

DIRITTO E SOCIETÀ

*Rivista trimestrale fondata nel 1973  
da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli*

III serie - 1/2017

**Comitato di direzione**

Maria Alessandra Sandulli

*Direttore responsabile*

Beniamino Caravita di Toritto

Antonio D'Atena

Massimo Luciani

Franco Modugno

Giuseppe Morbidelli

Marco Ruotolo

Federico Sorrentino

**Comitato scientifico**

Marino Breganze

Giuseppe Caia

Paolo Carnevale

Marta Cartabia

Giuseppe de Vergottini

Pietro Giuseppe Grasso

Guido Greco

Natalino Irti

Anne-Marie Le Pourhiet

Stelio Mangiameli

Manlio Mazziotti †

Fabio Merusi

Jorge Miranda

Giovanni Sartori †

Dian Schefold

Franco Gaetano Scoca

Gaetano Silvestri

Aldo Travi

**Redazione**

Francesco Crisafulli

Flaminia Aperio Bella

Daniele Chinni

Tatiana Guarnier

## SOMMARIO 1/2017

### **saggi**

- Antonio D'Atena, *Le stagioni del costituzionalismo nel suo rapporto con la tutela dei diritti fondamentali* 1
- Claudio De Fiore, *Sulla rappresentazione della nazione. Brevi note sul divieto di mandato imperativo* 19
- Diana-Urania Galetta, *Trasparenza e contrasto della corruzione nella pubblica amministrazione: verso un moderno panottico di Bentham?* 43
- Tommaso Greco, *L'orizzonte del giurista tra autonomia ed eteronomia* 69
- Giorgio Pino, *Costituzione come limite, Costituzione come fondamento, Costituzione come assiologia* 91

### **osservatorio**

- Leonardo Pace, *I vincoli di spesa e le esigenze di bilancio nelle dinamiche della spesa farmaceutica. Profili di costituzionalità* 121



LE STAGIONI DEL COSTITUZIONALISMO  
NEL SUO RAPPORTO CON LA TUTELA  
DEI DIRITTI FONDAMENTALI\*

SOMMARIO: 1. La Dichiarazione d'indipendenza degli Stati nordamericani e la Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. – 2. Un apparente paradosso: il silenzio sui diritti nelle prime grandi Costituzioni. – 3. La tutela dei diritti fondamentali come “cuore” della “eresia” costituzionale. – 4. La “copertura organizzativa” dei diritti fondamentali. – 5. L'autosufficienza della disciplina costituzionale. – 6. La rivoluzione sovietica e l'avvento dei diritti sociali. – 7. Auschwitz e l'internazionalizzazione della tutela.

1. *La Dichiarazione d'indipendenza degli Stati nordamericani e la Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789*

Il tema può essere introdotto con una constatazione, al limite della banalità, e con la segnalazione di un paradosso.

La constatazione è che la tutela dei diritti fondamentali costituisce il baricentro, il cuore, del costituzionalismo.

Ciò si riflette sui caratteri della fonte del diritto di cui ci occupiamo:

\* Il presente lavoro costituisce la trascrizione, con l'aggiunta delle note, della conferenza tenuta dall'autore a Lisbona il 15 novembre 2016, nel Seminario internazionale per la celebrazione del 40° anniversario della Costituzione portoghese. Esso è stato introdotto dalle parole che si riportano di seguito. “Considero un grande onore essere stato invitato a festeggiare un anniversario importante: un anniversario, che ci riporta alla memorabile stagione costituzionale degli anni '70, quando, in Europa, tre Stati sono usciti da regimi non democratici e illiberali per entrare nella democrazia liberale. Tale passaggio è consacrato da tre Costituzioni: la Costituzione greca del 1975, la Costituzione portoghese del 1976 e la Costituzione spagnola del 1978. Gli eventi appena ricordati hanno dato luogo anche ad una rinascita culturale, la quale ha portato a un enorme sviluppo degli studi di diritto costituzionale in questi Stati, uno sviluppo, tra l'altro, testimoniato dai grandi maestri che il Portogallo ha dato al costituzionalismo europeo, molti dei quali sono qui presenti”.

la Costituzione. La quale, pur essendo riconducibile alla categoria generale degli atti normativi (degli atti, cioè, idonei a produrre risultati prescrittivi conformi al proprio contenuto), presenta alcune irripetibili specificità. Ai fini che qui interessano, va sottolineata una specificità di tipo contenutistico. La Costituzione, infatti, per essere tale (per corrispondere al paradigma proprio della tradizione del costituzionalismo), deve avere un certo contenuto, in difetto del quale non è una Costituzione.

Per quanto riguarda tale contenuto, il pensiero non può non andare ai due grandi documenti, dai quali è stata solennemente inaugurata la stagione storica che sarebbe poi proseguita con la diffusione delle Carte costituzionali in tutto il mondo: la Dichiarazione d'indipendenza degli Stati nordamericani (la Dichiarazione di Filadelfia del 1776) e la *Déclaration* francese (la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789).

La Dichiarazione di Filadelfia è un documento formidabile, rivoluzionario, nel quale si afferma, in modo assolutamente perentorio: “*We hold these truths to be self-evident: that all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights; that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness*”. Questa enunciazione è il manifesto del costituzionalismo. La pretesa dei coloni americani, che, nel corso della guerra d'indipendenza, sentono il bisogno di adottare questo documento, è di costruire una nuova società, un mondo che non sia “nuovo” soltanto in senso geografico, ma anche per i valori posti alla sua base, frontalmente contrapposti a quelli contemporaneamente in auge nelle società europee dell'*ancien régime*.

La dichiarazione francese è un documento meno ispirato, è un documento laico, privo del substrato religioso che così profondamente impronta la dichiarazione di Filadelfia. È, però, tecnicamente ineccepibile: un fulgido esempio di *clarté cartésienne*. “Uno Stato – vi si legge – nel quale non è assicurata la garanzia dei diritti né è determinata la separazione dei poteri è privo di Costituzione” (*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*). È una definizione folgorante.

Il dato che emerge da queste due dichiarazioni è che non c'è Costituzione senza tutela dei diritti. Il che significa che i documenti degli Stati autoritari che si autoqualificano “Costituzione”, Costituzioni non siano, come ebbe a dire Peter Häberle, a proposito della *soi-disante* Costituzione della Repubblica democratica tedesca, in un seminario presso l'Università di Roma “Tor Vergata”, al quale era stato invitato da chi vi parla all'indomani del crollo del muro di Berlino.

## 2. Un apparente paradosso: il silenzio sui diritti nelle prime grandi Costituzioni

Veniamo al paradosso. Le prime due grandi Costituzioni, i documenti costituzionali che segnano il punto di non ritorno nella storia del costituzionalismo – la Costituzione degli Stati Uniti d’America del 1787 e la Costituzione francese del 1791 – non si occupano dei diritti<sup>1</sup>.

Si tratta, però, di un paradosso apparente.

In Francia, il silenzio serbato dalla Costituzione in ordine ai diritti fondamentali è rivolto a rafforzare la tutela ad essi accordata. Dietro questa scelta, c’è la dottrina del diritto naturale, improntata, com’è noto, dalla convinzione che i diritti non spettino all’uomo perché ad esso concessi da un legislatore positivo, ma per la sua qualità di essere umano. Di qui, la preoccupazione che l’inserimento in Costituzione di una compiuta disciplina dei diritti fondamentali possa accreditare l’idea che i diritti traggano la propria origine dalla Costituzione (e che, pertanto, siano disponibili dal legislatore costituzionale, il quale, come li ha concessi, potrebbe revocarli). Coerente con questa preoccupazione è la scelta di non collocare la disciplina dei diritti nella Costituzione, in un documento, cioè, che “costituisce” – e, quindi, crea – le situazioni giuridiche soggettive da esso contemplate, ma in una “dichiarazione”, provvista di valore ricognitivo, chiamata ad elencare diritti già esistenti<sup>2</sup>. Può aggiungersi che questa sensibilità giusnaturalistica è ancora oggi presente nel costituzionalismo francese. Basti pensare al preambolo alla Costituzione vigente, nel quale si afferma che “il popolo francese proclama solennemente la propria fedeltà ai diritti dell’uomo e ai principi della sovranità nazionale così come sono stati definiti dalla Dichiarazione del 1789, confermata e completata dal preambolo alla Costituzione del 1946”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Sulla questione: D’ATENA, *Costituzionalismo moderno e tutela dei diritti fondamentali*, in D’ATENA, LANZILLOTTA (a cura di), *Da Omero alla Costituzione europea. Costituzionalismo antico e moderno*, Tivoli 2003, 209 ss; ID., *Die Verflechtung von Konstitutionalismus und Grundrechten*, in *Staat und Recht in europäischer Perspektive. Festschrift Heinz Schäffer*, Wien-München 2006; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, III ed., Torino 2012, 2 ss.

<sup>2</sup> Sul punto, ad esempio: TROPER, *Pour une théorie juridique de l’État*, Paris 1994, cap. XX.

<sup>3</sup> “Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l’Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu’ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946”. Questo il tenore della dichiarazione al momento della nascita della Costituzione (1958).

Negli Stati Uniti, il discorso è diverso. Non che fossero del tutto assenti motivi analoghi a quelli sviluppati in Francia. Si pensi al numero 84 dei *Federalist Papers*, dovuto alla penna di Alexander Hamilton, nel quale si illustrano le ragioni per le quali la Costituzione federale non deve occuparsi della libertà di manifestazione del pensiero. La previsione del divieto di censura, infatti, come sottolinea l'autore, postulerebbe l'esistenza del potere della Costituzione federale di occuparsene (e, quindi, anche di revocare la decisione originaria)<sup>4</sup>. Preferibile, quindi, che il testo costituzionale mantenga in proposito un assoluto silenzio.

Il tema costituzionale così introdotto – sia consentito per inciso notare – è quello dei limiti all'azione legittima dello Stato: un tema cruciale, che sarebbe stato posto drammaticamente sul tappeto, nel XX secolo, dai regimi “totalitari” europei, i quali coltivavano la pretesa che non vi fosse spazio della vita personale e sociale sottratto agli interventi intrusivi dello Stato. È, ad esempio, indicativo che nel codice civile italiano del 1942 fosse stata inserita una disposizione che obbligava i genitori ad educare i figli nel rispetto del sentimento nazionale fascista<sup>5</sup>. Ed è proprio a pretese di questo tipo che si contrappone l'enciclica *Quadragesimo Anno* del 1934, la quale, affermando il primato etico della persona rispetto allo Stato, rivendica con forza l'esigenza che lo Stato non varchi i confini riservati all'essere umano e alle formazioni sociali in cui – potrebbe dirsi,

Successivamente esso è stato integrato con la formula: “ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004”.

<sup>4</sup> “I go further, and affirm that bills of rights, in the sense and in the extent in which they are contended for, are not only unnecessary in the proposed constitution, but would even be dangerous. They would contain various exceptions to powers which are not granted; and on this very account, would afford a colourable pretext to claim more than were granted. For why declare that things shall not be done which there is no power to do? Why for instance, should it be said, that the liberty of the press shall not be restrained, when no power is given by which restrictions may be imposed? I will not contend that such a provision would confer a regulating power; but it is evident that it would furnish, to men disposed to usurp, a plausible pretence for claiming that power. They might urge with a semblance of reason, that the constitution ought not to be charged with the absurdity of providing against the abuse of an authority, which was not given, and that the provision against restraining the liberty of the press afforded a clear implication, that a power to prescribe proper regulations concerning it, was intended to be vested in the national government. This may serve as a specimen of the numerous handles which would be given to the doctrine of constructive powers, by the indulgence of an injudicious zeal for bills of rights”

<sup>5</sup> Si tratta dell'articolo 147, il quale, al primo comma, prevedeva che il matrimonio imponesse ad ambedue i coniugi l'obbligazione di mantenere, educare e istruire la prole, mentre al secondo comma stabiliva quanto segue: “l'educazione e l'istruzione devono essere conformi ai principi della morale e al sentimento nazionale fascista”.

riecheggiando l'articolo 2 della Costituzione italiana – “si svolge la sua personalità”<sup>6</sup>.

Alla base del silenzio originariamente serbato dalla Costituzione degli Stati Uniti d'America in materia di diritti fondamentali, tuttavia, non c'è soltanto l'idea, pur così importante, che certi ambiti debbano essere sottratti all'intervento dello Stato, ma un dato strutturale. Gli Stati Uniti nascono, infatti, come Stato federale, tenuto a battesimo dagli Stati preunitari in esso confluiti, alcuni dei quali, non solo si erano già dotati di proprie Costituzioni, ma avevano in esse dettato compiute discipline dei diritti fondamentali. Discipline – può aggiungersi – molto mature, che, in più casi, anticipavano, in modo impressionante, soluzioni che sarebbero state riprese dal costituzionalismo novecentesco<sup>7</sup>.

Se si tiene conto di questo contesto, non sorprende che la Costituzione federale non abbia sentito il bisogno di dettare una propria, autonoma, disciplina dei diritti fondamentali, ma si sia limitata a porre una disciplina complementare rispetto a quelle contenute nelle Costituzioni degli Stati membri. Di qui, la sua configurazione come Costituzione parziale (*Teilverfassung*) – per dirla con Hans Nawiasky<sup>8</sup> – destinata a essere completata dalle Costituzioni degli Stati membri, per intrattenere con esse – come pone in luce Peter Häberle (che fa uso del medesimo concetto<sup>9</sup>) – un rapporto non dissimile da quello attualmente sussisten-

<sup>6</sup> Questo è il pertinente passo dell'Enciclica: “Siccome è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere ad una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare. Ed è questo insieme un grave danno e uno sconvolgimento del retto ordine della società; perché l'oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già distruggerle ed assorbirle”. Il significato costituzionale dell'Enciclica è stato immediatamente colto da uno dei maestri della scuola di Vienna: MERKL, *Der staatsrechtliche Gehalt der Enzyklika «Quadragesimo Anno»*, in *ZöR*, 1934, 208 ss. (ora nell'antologia dal titolo: *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkel, Alfred Ross*, Wien-Frankfurt-Zürich-Salzburg-München, s.d., 381 ss., spec. 384 s.)

<sup>7</sup> Si pensi, ad esempio, che nella Costituzione del North Carolina del 1776 era contenuta una disciplina del “giusto processo” provvista di impressionanti punti di contatto con quella che sarebbe stata introdotta nella Costituzione italiana del 1999, in sede di revisione dell'articolo 111. Si tratta della norma in forza della quale “in ogni processo penale ciascuno ha diritto di essere informato dell'accusa contro di lui e di mettere a confronto gli accusatori ed i testimoni con altri testimoni” (art. VII: “That, in all criminal prosecutions, every man has a right to be informed of the accusation against him, and to confront the accusers and witnesses with other testimony, and shall not be compelled to give evidence against himself”).

<sup>8</sup> NAWIASKY, *Der Bundesstaat als Rechtsbegriff*, Tübingen 1920.

<sup>9</sup> HÄBERLE, *Verfassungsgebung in Europa heute sowie in naher Zukunft*, in HÄBERLE,

te tra le Costituzioni degli Stati che fanno parte dell'Unione europea e la costituzione di quest'ultima, nel quadro di un sistema costituzionale multilivello<sup>10</sup>.

Com'è noto, l'originaria impostazione nord-americana è stata accolta dalle Costituzioni federali europee del XIX secolo: la Costituzione svizzera del 1848 e la Costituzione federale tedesca del 1871, nessuna delle quali conteneva una compiuta disciplina dei diritti umani.

È, peraltro, altrettanto noto che essa è stata in seguito superata. In tutti i sistemi federali, infatti, si sono sviluppate robuste tendenze alla nazionalizzazione dei diritti fondamentali, in vista della creazione di una cittadinanza unitaria, rivolta a dotare di un solido substrato la tenuta complessiva del sistema federale. Quanto agli Stati Uniti, ciò è avvenuto, nel 1791, con i primi 10 emendamenti, non a caso, comunemente denominati *Bill of Rights*. Analogo il percorso seguito in Svizzera, mentre in Germania l'integrazione dei diritti fondamentali nella Costituzione federale si è realizzata nel passaggio dalla Costituzione bismarckiana del 1871 alla Costituzione di Weimar del 1919<sup>11</sup>.

Oggi, comunque, la disciplina dei diritti fondamentali figura nella quasi totalità delle Costituzioni, non solo in quelle federali, e trova un'espressione viva nella sistematica costituzionale. Una parte della Costituzione è, infatti, dedicata ai diritti. Nella Costituzione portoghese, ad esempio, si tratta di un "titolo", nella Costituzione italiana di una "parte", nella Costituzione dei Paesi Bassi di un "capitolo".

*Europäische Verfassungslehre*, VI ed. aggiornata ed ampliata, Baden-Baden, 2009, 210 ss., 221 ss. In argomento può anche consultarsi D'ATENA, *Una costituzione senza costituzione per l'Europa*, in *Dir. e soc.*, n. 2/2009

<sup>10</sup> Su tale nozione: PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making revisited?*, in *CMLR*, 1999, 708 ss.; ID., *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *ELRev.*, 2002, 511 ss., nonché, da ultimo: PERNICE, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 15, n. 3, 2009. Si tratta – come noto – di una nozione che ha avuto largo seguito in Europa; v., ad es.: BILANCIA, P., PIZZETTI, F., *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano 2004; D'ATENA, *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Torino 2007; CARDOSO DA COSTA, *The Portuguese Constitution and European Union Law*, in BLANKE, CRUZ VILLALÓN, KLEIN, ZILLER (a cura di), *Common European Legal Thinking. Essays in Honour of Albrecht Weber*, Berlin 2015.

<sup>11</sup> Sull'originaria incompletezza delle Costituzioni federali e sul successivo processo di nazionalizzazione dei diritti fondamentali, sia consentito il rinvio a D'ATENA, *L'autonomia costituzionale e statutaria delle entità sub-statali nei sistemi federali e regionali*, in D'ATENA, *L'Italia verso il "federalismo"*. *Taccuini di viaggio*, Milano 2001, 25 ss.

### 3. La tutela dei diritti fondamentali come “cuore” della “eresia” costituzionale

Con riferimento a questo punto, è il caso di approfondire il discorso in termini più tecnici, soffermando l'attenzione su due aspetti cruciali: sul significato più profondo del rapporto tra diritti fondamentali e Costituzione e sugli strumenti tecnici utilizzati dal costituzionalismo, dal primo costituzionalismo, per garantire i diritti fondamentali.

Quanto al primo punto, occorre porre in rilievo che, se, come si è visto, non c'è Costituzione senza diritti, non ci sono nemmeno diritti senza Costituzione. È, infatti, la Costituzione a rendere i diritti dell'uomo diritti in senso giuridico.

C'è un passo celeberrimo di Alexis de Tocqueville, nell'*ancien régime et la Révolution*<sup>12</sup>, in cui si mette in luce che nel vecchio regime i sudditi vivevano normalmente in condizione di libertà. Si trattava, però, di una libertà di fatto, la quale non si fondava su una pretesa giuridica che potesse essere fatta valere nei confronti del potere sovrano. Quest'ultimo, infatti, poteva travolgere questa condizione a proprio capriccio, affidando qualsiasi suddito ai servizi offerti dalla Bastiglia.

È questa la ragione, per la quale si può affermare che, nel momento in cui nacquero le prime Costituzioni, il costituzionalismo si presentasse come un'autentica eresia, poiché pretendeva di porre dei limiti allo stesso potere sovrano, il quale, proprio per effetto di quei limiti, ha finito per perdere l'illimitatezza da cui era tradizionalmente connotato<sup>13</sup>.

Sono, a questo riguardo, molto interessanti i tentativi compiuti in Germania per cercare di conciliare la sovranità dello Stato con i diritti costituzionalmente riconosciuti ai singoli. Si pensi, ad esempio, alla teoria, risalente a Gerber e diffusissima nella Germania del XIX e degli inizi del XX secolo, secondo cui il diritto di libertà sarebbe una sorta di illusione ottica: l'effetto indiretto, o riflesso, di un'autolimitazione che lo Stato pone alla sua sovranità, perché lo Stato, in quanto soggetto sovrano, solo in questo modo può costruire il diritto fondamentale<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la Révolution* (1856), vol. 4 delle *Oeuvres complètes*, VII ed., Paris 1866, cap. XI, nel quale l'autore si intrattiene su *l'espèce de liberté qui se rencontrait sous l'ancien régime*

<sup>13</sup> Su questo profilo: D'ATENA, *Il versante interno della sovranità statale. Problemi vecchi e nuovi*, in D'ATENA, *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, cit., 4 ss.

<sup>14</sup> GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Dresden 1880 (che può leggersi anche nella bella traduzione italiana di P. L. Lucchini: GERBER, *Diritto pubblico*, Milano

Passando a considerare le tecniche impiegate, è il caso di osservare preliminarmente che si tratta di tecniche giuridiche di straordinaria efficacia, le quali realizzano una sintesi felicissima tra lo scopo e il mezzo. Non si pecca di enfasi, se si afferma che il momento della nascita delle prime Costituzioni è stato un momento magico nella storia dell'umanità, un momento di grande creatività, il quale può essere accostato a quello vissuto da Atene nell'età di Pericle: un'età, in cui, non solo si tenne a battesimo la democrazia, come oggi siamo abituati a pensarla, ma alla quale si deve l'elaborazione di molte delle regole che governano i processi di decisione democratica, come quelle che presiedono alle tecniche di voto, al computo delle maggioranze, alla fissazione dell'ordine del giorno<sup>15</sup>.

#### 4. La "copertura organizzativa" dei diritti fondamentali

La prima tecnica di cui il costituzionalismo fa uso per garantire i diritti di fondamentali è quella della loro copertura organizzativa<sup>16</sup>. In genere, si parla di copertura finanziaria, alludendo al fatto che le leggi debbono indicare i mezzi finanziari per far fronte alle spese che esse prevedono. Parlando, nel contesto del costituzionalismo, di copertura organizzativa, si fa riferimento alla circostanza che l'elenco dei diritti da solo non è in grado di conseguire gli scopi in funzione dei quali è stato concepito. A

1971, 120 ss.). Icastica la formulazione di Paul Laband (LABAND, *Reichsstaatsrecht*, VI ed., Tübingen 1912, 46, nt. 11), che può essere così tradotta: "i cosiddetti diritti di libertà o diritti fondamentali non sono diritti in senso soggettivo, ma norme per il potere dello Stato che questo dà a se stesso; essi costituiscono limiti per i poteri autoritativi delle autorità; assicurano al singolo la sua naturale libertà di movimento entro determinati limiti; ma non fondano diritti soggettivi del cittadino poiché non hanno oggetto. Sono solo negazioni di limiti alla libertà". Nella dottrina italiana, la questione è affrontata, in modo ampio e approfondito, da Pierfrancesco Grossi (GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, II edizione ampliata, Torino 1991, 135 ss.).

