaglianza. In un primissimo momento il giudizio di eguaglianza si manifesta come divieto di discriminazioni in relazione alle differenziazioni soggettive di cui al primo comma dell'articolo 3 della Costituzione (sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali). Ma già con la sent. 14-07-1958, n. 53, la Corte costituzionale oltrepassa il limite delle differenziazioni soggettive ed afferma che costituisce violazione del principio di eguaglianza il parificare situazioni oggettivamente diverse: una disciplina omogenea di situazioni ritenute dalla stessa legge diverse risultava irragionevole e quindi costituzionalmente illegittima in quanto contraddittoria rispetto alle premesse poste dallo stesso legislatore. Con la sent. 29-03-1960, n. 15, in modo chiaro, si introduce la valutazione di ragionevolezza nel giudizio di eguaglianza e, al di là della mera discriminazione formale, la ragionevolezza diviene il criterio che permette di risolvere il giudizio di comparazione. Tale giudizio di ragionevolezza è, però, ancora caratterizzato dalla necessaria individuazione di un termine di raffronto (*tertium comparationis*) a fronte del quale soltanto la normativa denunciata può rivelarsi incostituzionale (schema di giudizio ternario). Cfr. M. Fierro, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in Corte costituzionale, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee*, Servizio studi, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo e Corte costituzionale portoghese, Roma, 25-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it, 7 ss. (spec. 10-11).

¹³ V. M. Losana, *"Stranieri" e principio costituzionale di uguaglianza*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2016, 9-11 e 22-24.

¹⁴ Vengono individuati: a) diritti dei quali gli stranieri devono godere in condizione di eguaglianza con i cittadini spagnoli (diritti imprescindibili per la garanzia della dignità umana); b) diritti dei quali gli stranieri non godono; c) una serie di situazioni intermedie per le quali il legislatore gode di un maggiore margine di discrezionalità (e che sono valutate volta per volta dai giudici costituzionali per la loro possibile riferibilità agli stranieri).

di determinare il “gruppo” a cui appartiene ciascun diritto e, di conseguenza, l'estensione del possibile intervento limitativo da parte del legislatore¹⁵.

3. Le risposte alle normative incentrate sul requisito della residenza

Corti e Tribunali, ad ogni modo, hanno spesso distinto in concreto il criterio della titolarità della cittadinanza nazionale da quello dell'anzianità di residenza¹⁶, criterio quest'ultimo giudicato non irragionevole per l'attribuzione di benefici sociali¹⁷.

Ciononostante, di recente la Corte costituzionale italiana ha provveduto ad operare un ulteriore “cambio di passo”, intensificando la propria azione a garanzia dei diritti sociali degli stranieri extracomunitari: la Corte è infatti intervenuta (con le sent.: 09 febbraio 2011, n. 40¹⁸; 18 gennaio 2013, n. 2; 07 giugno 2013, n. 133; 04 luglio 2013, n. 172) sulle politiche incentrate su requisiti di “residenza qualificata”¹⁹, dichiarati ripetutamente incostituzionali per la loro inidoneità a graduare benefici sociali. La lesione del criterio di ragionevolezza, interpretato alla luce del principio di eguaglianza, è stata in questi casi riscontrata nell'incoerenza delle particolari condizioni d'accesso previste rispetto alla *ratio* ispiratrice del beneficio (e, dunque, nell'incoerenza rispetto alla condizione di bisogno che legittimava l'erogazione del beneficio medesimo)²⁰.

Si tratta di un percorso argomentativo sicuramente interessante e prezioso²¹, ma che non va tuttavia “assolutizzato”.

In primo luogo perché la stessa Corte costituzionale lo ha precisato (e quantomeno in parte “depotenziato”) con la sentenza 19 luglio 2013, n. 222²² (ripresa anche dalla sent. 11-06-2014, n. 168), con la quale si è chiarito che: a) le prestazioni finalizzate al soddisfacimento dei bisogni della persona non ammettono alcuna differenza all'interno del “*corpus*” dei residenti; b) le prestazioni sociali che

¹⁵ V. E. La Spina, *Un decennio di sviluppi normativi per l'integrazione degli immigrati in Spagna*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1, 2013, 79 ss.

¹⁶ Sul criterio di residenza si veda E. Gargiulo, *Le politiche di residenza in Italia: inclusione ed esclusione nelle nuove cittadinanze locali*, in E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna (cur.), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, cit., 135 ss.

¹⁷ A seconda dell'oggetto della legge - Corte cost., sent. 02-12-2005, n. 432; Conseil Const., déc. n. 2010-93 QPCV; E.V. Zonca, *Multiculturalismo e protezione sociale dei “non cittadini”*, cit., 9-10.

¹⁸ Si veda, per un commento della decisione: F. Corvaja, *Cittadinanza e residenza qualificata nell'accesso al welfare regionale*, in *Le Regioni*, 6, 2011, 1257 ss.

¹⁹ Si tratta della residenza prolungata su un certo territorio per un dato periodo di tempo che, anche se riferita indistintamente a cittadini e stranieri, penalizza inevitabilmente in modo maggiore questi ultimi.

²⁰ Su questi aspetti si permetta di rinviare a D. Fiumicelli, *L'integrazione degli stranieri extracomunitari alla luce delle più recenti decisioni della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, n. 18, 2013, 1 ss.

²¹ Si tratta di un orientamento simile a quello intrapreso dalla Corte costituzionale rispetto alla censura di disposizioni legislative statali e regionali che, inserendo la Carta di soggiorno (ora permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo) tra i requisiti di accesso a taluni benefici assistenziali (rientranti nel “contenuto essenziale” di un diritto sociale), subordinavano di fatto l'erogazione del beneficio alla “presenza prolungata” dello straniero extracomunitario sul territorio statale oppure regionale. Si pensi, tra le altre, alle sentt.: 28-05-2010, n. 187 (assegno mensile di invalidità); 16-12-2011, n. 329 (indennità di frequenza per i minori); 15-03-2013, n. 40 (indennità di accompagnamento); 04-07-2013, n. 172 (assegno di cura); 27-02-2015, n. 22 (pensione e indennità di accompagnamento per i ciechi assoluti); 11-11-2015, n. 230 (pensione di invalidità civile per sordi e indennità di comunicazione). Si vedano, tra gli altri, i lavori di: F. Girelli, *Corte costituzionale e provvidenze economiche per stranieri disabili*, in www.forumcostituzionale.it, 21 aprile 2013; M. Michetti, *L'integrazione degli stranieri*, cit., par. 2.2; A. Ciervo, *La sentenza n. 22/2015 della Corte costituzionale in materia di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari. Cronaca di una dichiarazione di incostituzionalità annunciata*, in www.federalismi.it, 2, 2015. Un percorso che, come evidenziato anche da recenti ricostruzioni, non sembra destinato ad arrestarsi; si veda A. Pitino, *L'accesso delle donne straniere all'assegno di maternità di base ex art. 74 del d.lgs. n. 151/2001: impossibile differenziare (in base al titolo di soggiorno) senza discriminare?*, in *Rivista AIC*, fasc. 2, 2016, 3 ss. (spec. 17-22).

²² V. D. Monego, *La “dimensione regionale” nell'accesso alle provvidenze sociali*, in *Le Regioni*, n. 1/2, 2014, 244 ss.

sono destinate al sostegno dei membri della comunità regionale, invece, possono legittimare distinzioni volte a favorire coloro che hanno operato al suo interno per almeno un ragionevole lasso di tempo²³.

In secondo luogo perché anche il *Conseil Constitutionnel* non pare aver reso particolarmente stringente il proprio vaglio in questa tematica: con la *décision* 17 giugno 2011, n. 2011-137 QPC, è stata infatti “salvata” la previsione normativa che, solo per gli stranieri, subordina di fatto l'accesso al *Revenu de Solidarité Active* (RSA - prestazione di assistenza sociale appartenente alla categoria delle *allocations* denominate *minima sociaux*) ad un'anzianità di residenza di cinque anni; un intervento che è stato giudicato come diretto al reinserimento professionale (e dunque non attinente ad una prestazione di tipo essenziale), e per questo appropriato e connesso con l'oggetto della legge, costituendo una disparità di trattamento non in contrasto con il principio di eguaglianza²⁴.

Atteggiamenti che, per quanto in parte differenti, non operano nel complesso quel deciso avanzamento nella tutela dei diritti delle fasce più deboli della popolazione cui poteva sperarsi: l'argine non superabile resta certamente quello delle discriminazioni in tema di prestazioni sociali che hanno a che fare con i bisogni primari della persona, ma per tutto il resto sembra “riespandersi” lo spazio di azione per le differenziazioni basate sulla “residenza qualificata” (che, anche in questo caso, non saranno che valutabili volta per volta dai giudici costituzionali).

4. Le risposte alle politiche di riduzione del *welfare state* con riferimento agli stranieri

Altro nodo problematico affrontato da Corti e Tribunali risulta poi quello della individuazione degli interessi costituzionalmente rilevanti che, in concreto, possono giustificare il diverso trattamento giuridico degli stranieri extra-comunitari o una limitazione dei loro diritti. I modelli di *welfare* nazionali, soprattutto nel momento di crisi attualmente in corso, faticano a fronteggiare il proliferare delle istanze di protezione dei diritti provenienti soprattutto dall'Europa, luogo in cui, invece, stenta ad affermarsi un vero e proprio modello di *welfare*²⁵: la difesa dell'omogeneità sociale e culturale delle società europee sembra così sempre meno collegata ad un “patriottismo” di valori e interessi spirituali e sempre più connessa alla difesa di un benessere materiale che si teme di perdere²⁶.

Ma può l'argomento delle risorse disponibili (cristallizzato in vari ordinamenti europei dall'introduzione di principi costituzionali legati all'equilibrio di bilancio) portare ad un'ampia e illimitata selezione “oggettiva” dei diritti sociali meritevoli di tutela, nonché ad una selezione “soggettiva” dei soggetti tutelati?²⁷ Oppure, al contrario: si può ancora oggi puntare alla difesa del paradigma universalistico, perseguendo il pluralismo culturale affiancando le politiche multiculturali con politiche redistributive e tese a riconoscere diritti sociali a minoranze sempre più numerose?²⁸

²³ V. M. Michetti, *L'integrazione degli stranieri*, op. cit., par. 2.2.

²⁴ V. E.V. Zonca, *Multiculturalismo e protezione sociale dei “non cittadini”*, cit., 10 ss.

²⁵ Sul tema si veda, di recente, A. Lo Giudice, *L'Europa sociale come risposta alla crisi di legittimazione dell'Unione Europea*, in www.federalismi.it, 13, 2016, 2 ss. Sul punto va però sottolineato il lavoro intrapreso di recente dalla Commissione europea per la realizzazione di un'unione economica e monetaria più stretta, ma al contempo più equa (“*fairer*”). Vedi A. Ciancio, *Verso un “pilastro europeo dei diritti sociali”*, in www.federalismi.it, 13, 2016, 2 ss.

²⁶ V. V. Angiolini, *Diritto costituzionale e società multiculturali*, in *Rivista AIC*, 4, 2015, 40 ss.

²⁷ Sul punto si veda di recente: S. Gambino, D. Pappano, G. M. Caruso, W. Nocito, D. Loprieno, G. Gerbasi, D. D'Alessandro, *Diritti sociali e crisi economico-finanziaria: problemi e prospettive*, in www.forumcostituzionale.it, 22 dicembre 2015; G. M. Caruso, *Diritti sociali, risorse e istituzioni: automatismi economici e determinismo politico di un sistema complesso*, in www.federalismi.it, 4, 2016, 1 ss.

²⁸ V. F. Salmoni, *Riflessioni minime sul concetto di Stato sociale e vincoli comunitari. Selezione dei diritti o selezione dei soggetti da tutelare?*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, 40 ss.

Ci pare interessante in questo caso prendere in esame l'esempio spagnolo, dato che le politiche tese a limitare il diritto all'istruzione e quello alla salute hanno portato ad una reazione non solo di svariate *Comunidades Autónomas*, ma anche del *Tribunal Constitucional*²⁹.

La giurisprudenza in tema di diritto all'istruzione inaugurata dal *Tribunal* a partire dalla sentenza 7 novembre 2007, n. 236, ha affermato con chiarezza come «el derecho de educación es un derecho de titularidad universal, lo que no permitiría restricciones en función de la situación administrativa del extranjero»; ciononostante, con la *Ley Orgánica 2/2009* si è mantenuto un fattore di differenziazione tra stranieri e cittadini in modo da escludere dalla scuola *postobligatoria* i maggiori di 18 anni "indocumentados". Una normativa sulla quale vi è stato il ricorso della Comunità di Navarra e la disapplicazione da parte della Comunità di *Castilla y León*, che nella propria *Ley 3/2013, de 28 de mayo, de integración de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León*, non ha provveduto ad escludere dall'accesso alla *educación postobligatoria* gli stranieri in situazione irregolare (incorrendo in un ricorso di fronte al *Tribunal* stesso).

Più significativa, tuttavia, appare la questione legata alla nuova politica inaugurata dal Governo Rajoy e tesa a limitare le tutele inerenti al diritto alla salute che, per quanto produca effetti non secondari anche nei confronti dei cittadini spagnoli, ha sicuramente penalizzato maggiormente gli stranieri extra-comunitari.

L'approvazione del *Real Decreto-ley 16/2012 (de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones)* ha infatti imposto la sanità pubblica a pagamento per gli immigrati irregolari (c.d. "sin papeles") che non versino in situazioni di emergenza (o non siano minori di 18 anni o donne in gravidanza) e ha introdotto il ticket sui farmaci (il c.d. "copago farmacéutico"), incorrendo nella ferma opposizione della maggior parte delle *Comunidades Autónomas*, le quali hanno ostacolato l'attuazione concreta del provvedimento in modo da continuare ad offrire l'assistenza medica gratuita sulla base dei diritti sanciti nei propri Statuti di autonomia. Per neutralizzare entrambe le misure, ad esempio: a) nei Paesi baschi è stato approvato il *Decreto 114/2012 (de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi)*, che ha ampliato i beneficiari della sanità pubblica (includendo i migranti in situazione irregolare) e ridotto la percentuale da pagare per i farmaci (oltre a estendere l'elenco delle persone esenti dal ticket); b) a Navarra è stata approvata la *Ley foral 8/2013 (de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra)* che ha riconosciuto il diritto all'assistenza sanitaria gratuita nel territorio della Comunità autonoma agli immigrati senza permesso di soggiorno³⁰. Si tratta di provvedimenti che, sebbene siano stati impugnati dal Governo centrale, sono stati "salvati" (anche se per il momento solo in via provvisoria) dal *Tribunal Constitucional*, il quale ha rilevato che il diritto alla salute ed il diritto all'integrità fisica delle persone interessate dalle norme impuginate, nonché l'opportunità di evitare rischi per la salute all'insieme della società, godono di una singolare rilevanza nella cornice costituzionale, che non può essere snaturata per la semplice considerazione di un eventuale risparmio economico, che non è stato tra l'altro neanche adeguatamente motivato e concretizzato (*Tribunal Const., Auto 12 dicembre 2012, n. 239, e Auto 8 aprile 2014, n. 114*)³¹.

²⁹ V. E. Marzal Yetano, *El impacto de la crisis económica en la integración social de los inmigrantes en el Estado Autonomico*, reperibile all'indirizzo www.issirfa.cnr.it, aprile 2015.

³⁰ V. L.E. Delgado Del Rincón, *El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril*, in *Rev. estudios pol.*, 163, 2014, 189 ss.

³¹ Si vedano, tra gli altri: L. Testa, *Il Welfare State spagnolo tra dichiarazioni solenni ed emergenza economica*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2, 2013, 1506 ss.; V. Aguado i Cudolà, R. Prado Pérez, *Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado del*

Il *Tribunal*, in linea con diversi studi condotti a livello europeo³², ha tra l'altro messo in guardia rispetto all'efficienza concreta di una simile politica, anche da un punto di vista squisitamente economico: prestare servizi di cura a stranieri in situazione irregolare solo in casi di urgenza rischierebbe di risultare infatti più costoso, nel lungo periodo, che fornire da subito cure primarie di tipo universale.

I giudici costituzionali, in tal modo, "relativizzando" espressamente (quantomeno in parte) le necessità di risparmio economico ed intrecciando principio di eguaglianza e criteri di proporzionalità e ragionevolezza, hanno operato un bilanciamento che pende per il momento a favore del doveroso rispetto dei diritti sanciti dai testi costituzionali. E ciò ha fatto sì che, nel caso di specie, dopo le elezioni amministrative e "autonomiche" del maggio 2015, altre Comunità autonome (Valencia, Aragona, Catalogna, Madrid) abbiano approvato disposizioni o circolari interne estendendo l'accesso alle cure primarie agli stranieri in situazione irregolare.

Simili orientamenti, per quanto apprezzabili, non eliminano tuttavia il rischio che, in altre occasioni, il maggiore "costo" di alcuni diritti possa incidere sulle operazioni di bilanciamento di Corti e Tribunali in senso inverso, determinando l'aumento dei riferimenti ai concetti di gradualità, discrezionalità legislativa e sostenibilità economica, nonché una certa "influenza" su decisioni che potrebbero essere orientate verso logiche di "appartenenza".

5. Brevi cenni conclusivi

In conclusione può osservarsi che gli esempi descritti mostrino con evidenza come, per i cittadini extra-comunitari, la ricaduta dei riconoscimenti in materia di diritti (in primo luogo sociali) venga di fatto spesso colta nelle odierne società contemporanee come minaccia diretta per quelli degli autoctoni. Una dinamica che, per quanto già presente prima della crisi economico-finanziaria innescatasi nel biennio 2007-2008, ha subito una chiara accelerazione, aggravando nel più recente periodo l'"incontro-scontro" tra conflitti "identitari" e conflitti "distributivi"³³.

Ma è proprio per limitare simili dinamiche, che rendono i diritti sociali degli stranieri extra-comunitari "pluri-condizionati"³⁴, che l'attivismo di Corti e Tribunali si è fatto progressivamente più

bienestar, in R.V.A.P., 99-100, 2014, 87 ss.; N. Sangüesa Ruiz, *El derecho a la salud de los extranjeros residentes en situación irregular: sobre la legitimidad constitucional del RD-Ley 16/2012*, in REDUR, 13, 2015, 233 ss. Un percorso giurisprudenziale "virtuoso" in tema di diritto alla salute è sicuramente rappresentato anche da quello della Corte costituzionale italiana, inaugurato a partire in particolare dalla sent. 17-07-2001, n. 252, che ha parlato di un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, da riconoscere indipendentemente dalla posizione dello straniero. La Corte ha così dovuto tra l'altro mediare posizioni piuttosto distanti tra politiche migratorie statali marcatamente "securitarie" e svariate politiche migratorie più inclusive elaborate dalle Regioni, "sostenendo" in gran parte la scelte effettuate da queste ultime (Corte cost., sentt.: 15-04-2010, n. 134; 22-07-2010, n. 269; 22-10-2010, n. 299; 25-02-2011, n. 61). Cfr. D. Strazzari, *Stranieri regolari, irregolari, "neocomunitari" o persone? Gli spazi d'azione regionale in materia di trattamento giuridico dello straniero in un'ambigua sentenza della Corte*, in *Le Regioni*, 5, 2011, 1037 ss.; F. Biondi Dal Monte, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, in *Le Regioni*, 5, 2011, 1087 ss.; A. Randazzo, *La salute degli stranieri irregolari: un diritto fondamentale "dimezzato"?*, in *Consulta Online*, 2012, in www.giurcost.org; F. Biondi Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, cit., 162 ss.

³² Recentemente, l'Agenzia Europea per i Diritti Fondamentali ha pubblicato uno studio di questo tipo, FRA European Union Agency for Fundamental Rights, *Cost of exclusion from healthcare. The case of migrants in an irregular situation*, Lussemburgo, 2015, disponibile su fra.europa.eu. Sulla stessa linea si è mossa la *Red de Denuncia y Resistencia al RDL 16/2012 (REDER)*, *Informe: Radiografía de la reforma sanitaria. La universalidad de la exclusión*, settembre 2015, 14-15, in www.medicosdelmundo.org.

³³ Cfr. S. Bonfiglio, *Per una teoria interculturale dei diritti fondamentali e della Costituzione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 1, 2016, 119 ss. (spec. 130 ss.).

³⁴ Così F. Biondi Dal Monte, *Lo Stato sociale di fronte alle migrazioni. Diritti sociali, appartenenza e dignità della persona*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Trapani, 8-9 giugno 2012, in www.gruppodipisa.it, 21 ss.

incisivo, al fine di ribadire il valore superiore dei principi sommamente enunciati all'interno dei testi costituzionali.

Le esperienze esaminate, allora, mostrano la rinnovata vitalità dei profili "paritari" del principio di eguaglianza, spesso "quiescenti" ma comunque pronti in altre fasi a riemergere in modo energico³⁵, per quanto il percorso affrontato dai giudici costituzionali paia tutt'oggi agire più che altro nei casi più evidenti di critico bilanciamento di interessi. Ci si inquadra così pienamente in una produzione giurisprudenziale "in progress" che contribuisce al continuo processo di costruzione di tradizioni costituzionali comuni in tema di diritti³⁶, ma che proprio per questo non può che muoversi con oscillazioni e tensioni, e dunque in modo non sempre perfettamente lineare.

Abstract

In the modern societies (especially Europeans) the effects of the economic crisis favor the intertwining and the mingling between "identity conflicts" and the more traditional "distributive conflicts", triggering daily discrimination phenomena in access to rights and social benefits.

The more industrialized Countries often choose the adoption of "belonging policies", aimed at encouraging those with a more intense and lasting bond with the territory; a "regression of the benefits" which usually punishes non-EU citizens and stateless persons, despite the national legal systems (and the international conventions) equalizes foreigners to citizen with regard to the access to social rights and, more generally, to the fundamental rights.

The article tries to analyze this discrepancy and the reactions of the Constitutional Courts (Italian, French, German and Spanish), engaged in reiterating the upper value of the constitutional principles (in particular the principle of equality, interpreted in the light of the criteria of proportionality and that of reasonableness).

³⁵ V. A. Cerri, *Significati e valenze del principio di eguaglianza*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli 2004, vol. I, 569 ss. (spec. 585).

³⁶ V. A. Ruggeri, *Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?*, op. cit., 12 ss.

La promozione dei prodotti locali tra tutela dell'ambiente e libero scambio

Sommario: 1. Introduzione - 2. Alcune precisazioni: i prodotti locali e la filiera corta - 3. La promozione dei prodotti locali è una misura di effetto equivalente? - 4. Il bilanciamento tra tutela dell'ambiente e libera circolazione delle merci - 4.1. Sulla giustificazione della promozione dei prodotti locali alla luce della tutela dell'ambiente - 4.2 Sulla proporzionalità dei limiti imposti al libero scambio

1. Introduzione

Il 14 gennaio 2016, in Francia, l'*Assemblée Nationale* ha approvato all'unanimità una proposta di legge che mira a favorire il legame dell'alimentazione con il territorio¹.

La *proposition de loi*, attualmente in discussione al Senato, impegna lo Stato, gli enti territoriali e, più in generale, gli enti pubblici, entro il 2020, a rifornire le proprie mense pubbliche per il 40% di prodotti di qualità, che provengano da filiere corte (*circuits courts*) o che rispondano a criteri di sviluppo sostenibile, tra cui in particolare la stagionalità dei prodotti.

Analogamente, negli ultimi anni, diverse regioni italiane hanno adottato leggi che mirano a promuovere i prodotti "locali", i prodotti "a chilometro zero" o i prodotti provenienti da "filiere corte".

Le misure adottate in concreto sono diverse a seconda della Regione considerata.

In alcuni casi, le Regioni hanno istituito misure di sostegno economico per la creazione di reti di agricoltori locali che vendono prodotti biologici o di qualità, oppure in favore di associazioni di consumatori che acquistano i prodotti direttamente dagli agricoltori (in particolare i Gruppi di acquisto solidale, GAS). È il caso, ad esempio, della legge della Regione Campania, n. 6 del 2015, la quale, nell'intento di valorizzare «il consumo critico, consapevole e responsabile dei prodotti agroalimentari da filiera corta e dei prodotti di qualità»², introduce misure di sostegno in favore delle associazioni di produttori e dei GAS, quali la concessione di «contributi economici»³ e la messa a disposizione di «spazi pubblici»⁴.

Alcune leggi regionali, poi, hanno previsto la possibilità di riservare una corsia preferenziale per i prodotti locali, a chilometro zero o provenienti da filiere corte negli appalti pubblici relativi all'approvvigionamento delle mense pubbliche (scuole, ospedali, ecc.). Particolarmente interessante, in questo senso, è la legge regionale della Lombardia, n. 31 del 2008, la quale introduce come criterio preferenziale nelle procedure di appalto di forniture di prodotti agroalimentari destinati alla ristorazione collettiva, «l'utilizzo di derrate di prodotti agricoli freschi, semilavorati e lavorati, e da agricoltura biologica, che seguano la stagionalità della terra e che rispettino il principio della minore distanza di trasporto»⁵.

Molte regioni, infine, hanno riservato spazi, all'interno dei mercati presenti sul territorio regionale, ai rivenditori di prodotti locali, biologici o provenienti da filiera corta.

Come si dirà meglio più avanti, a seconda della legge regionale presa in considerazione, variano profondamente i presupposti in presenza dei quali sono accordate le misure di sostegno sopra descritte. In alcuni casi, infatti, tali misure sono riservate ai produttori locali e/o regionali; in altri

¹ *Assemblée Nationale, Proposition de loi visant à favoriser l'ancrage territorial de l'alimentation*, approvata in prima lettura il 14 gennaio 2016.

² Art. 1, c. 1, l.r. Campania, n. 6/2015.

³ V. art. 4, l.r. Campania, n. 6/2015.

⁴ V. art. 5, l.r. Campania, n. 6/2015.

⁵ Art. 10.2, l.r. Lombardia, n. 31/2008, introdotto dalla l. r. n. 25 del 2011.

casi, le misure non fanno riferimento tanto alla distanza dal luogo di produzione, quanto all'impatto ambientale dei metodi utilizzati o alla lunghezza della filiera⁶.

Tutte queste misure, se da un lato perseguono finalità di interesse generale, quali la tutela dell'ambiente, la protezione della salute e la promozione della qualità dei prodotti agroalimentari, dall'altro lato, tuttavia, inducendo i consumatori ad acquistare i prodotti provenienti da un'area geografica delimitata, possono costituire un ostacolo agli scambi intracomunitari. Esse, pertanto, pongono un problema di compatibilità con il diritto europeo, ed in particolare con il divieto di misure equivalenti a restrizioni quantitative alle importazioni, sancito dall'art. 34 TFUE.

Il presente contributo si propone di valutare la legittimità delle misure di sostegno introdotte dall'*Assemblée Nationale* francese e da molte regioni italiane, alla luce degli articoli 34 e 36 TFUE. Tale analisi sarà condotta alla luce dei principi elaborati dalla giurisprudenza europea in materia di bilanciamento tra libera circolazione delle merci e tutela dell'ambiente. In particolare, le misure volte a promuovere i prodotti locali saranno sottoposte ai test di idoneità, necessità e proporzionalità, al fine di comprendere se, ed a quali condizioni, esse possano essere considerate limitazioni giustificate al libero scambio.

2. Alcune precisazioni: i prodotti locali e la filiera corta

Prima di affrontare la questione della compatibilità delle misure di promozione dei prodotti locali con il principio di libera circolazione delle merci, occorre svolgere alcune precisazioni al fine da un lato di delimitare l'ambito della presente ricerca e, dall'altro, di sgomberare il campo da confusioni terminologiche e concettuali in cui si potrebbe incorrere ed in cui, come si dirà più avanti, i legislatori regionali sono spesso incorsi.

Innanzitutto, occorre definire e, allo stesso tempo, distinguere tra loro, i concetti di "prodotto locale" e di "filiera corta"⁷.

Entrambi i suddetti concetti richiamano modelli alternativi di produzione e di consumo dei prodotti agroalimentari, più rispettosi dell'ambiente e della salute, che al contempo garantiscono una maggiore qualità dei prodotti consumati.

Se questo è vero, occorre tuttavia tenere presente che si tratta di espressioni tra loro non completamente sovrapponibili, benché strettamente correlate.

In particolare, con l'espressione "prodotti locali" si fa riferimento a prodotti provenienti da un luogo non troppo distante rispetto a dove i prodotti medesimi sono venduti e consumati⁸. Peraltro, sull'esatta definizione di cosa sia "locale", ovvero sul numero massimo di chilometri che possono separare il luogo di produzione dal luogo di consumo, perché un prodotto possa essere considerato "locale", non vi è uniformità di vedute⁹.

La promozione del consumo di "prodotti locali" si fonda essenzialmente su logiche economiche (sostenere l'economia locale) ed ambientali (ridurre le emissioni di CO₂ prodotte dai trasporti)¹⁰. È in

⁶ Sulla distinzione tra questi concetti v. *infra*, par. 2.

⁷ Sulla filiera corta, in generale, v. I. Canfora, *Dalla terra al territorio: il ruolo dell'agricoltore nella filiera corta*, in F. Giarè, S. Giuca (cur.), *Agricoltori e filiera corta: profili giuridici e dinamiche socio-economiche*, INEA, 2012, 31 ss.; S. Giuca, *Conoscere la filiera corta*, in F. Giarè, S. Giuca (cur.), *Agricoltori e filiera*, cit., 11 ss. Per una distinzione tra filiera locale e prodotto locale, cfr. AA.VV., *Local food and short supply chains*, in *EU Rural Review*, 12, 2012, 4 ss.

⁸ Cfr. Commissione Europea, *Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sull'opportunità di istituire un regime di etichettatura relativo all'agricoltura locale e alla vendita diretta*, del 6.12.2013, COM (2013) 866, 3.

⁹ Cfr. F. Santini, S. Gomez y Paloma (cur.), *Short food supply chains and local food systems in the EU. A state of play of their socio-economic characteristics*, Commissione Europea, *JRC Scientific and Policy Reports*, 2013, 23.

¹⁰ *Ivi*, 27 ss.

quest'ambito che si inseriscono le campagne "buy local", "eat local", così come la retorica del "chilometro zero".

Con l'espressione "filiera corta", invece, si fa riferimento a metodi di commercializzazione alternativi rispetto a quelli affermatasi negli ultimi decenni, dove il ruolo del produttore (agricoltore o allevatore) è stato relegato ad anello debole di una catena (filiera), nella quale giocano un ruolo centrale le multinazionali della grande distribuzione organizzata (GDO)¹¹.

Tale sistema, imperniato sulla grande distribuzione, secondo gli studiosi che hanno approfondito il tema sotto il profilo economico e sociologico, produce principalmente tre effetti negativi¹².

In primo luogo, i produttori beneficiano solo di una piccola parte del prezzo finale del prodotto, mentre la restante parte viene trattenuta dagli intermediari. In secondo luogo, non essendovi un collegamento diretto tra produttore e consumatore, è venuto meno il rapporto di fiducia che in passato legava i due estremi della filiera, con conseguenze negative in termini di *food safety* (il consumatore, cioè, non conosce ciò che consuma). Infine, l'affermarsi di filiere alimentari lunghe ha contribuito a spezzare il rapporto tra città e campagna: solo una piccola parte dei prodotti realizzati nei dintorni di una città è destinata agli abitanti di quella città; la restante parte, invece, viene destinata ad altri consumatori, anche situati a grande distanza, tramite i canali della grande distribuzione.

Le politiche di promozione della filiera corta si propongono di ovviare alle criticità sopra evidenziate, diminuendo o, laddove possibile, eliminando del tutto gli intermediari, aumentando la quota del prezzo percepita dai produttori e ristabilendo un legame di fiducia tra produttore e consumatore.

Da quanto sopra emerge che le politiche di promozione della filiera corta rispondono, più che ad esigenze di carattere ambientale, a logiche economico-sociali, in ciò differenziandosi dalle politiche che mirano a promuovere i "prodotti locali" in quanto tali¹³.

Come detto, i due concetti non sono pienamente sovrapponibili: non è detto che un prodotto locale provenga da una "filiera corta". Basti pensare ai prodotti tipici locali venduti all'interno dei supermercati: sono stati lavorati, imballati e quindi distribuiti tramite la grande distribuzione. Benché il numero di chilometri sia presumibilmente non elevato, il numero di passaggi che il prodotto ha subito è tale da pregiudicare il raggiungimento delle finalità cui la filiera corta è preordinata.

Analogamente, non è detto che la filiera corta sia sempre locale. Si pensi alle nuove tecnologie che consentono ai consumatori di acquistare i prodotti direttamente dai produttori, anche se situati a grande distanza, con un *click*¹⁴.

Fatte queste premesse, ai fini del presente lavoro, si prenderanno in considerazione unicamente i prodotti locali provenienti da filiere corte. Le distinzioni svolte sopra, tuttavia, ritorneranno utili più avanti, per fare ordine laddove la legislazione tende a confondere i concetti.

Prima di affrontare il tema centrale del presente lavoro, pare opportuno svolgere altre due precisazioni.

¹¹ Secondo una definizione diffusa tra gli studiosi della materia, si può parlare di filiera alimentare corta quando "i prodotti sono identificati da, e riconducibili a, un produttore (*farmer*); tra produttore e consumatore vi è un numero minimo di intermediari o, auspicabilmente, nessun intermediario". Sono esempi di filiera corta la vendita diretta, i *farmer's market*, i *pick-your-own*, etc.

¹² Cfr. F. Santini, S. Gomez y Paloma (cur.), *Short food supply chains*, cit., 24 ss.

¹³ *Ivi*, 27 ss.

¹⁴ Visitando il sito del produttore, peraltro, il consumatore potrebbe, anche a grande distanza, accertarsi dei metodi di produzione utilizzati dal produttore (non utilizzo di fertilizzanti chimici, corretto trattamento degli animali, etc.), nonché eventualmente comunicare con il produttore, così stabilendo un rapporto di fiducia diretto con il medesimo.

Innanzitutto, non bisogna confondere le misure di promozione dei prodotti locali con le misure di tutela dei prodotti tipici, ai quali è dedicata la normativa europea in materia di DOP, IGP e STG. Attraverso tali strumenti, si vuole tutelare l'indicazione geografica/di origine di un prodotto, imponendo che una certa denominazione possa essere utilizzata solamente per i prodotti realizzati in un determinato territorio, seguendo un determinato disciplinare. Tali misure si fondano sul presupposto, vero o presunto, che quel prodotto, con quelle determinate caratteristiche, possa essere realizzato solo in una determinata area geografica, in ragione delle particolari condizioni climatiche, del *know how* tradizionale dei produttori, ecc. Queste misure si distinguono dalle politiche di promozione dei prodotti locali, in primo luogo, in quanto mirano principalmente a garantire le qualità intrinseche dei prodotti (ad es. il gusto), mentre le misure di sostegno ai prodotti locali intendono valorizzare caratteristiche estrinseche, quali il basso impatto ambientale, i metodi di produzione utilizzati, ecc. In secondo luogo, le misure di promozione dei prodotti tipici si rivolgono essenzialmente ai mercati "non locali", essendo dirette a fornire un vantaggio concorrenziale a determinati prodotti sul mercato europeo o globale, riservando ai medesimi l'utilizzo di determinate indicazioni geografiche.

Il presente contributo non si occupa della disciplina in materia di prodotti tipici.

Infine, si noti che in questa sede non ci si occuperà dei marchi di qualità regionali con indicazione di provenienza. Benché si tratti indubbiamente di misure di promozione dei prodotti locali, essi sollevano problematiche parzialmente diverse da quelle che caratterizzano le misure qui esaminate. Pertanto, per l'analisi di tali istituti, si fa rinvio a lavori che hanno affrontato il tema in maniera specifica¹⁵.

3. La promozione dei prodotti locali è una misura di effetto equivalente?

Fatte le precisazioni di cui al paragrafo 2, è possibile passare ad affrontare la questione centrale, ovvero se le misure illustrate al paragrafo 1 siano compatibili con il diritto europeo, ed in particolare con gli artt. 34 e 36 TFUE¹⁶.

Come noto, l'art. 34 TFUE vieta agli Stati membri di introdurre o mantenere restrizioni quantitative alle importazioni, nonché misure di effetto equivalente.

Con riferimento a quest'ultimo concetto, occorre avere riguardo alla definizione, molto ampia, data dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea a partire dalla sentenza *Dassonville*, per cui costituisce una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative alle importazioni «ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari»¹⁷.

Com'è altrettanto noto, tuttavia, non tutte le misure di effetto equivalente sono incompatibili con il diritto europeo. Da un lato, infatti, l'art. 36 TFUE lascia impregiudicata la possibilità per gli Stati membri di mantenere divieti o restrizioni «giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale». Dall'altro lato, a partire dalla sentenza *Cassis de*

¹⁵ Si v. in particolare I. Canfora, *I marchi regionali di qualità e la correttezza dell'informazione dei consumatori: libera circolazione delle merci vs tutela dell'agricoltura locale?*, in *Riv. dir. agr.*, 2013, I, 152 ss. Sia consentito inoltre il riferimento a F. Gallarati, *I marchi regionali di qualità con indicazione di provenienza: ostacoli al libero scambio o nuova frontiera della politica agricola europea?*, in *DPCE online*, 3, 2016.

¹⁶ Non si affronterà, invece, in questa sede, il tema della compatibilità delle misure di sostegno economico in favore dei produttori locali con la disciplina in materia di aiuti di Stato.

¹⁷ Corte Giust., sent. 11-07-1994, causa C-8/74, *Dassonville*, in *Racc.*, I-837.