<sup>15</sup> In argomento, per tutti: LANZILLOTTA, *Sulla formazione del concetto di democrazia*, in D'ATENA, LANZILLOTTA (a cura di), *Alle radici della democrazia. Dalla polis al dibattito costituzionale contemporaneo*, Roma 1998, 20 s.; LANZILLOTTA, *Correnti costituzionali nel IV secolo a. C.*, in D'ATENA, LANZILLOTTA (a cura di), *Da Omero alla Costituzione europea. Costituzionalismo antico e moderno*, cit., 133 ss. Ricca di informazioni, al riguardo, la parte dedicata alla Costituzione democratica ateniese da Margherita Guarducci in un'opera ormai classica: GUARDUCCI, *Epigrafia greca. II. Epigrafi di carattere pubblico*, Roma 1969, 5 ss.

<sup>16</sup> Il concetto di "copertura organizzativa" usato nel testo è una trasposizione del concetto di "copertura amministrativa", elaborato da Romano Bettini (BETTINI, *Il teorema della copertura amministrativa delle leggi*, in *Sociologia del diritto*, 1990).

questo fine è indispensabile una “certa” organizzazione del potere statale. Non è, ad esempio, un caso che nella Costituzione normalmente coesistono una parte sostantiva (diritti e doveri) ed una parte organizzativa. Quest’ultima, come pone incisivamente in evidenza il già citato articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789, per poter corrispondere alle esigenze della tutela dei diritti, deve essere informata al principio della separazione dei poteri.

Una conferma empirica della fondatezza di questo assunto è offerta dall’esperienza costituzionale sviluppatasi nei paesi socialisti. Si pensi, ad esempio, alla Costituzione dell’Unione sovietica del 1977, che conteneva alcune disposizioni dedicate alla tutela dei diritti. In certi casi, i diritti da essa contemplati si atteggiavano diversamente dai diritti garantiti dal costituzionalismo liberale. Si trattava, infatti, di diritti funzionali. Paradigmatico, al riguardo, l’articolo 50, il quale garantiva, ai cittadini dell’Unione sovietica, la libertà di parola, di stampa, di riunione, di assemblea, di corteo e di manifestazione, “in conformità con gli interessi del popolo e ai fini del rafforzamento dello sviluppo dell’ordinamento socialista”. Il significato di questa connotazione finalistica è evidente. In virtù di essa, infatti, se la manifestazione del pensiero non fosse stata ortodossa, in quanto non in linea con le posizioni espresse dal partito, sarebbe stata condannata alla clandestinità, al *Samizdat*<sup>17</sup>.

Quella stessa Costituzione, tuttavia, contemplava dei diritti costruiti con tecniche giuridiche analoghe a quelle utilizzate dal costituzionalismo occidentale, facendo uso, cioè, degli stessi strumenti impiegati dalle nostre Costituzioni: la riserva di legge per la disciplina dei limiti e la riserva di giurisdizione per l’applicazione al singolo della limitazione del diritto fondamentale. L’articolo 56, ad esempio, prevedeva che il segreto della corrispondenza epistolare, delle conversazioni telefoniche e delle comunicazioni telegrafiche fossero “tutelati dalla legge”, mentre l’articolo 54 stabiliva che nessuno potesse essere arrestato “altrimenti che per sentenza del tribunale”.

Ebbene, nel sistema istituzionale sovietico, tali strumenti giuridici, mancando del supporto di un’organizzazione costituzionale informata ai principi del costituzionalismo, erano svuotati della loro valenza garanti-

<sup>17</sup> Per questa osservazione, salvo che per il riferimento al *Samizdat*, all’epoca sconosciuto in Italia, v., relativamente all’analogo formula presente nella Costituzione sovietica del 1936: ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano* (1957), ora in ESPOSITO, *Diritto costituzionale vivente. Il Capo dello Stato ed altri saggi*, a cura di Damiano Nocilla, Milano 1992, 117 s.

stica. È, infatti, incontestabile che, senza pluralismo partitico e senza libere elezioni, la riserva di legge è un involucro vuoto, come un involucro vuoto è la riserva di giurisdizione, se non viene garantita l'indipendenza dei giudici dal potere politico.

È questa la ragione per la quale la disciplina dei diritti fondamentali non costituisce una variabile indipendente, combinabile con qualsivoglia organizzazione costituzionale. Essa, infatti, può produrre gli effetti in funzione dei quali è stata storicamente concepita, solo se, ed in quanto, trovi il supporto di una "certa" organizzazione costituzionale: di un'organizzazione costituzionale informata, appunto, al principio della separazione dei poteri.

##### 5. *L'autosufficienza della disciplina costituzionale*

Un secondo punto di forza della tutela dei diritti fondamentali garantita dal primo costituzionalismo va ravvisato nell'efficacia della corrispondente disciplina normativa. Non ci si riferisce all'efficacia formale dell'atto-Costituzione (un'efficacia, destinata a variare in funzione del carattere rigido o flessibile rivestito da tale atto), ma ad un'efficacia che potrebbe qualificarsi "sostanziale", dovuta alla capacità della Costituzione di creare, in modo assolutamente autosufficiente, senza, cioè, bisogno di ulteriori interventi normativi, il diritto fondamentale.

Tale efficacia si legava alla struttura dei diritti garantiti dal primo costituzionalismo, come la libertà personale, la libertà religiosa, la libertà di manifestazione del pensiero. Si tratta, infatti, di diritti che presentavano (e presentano) un contenuto eminentemente negativo, configurandosi come "libertà da", le quali esigono un'astensione da parte dello Stato (e degli altri consociati)<sup>18</sup>.

Libertà di stampa, ad esempio, significa divieto di censura.

Particolarmente illuminanti, a questo riguardo, sono alcuni passi contenuti nella memorabile prolusione romana pronunciata da Carlo Esposito nel 1957<sup>19</sup>. In essa, l'autore confutava recisamente l'opinione, non priva di seguito nella giurisprudenza ordinaria all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana del 1947, che l'articolo 21 di quella Costituzione (la norma dedicata alla libertà di manifestazione

<sup>18</sup> In argomento, fondamentale: GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, cit., 235 ss.

<sup>19</sup> ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., 127.

del pensiero) presentasse carattere meramente programmatico. E si traducesse, quindi, nel mero rinvio a successivi interventi del legislatore. In senso contrario, Esposito rilevava che “il riconoscimento di una libertà giuridica non richiede specifica attività legislativa per tradursi in atto, ma [...] che le leggi si astengano dal disporre contro la libertà”. Per la ragione – egli aggiungeva – che le libertà giuridiche “non richiedono [...] specifica regolamentazione, ma astensione dalla regolamentazione”.

La semplice enunciazione in Costituzione è, quindi, sufficiente a far nascere il diritto ed a farne godere i soggetti ai quali è riconosciuto.

Di qui, la totale immedesimazione tra i diritti fondamentali e la disciplina costituzionale che li riconosce.

## 6. *La rivoluzione sovietica e l'avvento dei diritti sociali*

È questo, tuttavia, un punto rispetto al quale nella successiva stagione del costituzionalismo si registra un'evoluzione, la quale coincide con l'inizio di quello che Eric Hobsbawm qualifica il secolo breve: il XX secolo<sup>20</sup>, il quale, da un punto di vista cronologico, dura 100 anni come tutti i secoli, ma, dal punto di vista storiografico, ha una durata inferiore. Esso ha inizio con due eventi che cambiano la storia del mondo: la rivoluzione sovietica del 1917 e la prima guerra mondiale (1914-1918).

Tali eventi si riflettono profondamente sul costituzionalismo.

Non è, ad esempio, un caso che, all'indomani della prima guerra mondiale, la Costituzione di Weimar sia stata la prima Costituzione europea ad introdurre un dispositivo di adattamento automatico al diritto internazionale, prevedendo, all'articolo 4, che “le norme generalmente riconosciute del diritto internazionale sono vincolanti elementi costitutivi del diritto dell'Impero tedesco”.

È la risposta del costituzionalismo allo sconvolgimento, al fracasso, in cui sono precipitate le illusioni dei nazionalismi ottocenteschi, i quali erano costruiti sull'idea che il maggiore strumento per risolvere i conflitti di interesse tra gli Stati fosse la guerra. Si deve a questa disposizione weimariana, che avrebbe trovato un seguito, nel 1931, nella Costituzione della seconda Repubblica spagnola<sup>21</sup>, l'apertura dello Stato, precedentemente

<sup>20</sup> HOBBSAWM, *The Age of Extremes: The Short Twentieth Century, 1914-1991*, London 1994.

<sup>21</sup> Art. 7°: “El Estado español acatará las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo”.

rinchiuso entro le mura di cinta della sua sovranità, al diritto internazionale.

Per il tema dei diritti, l'elemento di maggior impatto è rappresentato dalla rivoluzione sovietica e dal pensiero da cui essa ha tratto alimento: il marxismo. Un pensiero, il quale lancia una sfida mortale al costituzionalismo, ponendo al centro del proprio universo assiologico la libertà dal bisogno, senza la quale le libertà della tradizione settecentesca ed ottocentesca sarebbero null'altro che privilegi, fondati sulla disegualianza tra gli esseri umani<sup>22</sup>. Di qui, la contrapposizione dell'eguaglianza alla libertà, considerate in termini alternativi.

Questa sfida non poteva lasciare indifferente il costituzionalismo, il quale ha reagito ad essa immediatamente. La prima risposta ha preceduto di pochi mesi la rivoluzione sovietica. Essa si deve alla Costituzione messicana del gennaio 1917, seguita dalla Costituzione di Weimar del 1919. Entrambe le Costituzioni hanno integrato la questione sociale, che era ignorata dallo Stato liberale di diritto ottocentesco, nel sistema costituzionale, aggiungendo ai cataloghi dei diritti della tradizione settecentesca ed ottocentesca i diritti sociali<sup>23</sup>. Diritti, che presentano una differenza strutturale rispetto ai precedenti diritti di libertà. Non sono "libertà da" ma "diritti a". Si pensi al diritto al lavoro, al diritto alla salute, al diritto alla previdenza sociale, al diritto alla retribuzione sufficiente, i quali non chiamano in causa un'astensione dello Stato, ma un suo intervento positivo. Un eminente padre costituente italiano ed insigne giurista, Piero Calamandrei, ha espresso il concetto in termini di icastici, affermando, che, per questa parte, la Costituzione italiana si configurerebbe come una "rivoluzione promessa", che, pur prefigurando un assetto dei rapporti sociali, diverso da quello esistente, non sarebbe in condizione, da sola, di realizzarlo<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Sul punto: BATTAGLIA, *Dichiarazioni dei diritti*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964, 417 ss.

<sup>23</sup> Sui problemi che il riconoscimento dei diritti sociali pone, v., nella letteratura italiana: BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1988 (ora in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 123 ss.); PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, II ed., Padova, 1990, 59 ss.; LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di M. Mazzotti di Celso*, Padova, 1995, 97 ss.

<sup>24</sup> CALAMANDREI, *La Costituzione*, in AA.Vv., *Dieci anni dopo. 1945-1955*, Bari 1955, 212 ss. Lo stesso Calamandrei, in una conferenza agli studenti milanesi del 1950, aveva qualificato la parte della Costituzione dedicata ai diritti sociali come una *polemica contro il presente*: contro una realtà sociale, che i padri costituenti intendevano avviare a superamento.

I diritti sociali, infatti, configurandosi come “diritti a prestazione”, attendono dal successivo intervento del legislatore la propria realizzazione<sup>25</sup>.

Di qui, il formidabile problema dell'efficacia delle norme che li riconoscono. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'articolo 37, primo comma, della Costituzione italiana, il quale, affermando che alla donna lavoratrice deve essere garantito l'adempimento della sua essenziale funzione familiare (deve essere garantita, cioè, la possibilità di essere lavoratrice e madre al tempo stesso), dà vita ad un diritto, il quale, per poter essere reso compiutamente operante, richiede che il legislatore intervenga per assicurare la compatibilità tra l'impegno lavorativo e l'impegno familiare, prevedendo, ad esempio, congedi retribuiti per gravidanza e puerperio o provvidenze finanziarie in favore delle lavoratrici<sup>26</sup>.

Su queste basi, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, la giurisprudenza inclinava a ritenere che enunciazioni come questa non presentassero un contenuto prescrittivo immediatamente operante, ma fossero dotate di valore meramente programmatico: fossero, cioè, altrettanti appelli rivolti al legislatore, destinati a produrre effetti giuridici solo se, ed in quanto, il legislatore li avesse raccolti, ispirando ad essi la propria legislazione.

Su tali enunciazioni, tra la fine degli anni '40 e l'inizio degli anni '50, si sviluppò un intenso dibattito scientifico, che impegnò la migliore cultura costituzionalistica italiana (non si può, in proposito, non fare il nome di Vezio Crisafulli<sup>27</sup>), la quale riuscì, con il successivo avallo della Corte costituzionale, a far metabolizzare al nostro sistema giuridico l'idea che le norme programmatiche della Costituzione non appartenessero alla retorica costituzionale, ma presentassero un contenuto prescrittivo immedia-

<sup>25</sup> Ad es. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, cit., 274 ss., nonché, già MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 802 ss., spec. 804. V., peraltro, sugli interventi positivi rivolti ad assicurare il più pieno esercizio degli stessi diritti di libertà: PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 28, nota 1.

<sup>26</sup> Sul nesso tra l'indennità giornaliera per maternità, prevista dalla legge italiana, e la protezione costituzionale della lavoratrice madre, v., ad esempio, nella giurisprudenza costituzionale, la sent. n. 132/1991.

<sup>27</sup> Cfr. spec. gli scritti contenuti in CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, *passim*, cui adde BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze 1951, spec. 55 ss. Con riferimento all'esperienza portoghese (e in termini generali): CARDOSO DA COSTA, *À propos de la “constitutionalisation” du droit privé (une breve réflexion)*, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris 2014, 87 (che parla, al riguardo, di *révalorisation normative de la Constitution*).

tamente apprezzabile, provocando, tra l'altro, l'illegittimità delle norme legislative ordinarie con esse confliggenti.

Ed è proprio facendo leva su questo ordine di idee che la Corte costituzionale, quando è stata chiamata a pronunciarsi su una norma legislativa che prevedeva l'inefficacia del licenziamento della lavoratrice nel periodo della gestazione e del puerperio, ha annullato la norma, per contrasto con l'articolo 37 della Costituzione, poiché essa non si sarebbe dovuta limitare a prevedere – come, invece, faceva – l'*inefficacia* del licenziamento, ma avrebbe dovuto sancirne la *nullità*<sup>28</sup>.

L'avvento dei diritti sociali pone anche un altro problema. Tali diritti, infatti, vedono la luce in Costituzioni di carattere compromissorio, dovute all'incontro tra diverse forze politiche, portatrici di diverse visioni del mondo, di diverse gerarchie tra i valori, le quali trovano un punto di mediazione, un compromesso, nel patto costituente<sup>29</sup>. Sia consentito aggiungere di passaggio che, in questo contesto, la parola "compromesso" ha un valore assolutamente positivo, poiché solo il compromesso rende possibile la pacifica convivenza tra visioni del mondo non coincidenti, se non, addirittura, conflittuali. Infatti – come ci ricorda oggi Amos Oz – "il contrario di compromesso non è integrità e nemmeno idealismo e nemmeno determinazione o devozione. Il contrario di compromesso è fanatismo"<sup>30</sup>.

Al carattere plurale dell'impianto assiologico delle Costituzioni contemporanee si deve la possibilità del conflitto tra diritti sociali<sup>31</sup>. Si pensi, ad esempio, alla difficile conciliabilità tra il diritto di sciopero e il diritto

<sup>28</sup> Sent. n. 61/1991, in *Giur. cost.*, 1991, 222, con nota di SCAGLIONE, *È nullo il licenziamento della lavoratrice madre*, *ibidem*, 2405 ss.

<sup>29</sup> Fondamentali, su tale aspetto, con riferimento alla Costituzione di Weimar, ma in termini suscettibili di estensione, le considerazioni di SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928) (*Dottrina della Costituzione*, trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984, 48 ss.). Con specifico riguardo al patto da cui è nata la Costituzione italiana del 1947, v. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 30 ss. V., infine, in termini generali: MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 184 ss. Sulla diversità del patto weimariano rispetto a quello da cui ha tratto origine la Costituzione italiana (e sulla conseguente differenza di significato del pluralismo assiologico nei due testi costituzionali), pagine molto dense possono leggersi in MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984, 95 ss. Sul compromesso "storico" da cui ha tratto origine la Costituzione portoghese del 1976, v. MIRANDA, *Curso de Direito Constitucional*, Vol. I, Lisboa 2016, 88 ss.

<sup>30</sup> Oz, *How to Cure a Fanatic* (trad. it. di E. Loewenthal, *Contro il fanatismo*, Milano 2015).

<sup>31</sup> Su tale complessità assiologica, cfr., in generale: HÄBERLE, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein/Ts. 1980.

alla salute o la libertà di circolazione<sup>32</sup>. In tutti questi casi, la domanda che si pone è quale sia l'organo costituzionale chiamato a risolvere il conflitto.

Si tratta di un tema molto complesso, che non può essere affrontato in questa sede. Nell'economia delle presenti riflessioni, è sufficiente ricordare che una delle tecniche di cui fanno più largamente uso le giurisdizioni costituzionali di tutto il mondo è ormai quella del bilanciamento (il *balancing-test*), per ricercare un ragionevole temperamento tra diritti, principi e valori in reciproca tensione<sup>33</sup>.

### 7. *Auschwitz e l'internazionalizzazione della tutela*

Non è, tuttavia, la questione sociale l'ultima sfida lanciata al costituzionalismo dalla storia. Le aberranti esperienze istituzionali maturate nel periodo compreso tra i due conflitti mondiali hanno, infatti, posto sul tappeto – come Auschwitz sta tragicamente a ricordare – che, se la tutela dei diritti è affidata esclusivamente allo Stato, la garanzia può essere illusoria, poiché lo Stato può essere il primo persecutore, il primo violatore dei diritti umani: di quei diritti – si badi – l'auto-evidenza dei quali aveva contrassegnato, sul nascere, la prima stagione del costituzionalismo.

La risposta alla questione così posta sul tappeto è costituita dall'ancoraggio internazionale della garanzia dei diritti fondamentali.

Questa nuova stagione è stata inaugurata dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, alla quale ha fatto seguito una nutritissima serie di convenzioni, accordi e trattati rivolti a garantire i diritti fondamentali<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Per tutti: D'ATENA, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Enc. dir.*, III agg., Milano, 1999.

<sup>33</sup> Con riferimento all'esperienza della Corte costituzionale italiana, v., per tutti, BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in AA.VV., *Giornate in onore di Angelo Falzea*, Milano 1993, 70 ss.; nonché, per ragguagli analitici, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 9 ss.; adde, in chiave comparatistica: CERRI, *Il «principio» come fattore di orientamento interpretativo e come valore «privilegiato»: spunti ed ipotesi per una distinzione*, in *Giur. cost.*, 1987, 1806 ss.; CERVATI, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e «bilanciamento» fra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale (Atti del Seminario organizzato dalla Corte costituzionale nei giorni 13-14 novembre 1992)*, Milano 1994, 60 ss.; REGASTO, *L'interpretazione costituzionale. Il confronto tra «valori» e «principi» in alcuni ordinamenti costituzionali*, Rimini 1997.

<sup>34</sup> Per limitare l'attenzione ai principali atti di questo tipo, possono ricordarsi: la

In conseguenza di ciò, la Costituzione perde il monopolio in questa materia. Alla disciplina costituzionale, infatti, si affianca un nuovo circuito regolativo, il quale, interagendo con la Costituzione, esige da essa una presa di posizione, una reazione.

In certi casi, la risposta è rappresentata dalla costituzionalizzazione della disciplina internazionale. È quanto, ad esempio, è accaduto in Austria nel 1964, per effetto della recezione, con legge costituzionale, della convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)<sup>35</sup>.

Altre volte la tecnica usata è una tecnica diversa. È quella della previsione, in Costituzione, di clausole interpretative espresse, le quali impongono all'interprete di "leggere" la disciplina costituzionale dei diritti fondamentali, sulla falsariga della disciplina internazionale. Tali clausole fanno la loro prima apparizione in una stagione di costituzionalismo più maturo rispetto a quella del secondo dopoguerra: la stagione che si è sviluppata in Europa negli anni '70.

A questo riguardo, non può non essere segnalata la Costituzione portoghese del 1976, che, in materia, detiene un primato storico, prevedendo, al secondo comma dell'articolo 16, che "*Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem*". Per effetto di questa disposizione, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo diventa un coefficiente integrativo dell'interpretazione della Costituzione, in linea con un'impostazione che affondava le sue radici nella rivoluzione del 1974<sup>36</sup>.

Segue subito dopo la Costituzione spagnola del 1978, nella quale si

Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (CEDU), la Carta sociale europea (Torino 1961), il Patto internazionale sui diritti civili e politici (aperto alla sottoscrizione a New York nel dicembre del 1966 ed entrato in vigore dieci anni dopo), il Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali (anch'esso aperto alla sottoscrizione a New York nel dicembre del 1966 ed entrato in vigore nel 1976), la Convenzione americana sui diritti umani (San José, 22 novembre 1969), la Carta di Banjul dei diritti dell'uomo e dei popoli (Nairobi, 20 giugno 1981). Con riferimento all'Europa, non può, infine, dimenticarsi la Carta dei diritti dell'Unione europea, alla quale l'art. 6 del Trattato di Lisbona ha riconosciuto "lo stesso valore giuridico dei Trattati".

<sup>35</sup> *Bundesverfassungsgesetz* 4.3.1964, in *BGBI.* N. 59/1964

<sup>36</sup> MIRANDA, *Curso de Direito Constitucional*, Vol. I, cit., 86 s., nonché, con riferimento allo ius-universalismo della Costituzione portoghese: ID., *O Estado constitucional cooperativo e o jus-universalismo da Constituição Portuguesa*, in *Revista de la Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2014, 91 ss.

può ravvisare un'eccellente testimonianza di quei processi di produzione e recezione che – come insegna Peter Häberle – scandiscono l'intera storia del costituzionalismo<sup>37</sup>. Le Costituzioni successive, infatti, si appropriano di formulazioni contenute in Costituzioni precedenti, ma, appropriandosene, le riplasmano, dando vita a formulazioni più evolute (Häberle direbbe: “più intelligenti”, perché hanno compreso di più della realtà<sup>38</sup>). Ed è quello che, appunto, fa la Costituzione spagnola, la quale si riferisce, oltre che alla Dichiarazione universale, ai trattati internazionali sui diritti umani. Questa la formulazione del secondo comma dell'articolo 10: “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

Le Costituzioni nate all'indomani del secondo conflitto mondiale, come la Costituzione italiana del 1948 e la legge fondamentale tedesca del 1949, non comprendevano clausole di questo tipo. Tali clausole, tuttavia, assenti dalla Costituzione, sono state create dalla giurisprudenza costituzionale, grazie alla quale è venuta ad attenuarsi una distinzione classica del costituzionalismo: quella tra i diritti dell'uomo e i diritti del cittadino<sup>39</sup>.

Limitando l'attenzione ad un esempio italiano, può ricordarsi il primo comma dell'articolo 3 della Costituzione, il quale, prevedendo l'eguaglianza davanti alla legge di “tutti i cittadini”, esclude gli stranieri dal riconoscimento. Ciononostante, la Corte costituzionale afferma, con

<sup>37</sup> V., ad es.: HÄBERLE, *Textstufen als Entwicklungswege des Verfassungsstaates*, in JEKOWITZ (a cura di), *Festschrift für Karl Joseph Partsch zum 75. Geburtstag*, Berlin 1989, 555 ss.; ID., *Das Textstufenparadigma, komparatistische und kulturwissenschaftliche Öffnung der Verfassungslehre – erarbeitet an der Sache Europa*, in HÄBERLE, *Europäische Verfassungslehre*, cit., 4 ss.

<sup>38</sup> Per la locuzione tra virgolette: HÄBERLE, *Problemi attuali del federalismo tedesco*, in D'ATENA (a cura di), *Federalismo e regionalismo in Europa*, Milano 1994, 112 s. Questo il passo integrale: “i testi costituzionali recepiti sono letteralmente ‘più intelligenti’ di quelli originari. La realtà non scritta, successiva alla redazione del testo originario, assume forma scritta nei nuovi e rielaborati testi costituzionali. Essi rappresentano, nella cornice del tipo ‘Stato costituzionale’, pezzi di realtà ‘coagulata’, comprendendo quanto dell'originario testo, col passar del tempo, da ‘*law in the books*’ si è trasformato in ‘*law in action*’”.

<sup>39</sup> Su queste tendenze interpretative, con riferimento, rispettivamente, alla Germania e all'Italia: STARCK, in MANGOLDT, KLEIN, STARCK, *Das Bonner Grundgesetz, I Präambel, Artikel 1 bis 19*, München 1989, sub Art. 1 Abs. 3, 127 ss.; RUOTOLO, *La “funzione ermeneutica” delle convenzioni sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Diritto e società*, 2000.

giurisprudenza costante, che, con riferimento ai diritti fondamentali, il diritto di eguaglianza vale anche per gli stranieri. Ad esempio, nella sentenza n. 120 del 1967 si legge: “Se è vero che l’art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di uguaglianza vale pure per lo straniero quando trattasi di rispettare [i] diritti fondamentali [menzionati dall’art. 2 e dall’art. 10]”<sup>40</sup>.

Questi sviluppi sono testimonianza di un processo di grandiose proporzioni che mette in discussione la configurazione tradizionale dello Stato, un processo, il quale si svolge nel segno della cooperazione internazionale e sovranazionale.

Si tratta, tuttavia, di un processo che non presenta un percorso lineare, ma va avanti con cadute e battute d’arresto.

Non possiamo, ad esempio, dimenticare le serie minacce alle quali la tavola dei valori del costituzionalismo è attualmente esposta in tanta parte del mondo. Basti qui ricordare le sospensioni dall’incarico e gli arresti di massa di giornalisti e professori universitari ai confini della nostra Europa.

Tutto questo rende evidente che non è finita la funzione storica del costituzionalismo. Il quale resta un riferimento essenziale e una speranza. Il compito di noi i costituzionalisti è di renderne testimonianza, mantenendone accesa la fiamma.

<sup>40</sup> Analogamente, ad es.: Corte cost., sent. n. 46/1977: “La giurisprudenza della Corte ha ripetutamente ammesso l’applicabilità allo straniero del principio di eguaglianza, riconoscendone la validità a favore delle situazioni soggettive nel campo della titolarità dei diritti di libertà”.

SULLA RAPPRESENTAZIONE DELLA NAZIONE.  
BREVI NOTE SUL DIVIETO  
DI MANDATO IMPERATIVO\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La rappresentanza tra reminiscenze liberali e tentazioni plebiscitarie. Considerazioni critiche. – 3. Rappresentanza del popolo e rappresentazione della nazione. – 4. *Parteienstaat* e forma di Stato. – 5. Nazione e divieto di mandato imperativo. – 6. Crisi dei partiti e tentativi di limitazione della libertà di mandato. – 7. Partiti, nazione e partiti della nazione.

1. *Premessa*

Sulla cd. “rappresentanza della nazione” si è a lungo discusso in dottrina. E sia la letteratura giuridica preunitaria<sup>1</sup>, sia quella del periodo repubblicano si sono ripetutamente interrogate sul significato politico e normativo da attribuire a questo istituto: cosa deve intendersi per nazione? Come si combina la nazione con la rappresentanza? E in che rapporti essa si pone rispetto al popolo e al corpo elettorale?

Lo stesso non accadde però in Assemblea Costituente dove l’art. 67

\* Relazione tenuta a Vercelli il 25 Novembre 2016, presso l’Università del Piemonte Orientale, in occasione del seminario annuale del *Gruppo di Pisa* su “*Le trasformazioni dell’istituzione parlamentare: da luogo del compromesso politico a strumento tecnico della divisione del lavoro*”.

<sup>1</sup> Antesignano dell’art. 67 della Costituzione repubblicana è l’art. 41 dello Statuto Albertino che stabiliva che «i Deputati rappresentano la Nazione in generale, e non le sole provincie in cui furono eletti. Nessun mandato imperativo può loro darsi dagli Elettori». Sulla disposizione dello Statuto, a sua volta recettiva dei contenuti dell’art. 7 (cap. I, sez. III) della Costituzione francese del 1791, si rinvia alla manualistica del periodo statutario e in particolare a P. PEVERELLI, *Comenti intorno allo Statuto del Regno*, Torino 1849, 5 ss.; P. CASTIGLIONI, *Della Monarchia parlamentare*, Milano 1860, II, 108 ss.; L. CASANOVA, *Del diritto costituzionale*, Firenze 1869, II, 155 ss.; L. PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, II, Firenze 1884, 412 ss.; A. SALANDRA, *La dottrina della rappresentanza personale*, in *Archivio giuridico*, 1875, 201 ss.; V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze 1905, 84.

venne frettolosamente votato senza una approfondita discussione di merito. A tal punto che neppure le sinistre, da sempre avverse al divieto di mandato (a partire quanto meno dalla Comune di Parigi)<sup>2</sup>, ritennero, in quella sede, opportuno far sentire con forza la propria la propria voce. La ragione di tale atteggiamento viene solitamente ricondotta alla circostanza che, a fronte della costruzione di uno Stato democratico (imperniato sulla sovranità popolare e sul suffragio universale), anche l'artificio borghese della rappresentanza nazionale avesse, nei fatti, smarrito la propria forza politica e il proprio significato contingente. Con la stesura dell'art. 67 si sarebbe, in altre parole, inteso omaggiare un'illustre tradizione storica. Nulla di meno, ma neppure nulla di più. La Costituzione repubblicana aveva concretamente ridefinito le forme e gli spazi della legittimazione politica. La sovranità popolare, entrata finalmente in Costituzione (art. 1), si era, una volta per tutte, imposta sulla nazione e su ogni altra dimensione artefatta e amputata del potere sovrano.

Di qui l'atteggiamento progressivamente maturato in dottrina proteso a scindere, in termini quanto mai netti, il rapporto tra popolo e nazione. E a interpretare quest'ultima assecondando chiavi di lettura etnico-culturali<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Sul punto, fra i tanti, C. CASTORIADIS, *Relativismo e democrazia*, Milano 2010, 70 ss. che ci fornisce un'articolata e suggestiva ricostruzione del pensiero rivoluzionario marxista a partire dalla «dimensione del rapporto» tra democrazia rappresentativa e divieto di mandato. Com'è noto Castoriadis ammette l'esistenza di un solo modello di «democrazia che [...] è la democrazia diretta». E, a tale riguardo, precisa: «una democrazia rappresentativa non è una democrazia e su questo non concordo con Marx, ma con Rousseau: “gli inglesi sono liberi un giorno ogni cinque anni”. Anzi, nemmeno un giorno perché quel giorno i giochi sono fatti» (71).

<sup>3</sup> Sul vincolo etnico, come connotato essenziale (o quanto meno integrante) del concetto di nazione, si veda, con esclusivo riferimento alla letteratura giuspubblicistica, C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino 1982, 81 che individua nella nazione un concetto «essenzialmente etnico», oltre che storico e politico; A. BOZZI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano 1985, 29 che definisce *nazioni* «quei raggruppamenti d'individui fra loro legati da un *idem sentire* derivante dalla comunanza della tradizione, della storia, della lingua, della religione, della letteratura, dell'arte»; G. ROLLA, *Manuale di diritto pubblico*, Torino 1988, 29 per il quale «i vincoli che fondano una Nazione sono – prima e più che giuridici – di ordine culturale, morale, sociale»; P. BISCARETTI di RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli 1989, che vede nella nazione «un concetto etnico-storico-psicologico»; E. SPAGNA MUSSO, *Diritto costituzionale*, Padova 1990, 43 che considera la nazione «un complesso di persone collegate da una comune eredità storica, vale a dire collegate da vincoli di razza, di religione, di lingua, di storia che fanno di loro un'entità nazionale»; G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova 1993, 108 per il quale alla nazione «appartengono coloro che sono legati da comuni caratteristiche di lingua, costume, religioni o simili»; P. BARILE, E. CHELLI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1995, 15-16 che considerano la nazione una «entità spirituale, gruppo etnico che ha in comune

(la lingua, la religione, la cultura), se non addirittura razziali<sup>4</sup>.

Questo schema interpretativo, ancora oggi ampiamente diffuso, ammetterebbe una sola eccezione: l'art. 67. In questo caso – ma solo in questo caso – l'idea di nazione andrebbe declinata a partire dal concetto di popolo. A tal punto che un'autorevole dottrina non ha esitato a ritenere «la seconda espressione [...] del tutto equivalente alla prima»<sup>5</sup>.

Ne discenderebbe, secondo questa impostazione culturale, che la disposizione costituzionale parla sì di nazione, ma in realtà intende il

una storia e una lingua»; P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino 1996, 124 per i quali con il termine nazione «si individua quell'insieme di elementi etnici, linguistici, culturali e sociali che, insieme, costituiscono il patrimonio di una determinata collettività»; G. VIGNOCCHI, G. GHETTI, *Corso di diritto pubblico*, Milano 1999, 30 che definiscono la nazione «una comunità naturale di uomini accomunati da unità di territorio, di origine, di costumi e di lingua e conformati a comunanza di vita e di coscienza sociale»; A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna 2001, 198 per i quali la nazione si fonda su un vincolo «che unifica e accomuna per tradizioni, storia, lingua, religione, origini etniche un insieme di persone fisiche»; A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, Torino 2010, 117 secondo il quale il termine nazione tende ad «esprimere la mera comunanza etnica (storica, di religione eccetera) riscontrabile all'interno di un gruppo sociale»; A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, Torino 2016, XXVII che definisce la nazione «un complesso di soggetti legati da vari elementi comuni più specifici (lingua, cultura, storia, aspirazioni)».

<sup>4</sup> In questo senso, fra gli altri, C. CERETI, *Diritto costituzionale italiano*, 1962, 134 che riscontra nella nazione una «comunanza [...] di fattori fisici e biologici», oltre che di «elementi storici, morali e psicologici»; R. LUCIFREDI, *Elementi di diritto pubblico*, Città di Castello, 1968, 105 che vede nella nazione quel «complesso di persone appartenenti ad una data unità etnico-sociale, cioè il complesso delle persone che, per avere comuni le origini, la razza, la lingua, la religione, le tradizioni, i costumi le aspirazioni, debbono ritenersi costituire un gruppo unitario, anche se eventualmente essi stessi non ne abbiano coscienza»; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano 1994, 176 che definisce la nazione «una entità etnico-sociale caratterizzata dalla comunione di razza, di lingua, di cultura, di costumi, di tradizione, di religione fra coloro che la compongono»; M. MAZZIOTTI di CELSO, G. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, Padova 2002, 19-20 che individuano nella nazione «una collettività di uomini uniti da comunanza [...] di stirpe e di sentimenti», oltre che di «lingua, di religione, di memorie»; I. NICOTRA, *Diritto pubblico e costituzionale*, Torino 2010, 13 che definisce la nazione «una entità etnico-sociale caratterizzata dalla comunanza di razza, lingua, religione, cultura, costumi».

<sup>5</sup> L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova 1998, 106. Così, fra i tanti, anche V. ZAN-GARA, *La rappresentanza istituzionale*, 1952, 135; A. MANNINO, *La mobilità parlamentare tra principio democratico, rappresentanza nazionale e divieto di mandato*, in L. Carlassare (a cura di), *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*, Padova 2001, 71; P.L. ZAMPETTI, *Dallo Stato liberale allo Stato dei partiti. La rappresentanza politica*, Milano 1993, 96; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Padova 2010, 467-469; M. MAZZIOTTI, G.M. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, Padova 2010, 348.

«popolo vivente»<sup>6</sup>, il «popolo attuale»<sup>7</sup>, il «popolo nella sua dimensione reale»<sup>8</sup> e nella «sua esistenza naturale»<sup>9</sup>. Di qui la tendenza a ritenere che «nell'art. 67 (a differenza [...] che in altre disposizioni costituzionali) *Nazione* stia per *popolo* e che usando la parola *Nazione* si sia, tutt'al più, voluto richiamare l'idea che la rappresentanza politica è rappresentanza *generale* e non di gruppi o interessi sezionali o locali»<sup>10</sup>.

In realtà il binomio popolo-nazione più che un endiadi rischia di avere prodotto, sul piano ermeneutico, una sorta di corto circuito. Perché è vero che la nazione evocata dall'art. 67 della Costituzione non è la nazione "*blut und boden*" di impronta tedesca<sup>11</sup>. Ma ciò per il semplice motivo che in Costituzione non vi è traccia di questo modello regressivo di nazione. Non vi è nell'art. 67, così come non vi è nemmeno nelle altre disposizioni costituzionali che (più o meno) esplicitamente all'idea di *nazione* si richiamano. Ed è alla luce di tale premessa ricostruttiva che, a nostro modo di vedere, andrebbe pertanto interpretato anche l'istituto del libero mandato.

## 2. *La rappresentanza tra reminiscenze liberali e tentazioni plebiscitarie. Considerazioni critiche*

Il divieto di mandato, così come mutuato all'interno della Costituzione italiana, è stato nel corso della storia repubblicana oggetto di dure critiche. Si è in particolare contestato l'arretratezza dell'impianto<sup>12</sup>; l'avallo congiunturale da essa offerto ai crescenti fenomeni di «transfughismo

<sup>6</sup> L'espressione è di V. CRISAFULLI, D. NOCILLA, *Nazione*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano 1977, 814. Su posizioni affini R. MORETTI, *Art. 67*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 1990, 409 per il quale «la rappresentanza della nazione è la rappresentanza del popolo reale e vivente».

<sup>7</sup> A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano 2009, 213.

<sup>8</sup> A. MANNINO, *Diritto parlamentare*, Milano 2010, 69.

<sup>9</sup> C. ROSSANO, *Problemi di struttura dello Stato sociale contemporaneo*, Napoli 1978, 219.

<sup>10</sup> V. CRISAFULLI, *Partiti, Parlamento, Governo* (1966), in *Stato, Popolo, Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano 1985, 213.

<sup>11</sup> Sull'idea di nazione nella tradizione costituzionale tedesca mi sia consentito rinviare a C. DE FIORES, *Nazione e Costituzione*, Torino 2005, 209 ss.

<sup>12</sup> Così, fra gli altri, U. RESCIGNO, *Costituzione italiana e Stato borghese*, Milano 1977, 59 ss.

parlamentare»<sup>13</sup>; la sottesa e irrisolta «tensione tra la concezione ottocentesca (o liberale) e quella novecentesca»<sup>14</sup>.

Obiezioni, queste, certamente fondate, ma solo se ci si ostina a leggere la rappresentanza nazionale attraverso le tradizionali lenti del costituzionalismo liberale, evitando di affrontare i nodi attuali e la complessità del (con)testo costituzionale nel quale tale principio si colloca.

A nostro modo di vedere, l'art. 67 della Costituzione non andrebbe letto né in un'ottica ideologica (di tipo) liberale, per sua natura riluttante a fare i conti con la sovranità popolare, la rappresentanza democratica, le origini del costituzionalismo contemporaneo. Né in un'ottica culturale di impianto plebiscitario, tutta schiacciata sulla dimensione purificatrice della volontà popolare e pertanto protesa a ritenere che la democrazia altro non sia che il «governo del popolo, dal popolo, per il popolo»<sup>15</sup>. Un popolo però *politically filtered* e in quanto tale selettivamente inteso come corpo elettorale.

Ma il popolo – come sappiamo – non coincide con il corpo elettorale<sup>16</sup>. Né tantomeno è strutturato in collegi<sup>17</sup>. Avallare una siffatta soluzione vorrebbe dire relegare i diritti politici in una dimensione servente e funzionale<sup>18</sup>. Fino a fare della rappresentanza una «mera funzione organizzativa dello Stato in vista ed in ragione del dogma dell'unità politico-ideale del popolo»<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> In questo senso cfr., fra i tanti, A. MANNINO, *L'abuso della mobilità parlamentare: ripensare il divieto di mandato imperativo*, in *Quad. cost.*, 2001, 135 ss.; S. CURRELI, *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*, Firenze 2004, 71 ss. Sul punto si vedano però, anche, le condivisibili riflessioni critiche di N. ZANON, *Il transfughismo parlamentare: attenti a toccare quel che resta del libero mandato*, in *Quad. cost.*, 2001, 137 ss.

<sup>14</sup> S. SICARDI, *Il Parlamento (artt. 66-75)*, in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Stato della Costituzione*, Milano 1998, 268.

<sup>15</sup> La celebre formula è stata, com'è noto, pronunciata dal Presidente Lincoln nel corso del *Discorso di Gettysburg* (1863). Sul successo politico di tale formula e sulle sue implicazioni storiche e costituzionali si rinvia a G. WILLS, *Lincoln at Gettysburg*, New York, 1992.

<sup>16</sup> Posizione sostenuta in dottrina, in particolare, da E. TOSATO, *Sovranità del popolo e sovranità dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 23.

<sup>17</sup> Per una più approfondita e puntuale ricostruzione su questo punto mi sia consentito rinviare a C. DE FIORES, *Alcune osservazioni su popolo, Stato e sovranità nella costituzione italiana*, in AA.VV., *Scritti in onore di Ferrara*, III, Torino 2005, 169 ss.

<sup>18</sup> Sul punto si rinvia all'imprescindibile contributo di V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana* (1954), ora in ID., *Stato, popolo, governo*, Milano 1985, 114 ss.

<sup>19</sup> G. FERRARA, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Riv. dir. cost.*, 1998, 25.

D'altronde se il perno politico della rappresentanza nazionale fossero (in virtù del voto) solo ed esclusivamente gli elettori nulla osterebbe ad estendere la nozione di "Parlamento" anche ai Consigli regionali. Ma si tratterebbe di un azzardo. A ribadirlo è stata la stessa Corte costituzionale che in alcune sue significative decisioni del 2002 (le sentt. nn. 106 e 306) ha esaustivamente delineato quello che è il tratto peculiare che separa un'assemblea rappresentativa regionale dal Parlamento, efficacemente raffigurato come «la sede della rappresentanza politica nazionale (art. 67 Cost.), la quale imprime alle sue funzioni una caratterizzazione tipica ed infungibile» (sent. 106/2002)<sup>20</sup>.

### 3. *Rappresentanza del popolo e rappresentazione della nazione*

Nelle democrazie contemporanee il popolo si pone al centro delle dinamiche costituzionali come soggetto *plurale*, strutturalmente articolato in «parti non omogenee». E in quanto tale incline a scindersi «in figure soggettive minori ed autonome, individuate da specifiche caratterizzazioni sociali, ideologiche, programmatiche»<sup>21</sup>.

Pensare di vanificare una dimensione così articolata e complessa attraverso l'introduzione del divieto di mandato era pertanto un obiettivo illusorio. E il Costituente ne era pienamente consapevole<sup>22</sup>. Ma non di questo si trattava. Ciò a cui si riferisce l'art. 67 non è la rappresentanza del popolo idilliamente inteso come monolitica incarnazione di istanze politiche e "sentimentali" condivise<sup>23</sup>. Né tanto meno il suo impianto normativo parrebbe alludere a forme di rappresentanza della nazione *in senso soggettivo*.

La nazione, in quanto dimensione astratta della politica e condensato di storia di una comunità, non si lascia rappresentare. Non di rappresentanza soggettiva della nazione, quindi, si tratta, ma piuttosto di "rap-

<sup>20</sup> Sul punto si veda, in particolare, N. ZANON, *La funzione unitaria del Parlamento nazionale e la revisione del titolo V*, in *Giur. cost.*, 2002, 884 ss.

<sup>21</sup> G. FERRARA, *Alcune osservazioni su popolo, stato e sovranità nella costituzione italiana*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1965, 284.

<sup>22</sup> Sul punto, ampiamente, N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare*, Milano 1991, 325 ss.

<sup>23</sup> Così, ancora oggi, G. GUZZETTA, F.S. MARINI, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, Torino 2008, 250 per i quali il parlamentare «agisce per conto della comunità nazionale e deve interpretarne le aspirazioni e i sentimenti».

presentazione”, seppure anch’essa politicamente orientata (a partire delle inclinazioni ideali dei singoli parlamentari).

Ne discende da ciò che se il popolo, in quanto entità politica plurale e articolata («di volontà, di interessi, di opinioni»<sup>24</sup>), non potrà mai, per sua natura, assumere una configurazione omogenea, allo stesso modo la rappresentazione della nazione non potrà mai ammettere l’esercizio di mandati imperativi e vincolanti proprio in ragione della sua configurazione oggettiva e dell’intrinseca pretesa – annessa alla sua stessa definizione – di «rendere presente ciò che è assente»<sup>25</sup>.

Il parlamentare non può pertanto essere ritenuto una sorta di protesi della nazione antropicamente concepita sotto forma di popolo nella sua uniforme volontà<sup>26</sup>. Ammettere ciò significherebbe riproporre, sotto mentite spoglie, «l’illusione utopica dell’unità del popolo, tipica dell’ideologia borghese»<sup>27</sup>. Un’illusione in contrasto con i principi del costituzionalismo democratico, con le ragioni della Costituzione repubblicana e soprattutto con l’idea di nazione a essa sottesa. Un’idea che non si misura numericamente e che nulla ha da spartire con la sommatoria dei cittadini italiani. Né tanto meno con l’interesse, ancor più selettivo, dei «cittadini maggiorenni, cui spetta l’esercizio del diritto di suffragio»<sup>28</sup>.