*Dijon*¹⁸, la Corte di Giustizia ha giudicato compatibili con il diritto europeo le restrizioni agli scambi intracomunitari, giustificate da esigenze imperative di interesse generale, tra le quali è stata a più riprese inclusa la tutela dell'ambiente.

In entrambi i casi, tali misure, per essere compatibili con il diritto europeo, devono essere idonee al perseguimento dello scopo perseguito e non devono andare al di là di quanto necessario per il perseguimento dello scopo medesimo.

Riassumendo, quindi, per stabilire se una misura adottata da uno Stato membro costituisca una misura di effetto equivalente, incompatibile con il divieto di cui all'art. 34 TFUE, occorre verificare:

- a) in primo luogo, se tale misura rientri nella definizione fornita dalla Corte di Giustizia in *Dassonville*, ovvero se essa sia idonea ad ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari;
- b) in secondo luogo, in caso di risposta positiva al quesito *sub a)*, occorre domandarsi se tale misura sia giustificata da esigenze imperative di interesse generale e, in tal caso, se la restrizione degli scambi sia proporzionata allo scopo perseguito.

Venendo al caso di specie, la prima questione che occorre affrontare, dunque, è se la promozione dei prodotti locali sia idonea ad ostacolare gli scambi intracomunitari.

A questo primo quesito pare di potersi dare risposta positiva. In effetti, tutte le misure di sostegno descritte al par. 1 hanno l'effetto di indurre i consumatori o le stazioni appaltanti a prediligere l'acquisto di prodotti "locali", ovvero di prodotti realizzati nelle vicinanze del luogo di vendita, a discapito dei prodotti provenienti da altre zone e/o da altri Stati membri. Di conseguenza, tali misure, disincentivando le importazioni da altri paesi dell'Unione, sono idonee ad ostacolare, seppure indirettamente, gli scambi intracomunitari.

In questo senso si è espressa anche la Corte costituzionale, nella sentenza n. 292 del 2013¹⁹.

In quel caso, la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di una legge della Regione Puglia²⁰ che, nell'intento di sostenere il consumo dei prodotti da «filiera corta», «a chilometro zero» e «di qualità», aveva stabilito che nei bandi per l'affidamento dei servizi di ristorazione collettiva gli enti pubblici dovessero «garantire priorità ai soggetti che prevedono l'utilizzo di prodotti da filiera corta, prodotti a chilometro zero, prodotti di qualità in misura non inferiore al 35 per cento in valore rispetto ai prodotti agricoli complessivamente utilizzati su base annua».

Il difetto di tale legge – che ne ha determinato l'annullamento da parte della Corte – è che essa aveva ricompreso nella definizione di prodotti «a chilometro zero», non solo i prodotti per il cui trasporto dal luogo di produzione a quello di consumo «si producono meno di venticinque chilogrammi di anidride carbonica equivalente per tonnellata», ma anche, «e comunque», «i beni trasportati all'interno del territorio regionale».

In questo modo, secondo la Corte, la norma censurata aveva l'effetto di incentivare gli imprenditori ad impiegare prodotti provenienti da una certa area territoriale (nella fattispecie, quella pugliese) a discapito di prodotti con caratteristiche simili, ancorché provenienti da aree poste a distanza uguale o minore dal luogo di consumo (come poteva avvenire, in specie, ove il consumo avvenisse in zone limitrofe ad altre Regioni)²¹.

¹⁸ Corte Giust., sent. 20-02-1979, causa C-120/78, *Rewe Zentral*, in *Racc.*, 649.

¹⁹ Corte cost., sent. 6-12-2013, n. 292.

²⁰ L.r. Puglia, 13-12-2012, n. 43.

²¹ Per considerazioni analoghe, si veda altresì Corte cost., sent. 18-07-2013, n. 209, in cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della l.r. Basilicata, 13-07-2012, n. 12.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte costituzionale ha ritenuto che «la “priorità” riconosciuta a coloro che si avvalgono di prodotti trasportati esclusivamente all'interno del territorio regionale, indipendentemente dal livello delle emissioni, costituisce una misura ad effetto equivalente vietata dall'art. 34 del TFUE» e, quindi, ha dichiarato incostituzionali le disposizioni impugnate per violazione dell'art. 117, c. 1, Cost., in relazione agli artt. 34 e 36 TFUE.

Nella stessa sentenza, tuttavia, la Corte – in un *obiter dictum* – ha lasciato intendere che non potrebbe considerarsi illegittima la priorità accordata ai soggetti che utilizzano beni il cui trasporto determina una ridotta quantità di emissioni nocive, in quanto tale priorità sarebbe «giustificata dai benefici che la limitazione di tali emissioni reca in termini di tutela dell'ambiente». Dalla lettura della sentenza n. 292/2013, quindi, sembrerebbe di potersi concludere che, laddove una misura di promozione faccia riferimento non già all'origine regionale del prodotto, bensì alla quantità di emissioni determinate nel trasporto, tale misura sia da considerarsi una restrizione legittima al principio di libera circolazione delle merci.

A dire il vero, tale conclusione appare troppo netta e, di conseguenza, poco convincente. Ciò in quanto il problema della compatibilità delle misure di effetto equivalente con il diritto europeo è una questione complessa, la cui soluzione va ricercata nel corretto bilanciamento tra gli interessi in gioco: da un lato la libera circolazione delle merci e, dall'altro, la tutela dell'ambiente. Bilanciamento che, come detto, deve essere condotto alla stregua dei principi elaborati dalla giurisprudenza europea in materia.

4. Il bilanciamento tra tutela dell'ambiente e libera circolazione delle merci

Come detto, non tutte le misure di effetto equivalente sono incompatibili con il diritto dell'Unione europea. Invero, per stabilire se una misura restrittiva degli scambi intracomunitari sia compatibile o meno con le libertà sancite dai Trattati europei, occorre domandarsi: a) se tale restrizione sia giustificata alla luce dell'art. 36 TFUE o risponda ad un'esigenza imperativa di interesse generale (par. 4.1); b) se la misura adottata in concreto sia proporzionata allo scopo perseguito. La restrizione, cioè, oltre che giustificata, (i) deve essere idonea al perseguimento del fine che si prefigge e (ii) non deve andare al di là di quanto necessario per il raggiungimento del fine medesimo (par. 4.2).

4.1. Sulla giustificazione della promozione dei prodotti locali alla luce della tutela dell'ambiente.

In prima battuta, la questione che si pone è se le misure di promozione dei prodotti locali trovino giustificazione alla luce dei motivi elencati dall'art. 36 TFUE o delle esigenze imperative di interesse generale riconosciute dalla Corte di Giustizia a partire dalla sentenza *Cassis de Dijon*.

Per rispondere a tale quesito, occorre individuare gli obiettivi cui tali misure sono preordinate.

Ebbene, come anticipato, pur nella diversità delle misure che, in concreto, possono essere adottate, si può affermare che, in generale, esse da un lato sono ispirate da esigenze di carattere economico, essendo finalizzate a sostenere i produttori locali; dall'altro lato, esse perseguono finalità di tutela ambientale, essendo volte a ridurre le emissioni dovute al trasporto degli alimenti, a ridurre gli imballaggi mediante l'incremento della vendita diretta e ad incentivare il ricorso a sistemi di produzione sostenibili.

Ciò emerge, tra l'altro, dalle numerose leggi regionali che hanno istituito misure di promozione dei prodotti locali, le quali indicano tra le finalità perseguite la tutela dell'ambiente e, più in generale, lo sviluppo sostenibile. Emblematica in questo senso è la legge del Friuli Venezia-Giulia, ove si afferma che «la Regione, anche al fine di favorire processi di sostenibilità ambientale connessi alla

riduzione delle emissioni inquinanti derivanti dal trasporto dei prodotti, promuove la valorizzazione e il consumo delle produzioni agricole regionali, nonché la conoscenza delle tradizioni alimentari locali assicurando ai consumatori un'adeguata informazione sull'origine e sulle specificità di tali produzioni»²².

Analogamente, il rapporto "*Et si on mangeait local?*"²³ che accompagna la *proposition de loi* approvata dall'*Assemblée Nationale* francese, indica, tra le ragioni che giustificano le misure di sostegno ai prodotti locali, gli effetti benefici sull'ambiente di tali misure.

Alla luce di ciò, si può quindi ritenere che le misure *de quibus* trovino giustificazione nell'esigenza di tutelare l'ambiente, che la Corte di Giustizia ha ricompreso a più riprese tra le esigenze imperative di interesse generale idonee a giustificare una misura di effetto equivalente.

D'altra parte, l'esigenza di tutelare e promuovere i prodotti locali è stata fatta propria anche dalle istituzioni europee che, in diverse occasioni, ne hanno riconosciuto l'importanza per lo sviluppo sostenibile dell'Unione.

Innanzitutto, merita di essere segnalata l'Opinione del Comitato delle Regioni in merito ai "*Local Food Systems*" del 27 gennaio 2011²⁴, la quale, dopo aver sottolineato gli effetti benefici del consumo di prodotti locali dal punto di vista economico, sociale ed ambientale, ha invitato la Commissione Europea ad assumere iniziative volte a favorire i prodotti locali attraverso la previsione di un titolo preferenziale negli appalti pubblici o mediante l'istituzione di un marchio di qualità dedicato.

Tale istanza è stata raccolta dalla Commissione Europea con il Libro verde sulla politica di informazione e promozione dei prodotti agricoli²⁵. In tale documento la Commissione ha riconosciuto che «l'agricoltura di vicinato racchiude un potenziale che finora non è stato sufficientemente valorizzato» e che «i mercati regionali e locali costituiscono un luogo di incontro importantissimo tra produttori e consumatori e permettono ai primi di trarre il massimo profitto dal loro lavoro e ai secondi di contribuire allo sviluppo del territorio riducendo l'impronta ambientale delle loro abitudini di consumo e di avere accesso ad un'ampia gamma di prodotti tradizionali, legati allo stile di vita locale». Sulla base di queste considerazioni, quindi, la Commissione ha affermato che «è opportuno riservare un'attenzione particolare alla collaborazione tra i diversi attori per elaborare strategie di produzione e promozione dei prodotti agricoli locali».

Infine, l'importanza di promuovere i prodotti locali è stata riconosciuta anche dal regolamento (UE), n. 1151/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, in G.U.U.E. L 343, 14-12-2012, 1²⁶, il quale, all'art. 55, ha impegnato la Commissione Europea a presentare «una relazione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'opportunità di istituire un nuovo regime di etichettatura relativo all'agricoltura locale e alla vendita diretta al fine di assistere i produttori nella commercializzazione dei loro prodotti a livello locale», precisando che tale relazione si deve concentrare «sulla capacità degli agricoltori di conferire valore aggiunto ai loro prodotti grazie alla nuova etichetta e dovrebbe tenere conto di altri criteri, tra cui le possibilità di ridurre le emissioni di carbonio e i rifiuti grazie a catene di produzione e distribuzione brevi».

Alla luce di quanto sopra, quindi, si può concludere che le misure di promozione dei prodotti locali rispondono ad esigenze imperative di interesse generale, quali in particolare la tutela

²² Art. 1, c. 1, l.r. Friuli-Venezia Giulia, 17-02-2010, n. 4.

²³ *Assemblée Nationale, Rapport d'information déposé par la Commission des affaires économiques sur les circuits courts et la relocalisation des filières agricoles et alimentaires*, registrato presso la Presidenza dell'Assemblée Nationale il 7 luglio 2015.

²⁴ *Opinion of the Committee of the Regions on "Local food systems"*, del 28 gennaio 2011, in G.U.U.E., C 104/1, 2.4.2011.

²⁵ Commissione Europea, *Libro verde "Politica di informazione e promozione dei prodotti agricoli: una strategia a forte valore aggiunto europeo per promuovere i sapori dell'Europa"*, del 14.07.2011, COM (2011) 436.

²⁶ Reg. (UE), n. 1151/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, in G.U.U.E. L 343, 14-12-2012, 1, sui regimi di qualità dei prodotti agricoli e alimentari.

dell'ambiente, idonee a giustificare restrizioni al libero scambio, a condizione che queste ultime siano proporzionate allo scopo perseguito.

4.2 Sulla proporzionalità dei limiti imposti al libero scambio

Oggetto del presente paragrafo è comprendere se e a quali condizioni una misura di promozione dei prodotti locali possa considerarsi proporzionata allo scopo – di tutela ambientale – perseguito.

Come detto, secondo la giurisprudenza europea, perché una misura restrittiva del libero scambio possa considerarsi proporzionata, è necessario che essa sia (i) idonea al perseguimento del fine che si prefigge e (ii) non vada al di là di quanto necessario per il raggiungimento del fine medesimo.

Ebbene, con riguardo al primo requisito si possono formulare le seguenti considerazioni.

In primo luogo, occorre rilevare che il solo fatto che un prodotto sia “locale”, ovvero raccolto/realizzato vicino al luogo di vendita/consumo, non è di per sé sufficiente a garantire che questo sia più rispettoso dell'ambiente, più sostenibile. In effetti, l'impatto ambientale di un prodotto non dipende solamente dalla distanza tra luogo di produzione e luogo di consumo, ma anche da altri fattori quali in particolare il metodo di produzione. Così, ad esempio, un prodotto coltivato con metodi biologici, seppure a distanza maggiore dal luogo di consumo, potrebbe avere un impatto ambientale inferiore rispetto ad un prodotto a chilometro zero realizzato con metodi convenzionali.

In secondo luogo, diversi studi hanno dimostrato che, anche a parità di metodi di produzione, non sempre il prodotto più “locale” è quello con il minor impatto ambientale²⁷. Vi è infatti un terzo fattore che incide considerevolmente sull'impatto ambientale di un prodotto: la stagionalità. Invero, i processi di conservazione necessari per poter commercializzare prodotti “locali” fuori stagione hanno un impatto ambientale superiore rispetto all'impatto relativo al trasporto dello stesso prodotto dai luoghi in cui, nello stesso periodo dell'anno, esso è raccolto naturalmente.

Ebbene, da quanto sopra emerge che la “località” di un prodotto, di per sé, non è sufficiente per perseguire obiettivi di tutela ambientale.

Di conseguenza, una disciplina legislativa che contenga forme di promozione per i prodotti locali, per essere ritenuta idonea rispetto all'esigenza imperativa di interesse generale di tutela ambientale e, quindi, compatibile con il diritto europeo, deve tenere conto di una pluralità di fattori, tra cui in particolare, oltre alla distanza dal luogo di produzione, anche i metodi di produzione utilizzati e la stagionalità del prodotto²⁸.

Venendo, infine, al giudizio di necessità (per cui, come detto, la misura non deve andare al di là di quanto necessario), occorre verificare se non vi siano misure meno restrittive del libero scambio, che consentano di raggiungere i medesimi risultati.

A questo proposito, ci si può domandare se obbligare le stazioni appaltanti ad acquistare una certa percentuale di prodotti provenienti da filiere locali non sia eccessivamente lesivo del principio di libera circolazione delle merci. La questione si pone, ad esempio, con riferimento alla *proposition de*

²⁷ A. Jones, *An environmental assessment of Food Supply Chains: a case study on dessert apples*, in *Environmental Management*, Vol. 30, 4, 2002, 560-576; S. Saunders, A. Barber; G. Taylor, *Food miles – Comparative energy/emissions performance of New Zealand's agriculture industry, Research Report*, 2006, 285. In proposito, v. Commissione Europea, *Relazione della Commissione*, cit., 6 ss.

²⁸ In questo senso v. Commissione Europea, *Relazione della Commissione*, cit., 8, per cui «la combinazione di caratteristiche locali e stagionali riduce la necessità di stoccaggio, mentre i metodi di produzione ecocompatibili possono anche contribuire a ridurre l'impiego di pesticidi, l'inquinamento del terreno e delle acque e il degrado del suolo e rafforzare la biodiversità e l'utilizzo sostenibile dell'acqua». Cfr. F. Santini, S. Gomez y Paloma (cur.), *Short food supply chains*, cit., 35, ove si afferma che «for minimum negative impact on the environment in the food supply system, SFSCs should include all of the following general characteristics: be local, seasonal, and use ecologically sound production methods».

loi adottata dall'*Assemblée Nationale* francese, che impegna gli enti pubblici, entro il 2020, a rifornire le proprie mense per il 40% di prodotti di qualità provenienti da filiere corte.

A ben vedere, introdurre una soglia minima come quella prevista dalla *proposition de loi* francese potrebbe rivelarsi, oltretutto lesivo del libero scambio e della concorrenza, anche irragionevole, nella misura in cui i produttori locali potrebbero non essere in grado di soddisfare, da soli, il 40% della domanda.

Sarebbe forse più ragionevole e, allo stesso tempo, meno lesivo dei principi europei, introdurre un titolo preferenziale (obbligatorio o facoltativo) nei criteri di selezione per le procedure ad evidenza pubblica, consentendo così agli enti pubblici di favorire il consumo di prodotti locali nelle mense, senza però rischiare di non coprire interamente la domanda o di dover acquistare prodotti che, pur essendo locali, non siano di buona qualità o siano eccessivamente costosi.

In conclusione, dalle considerazioni che precedono emerge come il diritto europeo mostri consapevolezza dell'importanza di tutelare i prodotti locali e, allo stesso tempo, offra ai legislatori statali e regionali margini di manovra per introdurre misure di promozione di questi prodotti, anche in deroga al principio di libero scambio ed alla libera concorrenza.

Tali misure, tuttavia, per poter essere compatibili con il diritto europeo, devono essere conformi al canone della ragionevolezza, che si declina nei test di idoneità e proporzionalità. A tal fine, il legislatore dovrebbe organizzare la propria disciplina attorno ai diversi fattori che incidono sull'impatto ambientale dei prodotti agroalimentari, quali in particolare la distanza dal luogo di produzione, la stagionalità dei prodotti ed i metodi di produzione utilizzati, e non dovrebbe prevedere restrizioni ulteriori e più rigide di quanto necessario per il raggiungimento del fine di tutela ambientale.

Abstract

The paper aims at assessing whether and under which circumstances national measures promoting and protecting local food can be considered compliant with EU law and particularly with the free movement of goods principle.

For this purpose, the A. analyses some measures adopted by Italian regions as well as a bill which is being discussed by the French Parliament, in order to verify their compliance with the Court of Justice's tests of necessity and proportionality.

Crisi economica, poteri pubblici e lotta alla povertà: nuovi orizzonti per un reddito minimo in Italia

Sommario: Premessa - 1. La lotta alla povertà, pilastro dello stato sociale, permane come dovere per i pubblici poteri (anche) in un contesto di crisi - 2. L'affermazione dello *ius existentiae* nel quadro europeo: brevi cenni - 3. Il caso italiano e le ragioni del ritardo nella previsione di misure di sostegno al reddito: una prima fase "illusoria" - 3.1. La fase della "timidezza": un percorso segnato da diversi tentativi falliti - 4. La fase della "indiscriminata differenziazione" regionale - 5. Una nuova fase: la legge di stabilità 2016 e il pluralismo nell'unità

Premessa

Il faticoso percorso volto all'introduzione di uno strumento di sostegno al reddito in Italia, rimasto insieme alla Grecia l'unico Paese europeo privo di una qualche misura ad esso riconducibile, sembra destinato a conoscere una nuova, e forse più chiara, traiettoria.

Il quadro delineatosi a partire da circa un decennio, e che si compone di una moltitudine di tentativi dalle denominazioni più svariate¹, stabili o solo sperimentali, portati avanti dalle regioni o da singoli enti locali senza una regia unica, non può che consegnare un'immagine in primo piano molto frammentata. Sullo sfondo, come noto, vi è un fitto dibattito multidisciplinare, dove gli elementi sociologici e politico-economici si intrecciano con quelli giuridici, non riducibile ai soli aspetti del *quantum* e del *quomodo*, e il cui nodo cruciale, soprattutto nel nostro sistema di sicurezza sociale, ruota attorno al seguente interrogativo: è dovere dei pubblici poteri far fronte alle situazioni di bisogno attraverso interventi di tipo reddituale?².

Nonostante siano state proposte diverse forme definitorie, frutto di articolate classificazioni³, è noto che gli istituti cui si sta facendo riferimento possano ricondursi a due modelli: quello del c.d. *basic income*, o reddito di cittadinanza, il cui primo teorizzatore può farsi risalire a Thomas Paine⁴, e quello del reddito minimo garantito, ovvero reddito minimo di inserimento. Il primo - da intendersi secondo la nota definizione di Van Parijs, quale reddito erogato da una comunità politica a tutti i suoi membri, su base individuale, senza controllo di risorse né esigenze di contropartite⁵ - è strumento caratterizzato dalla universalità e dalla incondizionatezza⁶; il secondo, al contrario, è strumento selettivo, da utilizzare solo in presenza di effettive condizioni di bisogno e, a volte, condizionato all'accettazione di programmi di inserimento sociale e lavorativo. Uno strumento, pertanto, "universalistico nella selettività"⁷. Il primo fa perno sul concetto di cittadinanza, sull'appartenenza ad una comunità, il secondo su quello di solidarietà: entrambi, poi, si ricollegano a quello di libertà⁸.

¹ C. Tripodina, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa: sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Torino, 2013, 206.

² M. Ruotolo, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, in *Dir. pubbl.*, 2/2011, 391 ss.; Id., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà: dal diritto alla sicurezza alla sicurezza dei diritti*, Napoli, 2012.

³ G. Bronzini, *Il reddito minimo garantito nell'Unione europea: dalla Carta di Nizza alle politiche di attuazione*, in *Giorn. dir. lav. relaz. ind.*, 2/2011, 225 ss.; Id., *Il reddito di cittadinanza, tra aspetti definitori ed esperienze applicative*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 1/2014, 1 ss.

⁴ T. Paine, *Agrarian Justice Opposed to Agrarian Law and to Agrarian Monopoly; Being a Plan for Meliorating the Condition of Man* (1797), Glasgow, 1833. Id., *I diritti dell'uomo e gli altri scritti politici di Thomas Paine*, (cur.) T. Magri, tr. it. Roma, 1978; si è parlato, di recente, di un ritorno di interesse per Paine, cfr. D. Breschi, *Una «Paine-renaissance» tutta italiana? Tra repubblicanesimo, liberalismo radicale e costituzionalismo democratico-sociale*, in *Fil. pol.*, 1/2013, 133 ss.

⁵ P. Van Parijs, *Arguing for Basic Income: Ethical Foundations for a Radical Reform*, London-New York, 1992; Id., *Real Freedom for All What (if Anything) Can Justify Capitalism?*, Oxford, 1995.

⁶ G. Bronzini, *Il reddito minimo*, cit., 227.

⁷ Così, *Rapporto sulle politiche contro la povertà e l'esclusione sociale. Anno 2008*, Roma, 2008, 114.

⁸ C. Tripodina, *Il diritto*, cit., 37 ss.

Un dibattito realistico, non fosse altro che per ragioni di sostenibilità finanziaria, può svilupparsi, come dimostrano anche le diverse esperienze straniere, solo lungo il secondo modello. Ma anche attorno a quest'ultimo, si addensano alcuni dubbi di non facile soluzione: all'indiscutibile vantaggio legato al fatto di essere misura che, quando fa fronte alle effettive situazioni di bisogno, risponde alla primaria esigenza di rispetto della dignità umana, fa da contraltare, per un verso, il rischio di trasformarsi in una forma di mero assistenzialismo⁹, con conseguente sterilizzazione della (altrettanto primaria) propensione di ciascuno a realizzarsi, contribuendo altresì al progresso della società, per il tramite del lavoro¹⁰; per altro, il pericolo per cui il necessario ricorso a soglie fisse di reddito, al di sotto delle quali far operare lo strumento, generi ulteriori forme di diseguaglianza.

Il presente lavoro, nell'auspicio di toccare un ambito che mette insieme alcuni punti tematici cruciali di questo Convegno, verrà condotto muovendo da un presupposto, quello della lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri; quindi, delineando una cornice più ampia (di matrice europea), quella dello *ius existantiae*; ancora, tracciando le peculiarità del caso italiano; per concludersi volgendo lo sguardo ad alcuni recenti interventi regionali e nazionali che, come detto in apertura, paiono schiudere nuovi orizzonti per il tema in questione.

1. La lotta alla povertà, pilastro dello stato sociale, permane come dovere per i pubblici poteri (anche) in un contesto di crisi

La lotta alla povertà¹¹, intesa quest'ultima nella sua accezione multidimensionale¹², che come tale travalica il profilo strettamente economico-reddituale¹³ e disegna una più ampia e complessa "incapacitazione" della persona a svolgere a pieno il suo ruolo nello spazio sociale¹⁴, costituisce ormai, alla luce anche delle dimensioni attuali che il fenomeno ha assunto, un dovere per i pubblici poteri¹⁵.

A ben guardare, la stessa idea di *welfare state* si è, per certi versi, poggiata su questo pilastro¹⁶, ribaltando, tuttavia, quell'approccio fondamentalmente punitivo-repressivo¹⁷ del problema povertà, di

⁹ Cfr. A. Sen, *The Idea of Justice*, Cambridge Massachusetts, 2009, 254.

¹⁰ *Ex multis*, nella letteratura economica, H. Minsky, *Combattere la povertà. Lavoro non assistenza*, tr. it., Roma, 2014.

¹¹ Sulla povertà come questione anche giuridica, cfr. F. D'Agostino, *La povertà problema di giustizia. Riflessioni introduttive ad un convegno*, Quad. Iustitia 1/2005, 1 ss.; B. G. Mattarella, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2/2012, 359 ss. Per la sola prospettiva religiosa, cfr. G. Tarello, *Povertà (questione della)*, ad vocem, in Nov.mo Dig. It., Torino, 1966; P. Grossi, *Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, in Quad. fiorent., 1972, 287 ss.

¹² Vedi sul punto E. Rossi, P. Masala, *Lotta alla povertà: le politiche pubbliche per la tutela dei diritti della persona*, in W. Rinaldi (cur.), *Giustizia e povertà. Universalismo dei diritti, formazione delle capacità*, Bologna, 2008, 28.

¹³ In tale ottica, vige la distinzione tra povertà assoluta, intesa quale soglia inferiore al livello di sussistenza e povertà relativa, ovvero quella soglia al di sotto di un livello di benessere medio di una certa popolazione calcolato sulla capacità di spesa per consumi. Cfr. V. Cerulli Irelli, *La lotta alla povertà come politica pubblica*, in Dem. dir., 4/2005, 57 ss., in part. 58-61.

¹⁴ Fa riferimento a questa accezione di povertà M. Ruotolo, *La lotta alla povertà*, cit., in part. 396. Cfr. A. Sen, *Inequality re-examined*, New York, 1992, 109-10; Id., *Lo sviluppo è libertà: perché non c'è crescita senza democrazia*, Milano 2000. Si tratta di un concetto molto vicino a quello di esclusione sociale, cfr. E. Chiappero Martinetti, *Dalla povertà all'esclusione sociale: l'evoluzione di un concetto e le implicazioni sul fronte delle strategie*, in W. Rinaldi (cur.), *Giustizia*, cit., 67 ss.

¹⁵ M. Ruotolo, *ult. cit.*, *passim*. Cfr. anche V. Cerulli Irelli, *op. cit.*; V.N. Vasudeva, *Legal Intervention in Poverty Allevation: Enriching the Poor Through Law*, in NUJS L. Rev., 3, 2010, 447 ss. Nel 1997, le Nazioni Unite hanno definito la decade 1997-2006 quella dello «sradicamento della povertà», giacché sradicare la povertà è un imperativo «etico, sociale, politico ed economico del genere umano».

¹⁶ N. Adelman, *Povertà. 1 Economia*, ad vocem, in Enc. sc. soc., Roma, 1996, in part. 750. F. A. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, Milano, 1986, 282, ripercorrendo la storia dell'utilizzo del termine "sociale" afferma che, "quando questo termine divenne di uso corrente durante l'ultimo quarto del secolo scorso, fu usato per veicolare un appello alle classi dirigenti affinché si occupassero del benessere dei poveri (...) i cui interessi non avevano mai ricevuto una adeguata considerazione". Cfr., recent., C. Corsi (cur.), *Felicità e benessere*, Firenze, 2015.

¹⁷ Sulla povertà che passa da occasione di ascesi, oggetto di carità, a vero e proprio rischio per la società, cfr. M. Weber, *Economia e società* (1922), Milano 1995; M. Bohlender, *Povertà, lavoro e società civile. Il governo dei poveri nell'epoca della*

fatto portato avanti per secoli¹⁸.

Dopo l'era del trionfo del principio di libertà – vero *leit motiv* del costituzionalismo moderno¹⁹, che non solo ha affermato la priorità dei rispettivi diritti, ma ha anche messo ai margini tutto ciò, compresa l'uguaglianza, che appariva come un ostacolo ad essa – si afferma la consapevolezza che la sclerotizzazione di condizioni fattuali di disuguaglianza si era prodotta nonostante (o addirittura come conseguenza di) un diritto formalmente uguale²⁰. Lo Stato liberale si trasforma in “vittima del suo creato”²¹ e diviene “esigenza storica e concettuale non eludibile, la riconciliazione tra libertà ed uguaglianza, entrambe costitutive della democrazia²², giacché di questa ne esprimono l’“essenza”²³. Una riconciliazione che, secondo l'insegnamento kelseniano, doveva comportare un mutamento di significato della libertà, da naturale-negativa a sociale-positiva²⁴. I diritti sociali, come noto²⁵, nascono come risposta a questa esigenza: trovando giustificazione nella liberazione dal bisogno economico²⁶, da determinate forme di privazione, puntano all'affermazione dell'uguaglianza²⁷, meglio, alla sintesi tra libertà e uguaglianza²⁸. Si produce uno spostamento di prospettiva dei diritti, “dal terreno della difesa da ingerenze esterne” a quello della “diffusione delle *chances* di realizzazione di identità molteplici” e, dunque, della effettiva possibilità di un loro esercizio²⁹. Perché la libertà giuridica possa diventare libertà reale, occorre garantire, per dirla con Henry Shue, le precondizioni della libertà³⁰: il suo titolare deve poter avere una partecipazione fondamentale ai beni sociali vitali, una partecipazione che “è essa stessa parte della libertà, perché è presupposto indispensabile della sua realizzazione”³¹. La libertà è una formula vuota se alcuni sono in grado di giovarsene e altri no³²: ecco che l'uguaglianza “diventa il modo di essere delle libertà”³³. Il costituzionalismo democratico del Novecento si è eretto attorno alla ricongiunzione tra libertà e uguaglianza. Non a caso, Etienne Balibar ha coniato il termine di “*égaliberté*”³⁴.

ricchezza delle nazioni, in *Fil. pol.*, 1/2000, 101 ss.; G. Filippetta, *Liberalismo e governamentalità: garantismo penale e prevenzione di polizia in Francesco Carrara*, in www.rivistaaic.it, 2/2015, in part. 3-5.

¹⁸ In tema, v. F.P. Casavola, *I poveri tra storia e diritto*, in *Quad. Iustitia* 1/2005, 19 ss. V. Cerulli Irelli, *op. cit.*, 57, afferma che “la lotta alla povertà, cioè l'insieme delle misure delle misure intese a sradicare o a limitare gli effetti del fenomeno, diviene una delle politiche pubbliche più importanti nello stato moderno”. Cfr. E. Santoro, *La povertà nell'era della globalizzazione. Una genealogia dell'arte di ignorare i poveri*, in *Quad. fiorent.*, 2013, 59 ss.

¹⁹ Si rinvia a P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. Nania, P. Ridola (cur.), *I diritti costituzionali*, I, Torino, 2006, 3 ss.

²⁰ *Ibidem*, 103.

²¹ S. Gambino, *Dai diritti naturali ai diritti sociali. Un approccio storico-costituzionale nella prospettiva comparatistica*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2002, 111.

²² M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in AA.VV., *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, II, Padova, 1995, 106; v. N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995.

²³ G. Ferrara, *Dell'uguaglianza*, in M. Luciani (cur.), *La democrazia alla fine del secolo*, Roma-Bari, 1994, 37.

²⁴ Cfr. H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia* (1929), tr. it., Bologna, 1955, 8 ss.

²⁵ Sia consentito il rinvio a G. Laneve, *L'attenzione sui diritti sociali, paradigma di un tempo*, in www.federalismi.it, n. 12/2014.

²⁶ B. Caravita, *Oltre l'uguaglianza formale*, Padova, 1984, 64.

²⁷ L. Ferrajoli, *Il significato del principio di uguaglianza*, in *Dem. dir.*, 2-3/1994, 479-80 che distingue un'uguaglianza «in senso descrittivo, ossia intesa come fatto», che come tale «è comunque falsa» e un'uguaglianza «in senso prescrittivo», ossia «come norma o valore», che «è invece un ideal-limite, mai perfettamente realizzato ma sempre imperfettamente raggiungibile ove sia “preso sul serio”».

²⁸ A. Baldassarre, *Diritti sociali, ad vocem*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, 6.

²⁹ P. Ridola, *op. cit.*, 131.

³⁰ H. Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, Princeton, 1980.

³¹ E. W. Böckenförde, *I diritti sociali fondamentali nella struttura della Costituzione*, in *Id.*, *Stato, costituzione, democrazia*, M. Nicoletti- O. Brino (cur.), Milano, 2006, 193.

³² G. Guarino, *Riflessioni sui regimi democratici*, in *Pol. dir.*, 1/1991, 5.

³³ P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 80.

³⁴ É. Balibar, *La proposition de l'égaliberté : essais politiques, 1989-2009*, Paris, 2010. In part., l'A. chiarisce che “si la liberté n'est pas l'égalité, et réciproquement si l'égalité n'est pas la liberté, alors se produit la domination”, 71.

Ora non v'è dubbio che l'intrinseco dinamismo di questo processo di ricongiunzione è messo seriamente a rischio in un contesto di crisi finanziaria (ma non solo) che affonda le radici in una distorsione dei rapporti tra *costituzione, politica ed economia*³⁵, da sempre titolari di un ruolo specifico e decisivo per la tenuta della democrazia³⁶, nella sua dimensione formale e sostanziale. Se a venire in discussione, per ragioni che, come è stato ben messo in evidenza, non possono addebitarsi in via esclusiva alla crisi economica³⁷, sono le stesse categorie su cui si è eretto e consolidato il *welfare state* prima e lo Stato costituzionale pluralista poi³⁸; se l'allocazione delle risorse è sempre più un problema "policentrico"³⁹; è altresì vero che la crisi della finanza pubblica non può ricondursi solo alla (eccessiva) tradizionale generosità dello stato sociale, trovando origine anche nella crisi della finanza privata⁴⁰. Meritano pertanto attenzione i forti richiami, che provengono già dagli studi sociologici, alla necessità di svincolare lo stato sociale, e ciò che esso *deve* ai suoi cittadini, dalle logiche di mercato. Il riferimento non può che andare a Esping-Andersen che ha teorizzato la funzione di de-mercificazione (*de-commodification*) del *welfare state*, misurando la forza performativa dei diritti sociali in esso garantiti nel grado in cui gli stessi permettono alle persone di rendere immuni i propri *standard* di vita dall'operare delle pure e semplici forze del mercato⁴¹. D'altronde, lo stesso John Rawls ha sostenuto che il mercato non sia *adeguato* a soddisfare il criterio del bisogno che, pertanto, deve rivolgersi *altrove*⁴².

È bene tener presente, e dunque muovere dal fatto che, le risposte che il potere politico fornisce sul terreno della lotta alla povertà, prima che una semplice espressione di politiche sociali, operano quali vere e proprie fonti di legittimazione del potere stesso⁴³.

2. L'affermazione dello *ius existantiae* nel quadro europeo: brevi cenni

Il tema della lotta alla povertà si ricollega strettamente a quello della dignità umana⁴⁴ e, in particolare, a quella sua declinazione quale *ius existantiae* che ha trovato nella cornice europea diverse sedi e plurime occasioni nelle quali essere consacrato, al punto che se ne parla come diritto attraversato da continui fasci di energia costituzionale⁴⁵.

Tra i singoli ordinamenti europei, si distingue quello tedesco, intriso di profili antropocentrici⁴⁶, nel

³⁵ M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Quest. giust.*, 6/2012, 92 ss.

³⁶ Cfr. N. Bobbio, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, 75.

³⁷ A. Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 1/2014, 92-93.

³⁸ S. Giubboni, A. Pioggia, *Lo stato del benessere: dalla redistribuzione al riconoscimento*, in C. Corsi (cur.), *op. cit.*, in part. 75-80. Si veda anche il tema "Attualità dello Stato sociale", in *Lav. dir.*, 3/2013; A. D'Aloia, *I diritti sociali nell'attuale momento costituzionale*, in E. Cavasino, G. Scala, G. Verde (cur.), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, 2013, 563 ss.

³⁹ L.L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, in *Harv. L. Rev.*, 92, 2, 1978, 400.

⁴⁰ Così recent. O. Chessa, *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria*, in *Quad. cost.*, 3/2016, 476.

⁴¹ G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge 1990; M. Briggs, *The Welfare State in Historical Perspective*, in *European Journal of Sociology*, 1961, 221 ss., che vedeva tra le funzioni di questo proprio il reddito minimo; T. Marshall, *Class, Citizenship and Social Development*, Westport, 1973; secondo S. Gambino, *Diritti fondamentali, costituzionalismo e crisi economica*, in *Id.* (cur.), *Diritti sociali e crisi economica: problemi e prospettive*, Torino, 2015, 3 ss., 5, "lo Stato sociale, che era nato per rendere piena ed universale la garanzia della libertà e dei diritti nella nuova prospettiva costituzionale della realizzazione delle finalità di giustizia redistributiva, con la degradazione/evanescenza dei diritti sociali, finisce per rendere fragile la stessa democrazia, pretermettendo il valore normativo del testo costituzionale". Vedi anche G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012, in part. 145 ss.