Accedere a siffatte soluzioni interpretative vorrebbe dire sminuire la forza costituente di un’idea, qual è quella di nazione, che nella sua acce-

<sup>24</sup> D. NOCILLA, L. CIAURRO, *Rappresentanza politica*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano 1987, 562.

<sup>25</sup> G. LEIBHOLZ, *La rappresentazione nella democrazia* (1973), Milano 1989, 356. Sul punto si rinvia, in particolare, alle celebri riflessioni di C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), Milano 1984 per il quale la dimensione intrinseca della rappresentanza e la stessa «dialettica del concetto consiste nel fatto che l’invisibile è presupposto come assente ed è al tempo stesso reso presente».

<sup>26</sup> Significativamente l’art. 38 del *Grundgesetz* impiega, con modalità affini, l’espressione «tutto il popolo» al posto del termine «nazione» («Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. Sie sind Vertreter des *ganzen Volkes*, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen»). Sull’ambivalenza del termine “popolo”, da ultimo, D. ROUSSEAU, *Radicalizzare la democrazia. Proposte per una rifondazione*, Napoli 2016, 33 che persuasivamente rileva come «dall’utilizzo che è stato fatto della parola “popolo” nel corso della storia, emergono due significati principali. Il primo vede il popolo come un corpo politico unito, integrato, omogeneo; si scrive solitamente con una “p” maiuscola – il Popolo – o rende manifesta la sua maestà attraverso il termine nobile di “Nazione”. Il secondo significato intende il popolo come l’insieme dei membri del corpo sociale, individuali, frammentati, eterogenei».

<sup>27</sup> A. NEGRI, *Lo Stato dei partiti* (1964), ora in ID., *Dentro/contro il diritto sovrano*, Verona, 2009, 38.

<sup>28</sup> A. AMORTH, *La Costituzione italiana*, Milano 1948, 35.

zione inclusiva e repubblicana tende a ricomprendere anche tutti coloro che cittadini adulti non sono (come i minori) o che cittadini non sono *ancora* (come i migranti), trattandosi, in tutti questi casi, di persone che vivono, studiano, lavorano, risiedono stabilmente sul “territorio nazionale” e che della nazione italiana condividono l’eredità e il futuro.

Collocata in questo contesto, l’idea di nazione parrebbe pertanto alludere a una dimensione aperta e inclusiva sul piano politico e sociale, ma anche temporale. E questo perché – come ci ricorda Renan – ogni nazione «presuppone un passato, ma si riassume nel presente attraverso un fatto tangibile: il consenso, il desiderio chiaramente espresso di continuare a vivere insieme»<sup>29</sup>.

Ciò significa, sul piano delle dinamiche costituzionali, che chi è stato politicamente legittimato a rappresentare la nazione deve guardare oltre il popolo “attuale” e “vivente”. Deve prendersi cura del passato (si pensi alla tutela del «patrimonio storico e artistico della Nazione» ex art. 9 cost.). Ma deve anche guardare avanti e impegnarsi ad assicurare alla nazione e alle sue future generazioni un avvenire dignitoso.

Ed è proprio a ridosso di questa complessa dimensione del principio di *rappresentazione* – che «abbraccia l’eredità delle generazioni passate e al contempo comprende *in nuce* la vita di quelle che verranno»<sup>30</sup> – che la nazione, ridefinendo la sua forma politica, tende progressivamente ad assumere sul piano costituzionale il suo significato più autentico.

#### 4. *Parteienstaat e forma di Stato*

La rappresentazione della nazione per esistere e agire quale elemento propulsivo del sistema ha però bisogno non solo di trarre alimento da processi “aperti” di legittimazione democratica, ma soprattutto di riprodursi attraverso sistemi di decisione il più possibili articolati e inclusivi. Ed è proprio in ciò che risiede la forza politica del cd. *government by discussion*, istituto (di origine anglosassone) che fa dell’organizzazione parlamentare la levatrice della legge e – per questa via – della volontà della nazione. Un principio immanente del parlamentarismo, di per sé in grado di plasmare e conformare le funzioni e il ruolo stesso della rappresentanza nei moderni ordinamenti costituzionali<sup>31</sup>. È da questa dimensio-

<sup>29</sup> E. RENAN, *Che cos’è una nazione?* (1882), Roma, 1998, 16.

<sup>30</sup> G. LEIBHOLZ, *La rappresentazione nella democrazia*, cit., 93.

<sup>31</sup> Una dimensione congenita al parlamentarismo che non sfugge al giovane K.

ne che bisogna partire per comprendere per quale ragione la rappresentazione della nazione non ammette vincoli di mandato consentendo, di conseguenza, a ogni singolo parlamentare di operare e decidere al riparo da ogni forma di condizionamento politico, economico e “popolare”.

Di qui il dipanarsi di un paradigma costituzionale che non si esaurisce nell’art. 67, ma che si snoda, si sostanzia e si espande in un corollario quanto mai variegato di disposizioni costituzionali. Tra queste: l’art. 64.2 che ammette che le Camere «possono deliberare di adunarsi in seduta segreta»; l’art. 66 in base al quale «ciascuna Camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti»; l’art. 68 che garantisce che «i membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell’esercizio delle loro funzioni». E finanche l’art. 69 che prevede che tutti i parlamentari debbano ricevere un’indennità<sup>32</sup>.

La rappresentazione della nazione è quindi cosa diversa dalla rappresentanza del popolo. E ammettere ciò non vuol dire accedere a una visione proto-liberale della rappresentanza, riproponendo – seppure in forme aggiornate – la dicotomia ottocentesca Stato-società. Né tantomeno si vuole sacrificare la rappresentanza sull’altare dei miti correnti della democrazia diretta.

Discernendo la rappresentazione della nazione dalla rappresentanza plurale del popolo si intende piuttosto palesare quella che è la loro differente natura politica e giuridica (pur non rinunciando a cogliere, laddove ravvisabili, gli elementi di connessione). E provare così, su queste basi, a dimostrare che la rappresentanza politica (proprio in ragione della sua articolata configurazione) si pone, opera, agisce a ridosso di un diverso campo di azione, quello occupato dal partito politico. E non altri.

È il partito il canale della partecipazione democratica, il «soggetto capace di stare e di agire per l’entità rappresentata»<sup>33</sup>, il punto di rottura della struttura dicotomica dello Stato liberale. Basti soltanto pensare che

MARX, *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte* (1852), Roma, 1997, 117 per il quale «il regime parlamentare vive della discussione: come può proibire la discussione? Ogni interesse, ogni provvedimento sociale viene trasformato nel regime parlamentare in idea generale e trattato come idea».

<sup>32</sup> Obiettivo della norma è quello di garantire agli eletti quell’indipendenza economica indispensabile per svolgere “liberamente” il mandato e impedire forme di condizionamento da parte di soggetti “influenti” e potentati economici. Sul punto, fra gli altri, P. MARSOCCHI, *Art. 69*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Torino 2006, 1325 ss.

<sup>33</sup> G. FERRARA, *Rappresentanza e governo nazionale* (1988), ora in ID., *L’altra riforma, nella Costituzione*, Roma, 2002, 21.

all'interno di ogni partito "militano" e agiscono simultaneamente elettori ed eletti, amministratori e amministrati, governati e governanti. Ed è stata proprio questa commistione di soggetti e di ruoli, ma anche di passioni e di idee, ad aver reso il partito, nel corso del Novecento, l'approdo democraticamente più avanzato del processo di «integrazione politica del popolo»<sup>34</sup>, la base di quel «triangolo essenziale della rappresentanza politica espressa dal sistema costituzionale: eletti – partiti – elettori»<sup>35</sup>.

Ecco perché, a parer nostro, se la rappresentanza parlamentare è l'elemento di sintesi dell'organizzazione politica dello Stato (il punto di condensazione costituzionale capace di «coniugare congiuntamente sovranità del popolo e sovranità della nazione»<sup>36</sup>), il perno essenziale della rappresentanza politica e del suo farsi Stato è invece il sistema dei partiti.

Lo aveva compreso Carl Schmitt quando, agli inizi degli anni trenta, polemicamente evidenziava che «i partiti, in cui si organizzano le tendenze e i diversi interessi sociali, sono la società stessa divenuta Stato dei partiti»<sup>37</sup>. Lo aveva entusiasticamente rilevato, in quegli stessi anni, Hans Kelsen convinto che l'essenza della democrazia risiedesse nell'organizzazione dei partiti politici e che «la democrazia può quindi esistere soltanto se gli individui si raggruppano secondo le loro affinità politiche, allo scopo di indirizzare la volontà generale verso i loro fini politici, cosicché fra l'individuo e lo Stato, si inseriscono quelle formazioni collettive che, come partiti politici, riassumono le uguali volontà dei singoli individui»<sup>38</sup>.

Ma ciò non significa – sia ben chiaro – voler *depoliticizzare* l'idea di nazione. Né tanto meno avallare l'espropriazione o l'esodo (più o meno fraudolento delle funzioni della rappresentanza dal Parlamento ai partiti. Ma semmai rilevare l'emersione di una mutua e attiva connessione tra queste due peculiari espressioni della politica: tra la compagine parlamentare e i partiti, tra chi rappresenta la nazione nelle Camere (art. 67 Cost.) e chi, *in concorso*, ne determina la "politica nazionale" (art. 49 Cost.)<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> G. LEIBHOLZ, *Strukturprobleme der Modernen Demokratie*, Karlsruhe, 1958, 90.

<sup>35</sup> G. AZZARITI, *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari: esiste ancora il divieto di mandato imperativo?*, in *Dem. dir.*, 2009, 345-346.

<sup>36</sup> G.F. FERRARI, *Rappresentanza istituzionale*, in *Enc., giur.*, Bologna 1991, XXV, 3.

<sup>37</sup> C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione* (1931), Milano 1981, 124.

<sup>38</sup> H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* (1929), in *Id.*, *La democrazia*, Bologna 1984, 56.

<sup>39</sup> In questo senso, persuasivamente, P.L. ZAMPETTI, *Dallo Stato liberale allo Stato dei partiti. La rappresentanza politica*, cit., 127.

Due istanze certamente diverse<sup>40</sup>, che rispondono a sollecitazioni politiche differenti e in parte, anche, contraddittorie: «ma si tratta – come è stato opportunamente evidenziato in letteratura – di una contraddittorietà vitale, di una contraddizione di cui vive, e su cui soltanto può reggersi, il moderno sistema della rappresentanza»<sup>41</sup>.

Con l'avvento del *Parteienstaat*, il voto – da “funzionale” strumento di selezione dei migliori (in senso orlandiano)<sup>42</sup> – è venuto progressivamente trasformandosi in diritto politico vero e proprio<sup>43</sup>. E tutto ciò con conseguenze alquanto rilevanti anche sulla rappresentanza che cesserà di essere appannaggio esclusivo di una ristretta cerchia di cittadini maschi, colti e benestanti, per divenire finalmente una dimensione sociale, generale e di genere, sempre più diffusa.

A seguito dell'irrompere del suffragio universale anche la forma di Stato muterà il suo volto. E il rapporto, a essa sotteso, tra governati e governanti comincerà progressivamente a declinarsi secondo altri paradigmi. Perché chi rappresenta ora il popolo non solo è stato “universalmente” eletto dal popolo, ma sarà legittimato ad agire adottando quale asse di riferimento politico del proprio mandato il programma del partito che lo ha candidato e, per questa via, le aspirazioni sociali di quelle classi che a lungo erano rimaste ai margini dallo Stato liberale (e non più soltanto gli interessi della classe economicamente egemone).

A fronte di tale scenario, anche il paradosso roussoviano della rappresentanza è destinato fatalmente a incrinarsi<sup>44</sup>. Il partito di massa, ergendosi

<sup>40</sup> È stato efficacemente evidenziato da V. CRISAFULLI, D. NOCILLA, *Nazione*, cit., 810 che l'ambito privilegiato di espressione dell'azione dei partiti è la «intera comunità» e solo incidentalmente lo Stato. Su posizioni affini, fra i tanti, P. RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, Milano 1982, 104 ss.; G. GROTANELLI DE' SANTI, *Indirizzo politico*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990, XVI, 7; G.F. FERRARI, *Nazione*, cit., 5.

<sup>41</sup> A. NEGRI, *Lo Stato dei partiti*, cit., 39.

<sup>42</sup> Sul punto si veda, in particolare, il noto contributo di V.E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica* (1895), in *Id.*, *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940)*, Milano 1940, 451 ss.

<sup>43</sup> Non poche perplessità suscita, pertanto, la posizione recentemente assunta da E. ROSSI, *I partiti politici*, Roma-Bari, 2007, 101 per il quale ancora oggi le elezioni avrebbero «il solo significato di una designazione di capacità».

<sup>44</sup> Celebre è il passo nel quale J.-J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (1762), Torino 1994, III, 15, 127 scrive: «I deputati del popolo non sono dunque, né possono essere, i suoi rappresentanti, non sono che i suoi commissari: non possono concludere nulla in modo definitivo. Ogni legge che non sia stata ratificata direttamente dal popolo è nulla; non è una legge. Il popolo inglese crede di essere libero, si sbaglia di grosso; lo è soltanto durante l'elezione dei membri del parlamento; appena questi sono eletti, esso diventa schiavo, non è più niente».

a fattore trainante della partecipazione politica, si rivelerà capace nel corso del Novecento di innestare un rapporto permanente e sempre più intenso tra iscritti e dirigenti, tra elettori ed eletti, tra rappresentati e rappresentanti. Ogni residuo dicotomico di impronta liberale tenderà, su queste basi, a dissolversi, compresa quell'ancestrale situazione di «indipendenza degli eletti dagli elettori che permetteva alla rappresentanza di svolgere il suo ruolo *costitutivo* nei confronti della sovranità statual-nazionale»<sup>45</sup>.

##### 5. *Nazione e divieto mandato imperativo*

Inizia così a delinearsi, nel corso del “secolo breve”<sup>46</sup>, un nuovo modello di democrazia a fronte del quale i cittadini non sono più l'incarnazione di una società atomizzata e politicamente indifferenziata, ma il riflesso compiuto di un popolo diviso e articolato. Compito dei partiti sarà quello di esaltarne le parzialità, il pluralismo, le contraddizioni, ma anche quello assorbirne le distorsioni ponendo un argine alla frammentazione sociale, all'incalzare degli istinti emotivi e alle pulsioni demagogiche che agitano, sin dal loro sorgere, tutte le democrazie di massa.

Di qui il mandato affidato ai partiti di “regolare” la società, selezionandone le istanze, verificandone i bisogni, procedendo all'elaborazione dei programmi, determinando “la politica nazionale”. Ma anche quello di segnare la propria presenza nelle istituzioni dello Stato, condizionandone l'indirizzo politico: i partiti – scriveva Leibholz – «organizzano e rendono attivi i milioni di cittadini che si sono emancipati politicamente [...] Senza il loro tramite il popolo non sarebbe assolutamente in grado di esercitare un'influenza politica sulle vicende statali e non riuscirebbe dunque a realizzarsi nella sfera politica»<sup>47</sup>.

Ma per incidere sugli assetti ordinamentali i partiti dovevano accedere alle sedi della rappresentanza, riproducendo all'interno del soggetto statale le istanze e gli interessi da loro stessi organizzati a livello sociale.

Sarà tale ibridismo a consentire alla rappresentanza politica di mediare tra società e istituzioni. E agli eletti di svincolarsi da ogni forma di condizionamento politico indebito. Ma non dai partiti politici, perché gli

<sup>45</sup> P. COSTA, *Il problema della rappresentanza politica: una prospettiva storica*, in *Il Filangeri*, 2004, 389.

<sup>46</sup> L'espressione è tratta dal titolo del celebre volume di E.J. HOBSBAWM, *Il secolo breve*, Milano 1995.

<sup>47</sup> G. LEIBHOLZ, *La rappresentazione nella democrazia*, cit., 320.

eletti sono parte integrante dei partiti stessi e finanche il conferimento ad essi del mandato parlamentare altro non è che l'esito di una investitura partitica (sin dal momento della candidatura). È quanto abbiamo appreso dai teorici dell'*elitismo* europeo<sup>48</sup>, dal costituzionalismo liberale inglese<sup>49</sup>, dalla cultura giuridica normativista<sup>50</sup>. E in Italia anche dal dibattito svoltosi alla Costituente dove Ruggero Grieco ebbe buon gioco nel rilevare che nelle moderne democrazie «i deputati sono tutti vincolati a un mandato: si presentano difatti alle elezioni sostenendo un programma, un orientamento politico particolare». E dove finanche Mortati, al quale si deve gran parte della stesura dell'art. 67, non esiterà a porsi la «domanda se la disposizione da lui proposta si possa omettere o meno [...] perché non si può dimenticare che oggi i deputati sono espressione dei partiti con i quali hanno un diretto legame». Gli farà eco, su questo stesso terreno, Umberto Terracini che «conviene con l'onorevole Mortati che la questione non è di facile risoluzione e che qualsiasi disposizione, inserita nella Costituzione, non varrebbe ad allentare i rapporti tra l'eletto e il partito che esso rappresenta»<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> A teorizzare il carattere vincolante del mandato di partito fu anzitutto R. MICHELS, *La sociologia del partito politico nella democrazia moderna* (1911), Bologna 1966, 132 ss.

<sup>49</sup> Cfr., in particolare, J. BRYCE, *Democrazie moderne* (1921), Milano 1931, 187 che accuratamente descrive le forme del declino del mandato imperativo in Inghilterra reso inevitabile dall'imporsi sulla scena politica delle grandi organizzazioni di partito. D'altronde – evidenzia lo studioso inglese – se «in un Parlamento ogni partito è forte» e se ogni «partito che ha un programma definito, ed è il più fervido nel promuovere il programma, può richiedere al suo candidato la promessa di essere solidale in Parlamento, votando compatto» ciò significa che gli spazi di osservanza del divieto di mandato imperativo tendono progressivamente a divenire sempre più evanescenti. Tuttavia – conclude Bryce – «una cosa è chiara. Se un deputato avversa l'intera politica del suo partito fino al punto di volersi opporre, il suo dovere è quello di rassegnare subito il mandato» (186).

<sup>50</sup> Ci si riferisce, in particolare a H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 84 che, portando alle estreme conseguenze le sue teorie sul mandato di partito, arriverà a sostenere che «i deputati, anche se non sono legati al mandato avuto dagli elettori, lo perdano non appena lascino il partito per o dal quale essi furono eletti o non appena vengono esclusi da essi». E aggiunge: «se dunque, dal punto di vista dell'elettore, il candidato ottiene un mandato soltanto in virtù della sua appartenenza al partito dell'elettore è logico allora che il deputato quando cessa di appartenere al partito che l'ha inviato in Parlamento, debba perdere il suo mandato». Una soluzione che appare eccessiva e pertanto non condivisibile dal momento che, a nostro modo di vedere, il partito può disporre dell'eletto quale suo membro o componente del gruppo parlamentare, ma non può disporre del vincolo instauratosi all'indomani dell'elezione tra parlamentare e nazione che rimane, a tutti gli effetti, una dimensione riservata e in grado di resistere ad ogni ingerenza e a ogni sorta di decisione risolutiva assunta dal partito.

<sup>51</sup> Atti Seconda sottocommissione (19 settembre 1946) in Camera dei deputati (a cura della), *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori*, Roma, 1970, 222.

È questo il contesto storico e politico che ha fatto da sfondo alla stesura dell'art. 67. Un contesto che ci conferma che il divieto di mandato è parte integrante dell'ordinamento costituzionale e che esso è stato precipuamente concepito per arginare tensioni e spinte "particolari": sollecitazioni territoriali, pressioni lobbistiche, istanze economiche e finanziarie. Fra queste condotte "inibite" non rientrano però le direttive e gli indirizzi di partito che, all'interno di siffatta dimensione, «rappresentano non solamente lo sfondo, ma i principali punti di riferimento»<sup>52</sup> della rappresentanza parlamentare. D'altronde se è vero che anche il partito politico incarna – per sua stessa definizione – una visione parziale, è però altrettanto evidente che si tratta di una visione particolare di un «interesse generale»<sup>53</sup>. A tal punto che la stessa Costituzione non esita ad assegnare proprio ai partiti il compito di «determinare la politica nazionale» (art. 49 Cost.)<sup>54</sup>.

Ne discende che, in una democrazia imperniata sulla centralità dei partiti, la fisiologia del libero mandato non può essere ricostruita assumendo passivamente gli schemi della dottrina liberal-ottocentesca<sup>55</sup>. Né tanto meno possiamo limitarci a sostituire – ricorrendo a una sorta di

<sup>52</sup> P. RIDOLA, *Divieto di mandato imperativo e pluralismo politico*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova 1985, 680. La questione è stata significativamente affrontata e risolta in Germania dalla celebre sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 23 ottobre 1952 con la quale il giudice costituzionale tedesco rilevando l'insanabile antinomia di contenuti tra l'art. 21 sui partiti («portatori della formazione della volontà politica del popolo») e l'art. 38 sulla libertà di mandato del deputato che «deve essere visto come rappresentante di tutto il popolo e non come rappresentante del suo partito» ha significativamente stabilito che «il contrasto perde in verità di pregnanza storica se si tiene presente che l'art. 38 GG è una disposizione derivante dal saldo apparato ideologico del costituzionalismo della democrazia liberale, che il legislatore costituzionale ha recepito come tradizionale, senza percepirne chiaramente la sua incompatibilità di principio con l'art. 21 GG.».

<sup>53</sup> Espressione, questa, ampiamente ricorrente in dottrina. Così, *ex plurimis*, S.M. CICONETTI, *Diritto parlamentare*, 2010, 89; P. CARNEVALE, *Il Parlamento*, in F. MODUGNO (a cura), *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino 2010, 281; N. ZANON, *La rappresentanza della nazione e il libero mandato parlamentare*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Il Parlamento*, Torino 2001, 683.

<sup>54</sup> Su questo punto si veda, per tutti, P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milano 1948, 173 ss.; G.D. FERRI, *Studi sui partiti politici*, Roma, 1950, 28 ss.

<sup>55</sup> In questo senso, seppure polemicamente, anche A. MANNINO, *Diritto parlamentare*, cit., 69 per il quale «il divieto di mandato imperativo, innestato in una concezione della rappresentanza nazionale opposta a quella liberale, trasforma il proprio significato, perde il suo carattere di assolutezza, diventa inoperante nei confronti degli istituti (partiti, gruppi parlamentari) che caratterizzano l'articolazione democratica dello Stato».

automatismo storico – “*les départements*”<sup>56</sup> con i partiti e i “collegi” con le formazioni politiche oggi attive, pur di salvaguardare a tutti i costi l’originaria funzionalità di questo istituto. A parer nostro, l’ottica dell’analisi andrebbe esattamente rovesciata. E ciò che dovremmo domandarci non è «in che modo i principi costituzionali di una democrazia rappresentativa dei partiti realizzano oggi il divieto di mandato, ma, al contrario, come il divieto di mandato si combina con le regole introdotte da quei principi costituzionali»<sup>57</sup>.