⁴² J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, Milano, 1982, 236.

⁴³ Così E. Rossi, P. Masala, *op.cit.*, 27.

⁴⁴ Per la dimensione europea, cfr. G. Repetto, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl.*, 1/2016, 247 ss.

⁴⁵ G. Bronzini, *Reddito di cittadinanza*, cit., 13. V. anche C. Dupré, *The Age of Dignity*, Oxford-Portland, 2015.

⁴⁶ Secondo P. Häberle, *I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo*, in M. Luciani (cur.), *La democrazia*, cit., 102, «la dignità dell'uomo si articola in differenti diritti fondamentali del singolo. La democrazia

quale forte è stata la voce del *BundesVerfassungsgericht*⁴⁷, tradizionalmente molto influente nella costruzione delle nozioni europee⁴⁸, in favore di un diritto al minimo vitale (*menschenwürdigen Existenzminimum*). Facendo perno sul richiamo espresso alla dignità umana e al principio dello Stato sociale nel *Grundgesetz* (artt. 1.1 e 20), il Tribunale tedesco ha dapprima (con la nota sentenza *Hartz IV* del 9 febbraio 2010) dichiarato incostituzionali alcuni livelli di prestazioni erogate⁴⁹ in quanto per essi il legislatore aveva abbandonato il metodo di calcolo statistico – trasparente, appropriato e posto a fondamento della individuazione del minimo vitale – senza una ragionevole giustificazione; poco più tardi (sentenza del 18 luglio 2012), definendo il diritto all'esistenza degna vero e proprio *Menschenrecht*⁵⁰, ha imposto al legislatore l'innalzamento del sussidio mensile da riconoscere ai rifugiati politici atteso che questo, non essendo mai stato oggetto di adeguamento dal 1993, aveva costretto quei soggetti a subire condizioni tali da non poter vivere un'esistenza dignitosa.

Anche il diritto europeo, pur ricorrendo alle intensità proprie del *soft law*, e assumendo comunque prese di posizione importanti sulle misure di sostegno al reddito⁵¹, ha poi conosciuto un vero e proprio punto di rottura con l'atto sul quale "riposa il seme della definitiva costituzionalizzazione dell'Unione"⁵², ovvero quella Carta di Nizza del 2000 che, dotata dal Trattato di Lisbona della stessa forza giuridica dei Trattati, all'art. 34, comma 3 ha chiaramente affermato che: "l'Unione riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e abitativa volta a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali". Si tratta di disposizione che, promuovendo anche un allontanamento dallo scenario strettamente lavoristico che ha caratterizzato a lungo la protezione sociale europea, apre ad una "logica universalistica più ampia e inclusiva"⁵³, divenendo così punto di riferimento anche degli interventi nazionali di sostegno al reddito. Il rispetto e la difesa della dignità umana a livello europeo impongono un impegno dei pubblici poteri volto a soddisfare il diritto prestazionale di ciascuno a godere di un minimo vitale⁵⁴.

3. Il caso italiano e le ragioni del ritardo nella previsione di misure di sostegno al reddito: una prima fase "illusoria"

Rispetto a questo quadro, che ha fatto sì che quasi tutti i Paesi europei abbiano adottato misure di sostegno al reddito assimilabili al reddito minimo, l'Italia ha vissuto un percorso del tutto diverso. La

pluralistica nello Stato costituzionale ne è la conseguenza organizzatoria, il che significa che la dignità dell'uomo e la "forma di stato" non possono essere pensate separatamente».

⁴⁷ Cfr. D. Schefold, *La dignità umana. Aspetti e problemi della giurisprudenza tedesca*, in F. Cerrone, M. Volpi (cur.), *Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista*, Napoli, 2007, 623 ss.

⁴⁸ G. Bronzini, *ult. cit.*, 18.

⁴⁹ Il sussidio di 345 euro per gli adulti disoccupati, sulla cui base sono calcolati anche gli altri due contributi, fissati all'80% e al 60% del primo.

⁵⁰ BVerfG, 18 luglio 2012, §88: "Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG. Art. 1 Abs. 1 GG begründet diesen Anspruch als Menschenrecht".

⁵¹ Si vedano, ad esempio, la Raccomandazione 92/441/CEE del Consiglio dalla quale si evince una chiara indicazione circa l'importanza del riconoscimento di un diritto fondamentale a prestazioni sufficienti a vivere conformemente alla dignità umana; e quella 2008/867/CE della Commissione, in cui il sostegno al reddito viene individuato proprio come uno dei pilastri attorno ai quali elaborare una strategia di inclusione attiva delle persone escluse dal mercato del lavoro. Nella Risoluzione del Parlamento europeo del 20.10.2010, il reddito minimo viene esplicitamente riconosciuto come diritto fondamentale della persona.

⁵² F. Balaguer Callejon, *Il Trattato di Lisbona sul lettino dell'analista*, in A. Lucarelli, A. Patroni Griffi (cur.), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona*, Napoli, 2009, 13 ss. Da ultimo, cfr. A. Spadaro, *La «cultura costituzionale» sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in *Dir. pubbl. com. eur.*, 2/2016, 297 ss.

⁵³ G. Bronzini, *ult. cit.*, 15-16.

⁵⁴ Cfr. P. Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, in J. Isensee – P. Kirchhof (hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, II, 3^a ed., Heidelberg, 2004, 355 ss.

perdurante assenza di strumenti di questo tipo va ricondotta a ragioni strutturali del nostro sistema di *welfare*⁵⁵, storicamente poggiatosi da un lato su un sistema di assistenza di tipo lavoristico e non universalistico⁵⁶, secondo la tradizione continentale/mediterranea⁵⁷ a chiara impronta bismarckiana; dall'altro, su una solida rete di assistenza e solidarietà garantita dall'istituto della famiglia. Parte della dottrina che più si è occupata del tema in discussione ha messo in evidenza la "grande anomalia" del sistema italiano, squilibrato sulle tutele di ordine pensionistico e poco incline a fornire assistenza ai soggetti a rischio di esclusione sociale⁵⁸. Uno Stato sociale, pertanto, "zoppo", come detto, ormai trent'anni fa, da Sabino Cassese⁵⁹.

Non a caso, l'espresso riferimento al "diritto a un'esistenza libera e dignitosa" lo si ritrova nella c.d. "costituzione economica" (art. 36 Cost.), e le forme di assistenza previste dall'art. 38 Cost. paiono tutte intensamente ancorate al lavoro che costituisce, come ribadito dalla più autorevole dottrina, "il dato più fortemente caratterizzante" la disciplina costituzionale dell'economia⁶⁰.

A ben guardare, questo filo rosso che unisce il diritto all'assistenza al lavoro, lungi dal rappresentare la volontà di escludere dal primo, di fatto abbandonandoli, coloro che non sono in grado di lavorare non già per condizioni fisiche ma per patologie del sistema, trova origine nella ben nota, speranza (o illusione) coltivata dai Costituenti di un "lavoro per tutti". Un sistema costruito attorno a questo perno – ma che tuttavia è irradiato da quei valori e principi che sono stati, per quanto visto, il paradigma delle costituzioni del Secondo Dopoguerra – non può non essere altresì attrezzato per far fronte a un contesto storico-sociale, e dunque economico, completamente diverso da quello pensato (e prefigurabile) al tempo della sua scrittura⁶¹. D'altronde, è proprio delle costituzioni novecentesche, come ribadito da Massimo Luciani, l'aspirazione a quella eternità ordinamentale che significa sposare una prospettiva dinamica del testo e «raccolgere la sfida della storia e del cambiamento»⁶², puntando sulle virtualità dell'interpretazione sistematica⁶³.

La più autorevole dottrina lavoristica ha ampiamente sostenuto il ricorso a quest'ultima per cogliere la pienezza della stessa costituzione economica e, proprio ripercorrendo ogni sviluppo degli artt. 36 e 38 Cost., ha asserito che il requisito della sufficienza della retribuzione (art. 36 Cost.) non è detto che debba essere garantito in via esclusiva dall'impresa, ben potendo concorrere con quest'ultima la

⁵⁵ Cfr. F. Pizzolato, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Milano, 2004. Recentemente M. Baldini, *Un reddito minimo è ancora possibile?*, in *Il Mulino*, 3/2016, 493; M. De Benedetto, *Povertà, mobilità sociale e regole del gioco*, in *Dir. soc.*, 3/2015, 551 ss.

⁵⁶ G. Prosperetti, *Nuove politiche per il Welfare State*, Torino, 2013, 70; C. Offe, *Politica sociale, solidarietà e Stato nazionale*, in M. Ferrera, *Stato sociale e mercato mondiale*, Torino, 1993, 169. P. Bozzao, *Reddito minimo e welfare multilivello: percorsi normativi e giurisprudenziali*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 4/2011, 591-2 e 605. Dietro, c'è una diversa idea dello Stato sociale e della cittadinanza posta a suo fondamento, v. P. Barcellona, *A proposito della cittadinanza sociale*, in *Dem. dir.*, 2-3/1988, 15 ss.

⁵⁷ Cfr. G. Busilacchi, *Esiste un modello di welfare sud-europeo? Debolezza nel contrasto alla povertà tra delega ambivalente e scarsa efficacia delle politiche sociali*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 3/2006, 41 ss.

⁵⁸ C. Tripodina, *Reddito di cittadinanza come "risarcimento per mancato procurato lavoro". Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all'esistenza*, in www.costituzionalismo.it, 1/2015, 6, che richiama la Relazione finale del 28 febbraio 1997 della Commissione per l'analisi delle compatibilità macroeconomiche della spesa sociale, per cui la "grande anomalia del sistema di protezione sociale italiano" sta nel fatto che manca "quella rete di sicurezza universale", quel "pavimento di protezione" per chi è semplicemente povero a prescindere da inabilità sul lavoro o da rischi.

⁵⁹ S. Cassese, *L'incompletezza del welfare state in Italia*, in R. Artoni, E. Bettinelli (cur.), *Povertà e Stato*, Roma, 1987, 53.

⁶⁰ M. Luciani, *La produzione della ricchezza nazionale*, in www.costituzionalismo.it, 2008, 3.

⁶¹ C. Tripodina, *ult cit.*, 12, per la quale «quando il lavoro per tutti non c'è, un'altra via va allora esplorata, per non rassegnarsi all'esistente». Ancora A. D'Aloia, *op. cit.*

⁶² M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in www.rivistaaic.it, 1/2013, 1.

⁶³ Sia consentito il rinvio a G. Laneve, *La giustizia costituzionale nel sistema dei poteri. I. Interpretazione e giustizia costituzionale: profili ricostruttivi*, Bari, 2014, 119 ss.

sicurezza sociale⁶⁴. E così, seppur l'art. 38 Cost. sembra letteralmente rivolgersi ai soli lavoratori, il ricorso all'interpretazione sistematica del testo, e dunque *in primis* agli artt. 1-4 Cost., fa luce anche sul disoccupato involontario come soggetto titolare del diritto al mantenimento e all'assistenza⁶⁵.

Ancora Giulio Prosperetti, nella necessità di reinterpretare la Costituzione alla luce della situazione di concorrenza globale, ha fatto appello a quella "esigenza generale di solidarietà" che "non può più essere limitata al mondo del lavoro giacché questo ha perso il suo carattere di intrinseca necessità"⁶⁶. D'altronde, come ha detto autorevole dottrina, la solidarietà è (insieme alla fedeltà), *dignità in action*, nel suo farsi valere in alcune delle sue più salienti espressioni. Si è degni perché "è l'effettivo adempimento dei doveri in parola a farci sentire tali", la dignità rimanendo priva di senso "qualora non dovesse tradursi in essi, i quali poi, a loro volta e per loro parte, concorrono a rigenerare la dignità, a servirla e, servendola, a dare un senso a se stessi"⁶⁷.

3.1. La fase della "timidezza": un percorso segnato da diversi tentativi falliti

Quando, sul finire del secolo scorso, affioravano con nitidezza alcune carenze strutturali del sistema di *welfare* e la stessa povertà iniziava a "colpire" in maniera più diffusa la popolazione, seppur con "timidezza", l'Italia ha iniziato a muoversi, a livello nazionale, nella direzione di una misura di sostegno al reddito. Il primo passo è stato compiuto con il modello elaborato dalla c.d. Commissione Onofri nel 1997, messo in pratica dal d.lgs. n. 237 del 1998 e per circa due anni in alcuni Comuni, e costruito attorno all'idea di un sostegno di tipo universalistico selettivo, come tale erogato sul solo presupposto dell'esistenza in sé di una situazione di bisogno, e subordinato alla disponibilità alla frequenza di corsi di formazione professionale. Con la successiva legge n. 328 del 2000, la misura è stata proiettata su scala nazionale, ma la sua attuazione è stata poco dopo interrotta a seguito dell'entrata in vigore della Riforma del Titolo V del 2001 che ha provocato una significativa scossa nel sistema della protezione sociale: il quadro definito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 139 del 1972 – che aveva distinto la beneficenza, come precipuo terreno della discrezionalità in ordine alle scelte concernenti l'erogazione delle prestazioni e la scelta dei destinatari, ambito di competenza regionale, e l'assistenza sociale, contraddistinta da una tendenziale assenza di discrezionalità, nell'ottica della garanzia a tutti gli appartenenti a categorie legislativamente tipizzate di veri e propri «diritti», di competenza statale – è stato stravolto dal legislatore costituzionale che, non nominando più l'assistenza sociale, l'ha relegata nella competenza residuale esclusiva delle Regioni. L'effetto immediato che si è prodotto è stato una "sospensione" della materia in attesa di un riassetto del sistema. A tale stato di incertezza ha provato a rispondere la legge n. 350 del 2003 con l'istituzione del Reddito di ultima istanza (RUI), misura sempre nazionale, a sua volta destinata ad aver vita breve perché dichiarata incostituzionale dalla Corte con la sentenza n. 423 del 2004 in quanto, nell'essere destinata ai nuclei familiari a rischio di esclusione sociale e, dunque, a favore di soggetti in situazione di estremo bisogno, costituiva una misura assistenziale riconducibile alla materia "servizi sociali", di competenza esclusiva regionale.

4. La fase della "indiscriminata differenziazione" regionale

A partire da questo momento si apre un'ulteriore fase, quella della indiscriminata differenziazione: la

⁶⁴ G. Prosperetti, *op. cit.*, 44, per il quale è "compito dell'interprete dare coerenza alla norma, coordinando gli elementi della corrispettività e della sufficienza".

⁶⁵ *Ibidem*, 40.

⁶⁶ *Ibidem*, 48.

⁶⁷ A. Ruggeri, *Appunti per una voce di Enciclopedia sulla dignità dell'uomo*, ora in Id., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XVIII. Studi dell'anno 2014, Torino, 2015, 54.

perdurante assenza, sul piano statale, di una disciplina di sostegno al reddito riconducibile ai livelli essenziali delle prestazioni⁶⁸, spettante allo Stato in via esclusiva, e come tale valevole su tutto il territorio nazionale, ha dato il là a una proliferazione di diverse, e differenziate, discipline su scala regionale, prive di una riconduzione ad unità, necessaria nel caso di un diritto fondamentale⁶⁹. Se per un verso le regioni hanno potuto qui far valere la loro autonomia, nella nota accezione quale servizio alla comunità di riferimento⁷⁰, per un altro si è prodotto uno scenario occasionale, disomogeneo e frammentato, nel quale le regioni sono divenute titolari non già del solo *quomodo* delle misure, ma anche dell'*an*, pregiudicando la configurabilità di un diritto soggettivo⁷¹.

Nel variegato panorama regionale - che in questa sede non può richiamarsi per intero⁷² - meritano una menzione particolare i casi campano e laziale. La Regione Campania (l.r. n. 2 del 2004) ha introdotto in via sperimentale, e per un periodo limitato, un reddito di "cittadinanza" riconosciuto in ragione della residenza (almeno 60 mesi) e delle modeste condizioni economiche del nucleo familiare. Si tratta di esperienza di rilievo particolare non solo perché sostanzialmente la prima, ma anche perché ha posto la questione della natura giuridica della prestazione: il contrasto tra chi ne ha evidenziato la natura assistenziale e chi l'ha negata in ragione di un potere discrezionale spettante alla Regione, è stato risolto dall'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione che, con la pronuncia n. 18480 del 2010, ne hanno riconosciuto la natura di diritto soggettivo perfetto, che trova la sua fonte direttamente nelle legge, con la conseguenza che non può trovare giustificazione il limite del tetto massimo delle risorse stanziato dagli Enti erogatori⁷³; l'esperienza della Regione Lazio (l.r. n. 2/2009) è stata riconosciuta dalla dottrina come uno dei tentativi più avanzati⁷⁴ di reddito minimo garantito: misura ad universalismo fortemente selettivo, rivolto a specifiche categorie di beneficiari (disoccupati, inoccupati o lavoratori precariamente occupati) e condizionata, oltre alla residenza da almeno 24 mesi e al non superamento di una soglia di reddito, alla iscrizione alle liste di collocamento.

I diversi interventi regionali hanno posto, altresì, l'ulteriore problema legato al requisito della residenza nel territorio regionale.

Sul punto è intervenuta la Corte costituzionale la quale, se in linea di principio ha affermato che rispetto a una provvidenza regionale, la residenza, diversamente dalla cittadinanza, costituisce "un criterio non irragionevole per l'attribuzione del beneficio" (sent. n. 432 del 2005), ha poi chiarito che non altrettanto può dirsi quanto alla residenza protratta per un predeterminato e significativo periodo minimo di tempo: un simile requisito, infatti, "ove di carattere generale e dirimente", non risulta rispettoso dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza, in quanto "introduce nel tessuto normativo elementi di distinzione arbitrari", non essendovi alcuna ragionevole correlazione tra la durata prolungata della residenza e le situazioni di bisogno o di disagio, riferibili direttamente alla persona in quanto tale" (sent. n. 40 del 2011). Poco più tardi (sent. n. 222 del 2013) la Corte ha operato un'importante distinzione tra provvidenze dirette al mero "sostegno dei membri della comunità", per le quali è plausibile, e legittimo, che la Regione "favorisca", entro i margini della ragionevolezza, i propri residenti in ragione anche del contributo da questi apportato al progresso della comunità regionale,

⁶⁸ Sul concetto di essenzialità, cfr. A. D'Aloia, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, 1083.

⁶⁹ C. Tripodina, *Il diritto*, cit., 213.

⁷⁰ È la tesi di A. Ruggeri, *L'autonomia regionale (profili generali)*, in www.federalismi.it, n. 24/2011, 15.

⁷¹ C. Tripodina, *ult. cit.*, 203; G. Prosperetti, *op. cit.*, 87.

⁷² Cfr. M. Natili, *Schemi regionali di reddito minimo tra sviluppi di policy e dinamiche di politics. I casi di Friuli Venezia Giulia e Lazio*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 1/2016, 87 ss.

⁷³ La Regione Campania è stata condannata all'erogazione nei confronti di altri 102 mila nuclei familiari, generando un enorme problema finanziario, così G. Prosperetti, *op. cit.*, 90-91.

⁷⁴ G. Bronzini, *Il reddito minimo*, cit., 240.

operandovi per un non indifferente lasso di tempo; e “provvidenze intrinsecamente legate ai bisogni della persona”, nei confronti delle quali nessuna differenza di durata della residenza può accettarsi “posto che non vi è alcuna correlazione tra il soddisfacimento dei bisogni primari dell’essere umano, insediatisi nel territorio regionale, e la protrazione nel tempo di tale insediamento”.

Vi è qui una rievocazione della “radicalità” del bisogno già fatta propria dalla Corte con la nota pronuncia 10 del 2010⁷⁵ che, di fatto, ha “rotto” qualcosa nel rigido riparto di competenze, ma questo solo in funzione della realizzazione di un diritto fondamentale, quello a “conseguire prestazioni imprescindibili per alleviare situazioni di estremo bisogno”, collocando così lo *ius existentiae* al crocevia tra dignità, uguaglianza e solidarietà⁷⁶.

5. Una nuova fase: la legge di stabilità 2016 e il pluralismo nell’unità

Alla luce del quadro sin qui – approssimativamente - descritto, vi sono segnali significativi che paiono schiudere le porte verso una nuova, e probabilmente più stabile, fase di implementazione di forme di sostegno al reddito.

Non v’è dubbio che una decisiva accelerazione in tale direzione sia venuta dal preoccupante incremento, quantitativo e qualitativo, del livello di povertà negli ultimi anni. I dati forniti nel mese di giugno 2016 dall’Ufficio Studi Confcommercio certificano, nei sette anni di ciclo recessivo (2008-2014), un incremento del 78,5% delle famiglie assolutamente povere (da 823.365 nel 2008, il 3,5% del totale, a 1.469.617 del 2014, pari al 5,7%) cui corrisponde un numero di individui poveri assoluti che nel 2014 ha superato la soglia dei 4 milioni (un dato superiore del 130% rispetto a quello del 2007), giungendo a sfiorare quasi il 7% della popolazione totale. I dati Istat appena pubblicati confermano questa tendenza nel 2015, con 1 milione 582 mila famiglie povere, pari a 4 milioni e 598 mila individui (7,6% della popolazione residente). Aumentano anche le famiglie povere in cui un componente è occupato (dal 35% nel 2007 al 43% nel 2014).

La povertà è ormai fenomeno trasversale e territorialmente diffuso (se circa la metà dei poveri risiede nel Mezzogiorno, al Nord le famiglie povere aumentano del 50%) e tocca picchi allarmanti tra i minori: 1 milione 131mila (10,9%) rispetto a una percentuale del 3,9% nel 2005.

Ecco perché le novità affiorate sul finire del 2015, dapprima sul piano nazionale, sembrano segnare una nuova traccia.

Infatti, la Legge di stabilità del 2016 ha istituito (art. 1, comma 386) un Fondo per la lotta alla povertà e all’esclusione sociale (pari a 600 milioni di euro nel 2016 e 1.000 milioni di euro nel 2017), cui ha fatto seguito la presentazione di un Disegno di legge delega avente ad oggetto il contrasto alla povertà, il riordino delle prestazioni e il sistema degli interventi e dei servizi sociali. La legge delega vuole, per la prima volta, riempire il vuoto fin qui prodottosi, ovvero introdurre una misura nazionale di contrasto alla povertà (denominata “reddito di inclusione”) che, ponendosi quale livello essenziale delle prestazioni da garantire su tutto il territorio nazionale, consti di un sostegno economico condizionato all’adesione a un progetto personalizzato di inclusione sociale e lavorativa, rivolto verso quella fascia di popolazione individuata sulla scorta di una “valutazione multidimensionale del bisogno” e che preveda una “piena partecipazione dei beneficiari alla predisposizione dei progetti medesimi” oltreché “una attenta definizione degli obiettivi e monitoraggio degli esiti” (art. 1, comma 2. lett. f)⁷⁷.

⁷⁵ E. Vivaldi, E. Innocenti, *Assistenza, volontariato, contrasto alla povertà nella legislazione regionale in tempo di crisi*, in *Le Regioni*, 5-6/2014, 1159.

⁷⁶ C. Tripodina, *ult. cit.*, 213. Vedi, in generale, A. Cantaro, *Stato federale, eguaglianza e diritti sociali*, in *Dem. dir.*, 2-3/1994, 309 ss.

⁷⁷Cfr. V. Ferrante, *A proposito del disegno di legge governativo sul contrasto alla povertà*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 3/2016, 447 ss.

Una volta conclusosi l'iter parlamentare, ad oggi il d.d.l., approvato in prima lettura alla Camera il 14 luglio 2016, risulta in corso di esame in Commissione al Senato (S-2494), lo scenario degli interventi a sostegno del reddito, al di là della necessaria integrazione con le politiche del lavoro, si arricchirà di un quantomai indispensabile elemento *unitario*.

Ciò non toglie che le regioni potranno, su questo livello già essenziale, innestare la "forza" della loro autonomia. A tal proposito, interessante è il caso, cui si può solo accennare in conclusione, della recentissima legge della Regione Puglia n. 3 del 2016, recante la disciplina "Reddito di dignità regionale e politiche di inclusione sociale attiva", cui è seguita l'emanazione del Regolamento attuativo n. 8 del 2016.

La misura pugliese ha previsto un intervento di sostegno al reddito, in fase di avvio non superiore a 600 euro mensili per nucleo familiare con 5 componenti, per contrastare la povertà assoluta, cui si accompagna un "patto di inclusione sociale attiva" che ciascun nucleo familiare beneficiario deve stipulare, attraverso un suo componente, con i servizi sociali locali. Tale patto, in forma scritta tra il comune capofila dell'ambito territoriale di riferimento e il soggetto richiedente per conto del proprio nucleo familiare, è condizione per la fruizione del beneficio. Beneficiari, pertanto, sono tutte le persone e le famiglie (anche comunitari e stranieri in possesso di permesso di soggiorno) residenti in Puglia da almeno 12 mesi che si trovano in condizione di fragilità e vulnerabilità socioeconomica (accedono i richiedenti con ISEE familiare non superiore ai 3000 euro) e che sottoscrivano il patto. Nell'ottica di evitare la "trappola" della povertà, e cioè di far sì che strumenti simili non creino *dipendenza*, la legge pugliese ha previsto una sospensione di 6 mesi ogni 12 mesi di fruizione del reddito. Si tratta di meccanismi che paiono indispensabili per legittimare socialmente, prima ancora che finanziariamente, strumenti di sostegno al reddito.

La misura pugliese, il cui impatto necessita di tempo per essere valutato, nell'individuare il nucleo familiare quale privilegiato interlocutore, nel condizionare la misura reddituale a forme di partecipazione attiva del beneficiario, costantemente monitorate, e nel prevedere opportune soluzioni di continuità nell'erogazione, pare offrire interessanti parametri di riferimento.

La strada può quindi tracciarsi secondo un itinerario che preveda un livello unitario, ed essenziale, a livello statale, che si "apra" ai particolarismi espressi dalle singole autonomie regionali: un'occasione per saldare, finalmente anche nella declinazione delle misure di sostegno al reddito, quel connubio tra unità e pluralismo che costituisce il *proprium* dello Stato costituzionale⁷⁸.

Non dimenticando, in conclusione, che per André Gorz, «reddito e appartenenza ad una comunità microsociale non sono sufficienti a farti sentire che sei un cittadino, eguale a chiunque altro e partecipe a pieno titolo a quella società», giacché a tal fine è necessario che ti senta anche "utile" a quella società nel suo insieme e che questa abbia bisogno delle tue capacità⁷⁹.

Abstract

The article assumes that the fight against poverty is a duty of the public powers, which has its roots in the idea of the welfare state itself. Briefly retracing the ratio of social rights, and the right to jus existantiae as it has emerged in Europe, it focuses on peculiarities and delays in Italian experience in reference to income support measures. In conclusion, the article looks back at some recent interventions, national and regional, which seem to provide a new perspective on the topic, reconciling unity and pluralism.

⁷⁸ A. Ruggeri, *Riforma del Titolo V della Costituzione e autonomie locali (notazioni introduttive)*, in *Nuove Aut.*, 2002, 545 ss.

⁷⁹ A. Gorz, *Società, comunità e reddito di base*, in AA.VV., *Ai confini dello stato sociale*, Roma, 1995, 11.

I diritti sociali condizionati nell'ordinamento della crisi

Sommario: 1. Il compromesso originario. I diritti sociali (relativamente) incondizionati - 2. Maastricht. Il vincolo esterno della stabilità macroeconomica - 3. Le riforme strutturali. Il vincolo esterno della crescita competitiva - 4. Il mutamento del "codice genetico" dei diritti sociali - 5. Resistenze giurisprudenziali e valori di sistema

1. Il compromesso originario. I diritti sociali (relativamente) incondizionati

Vi è nella letteratura giuridica una diffusa tendenza a leggere le tensioni tra processo d'integrazione europea ed effettività dei diritti sociali, tensioni diventate particolarmente evidenti nel corso della crisi economica in alcuni Stati periferici dell'Unione, nei termini di un'ontologica incompatibilità tra la «decisione politica fondamentale» di realizzare un mercato aperto e in libera concorrenza e il patrimonio del costituzionalismo democratico sociale¹.

Non c'è dubbio che questa lettura del processo d'integrazione coglie alcune delle contraddizioni insite nel progetto europeo, fin dalla sottoscrizione del Trattato della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA). Si trattava di un progetto che cercava una difficile sintesi - com'è stato giustamente osservato - tra la cultura tedesca ordoliberal (protesa a recuperare sul terreno della competitività economica quell'egemonia non più realizzabile nel campo della politica di potenza militare) e la cultura francese di stampo keynesiano (propensa a ritagliare vaste aree di eccezione alla libera concorrenza a difesa anche della propria industria nazionale).

Una diversa lettura del processo d'integrazione ha rimarcato, invece, la natura essenzialmente "duale" dell'originaria costituzione economica comunitaria, in ragione di una separazione funzionale tra la dimensione del mercato comune, la cui realizzazione era affidata principalmente alla normativa e giurisprudenza sovranazionale e la dimensione dei diritti sociali, posti sotto la protezione delle autorità pubbliche nazionali².

Nel disegno dei Padri fondatori della Comunità la costruzione del mercato comune, basato sulle quattro fondamentali libertà di circolazione, avrebbe dovuto porre le basi per una pacificazione delle relazioni internazionali, favorendo una «crescita armoniosa» dello spazio europeo. Allo stesso tempo, l'edificazione del sistema di Welfare a livello nazionale costituiva la premessa per una ri-legittimazione politica delle classi dirigenti statali del secondo dopoguerra. Per queste ragioni, i trattati istitutivi erano alquanto poveri di riferimenti sociali e le politiche fiscali e monetarie, quelle che maggiormente influiscono su quantità e qualità del Welfare, erano attribuite alle istituzioni democratiche nazionali, con solo un debole coordinamento sul piano sovranazionale.

Il peculiare equilibrio costituzionale dei «Trenta gloriosi», nel corso dei quali i diritti sociali si sono potuti evolvere in forma (relativamente) autonoma e incondizionata, è stato agevolato, allo stesso tempo, dalla «costituzione economica internazionale»³, disegnata nel secondo dopoguerra

¹ Questa chiave di lettura si ritrova, ad esempio, in G. Maestro Buelga, *Diritti e giustizia sociale nell'ordinamento europeo*, in A. Cantaro (cur.), *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, Torino, 2011, 173 ss. e nella stessa prospettiva W. Streeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Roma, 2013; *Id.*, Heller, Schmitt and the Euro, in *European Law Journal*, 3, vol. 21, 2015, 361 ss.

² Su questa linea di pensiero F.W. Scharpf, *Negative and positive integration in the political economy of European Welfare States*, in *Jean Monnet Chair Papers*, RSC, n. 95/28, 1995; C. Joerges, *Rechtsstaat and Social Europe: How a Classical Tensione Resurfaces in the Europe Integration Process*, in *Comparative Sociology*, 9, 2010, 65 ss.; S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003.

³ Si vedano i richiami a questo concetto in A. Cantaro, *Quo vadis Europa? Stabilità e crescita nell'ordinamento europeo*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, n. 2, 2015, in *ojs.uniurb.it*; G. di Plinio, *Nuove mappe del caos. Lo Stato e la costituzione economica della crisi globale*, in G.C. Ferroni, G.F. Ferrari (cur.), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Torino, 2012, 65 ss.

intorno ai pilastri del sistema monetario di Bretton Woods (1944) e del sistema commerciale del *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), siglato a Ginevra nel 1947.

L'ordine di Bretton Woods, incentrato su cambi fissi legati al valore del dollaro, ha mantenuto nelle mani degli Stati la disciplina della circolazione dei capitali, consentendo agli Stati di decidere i propri standard di politiche sociali in una situazione di relativa stabilità monetaria e finanziaria. Erano, in particolare, fortemente ristretti i movimenti finanziari finì a sé stessi disgiunti, cioè, dall'effettivo scambio di merci e servizi.

Il sistema del GATT, a sua volta, sebbene fosse rivolto all'obiettivo fondamentale di superare le restrizioni al commercio internazionale conseguenti alla grande crisi del 1929, vietava esplicitamente le barriere tariffarie (dazi o contingentamenti), ma consentiva agli Stati parte dell'accordo di fissare barriere normative; vale a dire regole speciali, concernenti, ad esempio, la salute, l'ambiente, il lavoro, finalizzate a proteggere i sistemi sociali e produttivi nazionali dagli effetti più deleteri della competizione globale⁴.

È nella cornice di questo «*embedded liberalism*»⁵, cioè, di un liberismo incorporato in un quadro di regolamentazione pubblica e, in una certa maniera, “catturato” dalla politica, che nello spazio europeo si è potuta sviluppare una più intensa integrazione economica tra gli Stati membri, senza compromettere le basi sociali della loro legittimazione nazionale. Tanto è vero che il culmine della costruzione dei Welfare nazionali è stato raggiunto insieme all'edificazione delle istituzioni del mercato comune.

Ancora agli inizi degli anni Novanta vi era chi lucidamente coglieva i tratti differenziali del modello capitalistico renano (ed europeo) da quello nordamericano⁶. Se il mito fondatore dell'America è la mobilità sociale, l'idea del *self-made man*, l'Europa ha come mito la trasformazione sociale. Dopo lo Stato nazionale, lo Stato sociale è considerato una costruzione storica peculiare delle società europee. Una percezione che si è rafforzata nel secondo dopoguerra, quando crescenti livelli di benessere economico si sono associati a una costante crescita della spesa sociale, alla diminuzione delle ineguaglianze di reddito e a interventi politici di contrasto alla povertà.

2. Maastricht. Il vincolo esterno della stabilità macroeconomica

L'infrangersi nei primi anni settanta dello scudo difensivo apprestato dal sistema di Bretton Woods⁷, insieme alle due grandi crisi petrolifere del 1973 e del 1979, hanno segnato il declino della (relativa) sovranità sociale degli Stati nazionali europei, sempre più condizionati nell'esercizio delle loro

⁴ Per un quadro esauriente A. Carabelli, M. Cedrini *Secondo Keynes. Il disordine del neoliberismo e le speranze di una nuova Bretton Woods*, Roma, 2014. Secondo D. Rodrik (*La globalizzazione intelligente*, trad. it., Roma-Bari, 2011), l'attuale «iper-globalizzazione» si caratterizza, al contrario dell'epoca di Bretton Woods, per un inestricabile e insuperabile «trilemma»: l'impossibilità, cioè, di conciliare l'integrazione sempre più intensa dei mercati, il mantenimento della sovranità statale e la garanzia di un processo decisionale democratico.

⁵ J.G. Ruggie, *International Regimes, Transactions and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, in *International Organization* vol. 36, n. 2, 1982, 375 ss.: «that is a regime in which markets would be allowed to expand within limits that would not undermine the preconditions of social cohesion at the national level». Ruggie trasse ispirazione da K. Polanyi che aveva introdotto il concetto di mercati «dis-embedded» dalla società, al fine di definire la situazione del 19° secolo (*La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, trad. it., Torino, 1974, 311).

⁶ M. Albert, *Capitalismo contro capitalismo*, trad. it., Bologna, 2003, contrapponeva il *capitalismo americano* (che aveva ritrovato un'identità forte dopo la rivoluzione reaganiana), incentrato su libertà assoluta per i capitali, esaltazione del profitto a breve termine e nessuna pietà per i deboli e gli sconfitti, al *capitalismo renano (e europeo)*, meno individualista, più disciplinato e intento a coniugare efficienza produttiva e protezione sociale.

⁷ Conseguente alla scelta del presidente statunitense Richard Nixon di sospendere unilateralmente la convertibilità del dollaro in oro. Cfr. M. De Cecco, *L'unificazione monetaria europea in prospettiva storica*, in *Banca, impresa, società*, 1990, 265 ss.; L. Paggi, *Introduzione. Mercato e interesse nazionale*, in *Id.* (cur.), *Un'altra Italia in un'altra Europa*, Roma, 2011, 3 ss.

funzioni essenziali dal vincolo esterno della stabilità monetaria e finanziaria, rappresentata e vissuta come «il bene pubblico essenziale»⁸.

Grandi masse di capitali che circolano liberamente sui mercati cominciano a erodere la capacità di “autodeterminazione” degli Stati nazionali europei. Sulle loro scelte di politica economica pende la spada di Damocle dei mercati finanziari che, spostando repentinamente i capitali da un paese all’altro, possono pregiudicare la capacità dello Stato di rifinanziare il proprio debito sovrano e, di conseguenza, di mantenere inalterato il livello delle prestazioni sociali offerte ai propri cittadini.

Le diverse tappe susseguitesesi dal Serpente monetario al Sistema monetario europeo fino all’introduzione dell’euro costituiscono in fondo l’estremo tentativo, nell’ambito di un sistema globale ormai caratterizzato dall’inarrestabile mobilità della ricchezza finanziaria, di restaurare nello spazio europeo una qualche stabilità macroeconomica.

Il Trattato di Maastricht ha dato forma – per riprendere l’emblematica espressione utilizzata del *Bundesverfassungsgericht*, in occasione della sentenza che ha dato il via libera alla ratifica tedesca – ad una «Comunità della stabilità» (*Stabilitätsgemeinschaft*)⁹. Tale concetto è – si potrebbe dire – una trasposizione nella sfera macroeconomica della nozione di «Comunità di diritto» (*Rechtsgemeinschaft*). Sennonché alla Comunità fondata sulla primazia di un canone giuridico è subentrata una comunità che eleva un canone economico a canone costituzionale dell’ordinamento sovranazionale.