Un nodo che non possiamo eludere, perché è principalmente da esso che discende la definizione del rapporto tra organizzazione dei partiti e divieto di mandato, tra mediazione politica e nazione, tra funzione parlamentare e vincoli costituzionali. Di qui gli innumerevoli interrogativi destinati fatalmente a ripercuotersi sull’art.67 della Costituzione: cosa deve intendersi per libertà di mandato? Fin dove può spingersi il mandato di partito? E quali i suoi limiti?

Stabilirlo – a parer nostro – tocca al parlamentare. È a questi che spetta, nel corso del proprio mandato, aderire alle indicazioni del partito ravvisandole coerenti con gli interessi della nazione. Oppure, all’opposto, rilevarne una cesura così netta da indurlo – *consequentemente e coscientemente* – a esprimere il proprio dissenso<sup>58</sup>. Un dissenso aperto, non di facciata e che, proprio per questa ragione, mal si presta ad essere ricondotto all’interno di ipotesi di condotta semplificate e predefinite<sup>59</sup>. Le variabili che la disposizione costituzionale ammette sono quanto mai

<sup>56</sup> Ci si riferisce, com’è evidente, alla circoscrizione territoriale menzionata dall’art. 7 (cap. I; sez. III) della Costituzione francese del 1791 che introducendo il divieto di mandato proclama: «*Les représentants nommés dans les départements, ne seront pas représentants d’un département particulier, mais de la Nation entière, et il ne pourra leur être donné aucun mandat*».

<sup>57</sup> J.L. GARCÍA GUERRERO, *Democracia representativa de partidos y grupos parlamentarios*, Madrid, 1996, 514.

<sup>58</sup> Appare utile, anche in questo caso, richiamarsi alla Costituzione tedesca che nel disciplinare suddetto istituto pretende che i deputati non siano «vincolati da mandati o da istruzioni», perché «soggetti soltanto alla loro coscienza» (art. 38 GG.).

<sup>59</sup> In ragione di ciò non convince la posizione assunta da L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., 318 protesa a distinguere le scissioni di partito ritenute costituzionalmente legittime (quelle realizzate sulla base «di giustificazioni obiettivamente rilevabili e [che] non comportano affatto che gli scissionisti non abbiano più seguito nel corpo elettorale») dai “semplici” abbandoni individuali, ai quali i singoli parlamentari procedono trincerandosi abusivamente dietro l’istituto costituzionale del divieto di mandato. E questo perché – rileva Paladin – «la *ratio* dell’art. 67 non consiste nel consentire ai parlamentari di frodare i loro elettori, mutando arbitrariamente di avviso o di bandiera nel corso della legislatura».

variegate e difficilmente classificabili. Può così, ad esempio, avvenire che il parlamentare, chiamato ad attuare il programma di partito, possa «interpretarne differentemente le disposizioni»<sup>60</sup> o che «il deputato può essere stato eletto da tempo e le condizioni possono essersi mutate» o che «dei Ministri possono aver agito in modo da indebolire la fiducia in essi riposta dai suoi mandanti»<sup>61</sup>... e molto altro ancora.

Ciò che è certo è che in queste circostanze e in tutti gli altri casi in cui dovesse insorgere un contrasto più o meno insanabile tra partito e singoli parlamentari a prevalere sarà sempre la volontà di questi ultimi. Perché è al parlamentare – come scriveva James Bryce nel suo *Modern democracies* – che spetta il dovere costituzionale «rispetto alla nazione ... di appoggiare qualunque azione legislativa o amministrativa, da lui ritenuta la più vantaggiosa agli interessi nazionali. Forse la teoria democratica impone a lui di dare voti a suo giudizio contrari a questi interessi?»<sup>62</sup>.

Ne consegue – come efficacemente rivelato dal giudice costituzionale italiano sin dagli anni sessanta – che il parlamentare nell'esercizio delle sue funzioni è sì «libero di votare secondo gli indirizzi del suo partito, ma è anche libero di sottrarsene. Nessuna norma potrebbe legittimamente disporre che derivino conseguenze a carico del parlamentare per il fatto che egli abbia votato contro le direttive del partito» (sent. cost. n. 14/1964).

Collocato in questa dimensione, il divieto di mandato imperativo tenderebbe pertanto ad operare alla stregua di un vero e proprio argine costituzionale. Una rete di protezione che il parlamentare può in qualsiasi momento attivare nei confronti di “indebite” decisioni assunte dai vertici del proprio partito (o del proprio gruppo) e verso ogni altro tentativo di coercizione politica protesa a limitare in modo (più o meno esplicito) la sua libertà d'azione<sup>63</sup>. E tutti sappiamo quanto ve ne sia oggi bisogno a fronte di partiti personali, partiti leggeri, partiti liquidi. Ma anche di gruppi parlamentari afoni e blindati, all'interno dei quali le espressioni di

<sup>60</sup> J. BRYCE, *Democrazie moderne*, cit., 187.

<sup>61</sup> J. BRYCE, *Democrazie moderne*, cit., 185.

<sup>62</sup> J. BRYCE, *Democrazie moderne*, cit., 185.

<sup>63</sup> Libertà politica che trova ampi riscontri nelle norme regolamentari di Camera e Senato. Fra questi gli artt. 83.1 Reg. Camera e 84.1 Reg. Senato che garantiscono al parlamentare il diritto di esprimere la propria opinione pur se in dissenso con il gruppo; l'art. 53.7 Reg. Senato che prevede che i regolamenti dei gruppi parlamentari debbano necessariamente contemplare procedure di partecipazione che permettano ai singoli eletti di manifestare le proprie opinioni e di presentare le proprie proposte nelle materie indicate nel programma dei lavori.

dissenso sono state, in questi anni, ripetutamente interdette da pulsioni verticistiche, input decisionisti, diktat dei capi. Una vera e propria distorsione del sistema che, giorno dopo giorno, tende sempre più a comprimere gli spazi (oramai esigui) del confronto democratico e della discussione parlamentare.

L'attacco, sviluppatosi recentemente in Italia, nei confronti dell'art. 67, quale causa e fattore incrementale della fluidità e dell'instabilità della composizione politica delle due Camere, appare in ragione di ciò fuorviante e pretestuoso. I ripetuti e massicci "cambi di casacca" di cui oggi ci si lamenta (nell'attuale legislatura hanno addirittura superato i trecento) nulla hanno a che vedere con le cd. "pratiche lassiste" sottese al divieto di mandato. Essi sono piuttosto la conseguenza della crescente immoralità della vita politica in Italia, di un sistema dei partiti fragile e lacerato dalla sua stessa crisi, di una compagine parlamentare "nominata" in blocco dai vertici di partito in virtù dei vincoli di obbedienza assunti nei confronti del capo<sup>64</sup>.

## 6. *Crisi dei partiti e tentativi di limitazione della libertà di mandato*

Il partito di massa, così come lo abbiamo conosciuto nel corso del Novecento, è definitivamente tramontato. E il vuoto politico che ne è conseguito ha favorito l'irruzione sulla scena sociale di masse indistinte, folle suggestionabili, moltitudini amorfe. Le organizzazioni partitiche che animano oggi la scena sociale appaiono, anche in ragione di ciò, sempre meno capaci di "determinare la politica nazionale" (art. 49 Cost.) e sempre più intente ad agire a rimorchio di pulsioni sociali, istinti securitari, istanze autoreferenziali. Di qui il progressivo smarrimento dello spirito nazionale dei partiti e di quella che in passato era stata la loro congenita e peculiare «vocazione, quella di elaborare e proporre fini e senso alla politica, concepita ovviamente nella sua densità di contenuti e non come gestione ordinaria dell'esistente»<sup>65</sup>.

Tutto ciò non poteva che riflettersi sulla rappresentanza parlamentare che, compressa e svilita in gran parte delle sue funzioni costituzionali, rischia oggi di assumere una posizione sempre più funzionale alle istanze di dominio degli esecutivi e sempre meno capace di perseguire l'interesse della nazione.

<sup>64</sup> Sul punto, ampiamente, G. AZZARITI, *La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli 2009, V, 1777 ss.

<sup>65</sup> G. FERRARA, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, cit., 53.

La retorica del decisionismo sta oggi corrodendo la democrazia parlamentare e con essa gli spazi di azione e di interdizione riconosciuti al singolo rappresentante. Le patologie innescate dalla riforma dei regolamenti parlamentari sono note: contingentamento dei tempi di discussione, inasprimento delle modalità di programmazione dei lavori, alleggerimento delle procedure di voto, contenimento dei presupposti di ammissibilità degli emendamenti<sup>66</sup>.

Nell'Italia del maggioritario, la governabilità è via via divenuta la sola stella polare della rappresentanza parlamentare: si viene eletti con il preciso mandato di assecondare le esigenze della «democrazia governante», più che le ragioni della rappresentanza.

D'altronde cos'è stato, in questi anni, il “premio di maggioranza” se non la gratificante dotazione al governo di un ulteriore drappello di deputati, aventi quale missione congenita quella di sostenerne l'azione politica? Cosa vuole significare questo istituto se non che l'esecutivo ha il “diritto di governare” senza essere disturbato e che solo la “governamentalità”<sup>67</sup> (più che la rappresentanza democratica) è il fondamento tangibile del sistema politico?

In questo scenario fra le poche valvole di resistenza nei confronti delle degenerazioni oligarchiche del sistema dei partiti vi è il divieto di mandato. Un istituto che, anche di recente, ha consentito alla rappresentanza di entrare, in più occasioni, in contatto con quelle istanze politiche e sociali che molto spesso non trovano ascolto in Parlamento.

Ostinarsi a voler limitare, se non addirittura sottrarre, questa garanzia al parlamentare vorrebbe dire irrigidire ulteriormente la dialettica politica, ponendo duramente a repentaglio non solo il nesso rappresentanza-azione, ma finanche la qualifica costituzionale di Parlamento. Perché un'assemblea di delegati, assoggettati a vincoli categorici e composta da ubbidienti emissari di decisioni eterodirette, tutto è tranne che un Parlamento. Ci pare opportuno ribadirlo, anche in questa sede, perché qualcosa, negli ultimi anni, pare essersi definitivamente rotto all'interno di questa dimensione politica e istituzionale. Ci si riferisce alle crescenti restrizioni poste alla libertà di mandato, in molti casi alimentate da una

<sup>66</sup> Sul punto, l'efficace ricostruzione di P. CARETTI, *Le svolte della politica italiana nelle riforme dei regolamenti parlamentari*, in L. Violante (a cura di), *Il Parlamento, Storia d'Italia* (Annali XVII), Torino 2001, 594 ss.

<sup>67</sup> Con il termine *governamentalità* ci si riferisce a quel complesso di «istituzioni, procedure, analisi, riflessioni, calcoli e tattiche» finalizzato ad assicurare la «stabile» gestione dei processi politici e sociali (M. FOUCAULT, *La governamentalità*, in *Aut-aut*, 1978, 167-168).

organizzazione sempre più rigida e «gruppo-centrica» del Parlamento<sup>68</sup>. Basti soltanto pensare alle frequenti e «inconcludenti» prove di ripristino della prassi abusiva delle «dimissioni in bianco»<sup>69</sup> o anche ai ripetuti episodi di “destituzione” di parlamentari *indisciplinati* da alcuni ruoli-chiave ricoperti in Parlamento<sup>70</sup>.

Per non parlare delle incalzanti ipotesi di modifica (anche per via legislativa o regolamentare) del divieto di mandato imperativo che vanno dall'introduzione dell'istituto americano del *recall*<sup>71</sup> all'adozione di sem-

<sup>68</sup> Sul punto, fra i tanti, S. SICARDI, *Parlamento (organizzazione e funzionamento)*, in *Dig. Pubbl.*, IX, Torino 1995, 661 ss.; A. CIANCIO, *I gruppi parlamentari: studio intorno a una manifestazione del pluralismo politico*, Milano 2008, 140 ss.; R. BIN, *Rappresentanza e Parlamento. I gruppi parlamentari e i partiti*, in S. MERLINI (a cura di), *La democrazia dei partiti e la democrazia nei partiti*, Firenze 2009, 253 ss.

<sup>69</sup> «Inconcludenti» perché, come è stato opportunamente evidenziato da L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, cit., 31, «nell'ordinamento generale dello Stato, rimangono privi di qualunque efficacia gli *impegni eventualmente sottoscritti dai candidati*, che li obbligherebbero a dimettersi nell'ipotesi che il loro partito lo richieda». Sul punto si rinvia alle risalenti, ma esaustive osservazioni di P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Su alcune recenti procedure e tendenze contrarie al principio dell'irresponsabilità politica parlamentare*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1947, 90 ss.

<sup>70</sup> Sul punto si vedano le interessanti considerazioni di G. AZZARITI, *La destituzione non è sostituzione*, in *Il manifesto*, 13 giugno 2014, svolte in occasione della “destituzione” di due senatori (Mario Mauro e Corradino Mineo) dalla Commissione Affari costituzionali alla vigilia dell'esame del disegno di legge di riforma della seconda parte della Costituzione. In particolare – si domanda l'Autore – «c'è da chiedersi cosa rimanga del libero mandato (articolo 67) se l'attività politica del parlamentare, con una decisione estemporanea e punitiva del gruppo di appartenenza, può essere impedita, ostacolando irrimediabilmente l'esercizio delle sue essenziali funzioni. L'estromissione da una commissione non può essere giustificata da una presunta indisciplina nei confronti della linea di un gruppo, ovvero di una maggioranza politica. I parlamentari, secondo Costituzione, rappresentano la nazione e – tanto più in materia costituzionale – non sono vincolati alla disciplina di partito».

<sup>71</sup> In ben 20 Stati degli USA è attualmente possibile procedere al *recall* ossia ad una nuova elezione (qualora richiesta da un certo numero di elettori) per far dimettere e sostituire un rappresentante eletto. Questo istituto è stato ampiamente impiegato (ed è ancora oggi in forte espansione) per rimuovere amministratori locali. Non sono, tuttavia, mancati casi che hanno coinvolto anche componenti dei parlamenti statali e finanche governatori come nel caso del Presidente della California Gray Davis deposto da un *recall* nel 2003 e sostituito dall'attore Arnold Schwarzenegger. Va tuttavia precisato che il sistema dei *recall elections*, attivo a livello locale e statale, non è previsto a livello federale. Sul punto si vedano, in particolare, i contributi di T. CRONIN, *Direct Democracy. The Politics of Initiative, Referendum and Recall*, Cambridge, 1989; J.F. ZIMMERMAN, *The Recall. Tribunal of the People*, Westport, 1997. Una soluzione particolarmente incisiva di “revoca” era anche contemplata nell'art. 78 della Costituzione sovietica del 1918 che, a tale riguardo, espressamente prevedeva che «gli elettori che eleggono un deputato hanno il diritto di destituirlo e di ottenere nuove elezioni». Formula, questa, successivamente ripresa anche dall'art. 107.2 della Costituzione

pre più stringenti e risolutive disposizioni sulla decadenza del parlamentare<sup>72</sup>.

Istanze, per loro stessa natura, irresolute, perché destinate a scontrarsi con un dato di sistema ineludibile: a Costituzione vigente, il parlamentare dissenziente può essere sì sanzionato nel corso del mandato con l'espulsione o anche successivamente (come qualcuno ritiene<sup>73</sup>) con la sua mancata ricandidatura. Ma solo politicamente e solo dal suo partito. Mai dalla nazione. Sia perché la nazione è un'entità immateriale e «la responsabilità implica sempre comunicazione fra esseri umani»<sup>74</sup>. Sia perché il parlamentare, entrando in collisione con il proprio gruppo, è solito rivendicare – proprio con questo stesso atto – la libertà di mandato e il vincolo che lo lega alla nazione.

Ne discende da tutto ciò che, qualunque sia la sanzione disciplinare adottata dal gruppo, essa non potrà mai, in nessun caso, incidere sullo *status* del parlamentare. Né tantomeno rescindere il vincolo esclusivo da questi contratto con la nazione<sup>75</sup>.

sovietica del 1977 che stabiliva che il «deputato che non si sia mostrato degno della fiducia degli elettori può essere revocato in qualunque momento per la decisione della maggioranza degli elettori, secondo le modalità stabilite dalla legge». Per un'accurata ricostruzione di diritto comparato si veda R. SCARCIGLIA, *Il divieto di mandato imperativo. Contributo ad uno studio di diritto comparato*, Padova 2005; M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino 2016, 52 ss.

<sup>72</sup> Soluzione recentemente sostenuta da A. MANNINO, *La mobilità parlamentare tra principio democratico, rappresentanza nazionale e divieto di mandato*, cit., 79 che auspica, in questi casi, «la decadenza dalla carica». Istituito da apportare attraverso un «intervento legislativo, che potrebbe essere contenuto, per rafforzarne gli scopi in [...] una proposta di modifica della legge elettorale». L'esperienza che viene generalmente richiamata è quella del Portogallo, la cui Costituzione del 1976, all'art. 160, stabilisce la decadenza del parlamentare dalla carica qualora questi decidesse di aderire ad un partito diverso da quello in cui era stato eletto.

<sup>73</sup> Così, fra i tanti, A. SPADARO, *Riflessioni sul mandato imperativo di partito*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1985, 35. Si tratta di un'ipotesi quanto mai controversa e che suscita non poche perplessità perché vorrebbe dire che a tutti coloro che non sono stati ricandidati è stata applicata una sanzione per «insubordinazione», mentre – come sappiamo – la ragioni del mancato rinnovo di una candidatura possono essere innumerevoli. Allo stesso modo riteniamo insostenibile la tesi in base alla quale la nazione sanzionerebbe il deputato «ribelle» negando a questi, in occasione del voto, la sua rielezione. E ciò sia perché in questo caso la decisione verrebbe assunta non dalla nazione, ma da una frazione del corpo elettorale (il collegio). Sia perché (anche a volere ammettere tale coincidenza) rimangono imperscrutabili e tutte da dimostrare le ragioni della condotta politica e della scelta compiuta dal corpo elettorale. Sul punto, G.U. RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Milano 1967, 63 ss.

<sup>74</sup> C.J. FRIEDRICH, *Governo costituzionale e democrazia*, Vicenza, 1950, 381.

<sup>75</sup> E ciò vuole dire che anche qualora il parlamentare si fosse ripetutamente sottratto

## 7. Partiti, nazione e partiti della nazione

Infine, un'ultima notazione a partire da alcune suggestioni, sviluppatesi in Italia, in occasione del recente dibattito sul cd. "partito della nazione". Una definizione, sul piano costituzionale, vaga e fuorviante. Per una ragione innanzitutto: l'organizzazione dei partiti è per definizione il luogo della parzialità, della diversità, del pluralismo politico e sociale. Se la nazione incarna l'interesse generale, il partito politico incarna, per definizione, l'idea del conflitto e della differenza.

A tale riguardo va altresì precisato che quella del "partito della nazione" non è un'originale *boutade* di questi anni. A farsene interprete, per primo, fu Alcide De Gasperi che, alla vigilia della svolta maggioritaria degli anni Cinquanta (sfociata nell'approvazione L. n. 148 del 31 marzo 1953), non esitò a definire la Dc: il «partito della Nazione», il solo in grado di coniugare l'impegno «contro le forze disgregatrici» della società e la tenace difesa della «tradizione italica»<sup>76</sup>.

Una tentazione che tornerà prepotentemente ad affiorare all'indomani della dissoluzione dei grandi partiti nazionali di massa. Prima con il berlusconismo<sup>77</sup> e più recentemente con la formazione del governo Renzi<sup>78</sup>.

alla disciplina di gruppo o di partito (*Parteizwang*), fino a fuoriuscirne o esserne espulso, egli continuerà in ogni caso a mantenere la qualifica di senatore o deputato e ad agire giuridicamente e politicamente in quanto tale. D'altronde è proprio in ciò che risiede il discrimine effettivo tra la rappresentanza di diritto pubblico (*Repräsentation*), scevra da ogni vincolo e in quanto tale irrevocabile e la rappresentanza di diritto privato (*Vertretung* o *Stellvertretung*), vincolata e revocabile in ogni fase del rapporto.

<sup>76</sup> Nel corso del IV Congresso del partito (novembre 1952) il leader della DC Alcide De Gasperi dirà: «il Partito nostro è il Partito della Nazione e perciò dobbiamo avere una visione panoramica degli interessi e cercare di subordinarli tutti all'interesse della comunità, indirizzandoli a un'opera di giustizia sociale» (A. DE GASPERI, *Discorsi politici*, Roma, 1976, 436).

<sup>77</sup> Anche *Forza Italia*, fondata nel 1994 dal leader della destra Silvio Berlusconi, era sorta con l'ambizione di operare politicamente alla stregua di un vero e proprio "partito della nazione". E quindi non «l'ennesimo partito o l'ennesima fazione che nascono per dividere, ma una forza che nasce invece con l'obiettivo opposto, quello di unire [...] una società libera, di donne e di uomini» (il testo del discorso del leader di FI Silvio Berlusconi del 26 gennaio 1994 è stato integralmente pubblicato da A. GIARDINA, G. SABBATUCCI, V. VIDOTTO, *Lo spazio del tempo. Dal XX al XXI secolo. Storia Documenti Storiografia*, III, Roma-Bari, 136). Sulla definizione di "berlusconismo" si rinvia, fra i tanti, a L. FERRAJOLI, *Il berlusconismo e l'approvazione della sfera pubblica. Un nuovo caso italiano*, in *Dem. dir.*, 2003, 21 ss.

<sup>78</sup> Le teorie sul "partito della nazione" sono state recentemente riproposte in Italia in occasione della travolgente vittoria del Pd e del suo leader Matteo Renzi nelle elezioni europee del 2014: uno «straordinario successo personale non separabile dal fatto che

Esperienze certamente diverse, che alludono a singolari e originali vicende della storia repubblicana, sebbene caratterizzate da un medesimo comune denominatore: l'adozione di leggi elettorali distorsive della rappresentanza, il tentativo (abbondantemente riuscito) di trasformazione di questi partiti in strumenti del leader, la rimozione del conflitto politico e sociale. Il *leit-motiv* che è alla base di queste esperienze politiche è sempre lo stesso: non è più il partito che concorre alla politica nazionale, ma la nazione che si fa *partito* e, allo stesso tempo, «*partita* che riguarda “ricchi e poveri, borghesi e proletari”»<sup>79</sup>.

Né vi è da stupirsi. Il “partito della nazione”, per potersi imporre, ha bisogno di neutralizzare il conflitto, disconnettendo la politica dai processi di partecipazione democratica. Condizione, questa, ritenuta indispensabile per assicurare una maggiore efficienza nelle decisioni e una maggiore governabilità del sistema. Anche perché – è bene precisarlo – si può essere “partiti della nazione” solo se si governa, se si è capaci di esprimere un capo, se si è in grado di agire come «*pars totalis*» in senso mortatiano<sup>80</sup>.

Il “partito della nazione” altro non è pertanto che una variabile del partito *totale* teorizzato da Mortati. E, in quanto tale, propedeutico e funzionale alla costruzione di un «regime del Capo»<sup>81</sup>. Un regime imperniato sulla personalizzazione del potere, sulla preminenza degli esecutivi, su «l'intramontabile mito» dell'autorità. Ma anche sul suo *carisma*, dal momento che la concentrazione del potere, seppure normativamente determinata, «presuppone il possesso nella persona di colui che sia investito della carica di una capacità politica superiore»<sup>82</sup>.

Né vi sarebbe altra soluzione esperibile per governare saldamente una società di massa frammentata. In un ordinamento in costante trasformazione, ma incapace di assicurare «l'omogeneità» del sistema<sup>83</sup>, vi

Renzi si è presentato come il segretario del “partito della nazione”» (A. REICHLIN, *Con Renzi ha vinto il partito della nazione*, in *L'Unità*, 28 maggio 2014).

<sup>79</sup> A. REICHLIN, *Con Renzi ha vinto il partito della nazione*, cit.

<sup>80</sup> Sulla concezione costituzionale del partito in Mortati mi sia consentito rinviare a C. DE FIORES, *Il partito nello Stato delle masse. Brevi riflessioni sul partito politico in Costantino Mortati*, in *Dem. dir.*, 2009, 365 ss.

<sup>81</sup> C. MORTATI, *L'Ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), Milano 2000, 221.

<sup>82</sup> C. MORTATI, *L'Ordinamento del Governo*, cit., 226.

<sup>83</sup> «Omogeneità – rileva Costantino Mortati – che può assumere valore per un ordinamento giuridico come precedente o presupposto del sistema normativo da esso instaurato» (C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale* (1940), Milano 1998, 34).

è un solo organo in grado di dare coesione e forza al potere politico: il «*premier*», «l'organo supremo, da cui tutti gli altri organi derivano l'iniziativa e nel quale le varie attività dello Stato si ritrovano»<sup>84</sup>, «il punto di incontro [...] il centro di direzione [...] dei rapporti fra società e Stato», fra ordinamento e «masse amorfe»<sup>85</sup>.

Solo attraverso «la figura del *Premier*», il «problema dell'autorità» può essere, pertanto, definitivamente risolto. E così anche il nodo dell'organizzazione dello Stato, della rappresentanza, del governo della società<sup>86</sup>. Ma anche quello del partito politico che, da soggetto di mediazione/integrazione (sul terreno politico e sociale), è destinato, in siffatto scenario, a trasformarsi in uno strumento a disposizione del capo<sup>87</sup>.

C'è da augurarsi che ciò non accada, perché in quel caso a farne le spese non sarà solo il libero mandato, ma più complessivamente il Parlamento, la rappresentanza politica e la stessa rappresentazione democratica della nazione.

<sup>84</sup> C. MORTATI, *L'Ordinamento del Governo*, cit., 83.

<sup>85</sup> C. MORTATI, *L'Ordinamento del Governo*, cit., 224 che scrive: «L'efficacia dell'opera di suprema integrazione politica, di cui il Capo del Governo è artefice, risiede appunto nel fatto che essa non si sovrappone ad organi eterogenei o a masse amorfe, ma è collegata organicamente a tutta la struttura giuridica e sociale dello Stato».

<sup>86</sup> C. MORTATI, *L'Ordinamento del Governo*, cit., 82.

<sup>87</sup> E i segnali in questa direzione, anche sul terreno normativo, non mancano. Si pensi, ad esempio, a quanto espressamente previsto dall'art. 2.8 della legge elettorale vigente (L. n. 152/2015) che prevede, che sin dal momento del «deposito del contrassegno di cui all'articolo 14, i partiti o i gruppi politici organizzati che si candidano a governare depositano il programma elettorale nel quale dichiarano il nome e cognome della persona da loro indicata come capo della forza politica» (sul punto mi sia consentito rinviare a C. DE FIORES, *La riforma della legge elettorale*, in *Costituzionalismo.it*, 18 maggio 2015).



TRASPARENZA E CONTRASTO DELLA CORRUZIONE  
NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE:  
VERSO UN MODERNO PANOTTICO DI BENTHAM?\*

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. – 2. Trasparenza e lotta alla corruzione, fra realtà e falsi miti. – 3. Gli Stati Uniti d’America e il *Freedom of Information Act*. – 4. Altri esempi di diritto comparato: brevissimi cenni. – 5. La situazione ad oggi in Italia: gli aspetti positivi del c.d. Decreto FOIA. – 6. *Segue*. ... e gli aspetti negativi del Decreto FOIA: fra poteri dell’ANAC e costi potenziali del nuovo accesso civico (a fronte della clausola di c.d. invarianza finanziaria). – 7. Gli strumenti della trasparenza come sussidio nella lotta alla corruzione, fra passato e futuro: riflessioni conclusive. – 8. Conclusioni critiche: verso una trasparenza con finalità di ‘controllo generalizzato’, stile panottico di *Bentham*?

1. *Premessa introduttiva*

Con innegabile lucidità già il primo Mediatore europeo, il finlandese *Jakob Söderman*, aveva osservato che, se “*Tutti sono a favore della “trasparenza”, tuttavia “troppa popolarità rischia di privare il termine di un significato preciso”*<sup>1</sup>.

Partendo da questa constatazione, nel poco spazio temporale a mia

\* Il presente contributo rappresenta la versione integrata ed ampliata della relazione presentata al Convegno nazionale dell’Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA), organizzato presso l’Università degli Studi di Roma III sul tema “Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme” (Roma, 7-8 ottobre 2016). Essa riprende in parte (e rinvia in larga parte) anche alle osservazioni già svolte in Diana-Urania Galetta, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione: un’analisi storico-evolutiva in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *RIDPC*, 2016/5, 1019 ss. La presente pubblicazione rientra, infatti, fra le pubblicazioni PRIN 2012 (2012SAM3KM) sulla codificazione dei procedimenti dell’Unione europea ed è frutto dell’attività di ricerca svolta anche in collegamento con la partecipazione (sempre nel contesto delle attività PRIN 2012) al “2016 Annual Conference” della South-eastern Association of Law Schools (3-9 agosto 2016, Amelia Island, Florida).

<sup>1</sup> J. SÖDERMAN, “*The Citizen, the Administration and Community Law*”, rapporto

disposizione opererò come segue. Comincerò, anzitutto, col definire che cosa si intenda per trasparenza e come questa si declini in altri ordinamenti e, in particolare, in quello USA.

Opererò, di seguito, una rapidissima analisi della più recente normativa italiana in materia: in particolare del D.lgs. 33/2013 (c.d. codice della trasparenza<sup>2</sup>), come modificato dal recente D.lgs. 97/2016, tentando di metterne in evidenza le principali luci ed ombre.

Menzionerò, infine, gli strumenti ulteriori messi a disposizione dal nostro legislatore allo scopo di favorire la trasparenza delle pubbliche amministrazioni (le c.d. ‘occasioni perdute’), seguendo una linea di ragionamento che contesta l’idea stessa (che potremmo definire frutto di una ‘illusione ottica’) che si nasconde dietro la facile metafora della trasparenza, ove questa sia intesa nel suo significato semantico: e, cioè, come “*La capacità di un corpo di permettere il passaggio, attraverso il suo spessore, di radiazioni luminose, e quindi la visione di oggetti situati al di là di esso*”<sup>3</sup>.

Prima di fare tutto questo mi dedicherò tuttavia, seppur brevemente, all’inquadramento del secondo argomento della mia relazione: e, cioè, al tema del nesso tra trasparenza e lotta alla corruzione.

Come vedremo, si tratta di un nesso che non è né ovvio, né così evidente. Così come non è evidente, in realtà, che un *trend* positivo abbia avuto effettivamente origine a far data dall’adozione della legge anticorruzione (legge Severino) del 2012.

Per collegare insieme il tutto (e trarre delle conclusioni generali) il tema della trasparenza come strumento di controllo generalizzato finalizzato alla lotta alla corruzione sarà infine ripreso, con un approccio decisamente critico, nelle mie conclusioni.

## 2. *Trasparenza e lotta alla corruzione, fra realtà e falsi miti*

Anche in ragione dei numerosi scandali che hanno scosso il Paese nella sua interezza, a partire dalla metà degli anni Novanta numerose sono state le commissioni nominate appositamente per studiare il feno-

al XVIII Congresso della FIDE, Stoccolma, 3-6 giugno 1998, in <http://www.euroombudsman.eu.int>. La traduzione dall’inglese è mia.

<sup>2</sup> Cfr. G. GARDINI, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all’informazione amministrativa?*, in *GDA*, 2014/8-9, 875 ss.

<sup>3</sup> Come si legge in WordReference.com – Dizionario della Lingua Italiana © 2012 Le Monnier.

meno della corruzione e proporre soluzioni, anche normative, che fossero idonee a consentire di fronteggiarlo adeguatamente<sup>4</sup>.

Come è noto con la legge Severino, 190/2012<sup>5</sup>, nella lotta alla corruzione si è inteso spostare il *focus* dalla repressione alla prevenzione<sup>6</sup>. L'idea di base è che fosse necessario combattere la corruzione non solo con gli strumenti (repressivi) del diritto penale, ma affiancandovi anche strumenti di lotta preventivi.

In questo disegno generale – e nel contesto di quello che è stato da taluni qualificato come il testo unico sulla trasparenza (il D.Lgs. 33/2013<sup>7</sup>) – gli strumenti centrali per realizzare la prevenzione della corruzione sono il Piano Nazionale Anticorruzione (PNA) e il Piano Triennale per la Prevenzione della Corruzione (PTPC)<sup>8</sup>; mentre il soggetto chiave è il Responsabile della Prevenzione della Corruzione (RPC), che ha il compito di sovrintendere all'applicazione di tale disciplina in ciascuna amministrazione.

<sup>4</sup> Dal Comitato di studio sulla prevenzione della Corruzione, nominato nel 1996 dal Presidente della Camera dei deputati e presieduto da S. Cassese; alla coeva Commissione sulle disfunzioni e gli illeciti nella Pubblica Amministrazione, nominata dal Ministro della funzione pubblica e presieduta da G. Minervini; alla Commissione speciale per l'esame dei progetti di legge recanti misure per la prevenzione e la repressione dei fenomeni di corruzione, istituita dalla Camera dei deputati con deliberazione del settembre 1996; alla Commissione di studio, istituita dal Ministro Patroni Griffi alla fine del 2011 e coordinata da R. Garofoli, che ha pubblicato fra l'altro, nel gennaio 2012, il documento "Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione – Prime riflessioni e proposte emendative", che si può leggere in [http://www.funzionepubblica.gov.it/media/940600/commissione\\_corruzione\\_nella\\_p\\_a\\_prime\\_riflessioni\\_e\\_proposte\\_emendative\\_.pdf](http://www.funzionepubblica.gov.it/media/940600/commissione_corruzione_nella_p_a_prime_riflessioni_e_proposte_emendative_.pdf).

<sup>5</sup> Legge 6 novembre 2012, n. 190, Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione. Su cui si veda, fra i tanti, l'ampio volume di B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione* cit. Si veda anche R. GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione. La l. 6 novembre 2012, il decreto trasparenza e le politiche ancora necessarie*, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>

<sup>6</sup> Sul punto si rinvia per tutti a N. GULLO, *La politica di contrasto alla corruzione in Italia ed i soggetti responsabili della prevenzione della corruzione*, in *Nuove Autonomie*, 2014/3, 522 ss.

<sup>7</sup> Decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, *Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*.

<sup>8</sup> Si vedano le notazioni critiche (ampiamente condivisibili) sull'uso dello "strumento tradizionale per la conformazione dell'attività amministrativa (...) della pianificazione a cascata", svolte da A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione* (Relazione al 59° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 19-21 settembre 2013), in *ASTRID Rassegna*, 17/2013, 1 ss. (22 s.).

Vi è ora anche la centralissima Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC): istituita solamente nel 2014<sup>9</sup> e, quindi, successivamente all'adozione della legge Severino. Originariamente le funzioni oggi attribuite all'ANAC erano infatti intestate alla CIVIT (Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche) e al Dipartimento della funzione pubblica.

Più in generale, poi, l'idea che sottende a tutto il D.Lgs. 33/2013 è che la trasparenza in sé sia il miglior strumento di lotta (preventiva) alla corruzione<sup>10</sup>.

Questo corrisponde all'idea espressa *illo tempore* da Giovanni Quadri, che “cioè che è segreto è talvolta corrotto, spesso non corretto”<sup>11</sup>.

Personalmente – occorre dirlo subito – non condivido questa impostazione di fondo. E concordo piuttosto con la riflessione di Giuseppe Abbamonte – espressa nella sua relazione sempre al convegno di Varenna del 1989 – secondo cui la trasparenza non appare sufficiente “a garantire legalità o correttezza della funzione pubblica, che in tutte le fasi deve poter essere seguita e compresa, per poter essere credibile (...)”<sup>12</sup>. Tanto più che l'analisi di diritto comparato fa emergere chiaramente come nei modelli stranieri in cui la trasparenza viene utilizzata come strumento di lotta alla corruzione il referente naturale della richiesta di trasparenza (e della lotta alla corruzione) sia la politica<sup>13</sup> e non già l'amministrazione<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Su cui si veda, in particolare, il volume di R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Torino 2015.

<sup>10</sup> Paradigmatica al riguardo è la circostanza che quando la CIVIT – con la sua Delibera n. 6 del 25 febbraio 2010 – aveva provveduto a dettare delle prime linee guida in materia di trasparenza e integrità, avesse sottolineato già in premessa come “il rispetto pieno e diffuso degli obblighi di trasparenza è anche un valido strumento di prevenzione e di lotta alla corruzione, rende visibili i rischi di cattivo funzionamento, facilita la diffusione delle informazioni e delle conoscenze e consente la comparazione fra le diverse esperienze amministrative”.

<sup>11</sup> Nella sua relazione al XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione di Varenna, quello del 1989 dedicato al tema “L'amministrazione pubblica fra riservatezza e trasparenza. G. QUADRI, *Trasparenza e riservatezza nell'esperienza costituzionale*, in *L'amministrazione pubblica fra riservatezza e trasparenza*, Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione di Varenna, Milano 1991, 23 ss. (25).

<sup>12</sup> G. ABBAMONTE, *Introduzione al tema*, in *L'amministrazione pubblica fra riservatezza e trasparenza*, cit., 9 s.

<sup>13</sup> Mentre, come opportunamente sottolinea M. IMMORDINO, *Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano ed ordinamento brasiliano. Relazione introduttiva*, in *Nuove Autonomie*, 2014/3, 395 ss., la “l. n. 190 del 2012, punta sicuramente più sulla corruzione amministrativa che sulla corruzione politica” (p. 406).

<sup>14</sup> V. *infra*, nei paragrafi che seguono.

Nonostante, infatti, tutte le difficoltà che questo può comportare (e tutte le inevitabili 'zone grigie') ritengo che si possa e si debba distinguere fra politica e amministrazione. Lo darei, anzi, del tutto per scontato per quel che riguarda il caso italiano: a meno di volere – come troppo spesso avviene in Italia – dimenticare del tutto le riforme degli anni Novanta, che andavano chiaramente in questa direzione, per sposare acriticamente le ragioni delle riforme successive<sup>15</sup>.

A questo proposito sottolineava assai polemicamente il Consigliere di Stato *Luigi Carbone*, al recente congresso di Varenna, come il nostro legislatore sia troppo spesso paragonabile ad un genitore scellerato: che pensa solo a concepire i figli senza preoccuparsi, una volta nati, di fare quel che serve per garantirne la sopravvivenza<sup>16</sup>.

Ma aggiungerei anche un'altra considerazione: è, cioè, che il tentativo delle riforme degli anni Novanta di separare politica e amministrazione aveva come intento specifico quello di garantire attuazione effettiva a quel principio di imparzialità in base al quale debbono essere organizzati i pubblici uffici ai sensi dell'art. 97 della nostra Costituzione<sup>17</sup>. Si trattava cioè, a sua volta, di un tentativo di predisporre un modello 'trasparente' di relazioni politica-amministrazione che, ovviamente, andrebbe valutato in modo del tutto positivo nella logica della trasparenza.

La trasparenza serve, dunque, come strumento per prevenire i fenomeni di corruzione all'interno della Pubblica amministrazione, secondo l'assioma richiamato che "*ciò che è segreto è talvolta corrotto, spesso non corretto*"<sup>18</sup>.

Non è certo. Le indagini internazionali sul punto ci dimostrano tutto, e il contrario di tutto: non solo, cioè, le risultanze sono (come è ormai ampiamente noto!) diverse a seconda del soggetto che le ha prodotte e a seconda di come sono state effettuate le relative rilevazioni. Sicché mentre secondo il *Corruption Perceptions Index* pubblicato da *Transparency International*, dal 2012 ad oggi l'Italia avrebbe riconquistato ben 12

<sup>15</sup> Sulle varie riforme dell'amministrazione italiana, conseguitesi nel corso del tempo, si rinvia a M. SAVINO, *Le riforme amministrative*, in S. CASSESE (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, p.te generale, vol., Milano 2003, 2169 ss. e dottrina ivi cit.

<sup>16</sup> Nella sua relazione dal titolo: *Un'amministrazione semplificata?*, presentata al 62° convegno di Studi Amministrativi di Varenna (22-24 settembre 2016, Villa Monastero, Varenna).

<sup>17</sup> Vedi per tutti P. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino 2005.

<sup>18</sup> G. QUADRI, *Trasparenza e riservatezza nell'esperienza costituzionale*, cit.

posizioni nel ranking mondiale, passando dal 72° al 60° posto<sup>19</sup>; in base, invece, all'indicatore calcolato con cadenza quinquennale dalla Banca Mondiale (mi riferisco ai quei *World Wide Governance Indicators*, fra i quali vi è anche un indice chiamato *Control of Corruption*) la situazione dell'Italia rispetto alla sua capacità di combattere la corruzione sarebbe peggiorata, passando da un indice di controllo della corruzione del 67% per il 2005 al 57% nel 2015; mentre – per citare qualche esempio virtuoso – per la Germania l'indice in questione sarebbe sceso dal 94% al 93% nel medesimo lasso di tempo; per la Svezia sarebbe passato dal 97% del 2005 al 99% per le due rilevazioni successive; mentre per la Finlandia avrebbe oscillato dal 100% nel 2005, al 98% nel 2010, per ritornare al 100% nel 2015<sup>20</sup>.

Ma, oltre a divergere i risultati (e i *trend*) che scaturiscono dalle diverse misurazioni, ciò che è ancora più rilevante è che ben diverse sono anche le conclusioni di volta in volta tratte dall'analisi di tutti questi dati<sup>21</sup>: a seconda di come i parametri e le relative tabelle vengano interpretati ed in ossequio alla facile constatazione che, se neppure la matematica è in realtà una scienza esatta, la sociologia lo è certo ancor di meno!

Vi sono in effetti, oramai, migliaia di pagine pubblicate sul tema: dalle relazioni del gruppo GRECO (acronimo di “*Group of States against corruption*”)<sup>22</sup>; ai rapporti nazionali prodotti dalla Commissione UE<sup>23</sup>; alle molte pagine di dottrina scritte in argomento, soprattutto a partire dall'inizio degli anni Duemila<sup>24</sup>.

In base, ad esempio, agli esiti di una vasta un'indagine relativa a ben 128 paesi, svolta tra il 1984 e il 2003 utilizzando una varietà di “*propensity*

<sup>19</sup> V. in <https://www.transparency.org>.

<sup>20</sup> V. in <http://info.worldbank.org/governance/wgi/#reports>

<sup>21</sup> Per un'analisi di questi dati riferita specificamente al caso italiano si rinvia a A. VANNUCCI, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino 2013, 25 ss.

<sup>22</sup> Il Gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO), istituito nel 1999 dal Consiglio d'Europa per monitorare il rispetto da parte degli Stati delle strumenti giuridici adottati dal Consiglio d'Europa per combattere la corruzione e che comprende 49 Stati membri (48 Stati europei e gli Stati Uniti d'America). V. in <http://www.coe.int/en/web/greco/home>.

<sup>23</sup> V. gli “Anti-Corruption Report” relativi ai vari Stati membri EU, che si possono leggere in [https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report\\_en](https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report_en).

<sup>24</sup> È infatti impossibile fornire, ad oggi, un quadro esaustivo degli scritti in materia. Nel proseguo saranno dunque citati solo quelli che sono risultati di particolare utilità ai fini del presente scritto.

score” e di tecniche di “*matching*”, un gruppo di ricercatori americani ha pubblicato un lungo saggio sulla Rivista di Scienza Politica “*Public Choice*”, nel quale si conclude per l’assenza di un qualsivoglia nesso significativo fra trasparenza e riduzione della corruzione<sup>25</sup>.

Vi è però, naturalmente, chi ha puntualmente sostenuto l’esatto contrario<sup>26</sup>.

Quello che è certo è che – come evidenziava il Vice Presidente del Consiglio di Stato, *Filippo Patroni Griffi*, al recente convegno di Varenna – il nostro è un Paese ancora troppo fondato sul sospetto<sup>27</sup>. Il che coincide peraltro con la riflessione già espressa da *Marco Bombardelli* in un suo scritto del 2013, ove osservava come la trasparenza, ove sia intesa come funzione di controllo, presuppone un rapporto di sospetto tra amministrazioni e cittadini; mentre invece, ove sia intesa come strumento di partecipazione, essa configura(rebbe) un rapporto di fiducia<sup>28</sup>.

Ma mi fermo qui. Anche perché occorre, a questo punto, parlare di trasparenza e chiarire che cosa questa sia e come possa essere declinata nella prospettiva tipica del giurista. Come osservava infatti, in modo del tutto condivisibile, *Franco Pizzetti* in occasione dell’adozione della legge delega (L. 2009/15) da cui è originato il Codice della trasparenza, questa appare dominata “*da una sorta di visione ‘compulsiva’ della trasparenza o, se si preferisce, da una sorta di ‘ossessione della trasparenza’, senza peraltro che da tutto il testo emerga una idea chiara di cosa si intenda, e soprattutto di cosa si voglia garantire, con la ‘trasparenza’ alla quale qui si fa riferimento*”<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> M. ESCALERAS, S. LIN, C. REGISTER, *Freedom of information acts and public sector corruption*, in *Public Choice*, 2010, 435 ss.