Il Trattato di Maastricht ha, in primo luogo, posto al vertice dei valori della costituzione economica la «stabilità dei prezzi» (*Preisstabilität*), ponendola sotto l’esclusiva custodia della Banca centrale europea (art. 127 TFUE), l’unica autentica istituzione federale dell’Unione che opera «in uno splendido isolamento dalla politica»¹⁰. In secondo luogo, il Trattato ha introdotto il vincolo della stabilità finanziaria, in forza delle regole che stabiliscono che il debito pubblico di ciascun paese non può superare il 60% del Pil e il deficit annuale il 3% (art. 119 TFUE).

La cessione della sovranità monetaria non è stata affatto indolore per gli Stati sociali nazionali europei. Nel periodo dell’«*embedded liberalism*», lo Stato poteva fronteggiare uno shock economico esterno attraverso la svalutazione della propria divisa, al fine di ridestare la competitività del proprio sistema produttivo. Venuta meno questa possibilità, lo Stato è indotto a ricorrere ad una svalutazione interna dei salari e delle condizioni di lavoro.

L’elevazione della stabilità dei prezzi a *Grundnorm* della costituzione economica ha, inoltre, imposto una rivisitazione profonda dei livelli di tutela offerti tradizionalmente dagli Stati sociali nazionali europei e ha, in ultima analisi, determinato un capovolgimento della tradizionale relazione gerarchica tra l’obiettivo della lotta all’inflazione e quello della piena occupazione. L’impostazione delle «costituzioni keynesiane», che assegnava al primo obiettivo una posizione ancillare rispetto al secondo, è stata rovesciata radicalmente. Il controllo stringente delle dinamiche salariali (con l’abolizione dei meccanismi di adeguamento automatico al costo della vita), le «procedure di

⁸ Sulla cultura della stabilità tedesca e sui suoi riflessi sull’integrazione europea v. A. Predieri, *Euro, poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, 1999.

⁹ BVerfGE 89, 155, 12 ottobre 1993, *Maastricht*, il cui testo in italiano è disponibile in *Giur. cost.* 1994, 701 ss. Per un’autorevole spiegazione delle basi costituzionali della *Stabilitätsgemeinschaft*, v. P. Kirchhof, *Deutschland im Schuldensog. Der Weg vom Bürger zurück zum Bürger*, München, Beck, 2012, spec. 85 ss. Nella dottrina italiana per un’attenzione specifica al tema: C. Caruso, *Vincoli di bilancio e dinamica federale europea: itinerari di una comparazione* in www.forumcostituzionale.it, luglio 2015; L. Casseti, *La crisi greca e la cultura costituzionale della stabilità economica e finanziaria*, in www.federalismi.it, 11, 2011.

¹⁰ Secondo la sua conformazione istituzionale, la BCE, nell’esercizio dei propri compiti, non deve né «sollecitare», né «accettare» istruzioni dagli organi di governo comunitari e dei singoli Stati membri (art. 130 TFUE). Sul piano funzionale, è attribuito alla BCE il compito esclusivo «di mantenere la stabilità dei prezzi» e, solo subordinatamente a quest’obiettivo primario, di «sostenere le politiche economiche generali, conformemente al principio di un’economia di mercato aperta e in libera concorrenza» (artt. 119, 127 TFUE). Per una ricostruzione critica della «sovranità» della BCE v. L. Buffoni, *La politica della moneta e il caso decisivo*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016.

raffreddamento» dei conflitti collettivi, il depotenziamento e snaturamento del ruolo del sindacato sono le principali misure che in varia misura si sono affermate negli Stati membri, al fine di tenere sotto controllo l'inflazione.

I margini per il perseguimento di autonome strategie redistributive, consentiti dall'iniziale asimmetria tra la politica monetaria (centralizzata nelle mani della BCE) e le politiche economiche (decentralizzate nelle mani degli Stati membri), si sono inesorabilmente ridotti, in forza di vincoli di bilancio sovranazionali sempre più cogenti. Dapprima con l'introduzione del patto di stabilità e crescita (PSC) si è sancita la regola del saldo di bilancio in pareggio: una vera innovazione del diritto primario di discutibile legalità comunitaria¹¹. Dopo l'entrata in vigore del Fiscal compact nel 2012 (che ha tratto ispirazione dalla revisione costituzionale tedesca del 2009, finalizzata all'introduzione nella Legge fondamentale della cd. «*Schuldenbremse*», freno all'indebitamento), il vincolo esterno della stabilità finanziaria è stato definitivamente "interiorizzato" negli ordinamenti nazionali, in certi casi nella fonte di grado più elevato (come è avvenuto in Spagna e Italia)¹².

3. Le riforme strutturali. Il vincolo esterno della crescita competitiva

Sarebbe, nondimeno, riduttivo considerare l'ordine di Maastricht una mera "sacralizzazione" della stabilità monetaria e finanziaria. Questo che è indubbiamente un pilastro della costituzione economica dell'Unione non può essere disgiunto dall'altrettanto fondamentale pilastro della crescita competitiva. Stabilità macroeconomica e competitività sono, del resto, i tratti identificativi di quella cultura ordoliberalista che ha improntato di sé (e continua a farlo) il processo d'integrazione europea.

La convinzione per la quale l'unificazione sovranazionale dei mercati avrebbe favorito "naturalmente" una crescita corale dello spazio europeo si è scontrata, al contrario, con un processo di continua erosione dei principi e delle istituzioni sociali dei «Trenta gloriosi». L'idea di sviluppare un «modello sociale europeo» è sorta originariamente proprio come reazione al ridimensionamento degli Stati sociali nazionali, per effetto dell'operare del vincolo dell'Unione monetaria che ha imposto una consistente riduzione delle politiche espansive e redistributive. A fronte delle sfide cui lo Stato sociale era sottoposto a livello nazionale, l'enfasi sull'esistenza di un modello sociale comune intendeva recuperarne legittimazione e operatività a livello sovranazionale¹³.

Dopo l'evanescente «protocollo sociale separato» stipulato a Maastricht, il Trattato di Amsterdam ha rappresentato senza dubbio il tentativo più ambizioso di conciliazione tra l'integrazione economica e l'integrazione sociale, con un ampliamento rilevante delle competenze dell'Unione in materia di ambiente, istruzione, cultura e diritti sociali.

La speranza di rilanciare nella dimensione sovranazionale un modello sociale forte ha, tuttavia, incontrato rilevanti ostacoli politico-costituzionali. Non solo e non tanto perché la politica sociale europea si è tradotta, nei fatti, in una procedura di blando monitoraggio delle politiche nazionali, sul modello del paradigma utilizzato per le politiche economiche, per di più senza quei meccanismi coattivi di controllo e sanzionatori previsti dal PSC. Quanto soprattutto, perché le politiche keynesiane, incentrate sul sostegno della domanda interna attraverso l'utilizzazione razionale del

¹¹ Sul punto G. Guarino, *L'Europa imperfetta. UE: problemi, analisi, prospettive*, in www.constituzionalismo.it, 3, 2011. Anche G. Rivosecchi, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Padova, 2007, 373, sottolinea che il patto rappresenta «un'integrazione dei principi del diritto comunitario primario».

¹² Sia consentito rinviare per approfondimenti e più ampi richiami dottrinali al nostro *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 2016.

¹³ Per un approfondimento sul punto sia consentito il rinvio ad A. Cantaro, F. Losurdo, *Il "nuovo" modello sociale europeo. Fine dell'eccezionalismo?*, in *Riv. Pol. soc.*, 2-3, 2013, 53 ss.

deficit di spesa, sono diventate difficilmente praticabili alla luce del principio comunitario della «crescita non inflazionistica» (art. 2 TCE)¹⁴.

A prevalere è, invece, una filosofia della crescita basata sull'implementazione di profonde «riforme strutturali», al fine di stimolare una concorrenza al ribasso («dumping sociale») tra gli ordinamenti statali, in grado di incentivare al massimo possibile la domanda esterna di beni e servizi. Le riforme strutturali, che hanno come punto di riferimento la cd. «Agenda 2010», sperimentata dal governo rosso-verde Schröder (grazie anche ad un provvidenziale alleggerimento dei vincoli del PSC), sono in questo senso mirate a rimodellare i settori del Welfare State più direttamente collegati ai percorsi di riduzione della spesa pubblica: i sistemi pensionistici e quelli sanitari; i servizi sociali di natura assistenziale e l'istruzione pubblica; i regimi retributivi, in particolare dei pubblici dipendenti; i sistemi di contrattazione collettiva dei salari; nonché la disciplina del mercato e del rapporto di lavoro.

Va posto l'accento, in questo senso, su un radicale capovolgimento del senso e del significato originario del concetto di riforme strutturali. Nell'epoca dei «Trenta gloriosi» con questa espressione s'indicava – per riprendere le già ricordate parole della nostra Costituzione – la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale all'effettiva partecipazione di tutte le persone ai destini della comunità. Oggi, al contrario, questo stesso concetto è impiegato per indicare l'imprescindibile “necessità” di rendere i livelli tradizionali di protezione sociale “compatibili” con l'imperativo categorico della competitività.

Per queste ragioni, all'iniziale prospettiva (sottesa al Trattato di Amsterdam) di rafforzare l'integrazione sociale tra gli Stati membri è subentrata, anche a causa di una discrasia temporale tra l'integrazione orizzontale (allargamento) e l'integrazione verticale (approfondimento), l'opposta prospettiva di integrare lo spazio europeo, in quanto tale, nella globalizzazione.

L'«economia sociale di mercato fortemente competitiva», ora codificata a chiare lettere nel Trattato dell'Unione (art. 3), è così diventata un modello economico-sociale “a rime obbligate” con pochissimi margini per valorizzare le differenze politico-costituzionali nazionali. Lo testimonia al meglio il fatto che, come contropartita dell'accettazione (peraltro molto sofferta) di una parziale mutualizzazione dei debiti da parte dei paesi creditori, viene richiesta ai paesi debitori l'adozione di severe riforme strutturali del mercato del lavoro, della previdenza, dei servizi pubblici essenziali e dei sistemi di relazioni industriali con effetti dirompenti sullo Stato sociale (come mostra emblematicamente la tuttora irrisolta, ma quasi “dimenticata” crisi greca).

4. Il mutamento del “codice genetico” dei diritti sociali

La governance europea della crisi si è articolata intorno ad una sofisticata strumentazione normativa di «sorveglianza multilaterale», finalizzata a garantire il rispetto da parte degli Stati membri degli imperativi categorici della stabilità macroeconomica e della crescita competitiva ed eventualmente a comminare le “giuste punizioni” ai paesi che se ne discostassero contro “il loro interesse”¹⁵.

La politica della condizionalità asimmetrica si è, a tal proposito, rivelata una formidabile “porta nascosta” attraverso la quale le istituzioni dell'Unione sono riuscite ad “orchestrare” radicali

¹⁴ Per un approfondimento su questo punto R. De Caria, *Quando il diritto altera la realtà: la manipolazione del denaro e le sue conseguenze in USA, Regno Unito, UE e Italia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4, 2012, 1621 ss.

¹⁵ Sulla filosofia comunitaria della «sorveglianza» e della «punizione» v. A. Cantaro, *Lo Stato europeo. La governance dell'Unione come potere economico-governamentale*, in *www.osservatorioaic.it*, 2, 2016; L. DE LUCIA, “Pastorato” e disciplinamento nella governance economica europea. *Diritto e razionalità economica a seguito della crisi*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2015, 868 ss.

mutamenti dei modelli economico-sociali dei paesi periferici, aggirando il principio di attribuzione e la stessa *rule of law* comunitaria¹⁶.

Nella transizione dalle Costituzioni democratico-sociali del secondo Novecento alla nuova governance economico-sociale sovranazionale si è, tuttavia, consumata una vera e propria *mutazione del codice genetico dei diritti sociali*.

Nell'epoca dei «Trenta gloriosi» i diritti sociali erano, anzitutto, l'espressione di una *logica oppositiva* alle dinamiche del mercato. I diritti sociali, da un lato, dovevano assicurare una redistribuzione di una parte della ricchezza prodotta al di fuori dei meccanismi della domanda e dell'offerta (servizi pubblici, contrattazione collettiva, diritto di sciopero). Dall'altro lato, il diritto al lavoro – il primo dei diritti sociali – era concepito come la pre-condizione per l'emancipazione del cittadino-lavoratore (e del lavoratore-cittadino) e la sua partecipazione ad una società più equa e sicura.

La logica intrinseca alla nuova governance dell'Unione è, al contrario, quella della “compatibilità” tra i diritti sociali e l'ineluttabile “razionalità” dell'economia di mercato; una compatibilità da perseguirsi al prezzo di un profondo snaturamento dell'essenza dei diritti sociali. Questi sono sempre più condizionati, sul piano strutturale (del contenuto), alla stabilità finanziaria e, sul piano funzionale (dell'esercizio), alla crescita competitiva.

Sotto il primo profilo, si assiste a una radicalizzazione del paradigma costituzionale dei «diritti sociali finanziariamente condizionati». Secondo questa consolidata chiave ermeneutica, la ristrettezza delle «risorse disponibili» legittima un vasto potere dei Parlamenti e dei governi di graduare la tutela dei diritti sociali (il *quantum* della prestazione), restando, in ogni caso, impregiudicato il riconoscimento della situazione soggettiva (l'*an* della prestazione). In quest'ottica, il bilanciamento disposto in prima istanza dal legislativo sarebbe irragionevole e, dunque, da ricalibrare in via giurisprudenziale solo laddove sia compromesso il contenuto minimo essenziale dei diritti sociali¹⁷.

Deve essere rimarcata una cesura nell'applicazione di questo paradigma, apparentemente rimasto inalterato. L'argomento delle risorse disponibili, nella giurisprudenza costituzionale che ha preceduto la svolta monetarista di Maastricht, era considerato alla stregua di un presupposto di fatto, come tale estraneo all'operazione di bilanciamento in senso stretto. La valorizzazione della stabilità finanziaria, giunta al culmine con la costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio, concreta, invece, un bilanciamento ineguale, perché operato tra elementi del tutto incommensurabili: “nudi” diritti, in quanto tendenzialmente svuotati del loro contenuto assiologico, da una parte, un valore di sistema dall'altro. Un bilanciamento nel quale è concreto il rischio che il valore “tirannico” dell'equilibrio finanziario finisca per prevalere su qualsiasi altro valore e principio. Paradigmatica è, in tal senso, la Costituzione spagnola, a seguito della revisione del 2011, che stabilisce l'inedito principio per il quale i crediti per soddisfare il debito contratto dalle amministrazioni pubbliche godono di priorità assoluta («su pago gozará de prioridad absoluta») rispetto ad ogni altra spesa (art. 135, c. 3).

¹⁶ Per una ricostruzione del diritto europeo della crisi e sulla sua controversa legittimità comunitaria v. F. De Witte, *Justice in the EU. The emergence of transnational solidarity*, Oxford, 2015; Kaarlo Tuori, Klaus Tuori, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, Cambridge, 2014, 13 ss.; N. Scicluna, *European Union Constitutionalism in Crisis*, London and New York, 2015; C. Joerges, S. Giubboni, *Diritto e politica nella crisi europea*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 3, 2013, 343 ss.

¹⁷ In quest'ottica A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Id. Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 123 ss. In relazione all'impatto della crisi economica sui diritti sociali v., a titolo esemplificativo, G. Gambino (cur.), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015; L. Carlassarre, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *www.constituzionalismo.it*, 3, 2015; S. Sciarra, *Il diritto sociale europeo al tempo della crisi*, in *Dir. Un. eur.*, 2015, 4, 757 ss.; A. Guazzarotti, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2013, 9 ss.

Si perviene qui ben oltre il paradigma tradizionale, poiché, da un lato, è la costituzione stessa ad orientare il risultato del bilanciamento e, dall'altro lato, perché questo bilanciamento non è più nella mani del Parlamento (l'organo maggiormente legittimato a stabilire l'allocazione delle risorse pubbliche) e neppure della giurisdizione, ma viene demandato, più o meno direttamente, all'apparato tecnico-governamentale.

I diritti sociali, oltre che essere finanziariamente condizionati alla stabilità, sono, come detto, anche funzionalmente condizionati alla crescita, nella misura in cui il loro esercizio è modulato intorno alla prioritaria esigenza di mantenere un alto livello di competitività del modello economico-produttivo europeo.

Le più recenti politiche europee dell'occupazione, incardinate sulla "formula magica" della «flexsecurity», nelle intenzioni un tentativo di coniugare la sicurezza di un lavoro ("quale che sia") con un'estesa deregolamentazione del rapporto (soprattutto in uscita), si sono, in realtà, tradotte in una redistribuzione del potere economico-sociale a vantaggio dell'impresa e del mercato¹⁸. Non solo perché i livelli salariali vengono condizionati ai livelli di produttività¹⁹, ma anche perché la consistente riduzione degli strumenti di tutela del posto di lavoro fa pendere sulla testa (e sui diritti) del lavoratore la spada di Damocle di un licenziamento arbitrario (fatte salve unicamente le tutele per quello esplicitamente discriminatorio). Le stesse forme di sostegno al reddito, da concedersi nelle fasi di transizione tra un lavoro e l'altro, sono rigidamente condizionate a precisi comportamenti attivi e dinamici del lavoratore, chiamato a riqualificarsi e ad accettare qualsiasi proposta d'occupazione²⁰.

Al pari dei diritti sociali individuali anche l'esercizio delle libertà collettive (diritto di sciopero, contrattazione) è condizionato al pieno dispiegarsi delle fondamentali libertà economiche di circolazione di merci e servizi, come emerge inequivocabilmente da quell'orientamento giurisprudenziale comunitario che si è, non casualmente, manifestato con l'apprestarsi della crisi economica²¹. Da allora, infatti, le pressioni de-regolative sui sistemi laburistici degli Stati membri si sono progressivamente accentuate, contestualmente all'irrigidimento dei vincoli di stabilità finanziaria.

5. Resistenze giurisprudenziali e valori di sistema

Quale può essere il ruolo svolto dai giudici nello scontro "titanico" tra le due *constituencies* del mondo globale: da una parte, il popolo sovrano che reclama il mantenimento dei livelli di protezione sociale

¹⁸ Per una ricostruzione del nuovo paradigma laburistico europeo v. S. Giubboni, *Il diritto del lavoro nella crisi europea (a proposito di un recente volume)*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona INT - 126/2016; B. Caruso, G. Fontana (cur.), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna 2014; P. Chieco, *Riforme strutturali del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 3, 2015, 359 ss.

¹⁹ Con la sottoscrizione del «patto euro plus» gli Stati contraenti della zona euro (più Bulgaria, Danimarca, Lettonia, Lituania, Polonia e Romania) si sono impegnati a riallineare le dinamiche salariali ai tassi di produttività industriale. Si è in questa maniera sollecitato un decentramento a livello aziendale della contrattazione con l'intento di indebolire l'efficacia del contratto collettivo quale veicolo della solidarietà redistributiva. Questo impegno è stato ribadito dal c.d. «Documento dei cinque Presidenti *Completare l'Unione economico e monetaria dell'Europa*» che ha proposto l'istituzione di un sistema di «autorità per la competitività per la zona euro» incaricate di «stabilire se l'evoluzione delle retribuzioni sia in linea con quella della produttività e raffrontarla con l'evoluzione nei principali partner commerciali con economie simili».

²⁰ Di uno snaturamento del modello sociale europeo sembra finalmente essere consapevole anche la Commissione europea che, per iniziativa del suo Presidente Juncker, ha promosso una consultazione pubblica dal titolo *Towards a European Pillar of Social Rights* (si veda la *press-release* dell'8 marzo 2016 nel sito ufficiale della Commissione).

²¹ Corte giust., sent. 11-12-2007, C-438/05, *Viking*, in Racc. I-10779; sent. 18-12-2007, C-341/05, *Laval*, in Racc. I-11767; sent. 3-4-2008, C-346/06, *Rüffert*, in Racc. I-01989; sent. 15-7-2010, causa C-271/08, *Commissione c. Germania*, in Racc. I-07091; sent. 7-9-2014, causa C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH*.

conseguiti nell'epoca d'oro del Welfare State; dall'altra, «l'antisovrano»²², quell'insieme interconnesso di istituzioni finanziarie transnazionali, operanti sovente al di fuori dei circuiti democratici, che pretendono dai governi austerità fiscale e riforme strutturali, al fine di preservare la piena solvibilità degli Stati innanzi ai mercati.

Emerge, anzitutto, un limite oggettivo della giurisdizione, allorché viene posta innanzi all'esigenza di contemperare diritti sociali con valori di sistema che si candidano ad essere la "Grundnorm" della costituzione economica; tanto più se i primi vengono "spogliati" del loro contenuto assiologico e "de-contestualizzati" rispetto all'immaginario potente che ne costituiva il fondamento.

Secondo il modello puro alexiano, il bilanciamento prefigura e prescrive un giusto equilibrio diretto a preservare il «contenuto essenziale» dei diritti e dei principi in conflitto. Quando, al contrario, si assume come assiologicamente prevalente un valore di sistema, tendenzialmente "tirannico", è serio il rischio che la mano del giudice possa essere invisibilmente orientata a sacrificare ogni altro valore che vi si opponga.

Questo "lato oscuro" del bilanciamento è ben testimoniato dal quel filone giurisprudenziale (già in precedenza ricordato) che ha sancito la prevalenza costituzionale delle libertà economiche fondamentali sulle libertà collettive, sottoponendo quest'ultime ad un inedito giudizio di meritevolezza e sacrificandone, in tale maniera, anche il loro «contenuto essenziale»²³.

Non meno emblematiche sono alcune recenti pronunce della Corte di giustizia con le quali, dietro lo schermo di argomentazioni elusive e formalistiche, si è negata, in sostanza, la possibilità di pervenire ad una qualche forma di contemperamento tra le politiche di condizionalità, essenziali per il funzionamento della nuova governance economica e monetaria, e i diritti sociali riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali (specie nel suo titolo IV)²⁴. Questo è almeno il risultato tangibile della sentenza *Pringle* che ha sancito l'inapplicabilità della Carta di Nizza a quel complesso di decisioni e normative di *soft law* che hanno dato corpo al Meccanismo europeo di salvataggio²⁵. L'esito non è stato differente, allorché alcune corti nazionali hanno sollevato rinvii pregiudiziali, al fine di evidenziare il contrasto con la Carta dei diritti delle misure di compressione del Welfare State, adottate in adempimento dei *Memorandum of understanding* "negoziati" dagli Stati assistiti con la troika. In questi casi, la Corte di giustizia ha in maniera un poco "beffarda" rimarcato l'assenza di un nesso di causalità formale tra le riforme strutturali interne e il diritto dell'Unione²⁶.

Le pur rilevanti manifestazioni di resistenza giurisprudenziale di alcuni tribunali costituzionali nazionali non sembrano in grado, salvo casi limite, di realizzare momenti davvero rilevanti di giustizia redistributiva. Solo in alcuni casi eclatanti il contenuto minimo dei diritti sociali è riuscito

²² M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss.

²³ A. Cantaro, *Introduzione. Giustizia e diritto nella scienza giuridica europea*, in *Giustizia e diritto*, cit., 25.

²⁴ In questi termini S. Giubboni, *Il diritto del lavoro*, cit., 10.

²⁵ Corte giust., sent., 27-11-2012, C-370/12, *Pringle*. In discussione era l'applicazione del principio generale ad una tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'articolo 47 della Carta. Secondo la Corte «gli Stati membri non attuano il diritto dell'Unione, ai sensi dell'articolo 51, par. 1, della Carta, allorché instaurano un meccanismo di stabilità come il MES per l'istituzione del quale i Trattati UE e FUE non attribuiscono alcuna competenza specifica all'Unione» (par. 180).

²⁶ Corte giust., sent. 7-3-2013, C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte e a.*; sent. 26-6-2014, C-264/12, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros*. La Corte si è dichiarata manifestamente incompetente a pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale, affermando che, «per come esso era stato formulato, non potesse ravvisarsi alcun concreto elemento per ritenere che la legge portoghese fosse diretta ad attuare il diritto dell'Unione». Il quadro è destinato, però, a mutare per effetto dell'adozione del Regolamento (UE) 472/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, in G.U.U.E L. 140, 27.5.2013, 11, che ha codificato nel diritto derivato la procedura di negoziazione ed esecuzione dei piani di assistenza con gli Stati a rischio di insolvenza finanziaria.

ad opporre una certa resilienza al “supervalore” della stabilità finanziaria²⁷. In altre situazioni, l’utilizzo del canone della dignità della persona è sembrato perlopiù strumentale a modificare la ripartizione dei sacrifici economici imposti dalla crisi²⁸.

Indubbiamente queste ancora frammentarie pronunce resistenziali dei tribunali costituzionali nazionali potrebbero costituire, grazie ad un virtuoso dialogo giurisprudenziale e ad una rinnovata ermeneutica dei contro-limiti²⁹, il punto di partenza per una rivitalizzazione del patrimonio costituzionale europeo.

È, tuttavia, illusorio riporre eccessive attese in quest’attivismo giudiziale. Il persistente deficit di normatività dei diritti sociali non è, infatti, unicamente figlio della contingente crisi economica, ma piuttosto, come si è tentato di ricostruire, il precipitato delle profonde trasformazioni della costituzione economica europea ed internazionale.

Abstract

This essay argues that an extreme declination of financial stability and competitive growth have marked a change in the “genetic code” of social rights. On the one hand, the constitutionalisation of the balanced budget principle has radicalized the well-known paradigm of financially conditioned rights. On the other hand, in the new European governance, social rights are also functionally conditioned to competitive growth. The exercise of most rights and collective freedoms of workers is, in fact, designed around the overriding need to maintain maximum competitiveness of the European economic system. Therefore, it is not only the redistributive dimension of social rights to be weakened, but also their essential emancipatory dimension. Finally, the question arises if the courts possess the appropriate means, in order to preserve the hard core of the Welfare State against the increasingly “tyrannical” reasons of financial stability.

²⁷ Particolare rilievo ha assunto la sentenza della Corte costituzionale portoghese (*Acòrdão* n. 187 del 2013), sulla legge di bilancio per il 2013, la quale ha dichiarato incostituzionali alcune misure anti-crisi (concernenti tra l’altro il taglio delle retribuzioni dei pubblici dipendenti e delle indennità di malattia e disoccupazione), “concordate” con la troika (nell’ambito del *memorandum of understanding* con il governo portoghese), invocando come contro limite il principio europeo di proporzionalità. Per una rassegna ragionata della giurisprudenza della crisi v. A. Polou, *Austerity and European Social Rights: How Can Courts Protect Europe’s Lost Generation*, in *German Law Journal*, vol. 15, n. 6, 2015, 1145 ss.; B. Brancati, *Decidere sulla crisi: le corti e l’allocazione delle risorse in tempi di austerità*, in www.federalismi.it, 16, 2015.

²⁸ In questa chiave deve essere inquadrata la sentenza della Corte costituzionale, 30 aprile 2015, n. 70 (la “famigerata” sentenza “Sciarra”), che ha ritenuto incostituzionale il blocco dei meccanismi di adeguamento automatico delle pensioni superiori tre volte il minimo. Per alcuni questa pronuncia ha riaffermato il peculiare statuto costituzionale dei diritti sociali contro le tendenze recenti alla loro de-costituzionalizzazione. Per altri, al contrario, essa si sarebbe “dimenticata” di considerare il vincolo dell’equilibrio di bilancio.

²⁹ Sulla nuova stagione dei contro limiti M. Luciani, *Il brusco risveglio. I contro limiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2016.

L'integrazione scolastica di fronte alle esigenze di contenimento della spesa pubblica: un'analisi giurisprudenziale

Sommario: 1. Perché occuparsi di diritto all'istruzione in tempo di crisi: una breve premessa – 2. L'integrazione a scuola degli studenti con disabilità: il contributo della giurisprudenza – 2.1. L'integrazione scolastica come diritto fondamentale e incompressibile (nel suo nucleo essenziale): la sentenza della Corte costituzionale 26 febbraio 2010, n. 80 – 2.2. Diritto del disabile all'istruzione e risorse disponibili: la decisione della *Supreme Court* britannica nel caso *A v. Essex County Council* – 3. Per (non) concludere: qualche appunto critico

1. Perché occuparsi di diritto all'istruzione in tempo di crisi: una breve premessa

Tra i cosiddetti diritti sociali o, per meglio dire, diritti di prestazione, il diritto all'istruzione risulta probabilmente il più emblematico: esso rientra tra i diritti fondamentali che connotano la nostra forma di Stato sociale ed è presupposto per il riconoscimento di altri diritti¹. Nel quadro dell'ordinamento costituzionale, i diritti sociali e il loro riconoscimento costituiscono gli strumenti essenziali per assicurare, da un lato, il pieno godimento delle libertà tradizionali e per raggiungere, d'altro canto, una concreta eguaglianza sostanziale. In quest'ottica, il diritto all'istruzione costituisce uno degli strumenti più importanti per dare attuazione al principio sancito dall'art. 3, c. 2, della nostra Costituzione, rimuovendo gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana².

Inoltre, il diritto all'istruzione è uno dei diritti più "costosi" e costituisce quindi una sorta di osservatorio privilegiato per cogliere implicazioni e prospettive di una crisi in cui tutti i sistemi educativi sono pienamente immersi³. Non vi è dubbio, infatti, che il tema dell'effettività dei diritti in tempo di contrazione delle risorse disponibili si presenti in modo evidente proprio riguardo ai diritti a prestazione⁴.

Eppure, proprio il perdurante stato di crisi dovrebbe costituire una sorta di monito al fine di rafforzare l'investimento in educazione e formazione per supportare lo sviluppo del capitale umano, combattere e prevenire l'abbandono scolastico e la disoccupazione. Lo dicono autorevoli studi e lo affermano i documenti della strategia europea per la crescita, la strategia Europa 2020, tra i cui obiettivi sono annoverati, per quanto riguarda l'istruzione, la riduzione dei tassi di abbandono scolastico precoce al di sotto del 10% e l'aumento al 40% dei 30-34enni con un'istruzione universitaria⁵.

¹ Circa la nozione di "diritto sociale" e sulle diverse interpretazioni ed elaborazioni in dottrina, si veda A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in AA.VV., *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, vol. II, Padova, 1995; M. Benvenuti, *Diritti sociali*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg. V, Torino, 2012, 233 ss. In particolare, sullo specifico diritto all'istruzione quale diritto sociale, G. Barone, G. Vecchio, *Il diritto all'istruzione quale "diritto sociale": oltre il panorama economicistico*, Napoli, 2012 e M. Benvenuti, *L'istruzione come diritto sociale*, in F. Angelini, M. Benvenuti (cur.), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, Napoli, 2014.

² La letteratura sul tema è assai vasta; si rimanda, tra i molti, a C. Pinelli, *Dei diritti sociali e dell'eguaglianza sostanziale. Vicende, discorsi, apprendimenti*, in Id., *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza*, Napoli, 2012.

³ Si rimanda allo studio *Funding of Education in Europe: The Impact of the Economic Crisis* prodotto per la Commissione europea dalla rete Eurydice: nel documento sono presi in analisi i finanziamenti destinati a tutti i livelli dell'istruzione, dalla scuola dell'infanzia all'istruzione superiore, in 35 sistemi educativi nazionali e regionali dal 2000 al 2013. Inoltre, per un quadro aggiornato, si rimanda al recente *Rapporto Education at a Glance: OECD Indicators*, OECD Publishing, Paris, 2015.

⁴ Per approfondimenti, A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, 4, 2011 e D. Morana, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, *Rivista AIC*, 4, 2013.

⁵ Si rimanda al sito della Commissione europea dedicato alla Strategia Europa2020: www.ec.europa.eu. Si segnalano anche i dati e le analisi contenuti nel *Rapporto Istat - La situazione del Paese - 2016*, in particolare nella parte dedicata a *L'investimento in istruzione: come cambiano le opportunità dei laureati di ieri e di oggi*, 217 ss.

Nell'ambito della riflessione in punto di diritto all'istruzione, il contributo si sofferma sullo specifico aspetto dell'integrazione scolastica intesa quale insieme di forme e misure di sostegno per garantire il pieno inserimento o, meglio dire, l'inclusione degli studenti con disabilità nella scuola di ogni ordine e grado⁶. Pur trattandosi di una delle dimensioni della qualità di un sistema scolastico, il livello di integrazione di una comunità scolastica risulta difficile da "misurare" dal momento che vi concorrono una serie di fattori: risorse umane impiegate, adeguamento delle strutture scolastiche, implementazione delle procedure amministrative, monitoraggio dei costi, ecc. A quasi quaranta anni dalla legge 4 agosto 1977, n. 517, che ha dato avvio nel nostro Paese al processo di integrazione degli alunni con disabilità nelle scuole normali statali, viene da chiedersi quale sia oggi lo "stato dell'arte" circa le risposte ai bisogni educativi della popolazione scolastica con disabilità.

Un primo elemento di conoscenza è quello che viene dai dati numerici: gli studenti con disabilità nella scuola italiana, nell'anno scolastico 2014-2015 sono stimati pari a 153.848 (3,4% del totale degli alunni), di cui 86.985 nella scuola primaria (3,1% degli alunni) e 66.863 nella scuola secondaria di I grado (3,8%). Si tratta di numeri in crescita, rispetto ai dati relativi ai precedenti anni scolastici. A fronte del numero degli studenti con disabilità certificata, il contenimento della spesa pubblica ha colpito proprio il settore del sostegno scolastico, provocando, di conseguenza, un crescente ricorso ai rimedi giurisdizionali. Si stima che circa l'8,5% delle famiglie con alunni con disabilità nella scuola primaria e il 6,8% nella secondaria abbiano presentato negli anni un ricorso per ottenere l'aumento delle ore di sostegno⁷.

Come è stato scritto, «la vicenda dell'integrazione scolastica dei disabili risulta paradigmatica della capacità del nostro Stato sociale di realizzare o meno, tanto sul piano meramente normativo quanto su quello dell'effettività, il "programma" costituzionale»⁸. La Costituzione italiana statuisce che «la scuola è aperta a tutti» (art. 34, c. 1). In particolare, «l'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita» (art. 34, c. 2), mentre «i capaci e i meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi» (art. 34, c. 3)⁹. Tali disposizioni si inseriscono a pieno titolo nel quadro del riconoscimento dei diritti inviolabili di ogni uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (art. 2) e, in particolare, della pari dignità sociale di tutti i cittadini (art. 3, c. 1) cui fa da corollario l'impegno dei pubblici poteri a rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, c. 2). La nostra Carta fondamentale precisa inoltre, all'art. 38, c. 3, che «gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale»¹⁰. Le previsioni costituzionali sono poi completate dalla legislazione in materia, in grande misura debitrice di percorsi giurisprudenziali consolidatisi nel tempo¹¹.

2. L'integrazione a scuola degli studenti con disabilità: il contributo della giurisprudenza

L'analisi propone un approfondimento della giurisprudenza di interesse relativamente alla tutela del diritto all'istruzione per studenti con disabilità in contesti e situazioni di crisi economica. Si

⁶ Per approfondire, S. Troilo, *Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all'istruzione e all'inclusione scolastica dei disabili nella crisi dello Stato sociale*, Milano, 2012.

⁷ Si rimanda al Rapporto ISTAT pubblicato il 21 dicembre 2015, in www.istat.it.

⁸ S. Troilo, *I "nuovi" diritti sociali: la parabola dell'integrazione scolastica dei disabili*, in www.gruppodipisa.it, 3.

⁹ Per un commento, si rimanda a A.M. Poggi, *Art. 34*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (cur.), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 699 ss.

¹⁰ Per approfondire, L. Violini, *Art. 38*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (cur.), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 755 ss.

¹¹ Per approfondire, A. Avon, *La legislazione scolastica: un sistema per il servizio di istruzione. Contenuti, significati e prospettive tra riforme e sfide quotidiane*, Milano, 2009.

considerano in particolare due casi – la sentenza della Corte costituzionale italiana 26 febbraio 2010, n. 80 e la decisione della *Supreme Court* britannica nel caso *A v. Essex County Council* [2010 UKSC 33] – che, pur coinvolgendo Corti e tradizioni giuridiche profondamente diverse, affrontano il tema del diritto all'istruzione di studenti con disabilità in rapporto alle risorse disponibili.

Le vicende sono da ascrivere a due ordinamenti assai diversi tra loro, anche per quanto riguarda i sistemi scolastici di riferimento¹². Pur tenendo in considerazione le specificità del quadro normativo e i differenti approcci giurisprudenziali, la comparazione rileva per il contenuto dei casi considerati: entrambi hanno come oggetto il rapporto tra la garanzia di specifiche misure di sostegno per il pieno godimento del diritto all'istruzione di studenti con disabilità e le esigenze generali di contenimento della spesa pubblica.

2.1. L'integrazione scolastica come diritto fondamentale e incompressibile (nel suo nucleo essenziale): la sentenza della Corte costituzionale 26 febbraio 2010, n. 80

Il dato di partenza è costituito dalla sentenza della Corte costituzionale 26 febbraio 2010, n. 80, con cui il Giudice delle Leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, commi 413 e 414, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2008). L'intervento della Corte era stato sollevato dalla questione di legittimità costituzionale promossa dal Consiglio per la giustizia amministrativa della Regione Sicilia nell'ambito di un caso in cui l'Amministrazione scolastica, in sede di formazione degli organici, aveva assegnato ad una studentessa affetta da disabilità (ritardo psicomotorio e crisi convulsive da encefalopatia grave) un insegnante di sostegno solo per dodici ore settimanali.

L'intervento normativo previsto nella legge finanziaria 2008 costituisce, secondo la Corte, «una sostanziale elusione» del diritto fondamentale all'istruzione nei confronti di soggetti deboli¹³: l'art. 2, commi 413 e 414, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 dispone infatti, rispettivamente, un limite al numero degli insegnanti di sostegno e l'abolizione della possibilità di assumere con contratto a tempo determinato i suddetti insegnanti, in deroga al rapporto docenti – alunni indicato dall'art. 40, c. 3, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, in presenza di disabilità particolarmente gravi.

Rileva con insistenza il delicato ed irrisolto rapporto tra la discrezionalità del legislatore e il margine di intervento del sindacato della Corte, in particolare in tempo di crisi economico-finanziaria¹⁴. Viene infatti osservato che «con la sollevata questione il rimettente chiede alla Corte l'adozione di una sentenza additiva che comporterebbe da un lato “nuove o maggiori spese a carico del bilancio statale senza indicare i mezzi per farvi fronte”, in violazione dell'art. 81 Cost., e dall'altro, porterebbe la Corte a sostituirsi al legislatore, al quale è demandata l'individuazione delle concrete modalità con le quali realizzare la tutela invocata nel giudizio a quo» (ritenuto in fatto, p.to 2.2). Nonostante tali premesse, la Corte afferma: «E' vero che, secondo costante giurisprudenza di questa Corte, il legislatore nella individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili gode di discrezionalità [...]. Si deve tuttavia riaffermare che, sempre secondo la giurisprudenza di questa Corte, detto potere discrezionale non ha carattere assoluto e trova un limite

¹² Va considerato, nel confronto tra le due situazioni prese in analisi, il differente metodo adottato dai due sistemi scolastici in ordine all'educazione degli studenti con disabilità, considerando che l'ordinamento britannico riserva ancora ampio spazio all'educazione separata dei disabili mentre l'ordinamento italiano ha ormai da tempo intrapreso la strada dell'inclusione all'interno delle classi ordinarie. Per un approfondimento relativo al sistema britannico, si veda S. Troilo, *Tutti per uno o uno contro tutti?*, cit., 374 ss.

¹³ C. Colapietro, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, 2011.

¹⁴ C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali*, relazione al XXVIII convegno annuale dell'AIC dal titolo “Spazio costituzionale e crisi economica”, in *Rivista AIC*, 4, 2013.

nel “... rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati”¹⁵ (p.to 4 cons. dir.). La Corte privilegia dunque l’individuazione di un nucleo essenziale di ineliminabili forme di integrazione e di sostegno a fronte delle esigenze di bilancio che avevano influenzato la normativa oggetto di giudizio.

Il Giudice delle Leggi apre l’analisi del merito con alcune precisazioni di rilievo: innanzitutto, la Corte afferma che «i disabili non costituiscono un gruppo omogeneo» e che, di fronte a forme diverse di disabilità, «è necessario individuare meccanismi di rimozione degli ostacoli che tengano conto della tipologia di handicap da cui risulti essere affetta in concreto una persona». In terzo luogo, l’istruzione e l’integrazione scolastica rivestono un ruolo di primo piano nel processo di riabilitazione di ciascun disabile, finalizzato al completo inserimento nella società (p.to 3 cons. dir.).

La pronuncia, ispirata dalla logica dell’inclusione in ambito scolastico come elemento fondamentale della socializzazione e del pieno sviluppo di ogni persona umana, si pone nel solco di una giurisprudenza consolidata in tema di misure per garantire il pieno ed effettivo godimento del diritto all’istruzione di studenti con disabilità. La Corte afferma che «il diritto del disabile all’istruzione si configura come un diritto fondamentale» (p.to 4 cons. dir.), oggetto di specifica tutela da parte sia dell’ordinamento internazionale che di quello interno¹⁶. Sono pertanto richiamate alcune importanti sentenze con le quali la Corte ha avuto modo di precisare la portata di questo diritto. In particolare, si fa riferimento alla “a dir poco rivoluzionaria”¹⁷ sentenza 8 giugno 1987, n. 215 con la quale la Corte costituzionale, dopo avere ricostruito l’evoluzione della normativa in tema di inserimento scolastico dei portatori di handicap, dichiara l’illegittimità della normativa impugnata (art. 28, c. 3, della legge 30 marzo 1971, n. 118) nella parte in cui stabilisce che sia *facilitata*, anziché *garantita*, la frequenza dei disabili nella scuola superiore¹⁸.

Le disposizioni oggetto del sindacato di costituzionalità nella sentenza 80/2010 «si pongono in contrasto – afferma la Corte – con il quadro normativo internazionale, costituzionale e ordinario nonché con la consolidata giurisprudenza» della Consulta. Secondo il ragionamento della Corte, quindi, la soppressione della riserva che consentiva di assumere insegnanti di sostegno a tempo determinato «non trova alcuna giustificazione nel nostro ordinamento, posto che detta riserva costituisce uno degli strumenti attraverso i quali è reso effettivo il diritto fondamentale all’istruzione del disabile grave». Viene quindi sottolineata la necessità di individuare i livelli di gravità degli studenti interessati e le specifiche esigenze di ciascuno: «La *ratio* della norma, che prevede la possibilità di stabilire ore aggiuntive di sostegno – si legge – è, infatti, quella di apprestare una specifica forma di tutela ai disabili che si trovino in condizione di particolare gravità; si tratta dunque di un intervento mirato, che trova applicazione una volta esperite tutte le possibilità previste dalla normativa vigente e che, giova precisare, non si estende a tutti i disabili a prescindere dal grado di

¹⁵ La Corte richiama quanto già espresso nella sentenza 4 luglio 2008, n. 251 che a sua volta teneva conto della pronuncia 22 giugno 2000, n. 226: «questa Corte ... ha riconosciuto che il legislatore, nell’esercizio dei suoi poteri di apprezzamento della qualità e della entità delle misure necessarie a rendere effettiva la tutela delle persone disabili, alla stregua degli artt. 2, 3 e 32 Cost., ben possa graduare l’adozione delle stesse in vista dell’attuazione del principio di parità di trattamento, tenuto conto di tutti i valori costituzionali in gioco, fermo comunque il rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati».

¹⁶ Per quanto riguarda l’ordinamento internazionale, la Corte richiama la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall’Assemblea generale il 13 dicembre 2006, entrata in vigore il 3 maggio 2008 e ratificata e resa esecutiva dall’Italia con legge 3 marzo 2009, n. 18. Rileva in particolare l’art. 24 della Convenzione secondo cui gli Stati Parti «riconoscono il diritto delle persone con disabilità all’istruzione». Quanto all’ordinamento interno, la Corte richiama, in particolare, la legge 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge quadro per l’assistenza, l’integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate).

¹⁷ C. Colapietro, *Lo statuto costituzionale del lavoratore disabile*, in F. Girelli (cur.), *Lavoro e disabilità. Disciplina normativa e percorsi di inserimento*, Napoli, 2010, 36.

¹⁸ Per un commento, per tutti, si veda C. Moro, *L’eguaglianza sostanziale ed il diritto allo studio: una svolta della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, II, 1987, 3064 ss.

disabilità, bensì tiene in debita considerazione la specifica tipologia di handicap da cui è affetta la persona *de qua*» (p.to 4 *cons. dir.*). Tale rilievo è significativo ai fini della considerazione del disabile come persona e non indistintamente come parte di un gruppo omogeneo di soggetti ma soprattutto ai fini della considerazione delle ricadute in termini di oneri per le finanze dello Stato che una decisione come questa comporta. Ad ogni modo, nel bilanciamento tra il godimento del diritto allo studio da parte del disabile e le esigenze dettate da una rigorosa politica di bilancio, la Corte sembra dare prevalenza al primo dei due elementi, individuando un livello minimo di prestazioni la cui compressione non può essere giustificata da tagli lineari alla spesa pubblica¹⁹.

2.2. Diritto del disabile all'istruzione e risorse disponibili: la decisione della *Supreme Court* britannica nel caso *A v. Essex County Council*

Anche la *Supreme Court* britannica si pronuncia nel 2010 su un caso avente ad oggetto la portata del contenuto del diritto all'istruzione dello studente con disabilità. Si tratta del caso *A v. Essex County Council*²⁰: i giudici inglesi si trovano a dover valutare, alla luce di quanto sancito nello *Human Rights Act* del 1998, l'ammissibilità della richiesta del risarcimento del danno subito da un minore disabile al quale è stato precluso per un lungo periodo di tempo l'accesso all'istruzione scolastica in strutture adeguate.

Si tratta di un caso che risulta di particolare interesse anche per le diverse impostazioni che emergono dalla lettura delle singole decisioni dei giudici della *Supreme Court*. Tutto ruota intorno all'interpretazione da dare all'art. 2 del Protocollo 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) secondo cui «il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno»²¹. Occorre stabilire se tale disposizione imponga o meno un obbligo minimo di fornire istruzione e formazione secondo le esigenze particolari dello studente, indipendentemente dalle risorse disponibili²².

Il caso ha come protagonista "A", un minore affetto da autismo, soggetto anche a crisi epilettiche, con gravi difficoltà di apprendimento²³. Fino all'età di dodici anni, lo studente frequenta una scuola speciale, dalla quale però è costretto a ritirarsi nel gennaio 2002 su richiesta della stessa istituzione scolastica. L'ente territoriale competente - *Essex County Council* - non assicura una sistemazione scolastica alternativa alla famiglia dello studente interessato, che viene quindi seguito unicamente dai genitori. Nonostante numerosi tentativi, una soluzione viene trovata solo alla fine del mese di

¹⁹ Si segnala anche la recente pronuncia Corte cost. n. 275 del 2016 in merito ad una controversia tra Regione Abruzzo e Provincia di Pescara riguardo il servizio di trasporto scolastico per studenti con disabilità. La Consulta dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 6, c. 2 *bis*, della legge della Regione Abruzzo n. 78 del 1978, aggiunto dall'art. 88, c. 4, della legge regionale n. 15 del 2004, nella parte in cui prevede che, per gli interventi di cui all'art. 5 *bis* tra cui rientra anche il servizio di trasporto degli studenti con disabilità o in situazioni di svantaggio che frequentano l'istruzione secondaria superiore, la Giunta regionale garantisce un contributo del 50% della spesa necessaria e documentata dalle Province «nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa». Le argomentazioni della Corte richiamano alcuni passaggi della sent. n. 80 del 2010 e ribadiscono che «il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali» (p.to 11 *cons. dir.*). L'incostituzionalità della norma impugnata deriva, nel caso di specie, dalla genericità della posta finanziaria del bilancio considerato (p.to 13).

²⁰ *A (Appellant) v. Essex County Council (Respondent)* [2010] UKSC 33.

²¹ Si legge nel giudizio di Lord Clarke: «This appeal concerns the scope and the content of the right to education under Article 2 of Protocol 1 of the European Convention of Human Rights». Per quanto riguarda invece la normativa interna, rileva l'*Education Act* del 1996.

²² Si veda, circa la disposizione considerata, G. Mor, Q. Camerlengo, G.E. Vigevani, *Commento all'art. 2 del Prot. n. 1 CEDU*, in S. Bartole, S. Conforti, G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 829 ss. Si rimanda anche al testo *Guide on Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, 2015, in www.echr.coe.int.

²³ Nel 2010, quando il caso viene deciso dalla *Supreme Court*, il ricorrente ha 21 anni.

luglio dell'anno successivo. Sono passati, nel frattempo, diciotto mesi durante i quali le condizioni dello studente si sono particolarmente aggravate in assenza di adeguate sollecitazioni e del coinvolgimento in un ambiente educativo. Sulla base di quanto accaduto, "A" lamenta la violazione dell'art. 2 Prot. 1 CEDU da parte dell'ente competente ad assicurare in via effettiva il diritto allo studio.

La *Supreme Court* respinge il ricorso, ritenendo che non vi sia stata violazione della disposizione convenzionale richiamata, dal momento che l'Amministrazione imputata non ha ommesso di adoperarsi al fine di cercare la soluzione più idonea per garantire il pieno godimento del diritto all'istruzione del disabile. Il ricorrente non avrebbe quindi subito discriminazioni nell'accesso alle strutture scolastiche. Ed ancora, il tempo necessario per trovare una scuola capace di soddisfare i bisogni specifici del ricorrente è attribuibile alla limitazione delle risorse umane e finanziarie, risorse dalle quali il godimento del diritto all'istruzione dipende.

Per comprendere la decisione, risulta decisivo approfondire – come fanno gli stessi giudici e, in particolare, Lord Clarke e Lord Phillips – quale sia l'interpretazione consolidata della formulazione "in negativo" della disposizione di cui all'art. 2 del Prot. 1 CEDU attraverso il richiamo ad una serie di casi decisi dalla stessa Corte di Strasburgo. In particolare, il *leading case* in materia, ripreso anche dai giudici inglesi, è il *Belgian Linguistic Case* del 1968. La Corte afferma, in questa decisione, che i diritti tutelati nella disposizione sono riconducibili a tre fattispecie: al diritto di accedere agli istituti scolastici esistenti in un dato momento; al diritto ad una effettiva istruzione; al diritto al riconoscimento ufficiale degli studi che lo studente ha completato con successo. In concreto, l'art. 2 del Prot. 1 CEDU attribuisce ad ognuno un diritto di accesso agli istituti scolastici esistenti in un dato momento in quello specifico Stato parte; i sistemi scolastici possono, infatti, differire sulla base dei bisogni e delle risorse disponibili²⁴.

3. Per (non) concludere: qualche appunto critico

Pur con approcci ed argomentazioni diverse, nonché a partire dall'interpretazione di fonti normative di natura assai differente, le soluzioni individuate nei due casi considerati non paiono poi così distanti. In entrambe le decisioni, sembra emergere come il diritto all'istruzione del disabile sia da considerarsi un "diritto fondamentale", tuttavia "non assoluto".

Vanno infatti considerati, dicono i giudici, da una parte il livello di gravità della disabilità, da cui discende il tipo di sostegno personalizzato da realizzare, dall'altra l'attenzione a considerare gli oneri finanziari derivanti dalle scelte operative messe in atto. In particolare, circa il primo aspetto, sono emblematiche le argomentazioni della Corte costituzionale italiana ma non mancano cenni anche nella decisione inglese: come viene infatti rilevato nell'opinione di Lady Hale, il diritto all'istruzione avrebbe un contenuto variabile alla luce delle condizioni concrete in cui si trova lo studente che vanta il diritto. Circa il secondo elemento, invece, è sicuramente più netta la *Supreme Court* per la quale, come abbiamo visto, la limitatezza delle risorse disponibili non costituisce da sola una violazione del generale diritto allo studio.

²⁴ Sono numerose le sentenze con le quali la Corte EDU ha ripreso e sottolineato nel tempo l'interpretazione relativa alla disposizione in questione, sentenze a più riprese richiamate anche dai giudici inglesi. Lady Hale si sofferma, in particolare, sul caso *Oršuš v. Croatia* (ric. n. 15766/03) deciso dalla Grande Camera il 16 marzo 2010. Ci limitiamo qui a segnalare una decisione del 2011, successiva quindi alla sentenza della *Supreme Court*, con cui la Corte europea conferma che il diritto all'istruzione non deve essere ritenuto un diritto assoluto precisando però che eventuali limitazioni al soddisfacimento di tale diritto devono essere caratterizzate dalla proporzionalità e dalla ragionevolezza tra gli strumenti utilizzati e l'interesse perseguito (caso *Ali v. the United Kingdom*, ric. n. 40385/06, 11 gennaio 2011, in particolare parr. 51-54).

La decisione della *Supreme Court* inglese è ispirata da un approccio “pragmatico”: non si tratta, dicono i giudici inglesi, di riconoscere o meno l’assolutezza del diritto quanto piuttosto di valutare la capacità degli ordinamenti nazionali che prevedono norme in tema di educazione dei disabili di garantire soluzioni di lungo periodo capaci di rendere effettiva l’educazione di tali soggetti²⁵. Come già sottolineato, la decisione inglese può comprendersi alla luce dei precedenti che hanno orientato la soluzione adottata: il riferimento è in particolare ai casi presi in esame riguardo l’interpretazione dell’art. 2 del Prot. 1 CEDU data dalla stessa Corte di Strasburgo, nonché ai lavori preparatori della Convenzione. I giudici inglesi ribadiscono come il giudice sia chiamato a confrontarsi con il sistema scolastico nazionale di riferimento e con il concreto ed effettivo accesso agli istituti scolastici esistenti in un dato momento nell’ordinamento considerato.

Quanto alla sentenza della Corte costituzionale è possibile rilevare una certa concisione, con richiami solo indiretti ad alcuni aspetti importanti. Anche alla luce del contenzioso in sede amministrativa sviluppatosi successivamente alla sentenza in questione²⁶, si evince come la Consulta abbia utilizzato solo parzialmente la possibilità di approfondire alcune riflessioni in ordine al bilanciamento tra diritti sociali e risorse finanziarie, ovverosia, nel nostro caso, tra il numero di ore di sostegno attribuite allo studente con disabilità e l’eventuale carenza di risorse economiche da parte dell’Amministrazione scolastica pubblica. Infatti, la considerazione per cui il “nucleo minimo” del diritto all’istruzione non possa accettare alcun tipo di compressione è formula assai generica che lascia irrisolto l’interrogativo se un simile approccio possa garantire una tutela efficace dei diritti dei più deboli, in una logica che sia davvero “inclusiva” e non “parcellizzata”.

Abstract

The context of the current economic and financial crisis stands out as a necessary reference for any study discussing the implementation of fundamental rights, in particular social rights. The paper focuses on the right to education and, especially, on two prominent decisions of the Italian Constitutional Court and the UK Supreme Court concerning the effective protection of the right to education of students with disabilities and “special needs” vis-à-vis the containment of public expenditure. Notwithstanding the different approaches and solutions, the two courts agree that the right to education of students with disabilities is a fundamental – though not absolute – right. In the judicial balancing, competing interests limiting the right to education are, on the one side, the degree of severity of disability and, on the other side, the impact of special educational needs on State budgets.

²⁵ A. Osti, *Il caso A (Appellant) v. Essex County Council (Respondent) di fronte alla Corte Suprema britannica: il diritto all’istruzione di soggetti con disabilità è un diritto assoluto? Spunti per una riflessione a più ampio spettro*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2011.

²⁶ M. Lottini, *Scuola e disabilità. I riflessi della sentenza 80 del 2010 della Corte Costituzionale sulla giurisprudenza del giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 7, 2010, 2403 ss.

Sulla funzione redistributiva dei diritti sociali

Sommario: 1. Introduzione - 2. Struttura e finalità ultima dei diritti sociali - 3. Funzione dei diritti sociali - 4. Ancora sulle (presunte) differenze strutturali: universale *vs* singolare - 4.1. Segue: ineffettività e statuto giuridico dei diritti - 5. Conclusioni

1. Introduzione

In questo breve intervento si intende svolgere un sintetico esercizio analitico in relazione a una categoria di diritti, i diritti sociali, spesso fatta oggetto di rappresentazioni svalutative¹, in particolare in momenti storici “critici” sotto il profilo economico, come sembra essere quello attuale. L’obiettivo di fondo è quello di riaffermare l’utilità descrittiva dei tentativi teorico-giuridici di classificazione dei diritti quando essi veicolino un contenuto informativo importante riguardo a ciò che accomuna e ciò che distingue diritti (generalmente) rubricati sotto categorie diverse.

Com’è stato autorevolmente denunciato, sotteso alle classificazioni dei diritti vi è frequentemente un discorso prescrittivo, più o meno mascherato, inteso ad accreditare gerarchie e preferenze tra diritti e talvolta mirato a nobilitarne alcuni a discapito di altri, presentando soltanto i primi come “veri” o “autentici” diritti e negando ai secondi ogni “titolo” giuridico². Una delle finalità di questo intervento è quella di riaffermare la parità giuridica tra i diritti che tradizionalmente sono catalogati sotto le classiche categorie dei ‘diritti di libertà’ e dei ‘diritti sociali’ in quanto tutti indistintamente ordinati al fine ultimo del pieno sviluppo della persona umana.

Nonostante questo fine comune, appare comunque utile continuare a distinguere (classificandoli sotto due categorie diverse) i diritti sociali dai diritti di libertà: pur non essendovi tra loro differenze strutturali né strumentali, solo i diritti sociali, diversamente dai diritti di libertà, svolgono infatti una funzione redistributiva essenzialmente riconducibile al principio costituzionale dell’eguaglianza sostanziale.

2. Struttura e finalità ultima dei diritti sociali

La classica distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali – affermata sia nella letteratura teorico-giuridica che nella dottrina costituzionalistica – è stata recentemente e da più parti revocata in dubbio. In particolare, la distinzione è contestata negando che tra i diritti di libertà e i diritti sociali sussista una qualche differenza strutturale, la quale è stata variamente individuata: nel carattere singolare e non universale dei soli diritti sociali; nella loro natura prestazionale o positiva che – diversamente dai diritti di libertà – ne farebbe essenzialmente dei diritti “costosi” in quanto impongono oneri finanziari a carico del bilancio pubblico; infine nel loro incerto statuto giuridico in dipendenza della loro inesigibilità normativa e/o della loro eventuale ineffettività anche sul piano della tutela giudiziale³.

Chi nega la distinzione strutturale tra le due classi di diritti⁴ viene peraltro riaffermando il nesso strumentale che, secondo ormai classiche analisi, collegherebbe diritti di libertà e diritti sociali. I diritti sociali – è stato affermato, per esempio, da Norberto Bobbio – costituiscono il

¹ Cfr. F.J. Ansuátegui Roig, *Rivendicando i diritti sociali*, Napoli, 2014, 28.

² Cfr. R. Bin, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 14, 2000, 15; G. Pino, *Diritti sociali. Per una critica di alcuni luoghi comuni*, in *Ragion pratica*, 2, 2016, 495-517, spec. 495-496.

³ Una sintetica, ma ben più esaustiva, rassegna degli argomenti contrari al riconoscimento e alla parificata tutela dei diritti sociali, in rapporto ai diritti di libertà, si può leggere in T. Casadei, *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Firenze, 2012, 42-46.

⁴ Esempio in questo senso è l’analisi critica offerta da E. Diciotti, *Il mercato delle libertà*, Bologna, 2006, 86-121.

presupposto dell'effettivo esercizio dei diritti di libertà⁵: sono in particolare – come ha scritto Piero Calamandrei – la preconditione dell'effettività della libertà politica⁶. Si tratta di un nesso inscritto nel nostro testo costituzionale, là dove, nell'art. 3 cpv., si afferma che è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini: è un compito, quello affidato alla Repubblica, che essa svolge (anche e soprattutto) attraverso il riconoscimento e la tutela dei diritti sociali⁷.

La riproposizione di questo nesso strumentale tra le due classi di diritti vale però, almeno apparentemente, a riaffermarne la distinzione. Tra i diritti di libertà e i diritti sociali, sono i diritti sociali – afferma infatti la tesi espressa da Bobbio e Calamandrei – a svolgere una funzione strumentale all'effettivo esercizio dei diritti di libertà, non viceversa. Ma se tra i primi e i secondi non vi fosse alcuna differenza, ossia se essi fossero indistinguibili sotto ogni aspetto rilevante, dovrebbe valere anche l'implicazione strumentale inversa: cioè non solo i diritti sociali sarebbero funzionali all'esercizio dei diritti di libertà ma anche i diritti di libertà si presenterebbero come funzionalmente strumentali al godimento dei diritti sociali. Ed effettivamente, a ben guardare, questo nesso strumentale – anche in quest'altra direzione: dai diritti di libertà ai diritti sociali – sembra innegabile, almeno se prendiamo in considerazione alcuni diritti tipicamente riconducibili alle due distinte classi: per esempio la libertà di circolazione (art. 16 Cost., come estensione della libertà personale ex art. 13 Cost.) e il diritto all'istruzione (art. 35 Cost.) o il diritto alla salute (art. 32 Cost.). Questi diritti sociali, l'istruzione e la salute, possono dirsi infatti pienamente garantiti solo allorché sia riconosciuta e assicurata la libertà di scegliere la prestazione, cioè il soggetto che la eroga: ciò che è possibile solo se si è liberi di muoversi e di circolare sul territorio.

Come che sia, se correttamente inquadrata entro l'orizzonte normativo dell'art. 3 cpv, la funzione strumentale dei diritti sociali può essere ragionevolmente estesa anche ai diritti di libertà. Tra loro collegati in un rapporto di strumentalità che appare perfino biunivoco, sia i diritti di libertà che i diritti sociali appaiono orientati a un unico fine: il pieno sviluppo della persona umana. È infatti il godimento di *tutti* i diritti (di libertà e sociali) a presentarsi come strumentale allo sviluppo della personalità: un dato, questo, che sembra accomunare, malgrado la loro riaffermata distinzione, diritti di libertà e diritti sociali, tutti ugualmente volti alla realizzazione del fine comune del pieno sviluppo della persona umana⁸.

La distinzione tra diritti sociali e diritti di libertà non trova insomma giustificazione né – come si è appena detto – nell'ipotesi di un diverso fine cui sarebbero preordinati, né – come si dirà – in (presunte) caratteristiche strutturali proprie degli uni ma non degli altri.

È stato infatti ormai chiarito che anche i diritti di libertà hanno una componente prestazionale. Essa, peraltro, appare in taluni casi anche preponderante, come nel caso del diritto di agire in giudizio (art. 24 co. 1 Cost.), quantomeno nell'accezione del diritto di difesa (art. 24 co. 2 Cost.), che appare un chiaro esempio di situazione giuridica di cui, non solo la tutela, ma anche lo stesso

⁵ Cfr. N. Bobbio, *Sui diritti sociali*, (1996), ora in Id., *Teoria generale della politica*, Torino, 1999, 465.

⁶ Cfr. P. Calamandrei, *Costituente e questione sociale*, (giugno 1945) in Id., *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968, 176-177 e Id., *L'avvenire dei diritti di libertà*. Prefazione a F. Ruffini, *Diritti di libertà*, (1946), Firenze, 1975, XXVII. Sul punto si legga anche L. Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 2012, 308: «Il cittadino politicamente libero dello Stato di diritto [...] non esiste in mancanza della libertà economica, che è anzitutto libertà dallo sfruttamento, libertà dalla volontà dell'economicamente egemone, libertà dalla miseria e dal bisogno; le libertà borghesi servono solo ai più forti. Da un punto di vista culturale, è chiaro che il voto politico ha poco valore se nasce dall'ignoranza dei problemi, dal condizionamento attraverso i favori o la propaganda, se può essere dato solo a candidati di una stessa classe sociale o di un partito unico e così via».

⁷ Cfr. B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova, 1984, 90-91.

⁸ Cfr. A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, 30.

esercizio da parte del soggetto che ne è titolare comporta la previsione di un insieme di prestazioni in capo ad altri soggetti (in questo caso pubblici): la difesa d'ufficio, il servizio di traduzione e interpretariato, il gratuito patrocinio, etc.⁹. Sicché tutti i diritti, indistintamente seppure ovviamente in misura diversa, si rivelano "costosi", non solo con riferimento alla loro tutela giurisdizionale ma anche rispetto al loro stesso godimento o esercizio¹⁰.

Anche i diritti sociali, al pari dei diritti di libertà, sono poi universali quanto alla loro titolarità, nonché con riguardo alla natura della prestazione che tutelano. Infine, l'eventuale ineffettività dei diritti sociali non incide sul loro statuto giuridico; segnala piuttosto – come frequentemente si verifica per i diritti di libertà – la mancata predisposizione di adeguate garanzie intese alla loro tutela.

Su questi ultimi due aspetti si tornerà più avanti (§§ 4 e 4.1).

3. Funzione dei diritti sociali

Sotto un altro profilo, la distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali però non è affatto infondata. Può essere infatti affermata in base non alla struttura, né alla finalità ultima, ma alla specifica funzione dei diritti sociali. Precisamente, il carattere distintivo dei diritti sociali risiede nella loro funzione redistributiva, associata abitualmente ai diritti sociali dalla dottrina teorico-giuridica anche di carattere costituzionalista¹¹.

Allo scopo di apprezzarne la portata, occorre guardare oltre il fatto, di per sé banale, per cui qualsiasi forma di tutela dei diritti – siano essi diritti sociali o diritti di libertà – presuppone (quantomeno anche) una qualche forma di redistribuzione. Essendo tutti (o comunque la stragrande parte de) i diritti, secondo i casi più o meno, "costosi", la loro garanzia richiede una qualche forma di redistribuzione: lo Stato garantisce i diritti agendo da intermediario, eseguendo trasferimenti di risorse, prelevate da certi individui attraverso l'imposizione fiscale, a beneficio di altri individui o dell'intera collettività.

Ora, è evidente che, in questo senso, tutti i diritti svolgono una funzione redistributiva, essendo per la loro tutela necessario l'impiego di risorse raccolte attraverso il prelievo fiscale¹². Ma è altrettanto evidente che ciò che è importante non è il mezzo attraverso cui si realizza la redistribuzione – l'imposizione fiscale e la determinazione delle singole voci di spesa – bensì il bene oggetto di tutela: ha insomma poco senso dire, ad esempio, che la libertà di coscienza è oggetto di redistribuzione; mentre appare perfettamente comprensibile che ad esserlo sia la salute o la sicurezza economica.

⁹ Tutte prestazioni che trovano ampio riconoscimento anche nei codici di procedura, civile e penale. Cfr.: per la difesa d'ufficio, art. 97 c.p.p.; per i servizi di traduzione e interpretariato, art. 122 c.p.c. e art. 143 c.p.p.; per il gratuito patrocinio, oltre all'art. 24 co. 3 Cost., art. 98 c.p.p.

¹⁰ *Ex multis*, cfr.: S. Rodotà, *Cittadinanza: una postfazione*, in D. Zolo (cur.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, 1994, 293-322, spec. 304; M. Luciani, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2016, spec. 7-8.

¹¹ *Ex plurimis*, cfr.: M. Mazziotti, *Diritti sociali* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1964; E. Cheli, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, v. III, *Teoria generale e miscellanea*, Milano, 1995, 1773-1796, spec. 1774; G. Corso, *Diritti umani*, in *Ragion pratica*, 4, 1996, 59-67, spec. 66-67; M.C. Cavallaro, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Ragion pratica*, 14, 2000, 27-41, spec. 27; M. Luciani, *I diritti sociali*, in A. Vignudelli (cur.), *Lezioni Magistrali di Diritto Costituzionale*, vol. I, Modena, 2011, 149-157, spec. 153; M. Benvenuti, *Diritti sociali*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2012, 219-289, spec. 224; G. Pino, *op. cit.*, 499.

¹² E. Diciotti, *op. cit.*, 106 e 109-110.

Il contrassegno dei diritti sociali - che vale a distinguerli da tutti gli altri diritti - risiede nel fatto che redistribuiscono risorse correggendo, riducendo e, al limite, eliminando disuguaglianze¹³. Svolgono una funzione equilibratrice e, al limite, neutralizzatrice delle disparità economiche, sociali e culturali¹⁴, distribuendo la parte che spetta a ciascuno nel conferimento delle risorse individuali nella società¹⁵. Attraverso di essi si realizza in altri termini un'allocazione tendenzialmente ugualitaria di alcuni beni, garantendo a ciascun individuo l'accesso a una quota delle risorse materiali e culturali di cui dispone la collettività¹⁶. Con il riconoscimento dei diritti sociali - ha ben scritto Norberto Bobbio - si è realizzata una «costituzionalizzazione della questione sociale»¹⁷, la quale ha pienamente legittimato l'intervento pubblico nella sfera della distribuzione delle risorse¹⁸. Ha potuto così dispiegarsi - con l'attuazione del Welfare State - una vera e propria «politica d'inclusione»¹⁹, fondata sulla fornitura (pubblica) di beni e servizi in funzione distributiva²⁰.

È questa una funzione specifica, e caratteristica, dei diritti sociali, estranea ai diritti di libertà.

4. Ancora sulle (presunte) differenze strutturali: universale vs singolare

La ricostruzione proposta non è esente da critiche. Nell'ambito della dottrina costituzionalistica, non è mancato chi ha inteso metterla in discussione per esempio affermando che il fondamento sostanziale (e costituzionale) comunemente associato ai diritti sociali (orientati all'eguaglianza sostanziale, qual è sancita nell'art. 3 cpv. della Costituzione italiana) dovrebbe escludersi in forza del carattere tendenzialmente ben più universale che singolare dei diritti sociali²¹.

Nella loro impostazione originaria i diritti sociali, presupponendo disuguaglianze da superare, si affermano come diritti dei diseguali, cioè dei soggetti deboli, economicamente, socialmente e culturalmente: ciò che fa dei diritti sociali innanzitutto diritti singolari in capo ai soli soggetti vulnerabili alla struttura economica e sociale cui è ordinata la collettività²².

Nella loro concreta attuazione però - come testimonia in modo esemplare la legge istitutiva del nostro Servizio Sanitario Nazionale²³ - i diritti sociali mostrano una tendenza ad assumere natura universale: vengono infatti a corrispondere a posizioni soggettive di sostegno per tutti coloro che, a causa di ragioni economiche e sociali, rischiano di essere ostacolati, impediti, limitati, nell'esercizio effettivo dei propri diritti di libertà. È infatti evidente che tutti, seppure in diversa misura secondo

¹³ Cfr. N. Bobbio, *op. cit.*, 465; L. Ferrajoli, *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, (cur.) D. Ippolito, F. Mastromartino, Napoli 2015, 185.

¹⁴ Cfr. M. Mazziotti, *op. cit.*, 804.

¹⁵ Cfr. B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001, 194.

¹⁶ Cfr. A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999, 7.

¹⁷ N. Bobbio, *op. cit.*, 460.

¹⁸ Cfr. P. Calamandrei, *L'avvenire dei diritti di libertà*, cit., 104.

¹⁹ S. Holmes, C. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000, 218.

²⁰ Cfr. Q. Camerlengo, L. Rampa, *I diritti sociali fra istituti giuridici e analisi economica*, in *Quad. cost.*, 1, 2015, 65.

²¹ Esempio in tal senso è C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000.

²² *Ex multis*: P. Biscaretti di Ruffia, *Diritti sociali*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. V, 1968, 759-762, spec. 761; G. Corso, *I diritti sociali nella costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 781; N. Bobbio, *Diritti dell'uomo e società*, in *Id.*, *L'età dei diritti*, Torino, 1999, 70-73; G. Peces-Barba Martínez, *Diritti sociali: origine e concetto*, in *Soc. dir.*, 1, 2000, 47-49; V. Onida, *Eguaglianza e diritti sociali*, in *AA.VV.*, *Corte costituzionale e principio di eguaglianza. Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin*, Padova, 2002, 103; B. Pezzini, *op. cit.*, 193.

²³ Richiamata da G. Corso, *op. cit.*, 760-761 e da B. Caravita, *op. cit.*, 69-70. Si legga in particolare l'art. 1, terzo comma, della l. n. 833 del 1978, istitutiva del SSN, «costituito dal complesso delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento e al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio».

le proprie condizioni personali e sociali, siamo minacciati nel corso della vita dalla non-autosufficienza, dalla vecchiaia, dalla malattia, dall'ignoranza e dalla miseria²⁴. È insomma il rischio potenziale che conta; non la contingente situazione del singolo.

Del resto – limitando il discorso ai due diritti sociali più tipici: di nuovo il diritto alla salute e il diritto all'istruzione – per quanto essi possano concepirsi come diritti di ottenere beni di cui si manchi (ciò che ne mette in risalto il carattere singolare, nel senso che, come diritto singolare, il diritto alla salute è il diritto di cui è destinatario l'individuo malato così come il diritto all'istruzione è il diritto di cui è destinatario l'individuo incolto), questi diritti possono meglio essere compresi come diritti di conservare beni di cui in ogni momento si può venire a mancare (ciò che ne mette piuttosto in risalto il carattere necessariamente universale)²⁵. L'universalità della titolarità dei diritti sociali appare allora del tutto compatibile con il loro fondamento assiologico e costituzionale, l'eguaglianza sostanziale, essendo essi intesi alla difesa della pari dignità sociale degli individui contro le condizioni di svantaggio che chiunque potrebbe trovarsi ad affrontare nel corso della vita.

Se poi si vuol desumere il carattere singolare dei diritti sociali dalla natura individualizzata delle prestazioni richieste ai fini della loro protezione (si pensi per esempio al particolare trattamento sanitario che ciascuna diversa patologia richiede), si noterà agevolmente che questa caratteristica contrassegna i diritti sociali, come il diritto alla salute, al pari di molti diritti di libertà²⁶. Per esempio, così come diversificate e particolari sono le prestazioni sanitarie erogate secondo la malattia diagnosticata e le condizioni specifiche di ciascun paziente, altrettanto varie e individualizzate appaiono le prestazioni finalizzate alla tutela delle concrete modalità di esercizio della libertà di circolazione, le quali variano secondo che, per esempio, il soggetto che ne beneficia disponga di un mezzo di trasporto o meno e secondo il mezzo da questi utilizzato.

4.1. Segue: ineffettività e statuto giuridico dei diritti

Si aggiunga infine un'ultima considerazione. Ulteriore elemento di debolezza che si suole identificare nei diritti sociali consisterebbe nel fatto che la loro stessa esistenza come diritti, diversamente dai diritti di libertà, dipenderebbe dalla loro concreta effettività²⁷. Secondo questo modo di intendere le due classi di diritti, mentre un diritto di libertà (come la libertà di circolazione) anche se ineffettivo rimane un diritto, un diritto sociale (come il diritto alla salute) se ineffettivo perde invece il suo titolo giuridico.