<sup>26</sup> Concludono, ad es., per la sussistenza in positivo di questo nesso A.S. CORDIS, P.L. WARREN, *Sunshine as disinfectant: The effect of state Freedom of Information Act laws on public corruption*, in *Journal of Public Economics*, 2014, 18 ss. V. sul punto anche *EU Anti-Corruption Report*, Bruxelles, doc. 3.2.2014 COM(2014) 38 final.

<sup>27</sup> L’osservazione è stata fatta durante le riflessioni conclusive espresse da F. Patroni Griffi, in chiusura della Tavola rotonda di sabato 24/9, evento conclusivo del 62° convegno di Studi Amministrativi di Varenna cit.

<sup>28</sup> MARCO BOMBARDELLI, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Ist. del fed.*, 2013, 657 ss. Sull’intimo legame fra trasparenza e partecipazione si vedano anche le riflessioni di A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, cit., 6 s.

<sup>29</sup> F. PIZZETTI, *Trasparenza e riservatezza nella pubblica amministrazione*, in F. PIZZETTI, A. RUGHETTI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, Studi Cis Anci 2010, 29 ss. (29).

### 3. *Gli Stati Uniti d'America e il Freedom of Information Act*

Inizierò la mia rapida analisi partendo da una prospettiva di diritto comparato ed avendo come punto di riferimento, anzitutto, il *Freedom of Information Act* statunitense, che è universalmente celebrato come “il” modello di riferimento in materia di trasparenza.

Mi posso limitare qui, ovviamente, solo ad alcuni cenni ed a constatazioni generali<sup>30</sup>.

Anzitutto, è necessario precisare che, oltre ad essere un modello tutt'altro che (solo) virtuoso, il FOIA statunitense deve inquadrarsi in un contesto culturale in cui la problematica di riferimento concerne, in realtà, solo in maniera marginale il tema della trasparenza dell'attività della Pubblica amministrazione. La discussione di cui è figlio il FOIA statunitense è una discussione che concerne infatti, essenzialmente, il rapporto elettori-eletti e solo marginalmente il rapporto cittadini-pubblica amministrazione; di conseguenza, essa enfatizza il ruolo dell'acquisizione di informazioni in termini di possibilità per i cittadini di partecipare attivamente ed efficacemente alla politica.

Non a caso, perciò, il contesto in cui germoglia e fiorisce l'idea che sottostà all'adozione del FOIA statunitense è quello del “*right to know*” (diritto di sapere) collegato al “*freedom of speech*” e, soprattutto, alla libertà di manifestare liberamente il proprio pensiero attraverso la carta stampata<sup>31</sup>. Ed è infatti a far data dal famoso caso *Gitlow v. New York* – deciso dalla Corte Suprema USA nel 1925<sup>32</sup> – che l'idea del “*right to know*” acquisisce progressivamente forza.

Essendo, tuttavia, fortemente contestato che da questo “*right to know*”, inteso essenzialmente come libertà di manifestare liberamente il proprio pensiero attraverso la carta stampata, potesse discendere un vero e proprio diritto costituzionale di ‘conoscere i fatti che riguardano il Governo’<sup>33</sup>, il Congresso statunitense, in fin dei conti, decise di optare

<sup>30</sup> E rinvio sin d'ora per ogni approfondimento – e per tutti i relativi riferimenti bibliografici – a D.U. Galetta, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione: un'analisi storico-evolutiva in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in RIDPC, 2016/5, 1019 ss.

<sup>31</sup> A questo proposito osservava peraltro B. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna 2007, 59, come “*La trasparenza è un rimedio certamente efficace, soprattutto in un paese con una stampa vigile e aggressiva, ma anche piuttosto blando*”.

<sup>32</sup> *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 653 (1925).

<sup>33</sup> Cfr. *Grosjean v. American Press Association*, 297 U.S. 233 (1936).

per l'adozione, nel 1966, di un apposito atto legislativo: il *Freedom of Information Act*, appunto.

Questo anche perché, nell'esaminare la situazione generale in cui versava l'accesso agli atti detenuti dalle varie agenzie ci si rese conto che – in modo affatto paradossale – un atto normativo che era stato adottato con intenzioni ed obiettivi del tutto opposti – e cioè il *Federal Administrative Procedure Act* (APA) del 1946 – era stato di fatto utilizzato dai funzionari delle agenzie governative federali allo scopo di perpetuare la tradizionale prassi del segreto, anziché di favorire una politica di diffusione delle informazioni. Ciò grazie alla formulazione troppo vaga delle possibili eccezioni al generale obbligo di pubblicità delle “*Public information*” previsto dall'APA<sup>34</sup>.

Il *Freedom of Information Act* (FOIA) del 1966 consiste dunque, sostanzialmente, in una estrazione delle norme in precedenza contenute nella sezione 3 dell'*Administrative Procedure Act*, debitamente ampliate e collocate all'interno di una disciplina normativa autonoma e separata. E, nella sua versione originaria, esso si limitava a prevedere un generico diritto di richiedere l'accesso ai “*record*” (non già alle informazioni!)<sup>35</sup> posseduti dalle agenzie federali: salvo che sussistesse uno dei nove motivi di esenzione previsti dal FOIA stesso o una delle tre speciali clausole di esenzione previste in favore di FBI e forze dell'ordine.

Né erano in origine previsti termini per rispondere alle richieste di accesso, o sanzioni per il caso di violazione della relativa disciplina. Sicché, ancora nel 1982 (nonostante lo scandalo *Watergate* e le modifiche al FOIA del 1975), il ben noto giudice della Corte suprema federale *Antonin Scalia* (allora appena nominato giudice della Corte d'appello di Washington) lo aveva polemicamente definito, in un suo famoso scritto dall'evocativo titolo *The Freedom of Information Act Has No Clothes* (il FOIA è nudo), come “*una bestia quasi senza denti, che sovente viene presa a calci spudoratamente dalle agenzie*”<sup>36</sup>. E

<sup>34</sup> Riferisce infatti H.N. FOERSTEL, *Freedom of information and the right to know*, Westport, Connecticut 1999, 36, che “*Federal agencies exploited the vague provisions in the act requiring “secrecy in the public interest” or “for good cause,” and also claimed the right to deny requests for information “relating solely to the internal management of an agency” unless the requestor was “properly and directly concerned”*”.

<sup>35</sup> Osserva infatti H.N. FOERSTEL, *Freedom of information*, cit., 177, come “*Even Attorney General Janet Reno, coarchitect of the Clinton administration’s openness initiative, has endorsed the Reporters Committee opinion, and has chided reporters for seeking information about what the government stores rather than what it does*”.

<sup>36</sup> “*A relatively toothless beast sometimes kicked about shamelessly by the agencies*”.

questo era il quadro esatto della situazione a più di 15 anni dalla sua adozione!

La situazione non migliorò di molto nel decennio successivo.

E neppure in seguito: nonostante la c.d. “*openness initiative*” lanciata dall’Amministrazione *Clinton* e culminata con l’adozione, nel 1996, dell’*Electronic Freedom of Information Act* (E-FOIA)<sup>37</sup>.

Nonostante tutto ciò infatti, quando *Obama* assunse la Presidenza USA nel 2009, si trovò di fronte un quadro tutt’altro che roseo; e, a distanza di ben quarantasei anni dalla sua adozione, fu costretto ad investire molte energie nel rendere effettiva l’implementazione del FOIA e ad adottare un c.d. *FOIA Improvement Act* nel giugno 2016<sup>38</sup>: un ulteriore emendamento alla sua disciplina, finalizzato a ‘migliorare’ (*improve*, appunto) l’implementazione del FOIA medesimo.

Peraltro i minimi progressi nel frattempo realizzati dall’amministrazione *Obama* rischiano ora di essere del tutto azzerati dalla nuova Presidenza *Trump*. Che, tanto per cominciare, ha da subito eliminato dal sito della Casa Bianca qualunque riferimento agli “*open government issues*”<sup>39</sup>. Mentre l’intero sito web della Casa Bianca risulta ora praticamente vuoto di informazioni significative: in perfetta linea con quell’atteggiamento di disfavore espresso chiaramente dal Neopresidente e dai suoi consiglieri nei confronti dei c.d. “*transparency issues*”<sup>40</sup>.

Così A. SCALIA, *The Freedom of Information Act Has No Clothes*, in *AEI Journal on Government and Society Regulation*, March/April 1982, 14 ss. (15). La traduzione è mia.

<sup>37</sup> L’E-FOIA, in vigore sin dal 31 marzo 1997, ha imposto alle agenzie federali di rendere disponibili tutta una serie di documenti on-line (c.d. *proactive disclosure*) nelle c.d. “*Reading Rooms*” e di fornire i materiali pubblicati di appositi indici, al fine di aiutare i richiedenti a formulare le loro richieste. Infine, sin dall’ottobre 1997, la E-FOIA ha modificato termini e procedure per il trattamento accelerato delle richieste, tentando così di ridurre blocchi e ritardi nell’evasione delle richieste di accesso.

<sup>38</sup> *FOIA Improvement Act* of 2016, firmato dal Presidente Obama il 30 giugno 2016 (Public Law No. 114-185), che si può leggere in: <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/337/text>.

<sup>39</sup> Le relative informazioni sono state parzialmente trasferite sul sito del Dipartimento di Stato, all’indirizzo <https://www.state.gov/open/>. Sul sito della Casa Bianca (<https://www.whitehouse.gov/>) al loro posto compariva sino, a qualche settimana fa, una pagina di ingresso con questa indicazione: “*Thank you for your interest in this subject. Stay tuned as we continue to update whitehouse.gov*”. Ora nella pagina d’ingresso del sito della Casa Bianca compare invece un primo piano del Presidente Donald Trump, accompagnato dalla frase “*Believe in yourselves. Believe in your future. And believe, once more, in America*” (sito consultato l’ultima volta in data 13 aprile 2017).

<sup>40</sup> Per reperire utili riferimenti al riguardo è sufficiente una rapida ricerca sul WEB. Fra i tanti, suggerisco la lettura del resoconto pubblicato in <https://thinkprogress.org/trump-government-transparency-d3b8c2c44c3b>.

L'Altro aspetto importante da tenere in conto concerne, invece, l'atteggiamento prevalente nelle Corti statunitensi: i tribunali hanno infatti offerto, nella migliore delle ipotesi, un sostegno assai timido al FOIA ed hanno mantenuto nel tempo un atteggiamento di ampia deferenza rispetto alle richieste del Governo e delle agenzie governative di mantenere il segreto su tutte quelle questioni che avrebbero potuto avere un nesso, anche molto indiretto, in particolare col tema della sicurezza nazionale<sup>41</sup>. Il tutto, ovviamente, grazie all'aiuto fornito dall'ampia lista di possibili deroghe all'applicazione del FOIA: una lista al contempo troppo ampia e con deroghe troppo indefinite.

#### 4. *Altri esempi di diritto comparato: brevissimi cenni*

Nel contesto europeo è invece la Svezia a rappresentare il modello di riferimento per eccellenza in materia di trasparenza<sup>42</sup>. In estrema sintesi, il sistema svedese è plasmato sull'idea di una prevalenza assoluta del diritto all'informazione: l'accesso ai documenti ufficiali delle autorità pubbliche è ampiamente permesso a chiunque; e ai funzionari pubblici è permesso non solo di rilasciare informazioni quando richieste, ma anche di divulgarne, senza previa richiesta, a radio, giornali etc. anche quando queste contengano dati personali. Di nuovo, però, l'obiettivo perseguito è quello di consentire ai cittadini un controllo sul potere politico.

Molto diversa è, invece, la situazione in Francia: dove, in verità, la trasparenza è identificata da lungo tempo come partecipazione<sup>43</sup>, oltre

<sup>41</sup> Cfr. S. NEVELOW MART, T. GINSBURG, *[Dis-]informing the people's discretion: judicial deference under the national security exemption of the Freedom of Information Act*, in *Administrative Law Review*, 2014, 725 ss. che riferiscono del "interplay of overclassification and excessive judicial deference". Famosa a questo proposito è la decisione della Corte Suprema USA del 1989, *Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press*, 489 U.S. 749 (1989), 764 (c.d. *Foia's purpose decision*) nella quale si fa riferimento, appunto, alla necessità di avere in mente quale è l'obiettivo centrale del FOIA nel decidere se consentire o meno accesso agli atti. A questa restrittiva interpretazione del FOIA si è ispirata gran parte della giurisprudenza almeno per tutto il decennio successivo. Per approfondimenti v. in particolare M.E. HALSTUK, B.F. CHAMBERLIN, *The Freedom of Information Act 1966-2006: a retrospective on the rise of Privacy protection over the public interest in knowing what the government's up to*, in *Communication Law & Policy*, 2006, 511 ss.

<sup>42</sup> Per una ricostruzione generale del quadro di riferimento e i necessari riferimenti bibliografici si rinvia sempre a D.U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione*, cit., 1032 ss.

<sup>43</sup> Un'idea dell'importanza del tema e della sua centralità si può desumere dall'ampio

che come diritto di accesso agli atti; ma, soprattutto, è identificata come obbligo di motivazione degli atti adottati dalle pubbliche amministrazioni. E questo anche grazie ad una giurisprudenza assai risalente: in particolare il caso *Barel* del 1954<sup>44</sup>, con cui il *Conseil d'Etat* francese ha identificato nell'obbligo di motivazione degli atti adottati dalla Pubblica Amministrazione quell'esigenza di trasparenza che dovrebbe essere posta a presidio della correttezza (e non corruzione) nello svolgimento dell'azione amministrativa. Non a caso, infatti, la recente legge francese sul procedimento amministrativo – entrata in vigore il 1° gennaio 2016 – porta l'evocativo nome di “*Code des relations entre le public et l'administration*”: a sottolineare che si tratta di stabilire norme intese a presidiare quel dialogo fra cittadino e pubblica amministrazione che si estrinseca attraverso la partecipazione procedimentale e il correlato accesso agli atti della Pubblica amministrazione. Oltre che attraverso il confermato obbligo di motivazione degli atti a contenuto negativo, addirittura anche per l'ipotesi di *décision implicite* sfavorevole per il suo destinatario<sup>45</sup>.

Non è ovviamente possibile andare oltre, qui, nella ricostruzione dei modelli stranieri di “trasparenza” – anche se sarebbe certamente interessante farlo. Mi limito dunque ad osservare, che gli esempi di diritto comparato ci insegnano sicuramente almeno due cose: la prima è che occorre evitare di celebrare modelli stranieri che si conoscono solo “sulla carta”. Occorre infatti sempre verificarne la tenuta in concreto, alla luce delle prassi applicative e del sindacato giurisdizionale connesso alle eventuali violazioni delle norme in materia.

La seconda constatazione è che non si deve cadere nel facile tranello di identificare *tout court* il principio di trasparenza con quello di pubblicità degli atti; ma anche con il (solo) strumento dell'accesso ad atti e documenti amministrativi. Questo non solo perché fra i due concetti – di pubblicità e trasparenza – non vi sono necessariamente solo convergenze

volume pubblicato dal Conseil d'Etat, *Rapport public 2011 (vol. 2) – Consulter autrement, participer effectivement*, Paris, 2011, che si può leggere sul sito de *La Documentation française*, in <http://www.ladocumentationfrancaise.fr>.

<sup>44</sup> *Conseil d'Etat*, 28 mai 1954, in <https://www.legifrance.gouv.fr>.

<sup>45</sup> Ai sensi dell'art. L232-4 «*Une décision implicite intervenue dans les cas où la décision explicite aurait dû être motivée n'est pas illégale du seul fait qu'elle n'est pas assortie de cette motivation. Toutefois, à la demande de l'intéressé, formulée dans les délais du recours contentieux, les motifs de toute décision implicite de rejet devront lui être communiqués dans le mois suivant cette demande. Dans ce cas, le délai du recours contentieux contre ladite décision est prorogé jusqu'à l'expiration de deux mois suivant le jour où les motifs lui auront été communiqués*».

e la realizzazione del principio di pubblicità non necessariamente garantisce la trasparenza. Ma anche perché, in ogni caso, gli strumenti per realizzare la trasparenza amministrativa sono molteplici e non si esauriscono né nella pubblicazione degli atti e documenti in possesso della Pubblica Amministrazione, né nel (pur cruciale) diritto di accesso agli stessi.

##### 5. *La situazione ad oggi in Italia: gli aspetti positivi del c.d. Decreto FOIA*

Se il legislatore italiano sembra non tenere quasi mai conto della importanza della prima constatazione (a causa forse della nostra sempre eccessiva ‘esterofilia’!), sembra perlomeno, di recente, avere tenuto conto della seconda constatazione: non a caso, infatti, mentre nella L. 241/90, come modificata nel 2005, è l’accesso agli atti ad essere qualificato come avente “*rilevanti finalità di pubblico interesse*”, il D.Lgs. 33/2013 qualifica invece come tale la trasparenza: la trasparenza è, dunque, nella prospettiva del Decreto 33/2013, il contenitore più ampio all’interno del quale il diritto di accesso (sia “classico”, che civico) deve certamente collocarsi; ma che comprende tuttavia, evidentemente, anche il ricorso ad altri strumenti.

Quali siano (o possano essere) questi altri strumenti ce lo conferma poi, appunto, anche l’analisi di diritto comparato: si tratta, in particolare, della partecipazione (procedimentale) e dell’obbligo di motivazione dei provvedimenti: due strumenti che sono considerati cruciali sia nel sistema francese che in quello tedesco; e che parimenti lo sono nel diritto dell’Unione europea<sup>46</sup>.

Mentre, invece, questi strumenti paiono di recente del tutto passati di moda nel dibattito dottrinario italiano sulla trasparenza: che risulta (a mio parere più a torto che a ragione) quasi totalmente catalizzato intorno alla discussione sul binomio *open data*-diritto di accesso. E in netto favore delle c.d. *open data policy*: che sarebbero considerate preferibili in quanto espressione di una trasparenza c.d. “qualificata”<sup>47</sup>.

Ciò appare in netto contrasto con quanto emerge, ad esempio, da un’analisi del dibattito dottrinario in Germania: dove si mette invece

<sup>46</sup> Sul che rinvio per tutti a J. ZILLER, *Origines et retombées du principe de transparence du droit de l’Union européenne*. In G. GUGLIELMI, E. ZOLLER (Eds.), *Transparence, démocratie et gouvernance citoyenne*, Paris 2014, 25 ss.

<sup>47</sup> V. per tutti E. CARLONI, *L’amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell’open government*, Rimini 2014, 17 ss.

bene in luce la distinzione tra trasparenza “*anbieterorientiert*” (determinata, cioè, dalle scelta dell’Amministrazione di rendere pubblici o meno determinati documenti) e trasparenza “*nachfrageorientiert*”: quella che appare di gran lunga preferibile poiché è determinata dalla scelta del privato di richiedere o meno l’accesso a determinati documenti<sup>48</sup>.

In questa prospettiva è giusto dunque, anzitutto, salutare con favore la scelta operata dal legislatore del Decreto 97/2016: che, di fatto, rifiuta la tesi dell’alternatività tra obblighi di pubblicazione e diritto di accesso ed esprime, anzi, una preferenza netta (e non evidente, alla luce del dibattito in corso) in favore del diritto di accesso (civico) e, quindi, di una trasparenza “*nachfrageorientiert*”.

Il c.d. accesso civico, originariamente previsto dal D.Lgs. 33/2013 come sanzione (una delle numerose sanzioni) a fronte dell’obbligo previsto in capo alle Pubbliche Amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati, col Decreto 97/2016 da mera sanzione rispetto alla violazione dell’obbligo (primario) di pubblicare documenti, informazioni o dati, si trasforma in un autonomo diritto (*diritto di accesso civico*) e lo strumento principe per la realizzazione del principio di trasparenza. È infatti ora previsto (art. 2 c. 1 del D.Lgs. 33 novellato) il diritto di “*chiunque ... di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, (anche) ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione*”.

Si tratta – come già ho avuto modo di osservare<sup>49</sup> – di una scelta coraggiosa e pure largamente anti-demagogica, tramite cui si prendono le distanze anche da quell’idea (in sé pernicioso), che ciascun episodio dell’azione amministrativa interessi di per sé, necessariamente, a ciascun singolo cittadino<sup>50</sup>. Un’idea, quest’ultima, che finirebbe per favorire un “*voyerismo amministrativo*” che con la trasparenza poco o nulla ha a che fare<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Cfr. C. GUSY, *Der transparente Staat*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2013/15, 941 ss. (945).

<sup>49</sup> In D.U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione*, cit.

<sup>50</sup> L’espressione è mutuata da A. ROMANO TASSONE, *A chi serve il diritto d’accesso*, in *Dir. Amm.* 1995/3, 315 ss. (342).

<sup>51</sup> Osserva a questo proposito Marzuoli come “*La trasparenza non deve divenire una via per de-istituzionalizzare il rapporto fra cittadino e agente pubblico e per costruire un contatto immediato e permanente fra l’uno e l’altro, del tutto al di fuori della mediazione e della responsabilità dell’istituzione*”. Così C. MARZUOLI, *Fenomeni corruttivi e pubblica amministrazione: più discipline, un unico obiettivo*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2011/9, 1045 ss. (par. 2).

Nella versione approvata del Decreto FOIA è scomparso, poi, anche uno degli aspetti più critici della prima versione del decreto: che prevedeva, non solo che il diniego di accesso civico non dovesse essere motivato, ma lo qualificava *tout court* come un'ipotesi di c.d. silenzio-rigetto. La norma approvata prevede, invece, che il procedimento di accesso civico debba concludersi con un provvedimento espresso e motivato.

Infine, miglioramenti sono stati raggiunti anche sul versante dei rimedi previsti avverso il diniego totale o parziale dell'accesso (o la mancata risposta entro il termine previsto): mentre, infatti, la versione iniziale del Decreto 97 indicava solo la possibilità di presentare ricorso al TAR, nella versione approvata il Decreto 97 contiene una ben più analitica disciplina dei rimedi esperibili.

6. *Segue. ... e gli aspetti negativi del Decreto FOIA: fra poteri dell'ANAC e costi potenziali del nuovo accesso civico (a fronte della clausola di c.d. invarianza finanziaria)*

Non mancano, tuttavia, anche gli aspetti negativi nel Decreto FOIA. Il cui primo (e forse più importante, anche alla luce dell'esperienza del FOIA statunitense) riguarda l'ampio elenco di interessi pubblici e privati la cui necessità di tutela in concreto potrà giustificare una limitazione del nuovo diritto di accesso civico allargato.

Questi interessi sono elencati nel nuovo art. 5-bis del D.Lgs. 33/2013.