Mettiamo alla prova questa tesi. Proviamo a immaginare che nessun ente pubblico abbia predisposto un sistema viario per la circolazione di mezzi privati o che le strade esistenti versino in tali condizioni di (in)sicurezza da sconsigliare a chiunque di circolarvi (per assenza di segnaletica stradale, di illuminazione notturna, etc.) o, infine, che per migliorare la viabilità lo Stato abbia privatizzato le strade principali e che, con la privatizzazione, ne sia stata imposta la chiusura a certe classi di veicoli (per esempio quelli più inquinanti) o un pedaggio per il transito di tutti i veicoli senza distinzioni. Ora, diremmo che, poiché la libertà di circolazione stradale ne risulta limitata se non, in alcuni casi, di fatto impedita, essa non è più un diritto? Oppure continueremmo a guardare alla libertà di circolazione come a un diritto, sebbene largamente ineffettivo rispetto a una sua modalità di esercizio piuttosto significativa, appunto la circolazione stradale? Insomma, in questo

²⁴ Cfr. C. Salazar, *op. cit.*, 21.

²⁵ Cfr. E. Diciotti, *op. cit.*, 94-97.

²⁶ Cfr. G. Pino, *op. cit.*, 505.

²⁷ Per tutti cfr. V. Onida, *op. cit.*, 104: «Nel campo dei diritti sociali, infatti, l'effettività non è solo una condizione, per così dire ulteriore, di un diritto che già di per sé può esistere giuridicamente, ma è condizione di esistenza stessa del diritto».

caso, non saremmo portati a considerare la libertà di circolazione semplicemente un diritto non efficacemente garantito? Ma allora perché dovremmo giungere a conclusioni diverse rispetto a diritti sociali altrettanto non efficacemente garantiti?

5. Conclusioni

Sottolineando la problematicità della tesi che identifica nell'effettività dei diritti sociali una condizione necessaria della loro stessa esistenza come diritti, non si è inteso in alcun modo sminuire le complesse questioni che attengono alla misura delle prestazioni richieste per la piena garanzia dei diritti, ma solo segnalare che questi problemi riguardano tutti i diritti (o comunque la gran parte di essi; segnatamente tutti i diritti – siano essi di libertà o sociali – che possiedono una componente prestazionale).

È innegabile che quello dell'effettiva garanzia dei diritti è un problema oggi particolarmente avvertito, in una fase, come quella che stiamo attraversando, di dichiarata scarsità di risorse, di indebitamento crescente e di sostanziale stagnazione economica. Del resto, non è un caso che si faccia sempre più intenso il dibattito circa la soglia di garanzia della misura delle prestazioni sociali erogate, anche attraverso l'introduzione di nuove nozioni, di incerto contenuto semantico, e dall'ambito di applicazione assai sfumato, che richiederebbero una riflessione analitica approfondita: 'contenuto essenziale' dei diritti, 'nucleo minimo' dei diritti, 'livello essenziale di prestazione' o 'di assistenza'.

Obiettivo – assai più circoscritto, ma preliminare a questa analisi – di questo intervento è di ribadire quella che sembra un'ovvietà. La garanzia dei diritti richiede risorse pubbliche. Dal loro uso, che è sempre l'esito di decisioni politiche, dipende l'effettività dei diritti, la cui salvaguardia – più o meno piena – deriva da scelte circa la misura e le modalità d'impiego delle risorse finanziarie del bilancio pubblico²⁸. Le crisi economiche – come quella attualmente in corso – non investono tutti i diritti allo stesso modo; piuttosto si ripercuotono con più intensità soprattutto su quei diritti, come i diritti sociali, "che sono considerati più deboli"²⁹ per effetto di concezioni (teorico-giuridiche) svalutative che, seppure negli ultimi decenni appaiono sempre più screditate, rimangono comunque dominanti nel dibattito pubblico.

Riaffermare la parità giuridica delle due classiche categorie di diritti insistendo sulla funzione redistributiva che contraddistingue i diritti sociali e che appare estranea ai diritti di libertà – come si è provato a fare in questo breve contributo – significa rimettere al centro della discussione pubblica il principio costituzionale dell'eguaglianza sostanziale.

L'ineffettività dei diritti sociali, la mancata previsione di adeguate garanzie per la loro tutela, produce disuguaglianze che, quando superano una certa soglia, vanno fermamente stigmatizzate come "inaccettabili"³⁰: riavviare una riflessione sui diritti sociali da questa fondamentale premessa può contribuire ad evidenziare come oggi sia proprio sulla disuguaglianza che "si gioca una partita decisiva: quella che oppone la democrazia e la giustizia sociale all'ascesa del 'capitalismo oligarchico'"³¹.

Abstract

²⁸ Cfr. R. Bin, *op. cit.*, 10.

²⁹ *Ivi*, 30.

³⁰ Cfr. P. Van Parijs, *Il reddito minimo universale*, Milano, 2006 e da ultimo M. Franzini, *Disuguaglianze inaccettabili. L'immobilità economica in Italia*, Bologna, 2014.

³¹ M. Franzini, M. Pianta, *Disuguaglianze. Quante sono, come combatterle*, Roma, 2016, 178.

FABRIZIO MASTROMARTINO

One of the aims of this paper is to reaffirm the legal equality of rights traditionally classified under the classic categories of 'liberty rights' and 'social rights': all of them are indiscriminately ordered to the ultimate end of the full development of the human person. Despite this common purpose, it appears nonetheless useful to continue to distinguish social rights from liberty rights: although between them there is not any structural or instrumental difference, social rights only, unlike liberty rights, perform a redistributive function essentially traceable to the constitutional principle of substantive equality.

Diritto alla salute e libertà economiche: analisi di un difficile bilanciamento attraverso i casi *Ilva* e *Texaco-Chevron*

Sommario: 1. Introduzione - 2. Il caso dell'*Ilva* di Taranto - 3. Il caso *Texaco-Chevron* in Ecuador - 4. Note conclusive

1. Introduzione

Il presente contributo si propone di affrontare la complessa tematica del bilanciamento tra il diritto alla salute e all'ambiente salubre da un lato e le libertà economiche dall'altro.

Quella del bilanciamento tra interessi e diritti è una questione rilevante nel panorama del diritto e della giurisprudenza costituzionale¹. I contesti democratici che emergono nell'Europa del secondo dopoguerra sono, infatti, caratterizzati da un pluralismo dei valori e dei principi che presuppone necessariamente che fra questi ultimi si instauri un regime di confronto che ne permetta la reciproca coesistenza². Sebbene le posizioni dottrinali sul tema del bilanciamento, il suo ruolo e le sue conseguenze sui diritti e sull'ordinamento costituzionale siano molto diverse³, resta di fatto indiscutibile l'utilizzo di tale tecnica di composizione di interessi in conflitto da parte del legislatore e nella giurisprudenza.

Questo comporta necessariamente l'individuazione di criteri di prevalenza e la definizione del "contenuto essenziale" o "minimo" del diritto da salvaguardare nell'ambito del bilanciamento, nell'ottica dell'imposizione del minor sacrificio possibile⁴ e della salvaguardia dei livelli essenziali delle prestazioni *ex art. 117, c. 2, lett. m), Cost.* La nozione di nucleo essenziale è tuttavia piuttosto indefinita e si presta ad essere, dunque, ampliata o ristretta con una certa discrezionalità in sede di bilanciamento, come dimostra la giurisprudenza oscillante nelle materie che qui interessano: diritto alla salute⁵, tutela ambientale⁶ e libertà economiche⁷.

Alle proclamazioni di principio presenti in alcune pronunce⁸ si accostano quelle nelle quali si verifica un'applicazione del bilanciamento nel caso concreto che induce ad interrogarsi sulla portata reale della tutela dei beni salute e ambiente rispetto a quella dell'iniziativa economica privata e dell'impresa⁹. Ciò ha indotto parte della dottrina a chiedersi se la Costituzione non indichi già, nel proprio testo, un nucleo di principi dotati di una solidità inattaccabile, proprio perché collegati all'obiettivo e alla premessa del nostro ordinamento costituzionale: il pieno sviluppo della persona

¹ Per una definizione e un'analisi problematica del bilanciamento si rinvia a A. Morrone, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, t. II, Milano, 2008.

² Sul punto si veda G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

³ Si vedano, *ex multis*, G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit.; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; A. Morrone, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014; N. Zanon, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. cost.*, n. 4/2015; M. Dogliani, *Il "posto" del diritto costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993; per una sintesi dei vari approcci dottrinali si veda A. Morrone, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, cit.

⁴ Si veda, ad esempio, Corte cost., sent. 6-7-1994, n. 304, nella quale si decreta che in caso di violazione del «nucleo essenziale del diritto alla salute connesso all'inviolabile dignità della persona umana, ci si troverebbe di fronte a un esercizio macroscopicamente irragionevole della discrezionalità legislativa».

⁵ Per il quale si rinvia a M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e soc.*, 4/1980, 769 ss.

⁶ Da ultimo: B. Vimercati, *Il diritto ai beni vitali*, in corso di pubblicazione in *Atti del convegno annuale del Gruppo di Pisa*, 2016, 19-32, reperibile nel sito www.gruppodipisa.it.

⁷ M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova 1983.

⁸ Si vedano, a titolo esemplificativo, le seguenti sentenze della Corte costituzionale: 25-11-1987, n. 479; 12-10-1988, n. 992; 17-1-1991 n. 37; 5-7-2001, n. 252 e ord. 26-7-1993, n. 365.

⁹ Sempre a titolo di esempio si rinvia alle sentt. Corte cost.: 7-3-1990, n. 127; 24-6-2004 n. 196 e, in riferimento al bilanciamento tra salute ed esigenze della finanza pubblica, 7-7-1999, n. 309; 13-11-2000, n. 509; 28-11-2005, n. 432; 22-10-2008, n. 354.

umana (art. 3, c. 2 Cost.)¹⁰. I diritti alla salute, all'ambiente salubre, al lavoro e, in generale, tutti i diritti della persona nell'ambito dello stato sociale, si profilerebbero come pilastri del nostro ordinamento e dovrebbero lasciare spazio a un «bilanciamento diseguale»¹¹ che ne determini la prevalenza qualora si trovino a confliggere, ad esempio, con i diritti economici.

La vastità e complessità del tema impone, in questa sede, una trattazione limitata delle questioni sollevate, che muoverà dal raffronto tra due casi di studio: il primo concernente la vicenda dell'Ilva di Taranto, il più grande sito europeo per la fabbricazione dell'acciaio; il secondo attinente la disputa legale tra la Repubblica dell'Ecuador e la società petrolifera statunitense Texaco, acquisita nel 2001 dall'impresa transnazionale Chevron. Sebbene i due casi appaiano lontani (geograficamente e giuridicamente), entrambi rappresentano il paradigma di un conflitto fra la salute, la tutela ambientale e le esigenze del mercato. Il loro accostamento è dunque utile al fine di indagare le modalità con le quali ordinamenti giuridici, che traggono fondamento da una storia e da radici culturali profondamente diverse, affrontino i contrasti fra i diritti.

Se da un lato il contesto del costituzionalismo italiano, in linea con quello europeo del secondo dopoguerra, è caratterizzato dalla centralità della persona e dei suoi diritti¹²; dall'altro, la nuova costituzione ecuadoriana adottata nel 2008¹³, si colloca nell'ambito del *nuevo constitucionalismo* andino che, distaccandosi da principi e testi costituzionali di origine coloniale, ha dato rilievo alle comunità indigene, gettando le basi per la costruzione di un mondo diverso da quello "occidentale", basato su un rinnovato rapporto uomo-comunità-ambiente, sul riconoscimento della natura come soggetto di diritto e su un nuovo modello economico che pone al centro il *buen vivir*¹⁴.

Altra differenza tra i due casi attiene alla struttura stessa dell'impresa: nazionale l'Ilva, transnazionale la Texaco-Chevron. Tuttavia, proprio il riproporsi di profili di scontro fra i medesimi elementi sottolinea l'importanza di un'indagine sull'effettività della tutela di quei diritti che appaiono immediatamente fondamentali e prioritari anche in contesti giuridicamente diversi.

2. Il caso dell'Ilva di Taranto

Ci si limiterà in questa sede a ricordare i nodi più rilevanti della vicenda dello stabilimento Ilva di Taranto.

Il 26 luglio 2012 il Gip presso il Tribunale di Taranto ha ordinato il sequestro di alcune aree, impianti e materiali dello stabilimento, denunciando la grave situazione di emergenza ambientale e sanitaria -imputabile alle emissioni inquinanti- e disposto svariati arresti per i reati di disastro ambientale rimozione o omissione dolosa di cautele a salvaguardia della salute dei lavoratori, avvelenamento di sostanze destinate all'alimentazione. La perizia epidemiologica riferisce che «l'esposizione continuata agli inquinanti dell'atmosfera emessi dall'impianto siderurgico ha causato e causa nella popolazione ... eventi di malattia e di morte» e ne svela le percentuali allarmanti, soprattutto tra i lavoratori che hanno prestato servizio come operai nello stabilimento¹⁵.

¹⁰ L. Carlassare, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Milano, 2012, 27 ss.

¹¹ G. Azzariti, *Le garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, carta dei diritti e Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, C. Salvi (cur.), Torino, 2012, 88 ss.

¹² Sul costituzionalismo europeo, *ex multis*: G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013.

¹³ Per una panoramica dei processi costituenti in America latina si veda F. Ramírez Gallegos, *Processo costituente ecuadoriano e legittimazione democratica: un contrappunto andino*, in S. Bagni (cur.), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, 2013.

¹⁴ S. Bagni (cur.), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir*, cit., 11, 19-21.

¹⁵ Le conclusioni della perizia, firmata da A. Biggeri, F. Forastiere, M. Triassi, sono reperibili nel sito della rivista *Epidemiologia e prevenzione*, in www.epiprev.it. Eccesso di mortalità per patologia tumorale (+11%), in particolare per tumore dello stomaco (+107), della pleura (+71%), della prostata (+50) e della vescica (+69%). Tra le malattie non

Con il decreto-legge 3 dicembre 2012, n. 207, convertito, con modificazioni, in legge 24 dicembre 2012, n. 231, il governo ha autorizzato l'Ilva, riconosciuta stabilimento di «interesse strategico nazionale»¹⁶, alla prosecuzione dell'attività produttiva e commercializzazione dei prodotti, reimmettendola nel possesso dei beni sequestrati, per un periodo non superiore ai 36 mesi. Questo nonostante l'adozione di un provvedimento di sequestro giudiziario dei beni dell'impresa, in funzione dell'asserita «assoluta necessità di salvaguardia dell'occupazione e della produzione» e a condizione che venissero rispettate le prescrizioni contenute nell'autorizzazione integrata ambientale rilasciata in sede di riesame dal Ministero dell'Ambiente al fine di garantire la tutela di ambiente e salute «sulla base delle migliori tecniche disponibili».

I profili critici¹⁷ conseguenti all'adozione dal decreto-legge 207/2012 sono principalmente due: da una parte, quello di incostituzionalità presunta per violazione, tra gli altri, degli art. 32 e 41, c. 2, Cost. e dall'altra quello del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, poiché il decreto governativo ha nei fatti reso nulla l'efficacia dei provvedimenti giudiziari già adottati, profilando una consistente violazione della separazione dei poteri¹⁸.

Nel gennaio 2013 i magistrati del Tribunale di Taranto hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte circa gli articoli 1 e 3 della legge 231/2012, ritenuti in contrasto con numerose norme costituzionali¹⁹. La Corte si è pronunciata con sentenza 9 aprile 2013, n. 85.

Prescindendo dalla questione, pur determinante, del *vulnus* del principio della separazione dei poteri, sarà qui considerato esclusivamente il giudizio di ragionevolezza circa il bilanciamento attuato dal legislatore tra i diritti fondamentali alla salute (art. 32 Cost.), all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali. La Consulta ritiene che «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» perché, in caso contrario «si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». La Corte non aderisce inoltre alla tesi del giudice rimettente secondo la quale «l'aggettivo fondamentale, contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un carattere preminente del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona», poiché non esisterebbe nella nostra Carta una rigida gerarchia tra diritti fondamentali, che richiedono piuttosto un «continuo e vicendevole bilanciamento ... senza pretese di assolutezza per nessuno di essi». Il fatto che i valori dell'ambiente e della salute siano definiti come “primari” significa che gli stessi «non possono essere sacrificati ad altri interessi ... non che siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto»²⁰. Sulla base di simili osservazioni, la Consulta ritiene proporzionale e ragionevole il bilanciamento tra i diritti

tumorali sono risultate in eccesso quelle neurologiche (+64%) e cardiache (+14%). Anche gli impiegati hanno presentato eccessi di mortalità per tumore della pleura (+135%) e dell'encefalo (+111%).

¹⁶ Tale attributo è stato utilizzato dal legislatore in riferimento ad aree destinate alla costruzione di opere particolarmente contestate, come alcuni territori della Val di Susa interessati dal tracciato del TAV, così G. Arconzo, *Note critiche sul “decreto legge ad Ilvam”, tra legislazione provvedimento, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2013, 20.

¹⁷ Per un quadro esaustivo si veda G. Bucci, *L'Ilva come laboratorio di uno Stato neo-corporativo tra conflitti di potere e disastri socio-ambientali*, in *La nuova dimensione istituzionale dei processi economico-sociali*, G. Luchena, V. Teotonico (cur.), Bari 2015, 94-95.

¹⁸ R. Bin, *L'Ilva e il soldato Baldini*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2013, 5; A. Morelli, *Il decreto Ilva: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2013, 7-11.

¹⁹ Artt. 2, 3, 9 c. 2, 24 c. 1, 25 c.1, 27 c. 1, 32, 41 c. 2, 101, 102, 103, 104, 107, 111, 112, 113 e 117 c. 1 Cost.

²⁰ Corte cost., sent. n. 85/2013, p.to 9 *cons. dir.*

effettuato dalla disciplina censurata e dichiara in parte inammissibili ed in parte infondate le questioni sollevate dal giudice di Taranto.

Risultano opportune alcune considerazioni di carattere generale. Innanzitutto le conclusioni della Corte nella sentenza 85/2013 si pongono in contraddizione con alcune sue pronunce precedenti²¹.

Secondariamente, la sentenza 85/2013 si pone in linea di continuità con una tendenza maggioritaria che vede il diritto alla salute sottoposto a continui ridimensionamenti, soprattutto con l'avvento e la "normalizzazione" della crisi economica. La salute, unico diritto esplicitamente definito «fondamentale» dal testo costituzionale (art. 32, c. 1 Cost.)²², ha infatti conosciuto un primo tentativo di ridefinizione mediante l'affermazione, da parte di un certo orientamento dottrinale, della sua essenza di "norma meramente programmatica"²³. Negli ultimi decenni si dichiara la sua natura di «diritto finanziariamente condizionato»²⁴ e, con l'introduzione nella nostra Carta del principio dell'equilibrio di bilancio (legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1), assistiamo alla crescente affermazione giurisprudenziale della necessità di bilanciare quest'ultimo con i diritti fondamentali, collocando i due elementi sullo stesso piano e assumendo implicitamente che siano di pari valore²⁵. Tuttavia, sebbene la Corte asserisca la necessità di evitare la formazione di una gerarchia fra le norme costituzionali, è pur vero che il bilanciamento concreto impone al giudice di far prevalere uno solo dei diritti concorrenti, che troverà tutela a discapito degli interessi considerati meno consonanti con il valore dominante in una determinata comunità giuridica²⁶. Se una qualche espressione di "tirannia" dei diritti deve dunque insorgere, pare imprescindibile risolvere i conflitti tra di essi secondo i criteri delineati dalla Carta costituzionale stessa, e in questo caso il carattere di "fondamentalità" riconosciuto al diritto alla salute (e all'ambiente salubre²⁷) non può che deporre a favore del primato della sua tutela. In caso contrario dovremmo ritenere vuoto il concetto di "fondamentale", che è invece indicatore di preminenza ontologica del diritto alla salute, immediatamente inerente alla persona umana di cui all'art. 3 Cost. Alla medesima conclusione si dovrebbe arrivare richiamando il concetto di tutela «sistemica» delle norme costituzionali²⁸: è necessario che il bilanciamento non trascuri quelle «priorità costituzionali» che è compito dell'ordinamento realizzare²⁹.

²¹ *Ex multis*: Corte cost., sent. 7-3-1990, n. 127 («il limite massimo di emissione inquinante ... non potrà mai superare quello ultimo assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell'ambiente in cui l'uomo vive ... affidata al principio fondamentale di cui all'art. 32 della Costituzione, cui lo stesso art. 41, secondo comma, si richiama») e Corte cost., sent. 16-7-2009 n. 250, p.to 6.2 *cons. dir.*

²² M. Luciani, *Salute (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXVII, Roma, 1991.

²³ Sul punto si veda L. Carlassare, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. Alessi (cur.), *L'amministrazione sanitaria*, Milano, 1967, 113-116. L'autrice ritiene che l'art. 32 sia effettivamente identificabile come norma programmatica nella misura in cui ciò stia ad indicare che la sua portata effettiva travalichi la lettera del testo e l'ambito prettamente sanitario, ma non possa essere così definito qualora tale denominazione sia utilizzata per qualificarlo come mera dichiarazione di intenzioni, utile per fornire un indirizzo al legislatore, ma priva di immediata e diretta precettività. Sulla questione si veda anche R. Ferrara, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in R. Ferrara (cur.), *Trattato di biodiritto, salute e sanità*, Milano, 2010, 23-24.

²⁴ La giurisprudenza sul punto è molto vasta, a titolo esemplificativo si vedano Corte cost., sentt. 7-7-1999, n. 309 e Corte cost., sent. 13-11-2000, n. 509.

²⁵ Sottolinea efficacemente i nodi problematici del bilanciamento tra il diritto alla salute e l'equilibrio di bilancio F. Pallante, *Diritti costituzionali ed equilibrio di bilancio: il Consiglio di Stato torna agli anni Cinquanta*, in *Democrazia e diritto*, 1/2015.

²⁶ A. Cantaro, *Giustizia e diritto nella scienza giuridica europea*, in A. Cantaro (cur.), *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, Torino, 2011, 23.

²⁷ Definito «prolungamento e naturale evoluzione di una tutela della salute che non può essere intesa come mera integrità psico-fisica» e «imputabile a ciascun consociato per il suo stesso essere persona umana», così in M. Luciani, *Salute (diritto costituzionale)*, cit.

²⁸ Corte cost., sent. n. 85/2013, p.to 9 *cons. dir.*

²⁹ L. Carlassare, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in www.costituzionalismo.it, 3/2015, 151-153.

Al di là delle considerazioni generali, occorre soffermarsi su due punti specifici della sentenza 85/2013. In primo luogo rileva la contrapposizione che interessa il diritto al lavoro e il diritto alla salute (e all'ambiente salubre). Secondo quanto riportato dal giudice rimettente, tale contrasto non dovrebbe porsi, in quanto «non sembra che il diritto al lavoro riconosciuto dalla Costituzione ... possa essere inteso quale diritto ad un lavoro purchessia, tale da pregiudicare ... la salute ... ma solo come diritto ad un lavoro che ... si svolga nel pieno rispetto di tutti i diritti fondamentali della persona», presupponendo dunque imprescindibilmente la tutela della salute³⁰. Tale posizione risulta coerente con la definizione di salute fornita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) come «stato di completo benessere fisico, mentale e sociale» che «costituisce un diritto fondamentale di ogni essere umano»³¹. Tuttavia l'antagonismo tra i due diritti si presenta qualora, come nel caso di specie, il diritto al lavoro venga considerato nella sua dimensione di «strumento» del diritto alla produzione, sorta di “schermo” rispetto alle esigenze di quest'ultima³². Simile espediente viene utilizzato poiché non sarebbe configurabile un bilanciamento diretto tra il diritto alla salute e la libertà di produzione, dal momento in cui l'art. 41, c. 2, Cost. stabilisce già un ordine di priorità tra i due diritti, asserendo che l'iniziativa economica privata «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»³³.

Possiamo dunque ritenere che la Corte abbia effettuato un bilanciamento “strategico”, trasformando il lavoro, grazie anche all'argomento dell'«emergenza occupazionale», in strumento di difesa della produzione.

È interessante considerare i risvolti pratici dall'affermazione del non irragionevole bilanciamento dei diritti nell'ambito del d.l. n. 207/2012. Al di là dei dubbi circa l'effettivo rispetto del criterio della ragionevolezza, che dovrebbe essere coerente con i principi costituzionali³⁴, e delle perplessità sulla tutela reale quantomeno del «nucleo essenziale» del diritto alla salute, è opportuno chiedersi a cosa abbiano condotto le considerazioni della Corte circa la legittimità della normativa che consente la prosecuzione dell'attività dell'Ilva.

Nell'aggiornamento dello studio Sentieri, in riferimento al sito d'interesse nazionale di Taranto, si sottolinea la permanenza di una condizione sanitaria critica della popolazione e un eccesso di rischio, in particolar modo per i bambini, chiaramente riconducibile all'esposizione ad inquinamento ambientale³⁵. Sono inoltre proseguite le relazioni di collusione tra il gruppo Riva e i pubblici poteri, i decreti favorevoli all'impresa, le omissioni nei controlli; dal processo in corso e dalle inchieste precedenti emergono i nodi di una scandalosa «rete di connivenze»³⁶. Nel maggio 2016 la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accolto la richiesta di 182 cittadini di Taranto in merito all'accertamento della responsabilità dello Stato italiano per mancata tutela della vita e della salute.

Il bilanciamento “strategico” effettuato dal giudice delle leggi ha dunque lasciato spazio, nei fatti, ad uno svuotamento di quei diritti fondamentali che richiederebbero invece una piena protezione. Ciò ha determinato una scelta netta a favore degli interessi produttivi a discapito di diritti fondamentali della persona umana.

³⁰ Ord. del 22 gennaio 2013, n. 19, emessa dal Gip del Tribunale di Taranto, in GU n. 6, prima serie speciale, 2013.

³¹ Costituzione dell'OMS, firmata a NY il 22 luglio 1946 ed entrata in vigore il 7 aprile 1948.

³² P. Pascucci, *La salvaguardia dell'occupazione nel decreto “salva Ilva”. Diritto alla salute vs diritto al lavoro?*, in *I working papers di olympus, Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro*, n. 27/2013.

³³ M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 67-68. L' A. afferma che, in caso di conflitto tra il diritto di iniziativa economica e un diritto fondamentale, il primo dovrà sicuramente arretrare. Sul concetto-valvola di utilità sociale si veda *ibidem*, 77 ss.

³⁴ L. Carlassare, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, cit., 154.

³⁵ Relazione completa sull'aggiornamento dello Studio Sentieri, Istituto Superiore di Sanità, 2014, 156-162.

³⁶ G. Bucci, *L'Ilva come laboratorio di uno Stato neo-corporativo*, cit., 83-91.

3. Il caso *Texaco-Chevron* in Ecuador

La storia del disastro ambientale, sanitario e umano causato dalle operazioni estrattive di Texaco³⁷ (acquisita, nel 2001, da Chevron) nella regione amazzonica di Lago Agrio si compone di numerose vicende che si svolgono nell'arco dei 28 anni di attività della compagnia in Ecuador (1964-1992) e interessano anche i giorni nostri. Il quadro della vicenda che verrà tracciato sarà dunque necessariamente sommario.

Gli accordi tra il governo ecuadoriano e la TexPet (società sussidiaria di Texaco) per lo sfruttamento petrolifero iniziarono negli anni 1960. La scoperta dei giacimenti generò una vera e propria corsa al petrolio, che divenne rapidamente l'elemento centrale dell'economia del Paese. La politica economica e i piani di sviluppo nazionali furono da allora inscindibilmente legati all'oro nero, decretando la crescente dipendenza dell'Ecuador dagli investimenti stranieri³⁸.

Nel 1992, con la cessazione delle attività estrattive della Texaco, si estinse anche l'accordo tra la società e il governo ecuadoriano. Il trentennio di attività comportò tuttavia ingenti danni dovuti agli enormi quantitativi di rifiuti tossici, alle fuoriuscite petrolifere, alle trivellazioni, alle centinaia di chilometri di oleodotti e una forte contaminazione ambientale derivante dallo sversamento delle acque reflue nei corsi fluviali, circostanza che portò alla riduzione e contaminazione delle risorse ambientali e alimentari delle comunità locali. La diretta conseguenza fu un incremento delle malattie, soprattutto oncologiche³⁹.

A partire dal 1993 e fino al 2002 venne promossa una prima *class action* (*Aguinda v. Texaco*) contro Texaco dinanzi al Tribunale di New York, sulla base dell'*Alien Tort Claims Act*⁴⁰. Il giudizio si concluse con una dichiarazione di incompetenza da parte della Corte, basata sulla dottrina del *forum non conveniens*⁴¹, a favore dell'apertura di un contenzioso in Ecuador, poiché «these cases have everything to do with Ecuador and nothing to do with the United States»⁴². Tale decisione si basò tuttavia anche sulla presunta distinzione tra la Texaco come società madre, con sede negli Stati Uniti, e la sua sussidiaria ecuadoriana, che avrebbe goduto di una sostanziale autonomia decisionale⁴³. Questo argomento costituisce il punto nodale del problema della responsabilità delle imprese transnazionali per violazione dei diritti fondamentali: la loro peculiarità è costituita dall'essere enti economici unici che possono però agire tramite più di un soggetto giuridico e in molteplici ordinamenti, rendendo maggiormente complessa l'eventuale attribuzione di responsabilità in capo alla casa madre o alle filiali⁴⁴.

Nel 2003 il ricorso venne dunque intentato dinanzi al giudice ecuadoriano. Nei nove anni di contenzioso che seguirono si verificarono numerose battute d'arresto dovute, in particolare, alle

³⁷ Per una precisa ricostruzione si rinvia a J. Kimerling, *Lessons from the Chevron Ecuador litigation: the proposed intervenors' perspective*, in *Stanford Journal of Complex Litigation*, 2013, 241-294; S. Buccina, D. Chene, J. Gramlich, *Accounting for the environmental impacts of Texaco's operations in Ecuador: Chevron's contingent environmental liability disclosures*, in *Accounting Forum*, 2013, 110-123.

³⁸ J. Kimerling, *Oil, Contact, and Conservation in the Amazon: Indigenous Huaorani, Chevron, and Yasuni*, in *Colorado Journal of International Environmental Law & Policy*, 24, 2013, 46.

³⁹ Buccina, D. Chene, J. Gramlich, *Accounting for the environmental impacts*, cit.

⁴⁰ L'*Alien Tort Statute* (28 U.S.C. § 1350) afferma: «The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States».

⁴¹ Dottrina sulla base della quale a un tribunale è consentito licenziare una controversia che potrebbe essere decisa in una giurisdizione differente, nell'interesse della giustizia o per la convenienza delle parti. Così J. Kimerling, *Oil, Contact, and Conservation in the Amazon*, cit., 66.

⁴² *Aguinda v. Texaco Inc.*, United States District Court, S.D. New York, N. 93 Civ. 7527, 94 Civ. 9266, 2001.

⁴³ J. Kimerling, *Lessons from the Chevron Ecuador litigation*, cit., 246-247.

⁴⁴ Per un approfondimento della questione della responsabilità delle imprese transnazionali si rinvia a A. Jr Golia, *La responsabilità delle imprese transnazionali per violazione dei diritti fondamentali. Una prospettiva di diritto costituzionale comparato*, in www.gruppodipisa.it, 2015.

accuse di corruzione mosse dalla Chevron (che ha ormai acquisito la Texaco) nei confronti dei giudici ecuadoriani; furono aperti inoltre due nuovi giudizi in due diversi fori. Nel 2009 Chevron si rivolse alla Corte Permanente di Arbitrato (CPA) dell'Aia ritenendo che l'Ecuador avesse violato un accordo di esonero dalla responsabilità stipulato tra il governo e la Texaco nel 1998⁴⁵ e vari obblighi contenuti nel Trattato bilaterale per gli investimenti. Nel settembre 2013 la CPA accolse il ricorso della società. Il Tribunale ritenne infatti, secondo l'art. IV dell'*Acta Final* dell'accordo⁴⁶, che questo svincolasse effettivamente l'impresa e i suoi affiliati da ogni addebito⁴⁷, anche da una eventuale imputazione per disastro ambientale. Nel 2011 la società era tuttavia stata condannata dal giudice ecuadoriano al pagamento di un risarcimento pari a 19 miliardi di dollari, ridotto a circa 9,5 miliardi dalla Corte Nazionale di Giustizia nel novembre 2013. Tale somma costituisce ad oggi uno dei maggiori risarcimenti mai richiesti da uno Stato ad una società transnazionale. Chevron intentò inoltre, negli Stati Uniti, una causa contro l'avvocato americano Steven Donziger, parte del team legale dei querelanti nella vertenza di Lago Agrio, accusandolo di corruzione, frode e ostruzione della giustizia, in violazione del *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*. La *District Court* statunitense, nel marzo 2014, ritenne che, essendo stata ottenuta con la frode, la sentenza che condanna la Chevron al risarcimento avrebbe dovuto ritenersi inapplicabile negli Stati Uniti⁴⁸.

Il problema più rilevante, dopo la condanna alla riparazione dei danni ambientali e sociali da parte della Corte ecuadoriana, è quello relativo all'esecuzione effettiva della sentenza. Con l'abbandono del Paese nel 1993, Texaco-Chevron non aveva più attivi aggredibili in Ecuador. Al fine di ottenere il risarcimento, le vittime avrebbero dovuto dunque rivolgersi a Corti straniere⁴⁹. La richiesta di esecuzione della condanna venne negata dalla Corte Suprema Argentina, poiché ritenne che le società controllate presenti nel Paese fossero da considerarsi autonome e le misure contro Chevron contrarie alla politica pubblica nazionale⁵⁰. Anche negli Stati Uniti, come si è rilevato, avvenne lo stesso, mentre il giudizio risulta ancora pendente in Brasile. Solo il Canada, per il momento, ha mostrato una certa apertura nei confronti di tale eventualità. Nel settembre 2015 la Corte Suprema ha ammesso definitivamente la possibilità per le vittime di richiedere l'esecuzione della condanna in Canada, riconoscendo la propria giurisdizione sulla domanda avanzata dalle vittime⁵¹. Ciò naturalmente non è ancora sufficiente per rendere esecutiva la sentenza e reale il risarcimento alla popolazione interessata.

Dopo 24 anni di ricorsi e processi, nessuno ha ancora pagato per la devastazione dell'ecosistema amazzonico e il danno arrecato alle popolazioni. Chevron continua a proclamarsi estranea ad ogni responsabilità⁵² e si è impegnata affinché non venisse data esecuzione della sentenza ecuadoriana a livello globale.

⁴⁵ Grazie al quale il Governo scaricava per sempre *TexPet*, *Texaco* e affiliate da ogni responsabilità per ripristino ambientale.

⁴⁶ Che recita «el Gobierno y Petroecuador proceden a liberar, absolver y descargar para siempre a Texpet, ... y a todos sus respectivos agentes ... de cualquier demanda o reclamación del Gobierno de la República del Ecuador».

⁴⁷ Permanent Court of Arbitration, case n. 2009-23.

⁴⁸ *Chevron Corp. v. Donziger*, United States District Court, S.D. New York, N. 11 Civ. 0691 (LAK), 2014. La Corte osserva inoltre che «the issue in this case is not what happened ... more than twenty years ago and who, if anyone, now is responsible for any wrongs then done. The issue here, instead, is whether a court decision was procured by corrupt means, regardless of whether the cause was just».

⁴⁹ Per una ricostruzione si rinvia a A. Pigrau, *The Texaco-Chevron case in Ecuador: law and justice in the age of globalization*, in *Revista catalana de dret ambiental*, 5, n. 1/2014, 26-33.

⁵⁰ Nel medesimo periodo l'Argentina stava infatti conducendo una serie di negoziati con la Chevron per un investimento multimilionario nel Paese. Così A. Pigrau, *The Texaco-Chevron case in Ecuador*, cit., 33.

⁵¹ Supreme Court of Canada, *Chevron Corp. v. Yaiguaje*, 2015 SCC 42, [2015] 3.

⁵² Sul proprio sito la società sottolinea che «Chevron has never operated in Ecuador».

La vicenda della Chevron costituisce un paradigma dell'annosa questione della responsabilità delle imprese transnazionali, soggetti che, nonostante operino nell'ambito globale avvantaggiandosi della pluralità delle organizzazioni giuridiche statali e delle istanze giudiziarie, continuano a non essere destinatarie di obblighi.

La sentenza della Corte Nazionale di Giustizia ecuadoriana risulta interessante essenzialmente sotto tre profili. Essa si inserisce innanzitutto nel contesto nella nuova Costituzione ecuadoriana del 2008, caratterizzata dal riconoscimento della natura come vero e proprio soggetto di diritto (art. 14, 30 e 71-74 Cost.)⁵³. Molto importante è poi la previsione della non legittimità dell'atto di esonero dalla responsabilità (*infra* nota 49) stipulato tra il governo e la Texpet. Se sulla base di tale accordo si prevede che il governo rinunci alla presentazione di ricorsi contro la società, lo stesso non può dirsi per le comunità che sono le vere titolari dei diritti alla salute e tutela ambientale⁵⁴. Il loro ricorso contro Chevron risulta dunque legittimo e può essere accolto. Infine, rispetto alla vicenda italiana, rileva che in Ecuador il problema del bilanciamento tra diritti e interessi sia superato dal fatto che, pur trovandosi formalmente questi ultimi tutti sullo stesso piano gerarchico, l'ordinamento risulti chiaramente fondato sul progetto statale di condurre la comunità verso il *buen vivir* (*sumak kawsay*)⁵⁵. Il "valore-guida", l'obiettivo costituzionale, è dunque chiaro agli occhi del giudice ecuadoriano, mentre lo stesso non è sostenibile in riferimento alla sentenza italiana, nonostante l'esistenza, anche nel nostro ordinamento, di «finalità costituzionalmente protette»⁵⁶.

Sebbene tale sentenza rappresenti un importante (e raro⁵⁷) esempio di "resistenza" del diritto costituzionale, frontiera per la protezione dei diritti fondamentali dinanzi a poteri che sono (troppo) scarsamente regolamentati, resta come dato di fatto l'estrema difficoltà di applicazione della sentenza e l'assenza, per il momento, di un risvolto sostanziale della condanna di Chevron.

4. Note conclusive

I due casi trattati sono accomunati da alcuni elementi sostanziali: la protratta violazione dei diritti fondamentali; la condiscendenza dei governi nei confronti degli interessi dell'impresa, che si traduce nel richiamo all'«interesse strategico nazionale» dell'attività economica come argomento legittimante la compressione dei diritti, quasi esistesse una sorta di interesse pubblico coincidente con gli interessi privati della produzione.

I due contesti giuridici interessati sono invece molto diversi. Ciononostante il *nuevo constitucionalismo* latinoamericano e il costituzionalismo europeo del secondo Novecento hanno in comune un approccio che pone al centro la tutela dei diritti fondamentali, nel primo caso orientati al perseguimento del *buen vivir* nell'ambito di politiche volte al miglioramento della qualità della vita per gli individui, le comunità e l'ambiente in reciproca armonia⁵⁸; nel secondo nell'ottica della

⁵³ AA.VV., *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir*, cit., 38-40.

⁵⁴ Corte Nacional de Justicia, *María Aguinda Salazar y otros v. Chevron Corp.*, juicio n. 174-2012, 182-187, 204. Resta tuttavia aperta la questione della violazione della decisione della CPA e il rilievo relativo all'applicazione retroattiva della *Ley de gestion ambiental* (artt. 28 e 43).

⁵⁵ La definizione del concetto non è univoca. Esso indica al contempo il vincolo delle politiche pubbliche al perseguimento di tutti i diritti secondo il principio di solidarietà, lo stesso che preordina il regime economico dello Stato, in una visione che affianca alla persona, la comunità e la natura. Così in S. Bagni., *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir*, cit., 35-40.

⁵⁶ L. Carlassare, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, cit., 151-153.

⁵⁷ Altro esempio di rilievo è costituito dalla sentenza della Corte Suprema indiana nel caso *Novartis* del 2013, per il quale si rinvia a A. Jr Golia, *La responsabilità delle imprese transnazionali*, cit.

⁵⁸ S. Baldin, *I diritti della natura: i risvolti giuridici dell'etica ambiental exigente in America latina*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2014, 12 ss.

DILETTA PAMELIN

«democrazia emancipante»⁵⁹ volta al perseguimento dell'eguaglianza sostanziale tra individui dotati di pari dignità umana. Il costituzionalismo emancipante è tuttavia in fase di regressione, avendo nella pratica gradualmente abbandonato il progetto di democrazia sociale partecipativa ed egualitaria, insidiata da un'economia di mercato altamente competitiva.

Il primo passo per cercare di riequilibrare il bilanciamento tra i diritti fondamentali e le libertà dell'impresa comporterebbe la riconquista del senso più profondo ed emancipante del progetto costituzionale e la sua attuazione, oltre alla valorizzazione delle conquiste del *nuevo constitucionalismo* latinoamericano.

Abstract

The present contribution deals with the difficult balance between the health, environmental protection and the economic freedom, aiming to highlight the main criticisms through the comparison of two cases: the first one about the ILVA of Taranto, the second one about the litigation between Ecuador and the Chevron oil company (former Texaco), responsible of irreversible damages to the environment and health of the local communities. These cases, apparently different, allow an analysis of different balancing procedure in the Italian and Ecuadorean context.

⁵⁹ A. Di Giovine, M. Dogliani, *Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, in *Quest. giust.*, n. 2/1993.

Il diritto fondamentale all'acqua fra beni economicamente rilevanti e proprietà collettiva demaniale

Sommario: 1. Le problematiche insite nella risorsa idrica. Introduzione - 2. La proprietà collettiva demaniale e il ruolo dei pubblici poteri - 3. Conclusioni

1. Le problematiche insite nella risorsa idrica. Introduzione

L'acqua è una risorsa indispensabile per la vita umana ma allo stesso tempo altamente vulnerabile. Partendo dalla convinzione che l'acqua sia un bene, ma anche un diritto e un servizio, la dottrina ha evidenziato la necessità di uno statuto giuridico che stabilisca canoni di tutela adeguati ad affrontare e risolvere le problematiche insite nella vulnerabilità della risorsa idrica e nella sua importanza all'interno di un ecosistema sostenibile.

La difficoltà principale non è quella di considerare l'acqua come un diritto e, quindi, di affermare che ogni essere umano abbia diritto all'acqua, ma di identificare il significato di accesso all'acqua e quali obblighi comporti ciò, nonché di individuare la tipologia di bene correlato a tale diritto.

Le caratteristiche della risorsa idrica fanno sì che il servizio idrico, deputato alla gestione dell'intero "ciclo dell'acqua"¹, debba soddisfare entrambe le necessità fra loro opposte: la tutela ambientale dell'acqua e la fruibilità universale della stessa, almeno per quella quantità necessaria ad assicurare i bisogni primari. In altre parole, per realizzare il diritto all'acqua e quindi l'accesso alla risorsa occorrono consistenti misure positive, tutte economicamente rilevanti.

I diritti fondamentali legati alla risorsa impongono che i poteri pubblici fortifichino l'azione di controllo e di regolazione al fine di piegare le regole economiche alla tutela dei diritti fondamentali. In concreto, riguardo la risorsa idrica, in un periodo di crisi economico-finanziaria, il potere pubblico deve far in modo che gli investimenti privati concorrano alla salvaguardia della risorsa e alla tutela dei diritti fondamentali legati alla stessa. Per evitare il rischio di una mercificazione della risorsa occorrerà individuare uno statuto giuridico dell'acqua in grado di tutelarla, a prescindere dalla presenza o meno degli investimenti privati. Occorre evitare, infatti, quello che è accaduto in alcuni paesi del Sudamerica, dove si è verificata una rivolta popolare perché fosse riconosciuto il diritto all'acqua².

Inoltre, l'attuazione dei diritti fondamentali legati alla risorsa idrica impone un servizio idrico adeguato a tali esigenze, oggi purtroppo non esistente, per realizzare il quale sarebbero necessari grandi programmi di investimento.

In altre parole il legislatore coadiuvato dall'attività del regolatore e quindi, in questo caso, dall'attività dell'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico (AEEGSI)³, deve attrarre gli investimenti privati per migliorare le infrastrutture del servizio idrico ma, allo stesso tempo, deve garantire i diritti fondamentali legati alla risorsa.

¹ Il servizio idrico integrato (SII) è definito dal D.lgs n. 152/2006 (T.U. ambiente).

² N. Lugaresi, *Diritto all'acqua e privatizzazione del servizio idrico*, in *L'acqua e il diritto*, Trento: Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, 2011, 43-72, in particolare 61 ss.; A. Ciervo, *Ya basta! Il concetto di comune nelle costituzioni latinoamericane*, in M. R. Marrella (cur.) *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012.

³ L'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico (AEEGSI) è un organismo indipendente, istituito con la legge 14 novembre 1995, n. 481 (Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità) con il compito di tutelare gli interessi dei consumatori e di promuovere la concorrenza, l'efficienza e la diffusione di servizi con adeguati livelli di qualità, attraverso l'attività di regolazione e di controllo. L'Autorità svolge inoltre una funzione consultiva nei confronti di Parlamento e Governo ai quali può formulare segnalazioni e proposte; presenta annualmente una Relazione Annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta. Con il d.l. n. 201/11, convertito nella l. n. 214/11, all'Autorità sono state attribuite competenze anche in materia di servizi idrici.

La necessità di attrarre investimenti privati è dettata dall'inadeguatezza delle nostre reti idriche, soprattutto per ciò che riguarda la depurazione al punto che, questa inadeguatezza ha comportato negli ultimi anni l'apertura di diverse procedure di infrazione da parte della Commissione europea per il mancato adeguamento degli impianti di depurazione⁴.

Il dovere di lasciare alle generazioni future un capitale naturale idoneo ad uno standard di vita adeguato, almeno simile al nostro, nello specifico caso della risorsa idrica, deve essere coadiuvato dalla conservazione di un capitale, costituito dalle risorse economiche necessarie per adeguare le infrastrutture alle sempre mutevoli esigenze ambientali. Le mutevoli esigenze ambientali, infatti, impongono un costante adeguamento delle reti e continui investimenti⁵.

Il giurista, quindi, ha il dovere di ricercare uno scudo giuridico che possa tutelare la risorsa idrica da possibili appropriazioni illegittime o mercificazione della stessa, in modo da permettere l'intervento finanziario dei privati per il raggiungimento dell'obiettivo, tutelare la risorsa ed assicurare l'accesso alla medesima. Il raggiungimento degli obiettivi prefissati potrà avvenire a prescindere da una gestione pubblica o privata.

L'acqua è un bene indispensabile per la vita, ma può essere considerata anche un bene economicamente rilevante. La rilevanza economica della risorsa idrica non comporta obbligatoriamente la mercificazione della stessa; infatti, la non appropriabilità del bene è garantita dalla titolarità della proprietà e non dalla titolarità della sua gestione; la titolarità della proprietà e la titolarità della gestione sono due momenti separabili. In altre parole, l'appartenenza collettiva tutela la risorsa idrica da possibili appropriazioni che diverrebbero illegittime; la possibilità di far partecipare i privati alla gestione del servizio, invece, può consentire un utilizzo di capitali non pubblici che potrebbero favorire l'ammodernamento delle reti e, quindi, una maggiore tutela ambientale della risorsa. Quest'ultimo aspetto sarebbe possibile solamente con una adeguata azione di controllo e di regolazione da parte di una autorità, quale l'AEEGSI⁶.

Quanto appena riportato rappresenterebbe una possibilità ulteriore per l'attuazione del diritto fondamentale all'acqua.

Occorre segnalare che il diritto fondamentale della persona all'acqua, inteso come garanzia della disponibilità di una risorsa idrica di buona qualità ed in quantità sufficiente per garantire il soddisfacimento dei più elementari bisogni della vita quotidiana, in condizioni di eguaglianza e con le caratteristiche dell'universalità, sia come diritto soggettivo o collettivo all'acqua, non è preso esplicitamente in considerazione dalla Costituzione repubblicana del 1948. Infatti, in passato la difficoltà nell'approvvigionamento idrico non era considerata una minaccia, poiché la scarsità della risorsa non era percepita come mancanza della stessa, ma semplicemente come un problema di efficienza del sistema infrastrutturale, cioè del sistema acquedottistico⁷.

⁴ Dal monitoraggio avviato dall'Autorità nel 2013 è emerso che su un fabbisogno di investimenti preventivato per il settore, fra l'altro sottostimato, si è realizzato un tasso medio di interventi prossimo al 56%, si veda il documento per la consultazione, 25.07.2013, 339/2013/R/idr, "Fabbisogno di investimenti e individuazione degli strumenti di finanziamento per il raggiungimento degli obiettivi di qualità ambientale e della risorsa idrica- *primi orientamenti*-"; in Italia, oltre la problematica della depurazione occorre monitorare anche il problema delle perdite idriche, che arrivano, in determinate zone, fino al 78%, si v. ANEA, *I servizi idrici a quindici anni dalla riforma*, Roma, 2009.

⁵ A. de Carli, A. Massarutto, V. Paccagnan, *La valutazione economica delle politiche idriche: dall'efficienza alla sostenibilità*, in www.researchgate.net, 2003.

⁶ S. Sileoni, *Acqua*, in E. Somaini (cur.), *I Beni Comuni oltre i luoghi comuni*, Torino, 2015, 117 ss.

⁷ D. Zolo, *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo. Il caso palestinese*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 126.

Tuttavia, le disposizioni costituzionali da cui trarre, comunque, in via interpretativa la copertura di un diritto all'acqua, sono molteplici e per questo ci si limita a rinviare alla copiosa dottrina che ha trattato il tema con riferimento alla tutela dei diritti sociali⁸.

Il riconoscimento di uno specifico diritto all'acqua, pur rappresentando un passaggio obbligatorio, necessita però - come si è osservato - di una serie di misure positive attuative di investimenti che consentano la realizzazione delle infrastrutture⁹.

Riguardo il Servizio idrico integrato (SII), necessario per assicurare il diritto all'acqua, la sfida che il legislatore prima e l'amministrazione poi devono affrontare consiste proprio nel mantenere un equilibrio tra la protezione dei diritti fondamentali e il risparmio delle risorse pubbliche.

Al fine di fornire un'ipotesi per la risoluzione di alcune problematiche insite nella risorsa idrica e nel relativo servizio si procederà a ricercare, attraverso una interpretazione sistematica dell'intero sistema normativo italiano, uno statuto giuridico dell'acqua che possa tutelare la stessa, prescindendo da una tipologia di gestione prefigurata, pubblica o privata.

2. La proprietà collettiva demaniale e il ruolo dei pubblici poteri

Per analizzare la proprietà collettiva demaniale in riferimento alla risorsa idrica occorre citare l'art. 1 del R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775, seppure successivamente abrogato dall'art. 2 del D.P.R. 18 febbraio 1999, n. 238. Tale norma ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico il concetto della demanialità del bene acqua, definendo nell'art. 1, co. 1 pubbliche «tutte le acque sorgenti, fluenti e lacuali, anche se artificialmente estratte dal sottosuolo, sistemate o incrementate, le quali, considerate sia isolatamente per la loro portata o per l'ampiezza del rispettivo bacino imbrifero, sia in relazione al sistema idrografico al quale appartengono, abbiano od acquistino attitudine ad usi di pubblico generale interesse».

È vero che il legislatore sia con il r.d. n. 1775/1933 che con la l. n. 36/1994¹⁰ ha utilizzato sempre il concetto di acque pubbliche, ma occorre evidenziare che le definizioni di acque pubbliche e demaniali sono sempre state sostanzialmente coincidenti¹¹. Per la normativa vigente, infatti, tutte le acque sono pubbliche, ai sensi dell'art. 1 della l. n. 36/1994, e tutte le acque pubbliche sono demaniali, ai sensi dell'art. 822, co. 1, c.c.

Occorre segnalare che anche per quanto riguarda gli acquedotti¹² l'attuale disciplina codicistica riconduce al demanio pubblico le reti di proprietà dello stato, dei comuni e delle province, nonché le reti di appartenenza regionale. Viceversa, le altre reti, opere e impianti afferenti segmenti diversi da quello acquedottistico (servizio fognario e servizio di depurazione delle acque reflue, etc.)

⁸ Riguardo la tutela dei diritti sociali, da un punto di vista generale, cfr. almeno: F. Modugno, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 2 ss.; A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 28; B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, 2001, *passim*; D. Bifulco, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, 126; M. Mazziotti, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 804; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006.

⁹ In particolare riguardo la risorsa idrica, G. Cordini, *I diritti sull'acqua e il diritto all'acqua. Le risorse idriche: profili giuridici*, in *Il diritto dell'economia*, 1-2010, 7 ss.; S. Staiano, *Note sul diritto fondamentale all'acqua*, in www.federalismi.it, 2011, 1 ss.; S. Scagliarini, «L'incessante dinamica della vita moderna», cit., 1 ss.; D. Zolo, *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo*, cit., 125 ss.

¹⁰ L. 5 gennaio 1994, n. 36 (Disposizioni in materia di risorse idriche), c.d. legge Galli, con cui il legislatore ha configurato un sistema normativo volto alla salvaguardia delle acque e del sistema idrico nel suo complesso.

¹¹ N. Lugaresi, voce *Acque pubbliche*, in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. Cassese), vol. I, Milano, 2006, 94-97.

¹² In merito al sistema previgente in materia di acquedotti, si veda V. Cerulli Irelli, S. Pelillo, *Acquedotti e canali pubblici*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 1 ss.

appartenenti invece ad altre amministrazioni pubbliche facevano, invece, parte del c.d. patrimonio indisponibile, essendo beni destinati al pubblico servizio¹³.

Tuttavia, l'art. 143 (rubricato *Proprietà delle infrastrutture*) del d.lgs. n. 152/2006 (Codice dell'ambiente) nell'ottica di assicurare una disciplina unitaria, ha provveduto ad unificare tali regimi, disponendo che «gli acquedotti, le fognature, gli impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche di proprietà pubblica, fino al punto di consegna e/o misurazione, fanno parte del demanio ai sensi degli artt. 822 ss. e sono inalienabili se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge»¹⁴. Quanto appena riportato, però, lega sempre la figura dei beni demaniali, tramite il criterio soggettivo, sia pure in combinazione con il criterio oggettivo, all'appartenenza di detti beni agli enti pubblici, quali lo Stato, i comuni, le province e le regioni. Come si vedrà più avanti, è necessario allontanarsi dalle logiche dell'appartenenza pubblica di detti beni intesa come appartenenza dei beni demaniali allo Stato-apparato, inglobando in tale figura gli enti pubblici in generale, per approdare ad una appartenenza collettiva.

Le disposizioni generali riguardanti i beni pubblici si ritrovano nel Codice civile agli artt. 822 e ss. e nella Costituzione agli artt. 42 e ss. Riguardo il Codice civile occorre soffermarsi sull'art. 822 che comprende il demanio marittimo, idrico e militare; inoltre esaminando l'art. 824 c.c. che comprende il c.d. demanio eventuale, si evince come i beni demaniali sono una categoria "disomogenea". L'art. 823 c.c. determina la condizione giuridica dei beni che costituiscono il demanio, stabilendo che sono beni inalienabili e incommerciabili. L'inadeguatezza della classificazione dei beni pubblici offerta dal codice civile induce a ricercare altrove un criterio giuridicamente valido per la loro identificazione e classificazione¹⁵.

Il legislatore, sia nel Codice civile del 1865 che del 1942, si limitò ad identificare con precisione quali fossero i beni demaniali, in quanto secondo l'opinione dei giuristi di allora, solamente questi erano inalienabili, imprescrittibili e autotutelabili; in particolare, il legislatore del 1942 adottò ufficialmente il criterio della tassatività dei beni demaniali¹⁶. In questo modo, il legislatore che aveva l'intento di ordinare la materia finì per creare alcune incongruenze, soprattutto fra la nozione e i relativi beni identificati come beni demaniali o appartenenti al patrimonio indisponibile.

Inoltre, l'art. 42 Cost. recita che la proprietà è pubblica o privata e che i beni economici appartengono allo Stato, a enti, o a privati, insistendo nei commi successivi sulla definizione giuridica della sola proprietà privata, ma dall'art. 43 si evince che esiste una specie di proprietà diversa da quella dello Stato, degli enti pubblici e dei privati.

Secondo molti giuristi della prima metà del secolo scorso il demanio era una «proprietà» dello Stato e degli altri enti pubblici territoriali¹⁷. Si riteneva che la condizione giuridica dei beni demaniali dovesse essere qualificata in termini di proprietà pubblica grazie alla soggettività di diritto pubblico del proprietario.

Si riteneva inoltre che anche la disciplina dei beni pubblici sarebbe dovuta essere inquadrata all'interno della fattispecie privatistica del diritto di proprietà. Il Guicciardi, in una sua importante

¹³ A. Bartolini, *Le acque tra beni pubblici e pubblici servizi*, in www.giustamm.it, 2009.

¹⁴ Art. 143, co. 1, d.lgs. n. 152/2006.

¹⁵ V. Caputi Jambrenghi, *I beni pubblici e d'interesse pubblico*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, 1081 ss.

¹⁶ M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, 1963, 29 e ss., l'A. afferma che il legislatore di allora adottò il criterio della tassatività dei beni demaniali, suggerito dalla dottrina più autorevole (Zanobini, F. Vassalli).

¹⁷ G. Zanobini, *Il concetto della proprietà pubblica e i requisiti giuridici della demanialità*, in *Studi senesi*, 1923, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 183; sulla stessa scia, E. Guicciardi, *Il Demanio*, Padova 1934, ristampa E. Guicciardi, Padova, 1989, 72.

opera, sostiene che «può affermarsi la piena equivalenza delle due espressioni “bene demaniale” e “bene oggetto di proprietà pubblica”»¹⁸.

Un bene poteva essere catalogato come demaniale solamente se lo stesso fosse stato destinato “ad una funzione esclusiva dell’ente pubblico come tale”¹⁹. La demanialità era definita come diritto di signoria dello Stato sopra un bene, identico al diritto privato di proprietà se non fosse stato per la questione dei limiti²⁰. La proprietà pubblica, infatti, era considerata, “nel suo lato giuridico interno”, sostanzialmente uguale alla proprietà privata. La differenza con la proprietà privata è riscontrabile solamente nei rapporti esterni, perché, quando hanno origine dalla proprietà pubblica, nascono rapporti di supremazia e di sudditanza²¹.

Tutto questo però ha generato una contraddizione poiché l’aggettivo “pubblico” che significa anche “collettivo”, che appartiene a tutti, è stato associato con la proprietà che indica condizioni esclusive.

La proprietà collettiva, infatti, presuppone il godimento da parte di una collettività delle utilità fornite da un bene. La proprietà collettiva, infatti, può sussistere solamente in ordine a certi beni o a certi modi di utilizzazione degli stessi, si può identificare per esempio nei laghi, nei giardini pubblici, nelle sorgenti di acqua, nei boschi. Le caratteristiche salienti della proprietà collettiva sono le tipologie di utilizzazione e l’appartenenza alla collettività. La proprietà collettiva è una proprietà da cui ogni membro della collettività può trarre delle utilità necessarie per l’esistenza dei membri stessi, ed è sempre esistita²².

La forma più diffusa di proprietà collettiva è quella demaniale²³, in essa si associano la caratteristica della proprietà collettiva in generale e quindi anche la necessità di questi beni per il libero sviluppo della personalità umana e per la sua sopravvivenza e la funzione dell’ente come gestore, inteso come quella figura che possa esercitare la manutenzione e l’amministrazione di questi beni. L’ente territoriale è il gestore di questi beni in quanto lo stesso rappresenta una determinata collettività: è ente esponenziale della stessa, o meglio, rappresentativo di questa. La rappresentanza legale, necessaria e non negoziale dell’ente nei confronti della collettività di riferimento comporta che il legislatore possa prevedere anche tipologie di gestioni differenti²⁴.

¹⁸ E. Guicciardi, *Il Demanio*, cit., 268.

¹⁹ *Ibidem*, 72.

²⁰ G. Zanobini, *Il concetto della proprietà pubblica*, cit., 183-184.

²¹ *Ibidem*, 184.

²² P. Grossi, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5, Milano 1977, *passim*, l’A. parla di proprietà collettiva e afferma che questa e quella individuale rappresentano la contrapposizione fra sociale ed individuale, ed è per questo motivo che identificano “una costante dell’umana appartenenza”, per cui queste forme di appartenenza le ritroviamo in qualsiasi forma di ordinamento. La proprietà collettiva rappresenta la prevalenza della sfera pubblica su quella individuale, la prevalenza “dell’oggettivo sul soggettivo”.

²³ M.S. Giannini, *I beni pubblici*, cit., 1963, 51 ss. l’A. riguardo i beni demaniali afferma che “Storicamente è stato, all’origine, una proprietà collettiva, cioè una proprietà da cui ogni membro della collettività poteva trarre delle utilizzazioni; dovendosi trovare chi potesse provvedere alla sua manutenzione, ed essendo necessario che ci fosse chi potesse esercitare il potere di disposizione quando fosse il caso di acquistare o cedere tali beni, si finì con l’individuare nel *dominus terrae*, e poi nel sovrano, e poi nella corona tale soggetto, che si concepì come amministratore di beni altrui, i quali, a garanzia dei titolari del diritto, si dissero inalienabili. Alla corona si sostituì poi lo stato; in certi luoghi il sovrano era divenuto già il comune. Stato e comuni divennero così amministratori del dominio, inteso sempre come proprietà collettiva.”

²⁴ *Ivi*, 52 ss.: “Ne deriva che l’ente territoriale, anche quando agisce non nella cura di interessi che ha quale ente; ma nella cura di interessi della collettività di cui è rappresentativo, è pur sempre un pubblico potere. Esso, quindi ha una sua volontà, che è quella dei suoi amministratori e non è certo quella dei componenti la collettività (o della maggioranza di essi). Anche se il legislatore si sforza di mantenere collegamenti solidi tra i componenti la collettività e gli amministratori dell’ente rappresentativo della collettività non v’è dubbio che manca immediatezza di rapporti giuridici tra i primi e i secondi”.

La particolarità insita nella proprietà collettiva demaniale si può rappresentare nel fatto che è proprio l'utilizzo della stessa da parte di una collettività che costituisce la demanialità²⁵. In altre parole, l'uso di un bene che una determinata comunità esercita per garantire la sua sopravvivenza o il libero e dignitoso svolgimento della vita dei propri componenti, determina la nascita dell'elemento demaniale, prescindendo da qualsiasi tipologia di atto legislativo o amministrativo.

Sono espressione della proprietà collettiva l'*Allmende* del diritto germanico, i nostri usi civici ai sensi della l. n. 1776 del 16.06.1927 e le partecipanze emiliane²⁶.

Si potrebbe affermare che l'istituto della proprietà collettiva non sia individuabile nel nostro sistema costituzionale. In realtà la proprietà collettiva è sempre esistita ed era presente anche nel primo testo approvato dalla III Sottocommissione per la Costituzione il 27 maggio 1946²⁷. La modifica del testo avvenne in sede di coordinamento e quindi in una sede nella quale non si attuano scelte di merito. La verità si riscontra nei lavori preparatori, da cui si evince che il termine collettivo veniva correttamente visto come il contrario di individuale. La nozione di proprietà pubblica-privata, infatti, è stata considerata come comprensiva sia del momento individuale sia del momento collettivo. Da ciò si evince che il costituente non intendesse escludere la nozione di proprietà collettiva come forma di appropriazione dei beni ammessa dal nostro ordinamento, ma che ha interpretato il termine collettivo con la proprietà pubblica. A conferma di quanto riportato, si può osservare che l'art. 43 prevede forme di appropriazione di beni produttivi non di tipo individuale.

A suffragio di questa interpretazione si riporta quanto sostenuto dalla Corte costituzionale nella sent. n. 273 del 2010, che afferma che l'acqua è un bene di tutti, ed in quanto tale, deve essere distribuita secondo criteri razionali e imparziali stabiliti da apposite regole amministrative. L'acqua è «un bene che appartiene in principio alla collettività» e, come tale, tutti hanno diritto ad accedervi. Inoltre, afferma che vi sia una «primaria esigenza di programmare e vigilare sulle ricerche e sui prelievi, allo scopo di evitare che impossessamenti incontrollati possano avvantaggiare indebitamente determinati soggetti a danno di altri o dell'intera collettività». Inoltre «l'integrale pubblicizzazione delle acque superficiali e sotterranee è stata strettamente legata dall'art. 1 della legge 5 gennaio 1994, n. 36 alla salvaguardia di tale risorsa ed alla sua utilizzazione secondo criteri di solidarietà. Da questo doppio principio discende la conseguenza che deve essere la pubblica amministrazione a disciplinare e programmare l'uso delle acque».

Quest'ultimo passaggio è una conferma di quanto affermato precedentemente e cioè che il ruolo dei pubblici poteri sia proprio il potere-dovere di salvaguardare la risorsa idrica per tutelare le generazioni attuali e future.

²⁵ C. Iannello, *Il diritto all'acqua. L'appartenenza collettiva della risorsa idrica*, Napoli, 2012.

²⁶ Riguardo l'*Allmende*, si veda O. Ranelletti, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico. Capitolo III: Teoria*, in *Riv. it. sc. giur.* XXV, 1898, 204 e ss., in part. 206; ma vedi ora Id., *Scritti giuridici scelti. IV. I beni pubblici*, Napoli, 1992, 235, l'autore afferma che la massima espressione della proprietà collettiva era costituita dall'*Allmende* vera e propria, che era oggetto del pieno diritto collettivo, sopra la quale non solo la proprietà, ma anche il possesso e il godimento erano comuni; le "partecipanze emiliane" rappresentano una antica forma di proprietà collettiva di terreni interessati a bonifica; l'uso civico è inteso come diritto di godimento su beni immobili, esercitabile in varie forme e spettante ai membri di una collettività, su terreni di proprietà comunale o anche di terzi, non derivante da un negozio giuridico in quanto radicato nella prassi collettiva: in relazione a questi istituti si veda, V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, *passim*; Id., *Uso pubblico*, in *Enc. dir.* XLV, 1992, 964; P. Grossi, *I domini collettivi come realtà complessa dei rapporti con il diritto statale*, in *Riv. dir. agr.*, 1997, 261; S. Settis, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Torino, 2012, 70 ss.

²⁷ C. Iannello, *Il diritto all'acqua. L'appartenenza collettiva*, cit., 168; M. Esposito, *Beni proprietà e diritti reali* in M. Bessone (dir.), *Trattato di diritto privato*, vol. VII, t. I.2, *I beni pubblici*, Torino, 2008; V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., 23 ss.

Proprio su questi presupposti si fondano le recenti decisioni giurisprudenziali, ed in particolare le sentenze del 14.02.2011, n. 3665 e 16.02.2011, n. 3813 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite²⁸.

La Corte evidenzia che un bene immobile, nel momento in cui sia destinato alla realizzazione dello stato sociale, debba essere strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi della comunità di riferimento, ciò a prescindere dalla preventiva individuazione come bene demaniale o bene facente parte del patrimonio dello Stato, da parte del legislatore.

Le sentenze in esame evidenziano le criticità del regime codicistico e la necessità di ampliare l'impianto normativo di riferimento con alcune disposizioni costituzionali, al fine di inquadrare correttamente il regime giuridico della proprietà demaniale. In funzione di ciò, la Corte afferma che "le valli da pesca configurano uno dei casi in cui i principi combinati dello sviluppo della persona [art. 2 Cost.], della tutela del paesaggio [art. 9 Cost.] e della funzione sociale della proprietà [art. 42 Cost.] trovano specifica attuazione, dando origine ad una concezione di bene pubblico, inteso in senso non solo di oggetto di diritto reale spettante allo Stato, ma quale strumento finalizzato alla realizzazione di valori costituzionali."²⁹

In definitiva, la Corte, in riferimento alle valli da pesca, afferma quanto enunciato precedentemente dalla dottrina per i beni demaniali; in particolare, afferma che questa tipologia di beni configuri uno dei casi in cui trovano specifica attuazione i principi combinati dello sviluppo della persona, della tutela del paesaggio e della funzione sociale della proprietà, dando origine ad una concezione di bene pubblico inteso come strumento finalizzato alla realizzazione di valori costituzionali. La Corte non utilizza il termine proprietà collettiva, ma il percorso seguito è perfettamente aderente e rispecchia le peculiarità dei beni demaniali come proprietà collettiva, come originariamente intesi.

Per concludere la risorsa idrica si può classificare come proprietà collettiva demaniale e grazie all'art. 2 Cost. e all'art. 144, co. 2 del Codice dell'ambiente sarà possibile identificare un potere-dovere di controllo e salvaguardia della risorsa da parte dei pubblici poteri. Tutto ciò a prescindere dalla tipologia di gestione del servizio pubblica o privata.

Questa nuova figura della demanialità, vista come proprietà di tutti, in cui la titolarità pubblica si traduce nel perseguimento di una funzione di tutela e di regolazione, che si muove fra i criteri della sostenibilità e della solidarietà, tende a ridursi, secondo quanto affermato dal d.lgs n. 85/2010 al demanio marittimo e idrico. Occorre precisare, però, che il concetto della demanialità è fisso e invariabile, ma l'estensione del demanio varia con il variare dei bisogni, che si pongono come collettivi nei vari tempi e luoghi³⁰.

3. Conclusioni

Il codice civile non è sufficiente per identificare correttamente la demanialità. La giurisprudenza ha ricordato i riferimenti costituzionali che indirizzano la demanialità, identificando precisi ancoraggi negli artt. 2, 3 co. 2, 9, 32 e 117 Cost.³¹.

²⁸ Per i commenti alle decisioni, si vedano E. Pellicchia, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*, in *Foro it.*, 2012, 573 ss.; C. Morgana Cascione, *Le Sezioni unite oltre il codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*, in *Giur. it.*, 2011, 12, 1170 ss.; F. Cortese, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, n. 11, 1170 ss.; S. Lieto, «Beni comuni», *diritti fondamentali e stato sociale - La corte di cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, in *Pol. dir.*, 2011, 331 ss.

²⁹ Cass. SS. UU., 14 febbraio 2011, n. 3665.

³⁰ O. Ranalletti, *Scritti giuridici scelti. IV. I beni pubblici*, cit., 18.

³¹ E. Boscolo, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano, 2012, 329, che riporta quanto evidenziato rispetto i beni ambientale da F. Francario, *I beni in generale*, in *Diritto civile*, (dir.) N. Lipari, P. Rescigno, coord. N. Zoppini, II, t. II, Milano, 2009, 34.

Quanto prospettato trova conferma in quella parte della dottrina che pone al centro della proprietà pubblica situazioni qualificate come doverosità³².

La conformità dei beni demaniali al dettato costituzionale comporta, nei confronti dei beni fondamentali come l'acqua, un dovere di tutela costituzionalmente orientato da parte dello Stato e di tutti i soggetti dell'ordinamento, pubblici e privati.

Alla luce di quanto sostenuto nel presente lavoro, si può evidenziare come non vi sia la necessità di una "ripubblicizzazione" *tout court* del servizio idrico per tutelare il diritto di accesso alla risorsa idrica e la sua conservazione.

Una riforma potrebbe essere auspicabile, non relativamente alla "ripubblicizzazione" del servizio, ma in riferimento alla proprietà pubblica, in modo da identificare la proprietà demaniale come concepita originariamente e da rafforzare le nuove esigenze di tutela, rimarcando la strumentalità di questa tipologia di beni al dettato costituzionale.

Riguardo ai beni fondamentali per il libero sviluppo della personalità umana, quali l'acqua, l'appartenenza o meno alla categoria dei beni demaniali è sottratta alla discrezionalità del legislatore³³. La demanialità non dipende quindi da una preventiva individuazione da parte del legislatore.

Il legislatore ha escluso, infatti, anche in tempi recenti, il demanio idrico e marittimo dai beni trasferiti al patrimonio disponibile dei Comuni, delle Province, delle Città metropolitane e delle Regioni, anche in occasione del nuovo programma di "federalismo demaniale", come previsto nel d.lgs n. 85/2010³⁴.

Questo aspetto importante caratterizza la proprietà collettiva come una delle forme più antiche della proprietà. Si può affermare che la risorsa idrica sia il bene demaniale per eccellenza. Nella risorsa idrica emergono le due caratteristiche fondamentali, e cioè, l'appartenenza collettiva ed il potere-dovere dell'apparato amministrativo di tutelare la risorsa secondo i principi costituzionali della protezione ambientale e dello sviluppo sostenibile, che vedono al centro l'uomo ed il libero svolgimento della vita.

Inoltre, le scelte relative all'inizio e alla fine della demanialità sono sottratte alla discrezionalità del legislatore. La giurisprudenza su questo punto ha ribadito che, riguardo questa tipologia di beni, non incidono neanche «eventuali comportamenti "concludenti" posti in essere dalla pubblica amministrazione mediante suoi funzionari, in quanto illeciti, perché ovviamente *contra legem*»³⁵.

La demanialità si forma anche riguardo a quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione, risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività³⁶.

Il potere decisionale dello Stato su tali beni, anche qualora ne fosse riconosciuta la proprietà a titolo individuale, non potrebbe assumere i tratti di un potere illimitato dovendosi mantenere nell'ambito dei limiti fissati nella Costituzione. Tali limiti valgono per lo stesso popolo sovrano e dunque anche per l'amministrazione e il legislatore³⁷.

³² V. Caputi Jambrenghi, *I beni pubblici e d'interesse pubblico*, cit., 1083. Questa doverosità, come visto è una caratteristica generale della tutela ambientale, come evidenziato da F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente*, cit., 215 e ss.

³³ Corte Cass., sent. n. 3665/2011; in dottrina si rinvia a S. Lieto, «Beni comuni», *diritti fondamentali e stato sociale*, cit., 331.

³⁴ Si veda, M. Arsi, *I beni pubblici*, in S. Cassese (cur.), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 1726-1727.

³⁵ Corte Cass., sent. n. 3665/2011.

³⁶ Corte Cass., sent. n. 3665/2011.

³⁷ G. de Vergottini, *La persistente sovranità*, in www.giurcost.org, 2014.

FRANCESCO PALAZZOTTO

Tutto ciò creerebbe uno statuto giuridico dei beni demaniali e, quindi, della risorsa idrica in grado di preservare la stessa da possibili mercificazioni, ma allo stesso tempo permetterebbe l'intervento dei privati nella gestione del relativo servizio.

Abstract

The water represents a new state property (demanialità) which involves the protection and governance function. This new demanialità moves between the criteria of sustainability and solidarity, but tends to be reduced, in the light of the Legislative Decree 85/2010, to maritime property and water, while maintaining the expansive distinctive feature of this type of goods. This comes from the expansive vis special feature that these assets perform, as confirmed by the Supreme Court.

Il diritto-dovere al lavoro, fondamento e fine della democrazia pluralista. Valore ispiratore comune nel quadro del costituzionalismo multilivello europeo

Sommario: Premessa; 1. Il lavoro nell'ottica del Costituente 2. Il lavoro nel dialogo tra Corti 3. Costituzione ed economia: alcuni rilievi critici 4. Osservazioni conclusive

Premessa

Con il presente intervento si intende indagare la portata del "lavoro" in una prospettiva multilivello, nell'ambito di un sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali. Nel perseguire tale fine si parte da un'idea ben precisa di Costituzione: non una Costituzione in sé e per sé perfetta, detentrici in sovrana solitudine del posto più alto nel sistema delle fonti, bensì una Costituzione a struttura plurale, accogliente, che si apre, permettendone l'ingresso, alle Carte internazionali dei diritti-

Si intende, pertanto, analizzare il lavoro e le disposizioni costituzionali ad esso dedicate per il tramite di una lettura integrata tra Costituzione, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), che consenta di affermare con forza la reale portata del lavoro quale principio fondante sulla cui base dovrebbero orientarsi le politiche economiche.

Costituzione, CEDU e CDFUE si inseriscono nell'ambito del medesimo costituzionalismo democratico, in quanto accomunate dalla medesima opera di costituzionalizzazione della persona, fondata su visioni ricche di individuo e individualità, con netto rifiuto di qualsiasi forma di individualismo solipsistico; è in questo ambito che si inserisce una visione antropologicamente strutturante del lavoro, da intendersi quale fondamentale diritto all'autodeterminazione ed espressione della dignità sociale dell'uomo.

1. Il lavoro nell'ottica del Costituente

La Costituzione rappresenta la «legge fondamentale alla quale deve essere riservata la primazia nell'ordine delle fonti giuslavoristiche»¹; trattandosi di un «diritto di attuazione costituzionale»² è d'obbligo partire da una prospettiva interna, fondata su di una lettura connettiva delle disposizioni costituzionali, al fine di cogliere la portata onnicomprensiva e universale del lavoro, quale valore fondante il nostro ordinamento costituzionale.

Le direttive costituzionali in materia di lavoro costituiscono i tasselli di una visione complessiva ed armonica che, se letta in sintonia con il riconoscimento dei diritti inviolabili e con il programma di affrancamento dal bisogno affidato alla Repubblica dall'art. 3, c. 2 Cost., esprimono il riconoscimento del lavoro come «elemento fondamentale dell'ideologia politica informatrice dell'intero assetto statale»³.

Occorre indagare il rapporto di interconnessione che si dà tra il principio lavorista e altri supremi principi ispiratori dell'ordinamento costituzionale, *in primis* il principio personalista, solennemente proclamato dall'art. 2 Cost., espressione indiscussa della primazia dell'uomo sull'ordinamento giuridico statale. Comprimere nel loro "nucleo essenziale" i diritti fondamentali, chiamati a connotare la stessa anima della forma di stato democratico, equivale a tradire l'essenza democratica insita

¹ L. Montuschi, *La Costituzione e i lavori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2009, 153 ss.

² R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, Milano, 2010, 113 ss.

³ C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione: una rilettura. Atti della Giornata di studio (Siena, 31 gennaio 2003)*, Milano, 2005, 14.

nell'atto genetico dell'aggregazione statale contemporanea e, quindi, colpire lo stesso spirito del processo costituente⁴.

Affermare che «l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro», lungi dall'essere una vuota formula, impone di offrire riconoscimento e garanzia ai diritti fondamentali e di riguardare al lavoro come il tramite necessario per la realizzazione personale dell'individuo. L'art. 2 Cost., nella parte in cui richiede l'adempimento dei «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», filtra il pieno sviluppo della personalità del singolo individuo attraverso percorsi di integrazione e attiva partecipazione sociale, che traducono il principio pluralista e solidarista, irradiando il principio lavorista. È, infatti, nel lavoro che si ravvisa il principale paradigma della coesistenza e della integrazione tra i diversi gruppi sociali in cui si articolano gli assetti pluralistici contemporanei, in forza della pari dignità che ad essi deriva dal ruolo rispettivamente svolto nel funzionamento del sistema economico e dell'apporto in tal modo prestato alla realizzazione del benessere della comunità.

In questa prospettiva, il lavoro non può che assumere una portata universale, ossia l'attitudine ad includere le diverse espressioni di "vita attiva", in cui si realizza quella saldatura tra realizzazione individuale e riconoscibilità sociale su cui si gioca la capacità di progresso della comunità, cui fa espresso riferimento l'art. 4, c. 2, Cost.⁵, laddove richiama ogni cittadino al «dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società».

Il riferimento - contenuto all'art. 4, c. 2 Cost. - alla libertà di scelta circa le modalità attraverso cui partecipare e contribuire al progresso sociale implica che sia l'uomo, secondo le proprie attitudini e vocazioni, a doversi orientare nel vasto campo del lavoro e ivi realizzare i propri talenti⁶.

È in questi termini che va letto il portato dell'articolo in oggetto, il quale delinea i contorni del lavoro da intendersi quale «fondamentale diritto di libertà della persona umana, che si estrinseca nella scelta e nel modo di esercizio dell'attività lavorativa»⁷. Nell'ottica del costituente, il lavoro viene ad essere uno strumento realizzativo della persona, fattore di autonomia e dignità "sociale", frutto della libertà di perseguire gli scopi della propria esistenza in un tessuto di relazioni con altri uomini.

Il riferimento alla persona - pietra d'angolo dell'intero assetto costituzionale - media l'ingresso nel mondo giuridico di figure soggettive diverse che, con la loro diversità, superano l'indifferenza del diritto per la realtà delle condizioni materiali, facendo della persona e della sua inviolabile dignità la misura giuridica della legittimità dell'agire economico. È di tutta evidenza che il riconoscimento del valore primario di ogni concreta persona umana, suscettibile di realizzarsi tramite una congerie incomprimibile di funzioni espressive fondamentali, milita a favore della tesi che ritiene inviolabili non solo quei diritti definiti come tali dalla Costituzione, o riconosciuti a "tutti" indistintamente, ma anche alcune libertà espressamente riferite ai soli "cittadini", come avviene per il diritto al lavoro. Pertanto, a dispetto del tenore letterale della norma costituzionale di riconoscimento, tutti gli uomini debbono beneficiare di garanzie strumentali all'esercizio dei diritti fondamentali e tutti i diritti sanciti nella prima parte della Costituzione, nonché dai principi fondamentali, sono considerati dal costituente come necessari per il pieno sviluppo della personalità umana, *ergo* inviolabili.

⁴ A. Vedaschi, *Il principio personalista*, in L. Mezzetti (cur.), *Principi costituzionali*, Torino, 2011, 274-277.

⁵ R. Nania, *Riflessioni sulla "Costituzione economica" in Italia: il "lavoro" come "fondamento", come "diritto", come "dovere"*, in R. Nania (cur.), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, Torino, 2012, 332.

⁶ G. Zagrebelsky, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*, Torino, 2013, 26; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, F. Pallante, *Lineamenti di diritto costituzionale*, Firenze, 2014, 153

⁷ Corte cost., sent. 9-06-1965, n. 45, in *Giur. cost.*

Al riguardo, non va sottaciuta la vicenda che ha riguardato la stessa collocazione del diritto al lavoro nella geografia del testo costituzionale. L'art. 4, c. 1 in sede di progetto, ricadeva, infatti, nel titolo sui rapporti economici per essere trasferito, in sede di coordinamento finale, nell'ambito dei principi fondamentali. La ragione di tale sua definitiva ubicazione risponde al precipuo scopo di sottolinearne la qualità di principio fondamentale, programmatico e di indirizzo al legislatore, e - sulla base del ragionamento sin qui seguito - di diritto inviolabile.

L'aver posto a fondamento della Repubblica il lavoro non è altro che il voluto del Costituente, una scelta, quest'ultima, che deve - come norma di principio - articolarsi coerentemente nelle restanti disposizioni costituzionali e dalla quale dovrebbe derivare un preciso assetto della costituzione economica formale.

2. Il lavoro nel dialogo tra Corti

L'art. 4, c. 1 Cost. prevede che «La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto».

La CDFUE dedica alla «Libertà professionale e diritto di lavorare» l'articolo 15 che, al paragrafo 1, recita: «Ogni persona ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata».

Il diritto al lavoro sembra trovare riconoscimento a livello comunitario, nel testo normativo maggiormente carico di implicazioni assiologiche, quale «esponente di spicco della terza generazione dei diritti fondamentali»⁸, mentre, a livello interno, quale diritto sociale.

Pertanto, operando un raffronto tra le due formulazioni emerge - a prima lettura - la differenza tra le due, riconoscendo, la prima, il diritto al lavoro nella sua dimensione positiva, come diritto di prestazione e, la seconda, nella sua dimensione negativa come libertà di lavoro.

Ciò su cui ci si deve interrogare è se sia possibile trovare un punto di contatto che consenta un'interpretazione osmotica tra le due disposizioni, da cui possa emergere una configurazione del lavoro come "diritto pluridimensionale" e "multilivello".⁹

Sposando un'idea plurale e "accogliente" di Costituzione, si ritiene che, nella ricostruzione dei significati da attribuire ai diritti, sia necessario adottare una prospettiva aperta che favorisca l'innestarsi di circuiti comunicativi virtuosi tra le Carte dei diritti, così da rileggere tali diritti nel quadro della "tutela multilivello". Ciò determinerebbe l'innestarsi di un «circolo virtuoso tra le Carte dei diritti, in cui ciascuna di esse si rigenera attingendo alle altre», nell'ambito di un'integrazione interordinamentale segnata da relazioni strutturalmente fluide tra le Costituzioni (materialmente intese).¹⁰

È in tale prospettiva che diventa percorribile la strada della interpretazione circolare e osmotica delle disposizioni in esame, con riferimento alle quali un punto di contatto è rinvenibile nello stesso art. 4, c. 2 Cost., secondo la lettura datane dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 45/1965, ove il diritto al lavoro viene colto nella sua qualità di «fondamentale diritto di libertà della persona umana, che si estrinseca nella scelta e nel modo di esercizio dell'attività lavorativa»¹¹.

In tale ottica, la libertà professionale di cui all'art. 15 CDFUE, quale fondamentale diritto di autodeterminazione, va intesa non solo quale valore di riferimento alla luce del quale interpretare le

⁸ U. Romagnoli, *Dal lavoro ai lavori*, in *Lav. Dir.*, 4, 1997, 3.

⁹ Espressioni mutuata da M. Ferrera, *Verso una cittadinanza sociale aperta: i nuovi confini del welfare nell'Unione europea*, in *Riv. it. sc. pol.*, 1, 2004, 96.

¹⁰ A. Ruggeri, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento intercostituzionale*, in www.federalismi.it, 2009, 20-21.

¹¹ Corte cost., sent. n. 45/1965.

conferenti disposizioni dei singoli sistemi costituzionali nazionali, ma anche come proposizione normativa che coagula il dialogo e i processi di contaminazione tra le diverse esperienze di protezione dei diritti fondamentali.

Nel quadro del “costituzionalismo multilivello europeo”, pertanto, il lavoro viene riconosciuto e tutelato, nella sua dimensione personalista, quale diritto di autodeterminazione e quale espressione della personalità sociale dell’uomo, consentendo di tracciare un collegamento dialogico tra Costituzione, CDFUE e CEDU.

Degno di considerazione è l’*iter* logico-argomentativo seguito dalla Corte di Strasburgo ai fini della enucleazione del diritto al lavoro, per il tramite dell’art. 8 CEDU, «Diritto al rispetto della vita privata e familiare».

Sulla base dell’interpretazione della Corte, nell’ambito della «vita privata» ricade il duplice profilo dell’identità personale e sociale dell’individuo¹². Conseguentemente, la lettura della vita privata, come «vita privata sociale» comporta l’inclusione, *sub* art. 8, del «diritto di allacciare e sviluppare relazioni con i propri simili nel campo professionale e commerciale»¹³.

Concludendo, si coglie l’opportunità di adottare un modello dinamico di “integrazione intercostituzionale” assiologicamente orientata ai valori¹⁴, che consenta di coordinare, rigenerandoli, i valori costituzionali nazionali e i diritti protetti a livello sovranazionale.

In definitiva e con stretto riguardo al diritto al lavoro – principio cardine e fondante del “costituzionalismo multilivello europeo” – le disposizioni costituzionali ad esso dedicate possono e devono aprirsi alle disposizioni dettate dalle altre Carte dei diritti, in una incessante e fruttuosa rigenerazione semantica, tanto più possibile quanto più gli enunciati siano “a maglie larghe”, come avviene per il riconoscimento del diritto al lavoro nella nostra carta costituzionale.

3. Costituzione ed economia: alcuni rilievi critici

Delineato il concetto di lavoro nel quadro del costituzionalismo multilivello europeo, si pone la questione del rapporto tra Costituzione ed economia, a fronte del fenomeno della c.d. flessibilizzazione del mercato del lavoro. Nell’intento di garantire un maggiore dinamismo al settore, e di rilanciare la competitività del sistema produttivo, è stato avviato anche in Italia un percorso di avvicinamento al modello della c.d. *flexicurity*. In particolare, il moto legislativo, partito dalla legge 28 giugno 2012 n. 92¹⁵ (c.d. legge Fornero), è approdato alla legge-delega 10 dicembre 2014, n. 183¹⁶, i cui decreti attuativi «in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti» (d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23¹⁷) e per la «revisione della normativa in tema di mansioni» (d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81¹⁸) contemplano un significativo ridimensionamento del quadro delle tutele, con conseguente deterioramento della posizione del lavoratore, resa più debole e precaria¹⁹. Il Jobs Act rappresenterebbe una tappa ulteriore di una rivoluzione degli assi portanti del diritto del lavoro, storicamente improntato ad una funzione di riequilibrio degli assetti di potere. Alla garanzia

¹² S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali*, Padova, 2012, 297 ss.

¹³ Case of *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, applications nos. 55480/00 and 59330/00, Judgment (Merit and Just Satisfaction), Court (Second Section), Strasbourg, 27 July 2004, §50, in www.hudoc.echr.coe.

¹⁴ A. Ruggeri, *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale attraverso i diritti umani e prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2, 2001, 544.

¹⁵ L. 28 giugno 2012, n. 92, (G.U. Serie Generale n. 153 del 3-7-2012 – Suppl. Ordinario n. 136).

¹⁶ L. 10 dicembre 2014, n. 183, (G.U. Serie Generale n. 290 del 15-12-2014).

¹⁷ D.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, (G.U. Serie Generale n. 54 del 06-03-2015).

¹⁸ D.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, (G.U. Serie Generale n. 144 del 24-06-2015).

¹⁹ A. Montanari, *Jobs Act e tutela contrattuale della persona: un’involuzione?*, in *Europa dir. priv.*, 3, 2016, 659.

statutaria del posto di lavoro si sostituisce la massimizzazione del benessere secondo i postulati dell'analisi economica del diritto, nella prospettiva, appunto, della *flexicurity*²⁰. Tuttavia, la presupposta relazione di incompatibilità tra tutela dei lavoratori e "sicurezza" dell'occupazione²¹ sembra essere smentita dall'andamento del tasso di disoccupazione; il sacrificio imposto al lavoratore non sembra essere controbilanciato, infatti, da un effettivo miglioramento dei livelli occupazionali. La riforma pare inidonea al raggiungimento degli obiettivi che la animano e che dovrebbero – nell'ottica del suo artefice – giustificare e legittimare la compressione dei diritti da essa introdotta.

Secondo i dati Ocse, il nostro Paese tra il 1990 e il 2013 ha reso più flessibile il suo mercato del lavoro. L'andamento dell'indice Epl (*Employment Protection Legislation*), che misura il grado di protezione dell'occupazione, dimostra che l'Italia ha portato tale indicatore da 3,82 a meno di 2,5. Dal raffronto tra i dati Ocse relativi all'andamento del tasso di disoccupazione e quelli sull'andamento dell'indice EPL, non sembra emergere, tuttavia, un rapporto di causa-effetto tale da giustificare la politica di riduzione dei diritti dei lavoratori posta in essere dai suindicati decreti attuativi.

Si intende sin da subito evidenziare come la pretesa nuova tipologia contrattuale introdotta dal d. lgs. n. 23/2015 non si traduca in null'altro se non in un normale contratto di lavoro a tempo indeterminato a disciplina del licenziamento rivisitata²². Il solo profilo in virtù del quale poter definire questa tipologia contrattuale come "nuovo" contratto di lavoro consiste nell'aver cancellato la storia del lavoro dipendente dell'ultimo mezzo secolo circa²³. In ragione della nuova disciplina sul licenziamento, il rapporto lavorativo viene ad essere trasfigurato nella sua stessa essenza, incentrato non più sul concetto di stabilità, bensì su di una precarietà definitiva²⁴.

Il d.lgs. n. 23/2015 si riduce ad una marginalizzazione delle ipotesi di tutela reintegratoria a favore di una tutela meramente risarcitoria parametrata su un'indennità certa e crescente con l'anzianità di servizio. Si sancisce, così, il passaggio dalla c.d. *property rule* alla *liability rule*, ossia ad un sistema imperniato sulla tutela obbligatoria, con un indennizzo quantificato utilizzando parametri predeterminati: anzianità aziendale e retribuzione di riferimento ai fini del TFR²⁵. La tutela reintegratoria, confermata per il solo licenziamento discriminatorio o nullo e per i casi di licenziamento disciplinare ove il fatto materiale contestato si riveli inesistente, si vede ridotta ad una «eccezione al limite dell'impraticabile»²⁶. Ciò appare del tutto evidente laddove si prenda a riferimento l'art. 3, d.lgs. n. 23/2015, rubricato «Licenziamento per giustificato motivo e giusta causa». L'articolo prevede che, in caso di licenziamento disciplinare illegittimo, il giudice debba dichiarare estinto il rapporto di lavoro, limitandosi a condannare il datore al pagamento di un'indennità di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità. Solo ed esclusivamente nel caso in cui sia direttamente dimostrata in giudizio la «insussistenza del fatto materiale contestato», il secondo comma prevede la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore.

²⁰ F. Carinci, *Dallo Statuto al Contratto a tutele crescenti: il "cambio di paradigma"*, in M. Persiani (cur.), *Il diritto del lavoro all'epoca delle nuove flessibilità*, in *Giur. it.*, 2016, 776.

²¹ C. Pinelli e T. Treu (cur.), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010, 54.

²² G. Gamberini, L. M. Pelusi, M. Tiraboschi, *Contratto a tutele crescenti e nuova disciplina dei licenziamenti*, in M. Tiraboschi (cur.), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Milano, 2016, 22.

²³ A. Zoppoli, *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, in *DLM*, 2, 2015, 292 ss.

²⁴ M. Napoli, *Diritto del lavoro in trasformazione*, Torino, 2014, 4 ss.

²⁵ M. Rinaldi, *La nuova disciplina dei licenziamenti. Tutele de lavoratore illegittimamente licenziato dalla Riforma Fornero al Jobs Act*, Pisa, 2016, 66.

²⁶ F. Carinci, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 85.

Proprio l'art. 3, c. 2, nell'individuare «l'insussistenza del fatto materiale contestato» quale condizione di operatività della tutela reale, è stato protagonista della questione che più ha diviso gli interpreti, tra fautori della tesi del fatto materiale e fautori della tesi del fatto giuridico.

Per i primi, la *ratio legis* sarebbe chiara nel restringere le ipotesi di reintegrazione ai casi di ingiustificatezza macroscopica ovvero di assoluta pretestuosità del licenziamento; sposare una simile linea di pensiero, tuttavia, equivarrebbe ad avvallare l'effetto paradossale di precludere la tutela reale anche in presenza di un comportamento del lavoratore del tutto lecito e privo di qualsivoglia rilievo disciplinare²⁷. Più condivisibile appare la tesi del fatto giuridico, secondo cui, nell'accertare la sussistenza del fatto contestato, non sarebbe possibile prescindere né dalla sua ascrivibilità al lavoratore sul piano soggettivo²⁸, né dalla sua rilevanza sul piano disciplinare²⁹. La condizione stabilita dalla norma va intesa, dunque, come insussistenza del fatto giuridico, inteso quale fatto globalmente accertato, tanto nella sua componente oggettiva, quanto in quella soggettiva. Aldilà del dato letterale della norma, si è pertanto continuato a riempire di contenuti immateriali il fatto contestato, eccedendo i confini del mero dato storico-fenomenico³⁰, così come risulta dall'orientamento prevalente presso la giurisprudenza, tanto di merito, quanto di legittimità³¹.

Si segnala al riguardo una recente pronuncia della Cassazione, la sentenza 20 settembre 2016, n. 18418, nella quale la Corte ribadisce che «L'insussistenza del fatto contestato, (...), comprende l'ipotesi del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, sicché in tale ipotesi si applica la tutela reintegratoria»³², nel solco della giurisprudenza post riforma Fornero.

La stessa Cassazione era già intervenuta, infatti, con due pronunce successive all'entrata in vigore del d. lgs. n. 23/2015. Con le sentenze n. 20540 e 20545 del 13 ottobre 2015³³, la Cassazione, nel decidere su casi di licenziamento soggetti alla legge Fornero, sembra aver rivolto un monito al legislatore del Jobs Act, fornendo una prima autorevole interpretazione sul regime sanzionatorio previsto dal decreto sulle tutele crescenti. La Suprema Corte ha voluto, così, andare oltre il singolo caso concreto e affermare che l'irrilevanza giuridica del fatto, equivalendo alla «insussistenza

²⁷ M. de Luca, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in *Riv.it. dir. lav.*, 1, 2013, 3 ss.

²⁸ In questo senso R. Del Punta, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli, *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, Milano, 2014, 36, secondo cui «l'insussistenza in assoluto del fatto materiale contestato non può non includere anche l'ipotesi in cui il fatto in sé sia risultato sussistente, ma sia emersa la non imputabilità dello stesso al lavoratore».

²⁹ In questo senso, A. Tursi, *L'articolo 18 e il "contratto a tutele crescenti"*, in *Dir. rel. ind.*, 4, 2014, 923 ss., secondo cui per fatto insussistente dovrebbe intendersi ogni «fatto che non costituisce infrazione disciplinare»; cfr. D. Buoncristiani, *Il licenziamento disciplinare*, Padova, 2012, 136, il quale sostiene che «il concetto di insussistenza implica una valutazione del fatto giuridico; espressione quest'ultima, che effettua una crasi tra la materialità del fatto storico e la sua colorazione giuridica, cioè la sua proiezione dinamica verso l'effetto giuridico».

³⁰ M. Tiraboschi (cur.), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Milano, 2016, 44.

³¹ Trib. Bologna 15 ottobre 2012, n. 263, in *ADL*, 4-5, 2012, 773 ss., con nota di F. Carinci, *Il legislatore e il giudice: l'imprevidente innovatore ed il prudente conservatore*, confermata da Corte App. Bologna 11 aprile 2013, n. 604, in *Riv. it. dir. lav.*, 2, 2012, 1049 ss.; Trib. Brescia, ord. 16 gennaio 2015, in *ADL*, 3, 2015, 725 ss., con nota di A. Aloisi, *Licenziamento disciplinare e valutazione circa l'insussistenza del fatto (giuridico) contestato al lavoratore*; Corte cass. civ., sez. lav., sent. 20-09-2016, n. 18418; Corte cass., sez. lav., sent. 13-10-2015, n. 20540; Corte cass., sez. lav., sent. 13-10-2015, n. 20545.

³² Corte cass., sez. lav., sent. n. 18418/2016, con la quale la Corte conferma la sentenza di merito che aveva reintegrato il lavoratore, ritenendo le condotte contestategli (l'essere stato maleducato con il personale che aveva il compito di formare, l'aver rifiutato di ridiscutere il trattamento di c.d. superminimo e l'aver lamentato il demansionamento) prive dei caratteri dell'antigiuridicità e dell'illiceità.

³³ Corte cass., sez. lav., sentt. nn. 20540/2015 e 20545/2015. Si veda L. M. Pelusi, *L'irrilevanza giuridica del fatto contestato equivale alla sua insussistenza materiale: un monito al legislatore del Jobs Act?*, in *DRI*, 4, 2015, 1128; cfr. O. Mazzotta, *Fatti e misfatti nell'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2016, 102. A ritenere che la ricostruzione interpretativa rappresentata dalle pronunce suddette possa applicarsi anche al d.lgs. n. 23/2015 è altresì M. De Luca, *Tre parole del legislatore non bastano per la rivoluzione copernicana promessa: il jobs act alla prova della giurisprudenza*, in *Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" - IT*, 2015, n. 281, 6.

materiale» dello stesso, determina il diritto alla reintegrazione *ex art. 18* dello St. lav., non solo in base alla l. n. 92/2012, ma, altresì, al d.lgs. n. 23/2015, cui i giudici di legittimità fanno riferimento, pur senza nominarlo *expressis verbis*.

In particolare, la sent. n. 20540 afferma che «la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà perciò luogo alla reintegrazione ai sensi dell'art. 18, quarto comma, St. lav.». Affermazioni analoghe sono contenute nella seconda pronuncia, con cui la Suprema Corte ha voluto precisare che, qualora la fattispecie di illecito prevista dalla legge o dal contratto collettivo sia realizzata soltanto in parte per via della mancata configurazione anche di un solo elemento tipico, al lavoratore spetta il diritto al ripristino del rapporto di lavoro, stante l'insussistenza del fatto addebitato. Le due pronunce contengono, dunque, tra le righe, un messaggio *pro futuro* volto ad evitare l'effetto paradossale e non condivisibile di rendere del tutto impraticabile la tutela reale del lavoratore, con definitivo tramonto delle garanzie storicamente offerte dallo Statuto dei lavoratori.

Venendo al secondo decreto su cui ci si intende qui soffermare, il d.lgs. n. 81/2015, si manifestano analoghe perplessità circa la conformità a Costituzione delle novità da esso introdotte. L'art. 3, c. 1 modifica integralmente la regolamentazione del previgente art. 2103 c.c., come modificato dall'art. 13, St. lav., puntando al cuore della "flessibilità organizzativa". Declinando la flessibilità nella forma della mobilità endoaziendale, il decreto muta uno dei capisaldi del diritto del lavoro, riconoscendo in capo al datore, quale contraente - capo dell'impresa, una peculiare posizione di comando e supremazia anche in relazione alla frazione dell'organizzazione complessiva nella quale il singolo lavoratore è inserito³⁴. La novella, infatti, amplia il perimetro del legittimo esercizio dello *jus variandi*, con riguardo sia alla mobilità orizzontale³⁵, sia alla mobilità verso il basso, sì da allargare l'area del debito del lavoratore nei confronti del datore. In particolare, l'introduzione, secondo quanto oggi disposto dall'art. 2103, c. 2 c.c., di uno *jus variandi in peius*, "giustificato" dall'esigenza di una «modifica degli assetti organizzativi aziendali»³⁶, offre un'immagine piuttosto nitida della logica sottesa al Jobs Act: il rafforzamento dei poteri datoriali, a monte, come potere di organizzazione dell'impresa e, a valle, come potere di agire a tutela della propria aspettativa di adempimento. Un *favor* per l'organizzazione aziendale che dà la misura del "cambio di paradigma"³⁷ in atto: l'esaltazione dell'aspetto commutativo a discapito di quello realizzativo della persona del lavoratore, in contrasto con l'intera tessitura costituzionale del principio lavorista.

4. Osservazioni conclusive

Le recenti riforme si muovono in controtendenza rispetto allo Statuto dei lavoratori, scardinandone l'impianto garantista, imperniato sul rafforzamento della posizione contrattuale del contraente debole, il lavoratore, nella sua relazione con la controparte datoriale. Il Jobs Act stimola, pertanto, la

³⁴ M. Brollo, *Il mutamento delle mansioni dopo il jobs act*, in M. Persiani (cur.), *Il diritto del lavoro all'epoca delle nuove flessibilità*, in *Giur. it.*, 758 ss.

³⁵ Il nuovo art. 2103, c. 1 c.c. stabilisce che «Il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte». La novella introdotta dalla riforma viene ad incidere sulla tecnica di configurazione del limite al potere datoriale di modificare unilateralmente la prestazione di lavoro: al posto del vago criterio imperniato sull'equivalenza delle mansioni, la riforma adotta quale termine di raffronto il livello e la categoria legale di inquadramento.

³⁶ L'art. 2103, c. 2 c.c., nella formulazione oggi vigente, prevede che «In caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale».

³⁷ Espressione mutuata da F. Carinci, *op. cit.*, 776.

riflessione sulla tutela della persona nel contratto e, in particolare, nel rapporto di lavoro. Riflessione che riporta in auge la questione del rapporto tra diritto e valori³⁸ e, quindi, della necessità di evitare che la contrattualizzazione della persona trascinata nella materializzazione della sua essenza perché sopraffatta dallo scambio economico. La riforma delle tutele contro il licenziamento e le modifiche all'art. 2103 c.c. favoriscono lo scambio denaro - lavoro, accompagnato da una realizzazione della persona al ribasso: il lavoratore, pur di soddisfare i propri bisogni essenziali, accetta qualsiasi impiego e mansione, con sfregio alla nozione costituzionale di lavoro. La formula «fondata sul lavoro» contenuta nell'art. 1 Cost. intende la parola «lavoro» come una sineddoche (*pars pro toto*), cioè quale espressione della persona umana, portatrice dei valori riconosciuti dall'art. 2 sia come diritti soggettivi sia come principi oggettivi assunti a parametri di legittimazione del diritto positivo³⁹. Le recenti riforme sembrano, dunque, disattendere l'incarico affidato allo Stato di assicurare le condizioni necessarie al fine del pieno sviluppo della personalità dei soggetti che ne fanno parte, il che è tanto più grave quanto più si consideri che i diritti inerenti alla persona sono contraddistinti dai caratteri della originarietà, imprescrittibilità, indisponibilità e inalienabilità⁴⁰. La scelta del Costituente è stata, infatti, quella di porre il lavoro a fondamento, come principio di ciò che segue e ne dipende: dal lavoro, le politiche economiche; dalle politiche economiche, l'economia⁴¹.

Il dato economico, seppur rilevante, non è costitutivo e, sul piano valoriale, la relazione è invertita: sono la persona, la sua inviolabile dignità e il lavoro, la misura di legittimità dell'agire economico.

Va osservato che nel contesto di una siffatta riforma, il lavoro muta il proprio volto; cessa di essere il lavoro dell'*homo faber* - compimento della persona e della sua capacità creatrice - per tramutarsi nel "lavoro a ogni costo", spogliato di una sua componente coesistente: la dignità.

Il difetto di fondo consisterebbe nell'inversione della relazione che lega lavoro ed economia, in quanto, se c'è qualcosa di condizionato, questo non è e non deve essere il lavoro, ma le politiche; sono le politiche a dover valorizzare e riempire di contenuto effettivo e concreto il diritto al lavoro. Politiche di tale ampiezza e profondità non debbono privilegiare strumenti risarcitori, quanto, piuttosto, puntare a promuovere tutto lo spettro delle potenzialità e delle capacità umane che, attraverso il lavoro, si estrinsecano; solo così, il lavoro può essere concepito come condizione di una «esistenza libera e dignitosa» (art. 36 Cost.) e non come mera esplicazione materiale dell'energia di un *animal laborans*.

È pertanto fondamentale, anche alla luce della crisi economico-finanziaria, riproporre con forza l'attualità del dettato costituzionale, italiano ed europeo, al fine di evitare involuzioni. Il lavoro necessiterebbe, pertanto, di essere nuovamente posto al centro, come stella polare che guidi e orienti il legislatore, soprattutto quando più buie siano le contingenze concrete.

Abstract

The dialogue between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights and the Italian Constitution underlines the strictly individualistic nature of the right to work, as an expression of social personality and a fundamental right to full self-determination. Consequently, labour is the principle that

³⁸ L. Mengoni, *Diritto e valori*, Bologna, 1985.

³⁹ L. Mengoni, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in M. Napoli (cur.), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano, 1998, 47.

⁴⁰ M. Vincieri, *I principi costituzionali in materia di lavoro*, in L. Mezzetti (cur.), *I principi costituzionali*, Torino, 2011, 344.

⁴¹ G. Zagrebelsky, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*, Torino, 2013, 4.

ANNA CAMILLA VISCONTI

conditions (or should condition) the economic policies to avoid the overturning of the relation according to which labour is a measure for economic's legitimacy.

GLI AUTORI

Alberto Amori, dottore di ricerca in Diritto Tributario, Università G. d'Annunzio Chieti - Pescara

Francesca Andreoni, dottoranda in Diritto Pubblico e dell'Economia, Università di Pisa

Alessio Antonelli, dottorando di ricerca in Diritto pubblico e dell'economia, Università di Pisa

Antonia Baraggia, assegnista di ricerca in Diritto costituzionale e costituzionale comparato, Università degli Studi di Milano

Gianluca Bellomo, professore associato in Istituzioni di Diritto Pubblico, Università degli Studi G. d'Annunzio Chieti-Pescara

Cristina Bertolino, professore associato di Istituzioni di diritto pubblico Università degli Studi di Torino

Francesco Campodonico, dottorando in *Sistemi costituzionali comparati*, Università di Genova

Giovanni Chiarini, borsista di ricerca in Diritto Costituzionale, Università degli studi di Parma

Carlo Alberto Ciaralli, dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi G. d'Annunzio Chieti-Pescara

Melania D'Angelosante, ricercatore confermato in Diritto Amministrativo, Università degli Studi G. d'Annunzio Chieti-Pescara

Claudio Di Maio, borsista di ricerca dipartimento di Scienze Politiche e Sociali, Università della Calabria

Caterina Drigo, ricercatrice di Diritto Costituzionale, Università di Bologna

Davide Fiumicelli, dottore di ricerca in Diritto pubblico e dell'Economia, Università di Pisa

Matteo Foglia, dottorando di ricerca in *Business, Institutions, Markets*, dipartimento di Economia, Università G. d'Annunzio Chieti - Pescara

Nicolò Fuccaro, dottorando di ricerca in Diritto costituzionale interno, comparato ed europeo, Università degli Studi di Genova

Damiano Fuschi, dottorando di ricerca in Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Pavia

Chiara Gaetani, dottore di ricerca in *Processi di armonizzazione del diritto tra storia e sistema*, curriculum in Diritto Amministrativo, Università degli studi di Teramo

Francesco Gallarati, dottorando in *Sistemi costituzionali comparati*, Università degli Studi di Genova

Silvia Giorgi, assegnista di ricerca in Diritto Tributario, Università G. d'Annunzio Chieti - Pescara

Federica Girinelli, dottoressa di ricerca in *Processi di armonizzazione del diritto tra storia e sistema*, curriculum privatistico, Università degli Studi di Teramo

Francesco Emanuele Grisostolo, dottorando di ricerca in Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Udine

Ylenia Guerra, dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Bologna, *LL-M Candidate College of Europe, Brugge*

Antonio Ianni, dottorando di ricerca in *Diritto, mercato e persona*, Università Ca' Foscari di Venezia

Giuseppe Laneve, professore associato di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Macerata

Federico Losurdo, *visiting professor*, Università Federale di Maranhão

Maria Paola Mantovani, assegnista di ricerca in Diritto privato, Università G. d'Annunzio Chieti-Pescara

GLI AUTORI

Claudia Marchese, assegnista di ricerca in Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Napoli Suor Orsola Benincasa

Sara Martini, dottoranda di ricerca in Diritto comparato, Università degli Studi di Firenze

Fabio Masci, dottorando di ricerca in *Business, Institutions, Markets*, curriculum diritto costituzionale, dipartimento di Scienze giuridiche e sociali, Università G. d'Annunzio Chieti-Pescara

Francesco Mastromartino, assegnista di ricerca in Filosofia del diritto, Università di Roma Tre

Noemi Mazzaracchio, studentessa di dottorato, Università di Nanchino (南京大学法学院博士生)

Raffaele Mele, ricercatore di Filosofia del Diritto, *Georg-August Universität Göttingen, Juristische Fakultät - Abteilung für Rechts - und Sozialphilosophie*

Marianna Meo, magistrato in servizio presso la Procura della Repubblica di Larino, dottoressa di ricerca in *Tutela dei diritti fondamentali, Diritto Pubblico Italiano ed Europeo*, Università degli Studi di Teramo

Massimiliano Mezzanotte, ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Teramo

Ilario Nasso, magistrato ordinario in tirocinio con funzioni di giudice del lavoro, Tribunale di Reggio Calabria, dottorando di ricerca in *Stato, persona e servizi nell'ordinamento europeo e internazionale*, curriculum diritto costituzionale, Università di Bologna

Andrea Palazzotto, dottore di ricerca in *Public Services*, Università di Camerino

Diletta Pamelin, dottoranda di ricerca in *Diritti e istituzioni*, Università di Torino

Andrea Piermarocchi, dottore di ricerca in *Processi di armonizzazione del diritto tra storia e sistema*, Università degli Studi di Teramo

Federico Ponte, dottorando di ricerca in *Sistemi costituzionali comparati*, Università degli Studi di Genova

Lorella Ponzetta, dottoressa di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Bologna

Carmen Ranalli, dottore di Ricerca in *Istituzioni e Politiche comparate, Internazionali ed Europee*, Università degli Studi di Teramo

Ilaria Rivera, assegnista di ricerca in *Juridical Sciences*, Luiss Guido Carli

Marcello Salerno, ricercatore di Istituzioni di Diritto pubblico, Università A. Moro di Bari

Francesco Santolini, dottore di ricerca in *Sistemi costituzionali comparati*, Università degli studi di Genova

Gianluca Sardi, dottorando di ricerca in *Processi di armonizzazione del diritto tra storia e sistema*, Università degli Studi di Teramo

Chiara Sorbello, dottoressa di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Bologna

Anna Camilla Visconti, dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale, dipartimento di Scienze giuridiche e Sociali, Università degli Studi g. d'Annunzio Chieti-Pescara