Non posso ovviamente scendere qui nel dettaglio e mi limito perciò a dire, che la ricca lista di potenziali eccezioni all'accesso civico pone un serio problema. Si tratta infatti di eccezioni molto ampie e, soprattutto, troppo poco puntuali: come già ho detto in altra sede e come ha puntualmente osservato lo stesso Consiglio di Stato nel suo parere sullo schema di Decreto<sup>52</sup>.

Né i dubbi e le perplessità sono dissipati dalla previsione infine aggiunta al c. 6 dell'art. 5-bis (nel corso della seconda stesura del Decreto 97) e con cui si attribuisce ad ANAC, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali, la competenza ad adottare linee guida recanti indicazioni operative "*ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico*". Anzitutto, le linee guida nel frattempo adottate in ma-

<sup>52</sup> V. parere del Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, 24 febbraio 2016, n. 515, in particolare p. 85 s.

teria non paiono risolvere i problemi<sup>53</sup>. Ma, anche al di là di questo (ed al di là pure dell'importante discussione dottrinarina in atto sulla natura giuridica ed il valore precettivo delle varie tipologie di linee guida adottabili da ANAC<sup>54</sup>), il dubbio mio è di fondo e riguarda l'opportunità stessa di affidare ad ANAC (seppur d'intesa con il Garante della privacy) la competenza ad adottare linee guida anche in questo specifico contesto. Dubito, cioè, che quella operata dal nostro recente legislatore sia una scelta opportuna: perché ha l'effetto di cumulare in capo alla medesima autorità compiti di regolazione, di indirizzo, di controllo, a scopo sia preventivo che sanzionatorio<sup>55</sup>. Il che – se ben corrisponde a quell'approccio emergenziale<sup>56</sup> che ha portato ad identificare ANAC come “il salvatore”, il soggetto in grado di (finalmente) scardinare il circolo vizioso creato dalle dinamiche intrinseche nella corruzione<sup>57</sup> – rischia di divenire invece del tutto controproducente in una logica di lungo periodo e che miri non soltanto a combattere gli effetti della corruzione, ma a rimuoverne in modo stabile le cause.

Come già avevo polemicamente osservato altrove, ANAC e le persone che per questa Autorità lavorano non posseggono, infatti, né poteri magici, né attributi di onnipotenza<sup>58</sup>. Sicché è assai probabile che, in assenza

<sup>53</sup> L'ANAC ha di recente adottato le Linee Guida con Delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale – Serie Generale n. 7 del 10 gennaio 2017, che dettano indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico previsti dall'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 33 del 2013. Su queste si rinvia a E. FURIOSI, *L'accesso civico “generalizzato”, alla luce delle linee guida ANAC*, in *giustamm* (<http://www.giustamm.it>), 2017/4, 1 ss..

<sup>54</sup> Su cui si rinvia per tutti a C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, pubblicato il 29 aprile 2016 in: <https://www.giustizia-amministrativa.it>. Più in generale, sullo strumento delle linee guida, si veda il recente saggio di V. ITALIA, *Le “linee guida” e le leggi*, Milano 2016.

<sup>55</sup> Per un commento sulla progressiva modificazione di ruolo e competenze di ANAC (e sulle relative implicazioni) cfr. E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'autorità nazionale anticorruzione: “post fata resurgam”*, in *GDA*, 2015/6, 757 ss.

<sup>56</sup> Sul punto cfr. C. MARZUOLI, *Fenomeni corruttivi e pubblica amministrazione* cit. Più in generale sul tema del diritto amministrativo dell'emergenza (e le sue implicazioni) si rinvia al lungo saggio di R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2005/4, 776 ss., presentato in occasione del Congresso AIPDA 2005 dedicato al tema “Il diritto amministrativo dell'emergenza” (Roma, 6-7 ottobre 2005).

<sup>57</sup> L'espressione non è mia, ma di A. ZATTI, *Un quadro in tumultuoso divenire*, in ID. (a cura di), *Trasparenza e anticorruzione: la nuova frontiera del manager pubblico*, Pavia 2016, 5 ss. (24).

<sup>58</sup> Così osservavo in D.U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione*, cit., 1051.

di un “ragionamento morale” ad ampio spettro, che possa avere un effetto generalizzato sull’amministrazione e sulla società tutta<sup>59</sup>, la creazione di un’agenzia indipendente come ANAC finisce per produrre, come di solito avviene in questi casi<sup>60</sup>, risultati solo modesti, senza condurre ad un vero e proprio cambiamento di passo.

Infine, è necessario svolgere qualche osservazione critica sul tema (cruciale) dei costi (almeno potenziali) del nuovo accesso civico. Vale infatti anche qui la famosa massima ciceroniana “*Pecunia, nervus belli*” (ripresa da Napoleone con la sovente citata formula “*c’est l’argent qui fait la guerre*”).

Senza volere qui ripetere quello che ho già altrove diffusamente trattato<sup>61</sup>, mi limito a richiamare la circostanza che, diversamente dalla versione originaria, la versione approvata del Decreto 97 ha optato per una gratuità quasi assoluta dell’accesso civico. È previsto, infatti, che possa essere richiesto il rimborso solo “*del costo effettivamente sostenuto e documentato dall’amministrazione per la riproduzione su supporti materiali*” (così nel nuovo art. 5 c. 4 del D.Lgs. 33/2013). Ci si chiede, dunque, in che modo l’amministrazione potrà e dovrà documentare il relativo “*costo effettivamente sostenuto*”; e se l’attività intesa a documentarlo non rappresenterà, in ultima analisi, un ulteriore onere per l’amministrazione destinataria della richiesta di accesso civico, tale da spingere quest’ultima a desistere del tutto dal chiedere il relativo rimborso.

Tanto più che, mentre da un lato il rimborso dei costi di riproduzione non è affatto scontato, dall’altro lato permane invece la famigerata clausola di “invarianza finanziaria”: la classica formula (ormai di rito) secondo cui “*Dall’attuazione del ... decreto non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica*”; e secondo cui le amministrazioni debbono provvedere, non si sa come, “*con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente*”<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> A tale proposito si rinvia a quanto osservato da M. KRIENKE, *Trasparenza, integrità e good governance. La necessaria dimensione etica nella pubblica amministrazione oggi*, in A. ZATTI (a cura di), *Trasparenza e anticorruzione: la nuova frontiera del manager pubblico*, cit., 91 ss. (102 ss.).

<sup>60</sup> Sul punto si rinvia all’interessante analisi di F. SCHATZ, *Fighting corruption with social accountability: a comparative analysis of social accountability mechanisms’ potential to reduce corruption in Public Administration*, in *Public Administration and Development*, 2013/3, 161 ss.

<sup>61</sup> V. D.U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione* cit., par. 5.8. 1054 ss.

<sup>62</sup> Così recita l’art. 44 del D.Lgs. 97/2016, *Clausola di invarianza finanziaria*.

Aggiungo, poi, che nella versione finale del D.Lgs. 97/2016 non è più neppure previsto che l'istanza di accesso civico debba identificare *chiaramente* i dati, le informazioni o i documenti richiesti (l'avverbio *chiaramente*, presente nella prima versione del Decreto, è infatti scomparso nella sua versione finale<sup>63</sup>).

Si tratta di scelte che risultano essere l'esatto contrario di quelle operate, ad esempio, nel sistema statunitense (a cui il nostro decreto FOIA risulta peraltro essersi ispirato). Ivi infatti, da un lato (e seppur con alcune limitazioni), può certamente essere chiesto il rimborso non solo dei costi di riproduzione dei "record", ma in molti casi anche dei costi collegati all'attività di ricerca in quanto tale (c.d. *research fees*); e, dall'altro, è pacifico che le agenzie non siano tenute a farsi carico di richieste non sufficientemente chiare e precise<sup>64</sup>. Per peggiorare il quadro nazionale sul punto le linee Guida ANAC nel frattempo adottate precisano, invece, che "La distinzione tra documenti e dati acquista rilievo nella misura in cui essa comporta che l'amministrazione sia tenuta a considerare come validamente formulate, e quindi a darvi seguito, anche le richieste che si limitino a identificare/indicare i dati desiderati, e non anche i documenti in cui essi sono contenuti"<sup>65</sup>.

Pur comprendendo (e condividendo) la *ratio* della precisazione di cui sopra, ritengo che sarebbe stato opportuno controbilanciare affiancando, almeno in questa sede, l'avverbio 'chiaramente' al verbo 'identificare'!

Infine, nel nuovo modello italiano di FOIA la gestione dei potenziali costi risulta ulteriormente aggravata anche dalla previsione di cui al comma 5 del novellato art. 5 del D.Lgs. 33/2013, il quale prevede la necessità inderogabile di comunicare la richiesta di accesso ai controinteressati "mediante invio di copia con raccomandata con avviso di ricevimento, o per via telematica per coloro che abbiano consentito tale forma di comunicazione"<sup>66</sup>. Né serve a superare le possibili criticità – in termini sia di costi, che di aggravio procedurale – il suggerimento formulato da ANAC (di questo si tratta!) nelle Linee guida testé menzionate. Ivi si indica che, con

<sup>63</sup> Cfr. l'art. 5 c. 3 del D.Lgs. n. 33/2013 come emendato.

<sup>64</sup> V. più diffusamente sul punto in D.U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione*, cit., *passim*.

<sup>65</sup> Così si legge 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", adottate con la Delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016 cit., punto 4.2.

<sup>66</sup> Ben note sono infatti le criticità attuali sia rispetto all'uso e alla diffusione della posta elettronica certificata, sia rispetto alla ancora più complessa questione dell'assegnazione ai cittadini del c.d. domicilio digitale.

riferimento ai limiti derivanti dalla protezione dei dati personali, va privilegiata “l’ostensione di documenti con l’omissione dei «dati personali» in esso presenti”; e si aggiunge poi, *en passant*, che “In tal modo, tra l’altro, si soddisfa anche la finalità di rendere più celere il procedimento relativo alla richiesta di accesso generalizzato, potendo accogliere l’istanza senza dover attivare l’onerosa procedura di coinvolgimento del soggetto «controinteressato» (art. 5, comma 5, del d. lgs. n. 33/2013)”<sup>67</sup>.

In conclusione, mi pare di poter dire che quello dei costi del FOIA<sup>68</sup> resta un nodo cruciale da risolvere che, se non sciolto per tempo, rischia di condannare le sue previsioni a restare lettera morta e ad aggiungersi alla lunga lista di quelle norme che sono state efficacemente descritte come il prodotto di un legislatore ipocrita, che è assai più preoccupato dell’effetto annuncio, che non “della reale possibilità, per le amministrazioni pubbliche, di applicare le leggi”<sup>69</sup>.

È necessario, dunque, che si provveda *per tempo* ad adeguatamente finanziare i costi di una riforma che, per essere veramente tale, implica un’ingente quantità di lavoro aggiuntivo da parte delle Pubbliche Amministrazioni e lo svolgimento di una serie di delicate attività che non possono essere in alcun modo subappaltate a terzi: come sin troppo bene ci dimostra l’esperienza del FOIA statunitense<sup>70</sup>. Ciò implica – a mio parere – di doversi distaccare, una volta per tutte, dalla logica ‘al ribasso’ imposta dalla c.d. clausola di invarianza finanziaria che accompagna ormai tutte le italiane riforme, pur importanti che siano (o si immagini che possano essere)<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> Delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016 cit., punto 8.1

<sup>68</sup> Sul punto v. anche le osservazioni di A. CONTIERI, *Trasparenza e accesso civico*, in *Nuove Autonomie*, 2014/3, 563 ss. (spec. 571).

<sup>69</sup> B.G. MATTARELLA, *La fabbrica delle leggi*, Bologna 2011, 41 ss. (43) e *passim*.

<sup>70</sup> Dove il tentativo di *outsourcing* dei servizi previsti dal FOIA si è rivelato un vero e proprio fallimento. Sul punto si rinvia, ancora una volta, a D.U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione*, cit., 1030 ss.

<sup>71</sup> A questo proposito mi pare paradigmatica la constatazione fatta da ANAC con riguardo alla legge Severino 2012/190 – che reca anch’essa, all’art. 2, la famigerata clausola di invarianza finanziaria – sul fatto che vi sia “Un diffuso atteggiamento di mero adempimento (...) limitato ad evitare le responsabilità che la legge fa ricadere sul RPC”. Così si legge in ANAC, *Aggiornamento 2015 al Piano Nazionale Anticorruzione*, Determinazione n. 12 del 28 ottobre 2015, in <http://www.anticorruzione.it>, 6. Si sta concretizzando, cioè, il paventato rischio di una “burocratizzazione della lotta alla corruzione”, cui faceva espresso riferimento R. GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione. La l. 6 novembre 2012, n. 190, il decreto trasparenza e le politiche necessarie*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 2012, 1 ss. (6). Nello stesso senso A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione* cit., 23 s.

7. *Gli strumenti della trasparenza come sussidio nella lotta alla corruzione, fra passato e futuro: riflessioni conclusive*

La trasparenza – come è stato da tempo osservato in dottrina – non è un istituto giuridico precisamente definito, ma è piuttosto una modalità di esercizio della funzione amministrativa<sup>72</sup>.

Allo stesso modo la lotta alla corruzione non è compito semplice<sup>73</sup>. Se quest'ultima può essere infatti qualificata come una vera e propria “*patologia sociale, innestata nelle strutture dell'economia e dell'amministrazione moderne*”<sup>74</sup>, il primo problema sta proprio nel potere identificare e riconoscere<sup>75</sup> con chiarezza il limite fra i comportamenti che sono “*‘ancora’ comportamenti quotidiani e legittimi e ciò che invece appare ‘già’ inconfondibilmente corruzione*”<sup>76</sup>.

In questa prospettiva la trasparenza può giocare senz'altro un ruolo nel ridurre quella possibilità di “*utilizzare informazioni segrete, riservate, confidenziali*” che, unita all'opacità dell'azione amministrativa, crea certamente un terreno fertile al sorgere del fenomeno corruttivo<sup>77</sup>. Tuttavia, proprio per questa ragione, si tratta di una trasparenza che non può né deve esaurirsi in ciò che lo strumento dell'accesso civico intende garantire e favorire. Appare infatti necessario ‘rivitalizzare’ anche gli ‘altri’ strumenti di trasparenza: quelle ‘occasione perdute’ cui facevo riferimento in premessa e che emergono chiaramente come istituti di riferimento anche dall'analisi di diritto comparato.

Si tratta, come si è detto, in particolare della partecipazione (procedi-

<sup>72</sup> Così ad es. R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1987, 528 ss.; R. LASCHENA, A. PAJNO, *Trasparenza e riservatezza nel processo amministrativo*, in *L'amministrazione pubblica fra riservatezza e trasparenza* *L'amministrazione pubblica fra riservatezza e trasparenza*, in Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione di Varenna, Milano, 1991, 89 ss.

<sup>73</sup> Sul tema, fra i tanti, si veda il volume di F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Volume ASTRID, Firenze, 2010.

<sup>74</sup> Così M. KRIENKE, *Trasparenza, integrità e good governance* cit., 91.

<sup>75</sup> Cfr., ad es., i vari esempi contenuti nel volume di S. WOLF, *Korruption, Antikorruptionspolitik und öffentliche Verwaltung. Einführung und europapolitische Bezüge*, Berlin 2014, *passim*.

<sup>76</sup> *Op. cit.* nota precedente, 98. In questo senso si vedano anche le riflessioni di S. Cassese, *Sulla buona amministrazione e sulle riforme* (Conclusioni del Convegno annuale Aipda su “Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme”, 8 ottobre 2016, Roma, Università di Roma), in <http://www.diritto-amministrativo.org> (sito AIPDA).

<sup>77</sup> A questo proposito si rinvia alla formula menzionata ed analizzata da M. KRIENKE, *Trasparenza, integrità e good governance*, cit., 99.

mentale) e dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti: due strumenti che sono considerati cruciali sia nel sistema francese che in quello tedesco; e che parimenti lo sono nel diritto dell'Unione europea<sup>78</sup>.

Si tratta di strumenti di trasparenza che, sebbene fossero stati introdotti con lungimiranza già nella versione originaria della nostra legge n. 241/90 sul procedimento amministrativo, sono stati poi ampiamente depotenziati, in particolare con la novella del 2005 e per via dell'interazione fra la previsione inserita nel comma 2 dell'art. 21-*octies* (sull'irrelevanza dei vizi di forma e del procedimento) e l'interpretazione che di questa norma hanno fornito molti tribunali amministrativi.

La norma del 21-*octies* è infatti figlia di 'altri genitori': oltre a quello che è stato molto opportunamente definito come il dogma della c.d. "decisione-risultato"<sup>79</sup>, essa è figlia anche di una cultura di opacità e segretezza dell'agire amministrativo che male si concilia – a mio parere – con la cultura di trasparenza e partecipazione di cui il recente FOIA italiano intenderebbe farsi portavoce. Infine, essa mal si concilia anche con l'idea che trasparente è un'azione amministrativa non solo conosciuta o conoscibile, ma anche effettivamente comprensibile<sup>80</sup>.

In questa prospettiva, centrale risulta essere anche la figura del c.d. *responsabile del procedimento*, vero fiore all'occhiello della nostra L. 241/90<sup>81</sup>. Non credo infatti – e l'ho già anticipato in premessa – nella facile metafora della trasparenza intesa nel suo significato semantico: e,

<sup>78</sup> Sul che si rinvia ancora una volta a D.U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione*, cit., *passim*.

<sup>79</sup> E.M. MARENGHI, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2008/4, 961 ss., par. 2.

<sup>80</sup> Idea, questa, che era stata espressa già da De Roberto nella sua Relazione di sintesi al Congresso di Varenna del 1989, ma che è tuttora di enorme attualità. Cfr. A. De Roberto, *Relazione di sintesi*, in *L'amministrazione pubblica fra riservatezza e trasparenza* cit., p. 211 ss. (212). L'idea della necessaria "comprensibilità" allo scopo di garantire vera trasparenza è espressa con chiarezza anche da A. ROMANO TASSONE, *A chi serve il diritto d'accesso* cit., cui ovviamente si rinvia. Più di recente v. anche F. MANGANARO, *Trasparenza e obblighi di pubblicazione*, in *Nuove Autonomie*, 2014/3, 553 ss. (557)

<sup>81</sup> Figura che infatti, non a caso, è stata recepita anche nella *Risoluzione del Parlamento europeo per un'amministrazione europea aperta, efficace e indipendente del 9 giugno 2016*, con cui il Parlamento europeo invita la commissione ad adottare un Regolamento di disciplina generale del procedimento amministrativo per le Istituzioni, organi ed organismi dell'Unione europea. Cfr. art. 6 c. 1 lett. d) della *Risoluzione del Parlamento europeo per un'amministrazione europea aperta, efficace e indipendente del 9 giugno 2016* (2016/2610(RSP), in <http://www.europarl.europa.eu>, pubblicato anche in RIDPC, 2016/3-4.

cioè, come capacità di un corpo di permettere il passaggio, attraverso il suo spessore, di radiazioni luminose e quindi la visione di oggetti situati al di là di esso. A mio parere la trasparenza ‘vera’ passa necessariamente attraverso l’intermediazione di un funzionario amministrativo: quel responsabile del procedimento che deve fungere da essenziale punto di ‘raccordo’ fra il cittadino che chieda non solo di ‘vedere’ (in una moderna logica da *‘reality show’*) tutto quello che avviene all’interno dell’amministrazione-casa di vetro<sup>82</sup>, ma che chieda piuttosto le chiavi di accesso per poterlo comprendere<sup>83</sup>.

In questo senso Internet e l’accesso tramite “Reading Rooms” – tanto declamato dai fautori delle c.d. “*open data policy*” – non potranno a mio parere mai sostituire il valore aggiunto fornito dall’opportunità di instaurare un rapporto diretto con un soggetto (il responsabile del procedimento, appunto) che possa utilmente guidare il cittadino nella comprensione di quello che avviene all’interno della Pubblica amministrazione: in una prospettiva intesa ad instaurare un meccanismo di reciproca fiducia fra cittadino e Pubblica amministrazione<sup>84</sup> e che prelude al reale superamento di quell’opacità e segretezza in cui si annida il fenomeno corruttivo.

La lotta alla corruzione non necessita dunque, a mio modo di vedere, di una proliferazione ulteriore di norme, organi, competenze; poiché quest’ultima è semmai favorita dall’eccesso di norme, organi, intrecci di competenze, che rendono a loro volta il sistema opaco e non trasparente<sup>85</sup>.

<sup>82</sup> Non si può non condividere, infatti, la critica che si nascondeva al riguardo dietro le parole di un compianto Maestro come Antonio Romano Tassone, quando ci riferiva dell’obiettivo di “*trasformazione dell’impenetrabile castello amministrativo in una iridescente «casa di vetro»*”. Così A. ROMANO TASSONE, *A chi serve il diritto d’accesso*, cit., 342.

<sup>83</sup> In argomento si rinvia peraltro a quanto di recente osservato in D.U. GALETTA, *The Italian Freedom of Information Act 2016 (why transparency-on-request is a better solution)*, in *Italian Journal of Public Law*, vol. 8, 2016”, 268 ss. (spec. 288 ss.)

<sup>84</sup> Cfr. sul punto quanto già osservato *supra*, par. 2 e la dottrina ivi citata. In aggiunta si veda anche R. MARRAMA, *La Pubblica Amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell’organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *L’amministrazione pubblica fra riservatezza e trasparenza*, cit., 53 ss.

<sup>85</sup> In questo senso condivido senz’altro la riflessione di A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, cit. 23 s., che osservava – con riguardo specifico al complesso sistema disegnato dall’originario D.lgs. 33/2013 per garantire, appunto, la trasparenza – come “*alla base dell’errore prospettico compiuto dal legislatore, sta un vizio antico, quello cioè di far ricorso, per realizzare un obiettivo, ad una iperregolamentazione puntuale, che provoca inflazione normativa e con essa non trasparenza, ma confusione ed opacità*”. Sull’attuale e assai complessa configurazione del sistema della lotta alla corruzione (dal punto di vista dell’organizzazione e del riparto competenze) si rinvia invece, per

Tanto più che – a che mi consti – il controllo gestionale sull’uso delle risorse pubbliche da parte del governo – e, per esso, delle amministrazioni pubbliche – nel nostro ordinamento è affidato dalla stessa Costituzione alla Corte dei Conti<sup>86</sup>. Quest’ultima, infatti, secondo quanto precisato dalla Corte Costituzionale (sin dalla sentenza n. 29 del 1995) è organo di controllo dello Stato-Ordinamento e non del solo Stato-Apparato: dunque anche di Regioni, Enti locali territoriali, ed Enti pubblici statali, regionali, locali<sup>87</sup>, e funzionali.

In questo contesto istituzionale l’affidamento di compiti di controllo e para-giurisdizionali ad ANAC appare in verità discutibile, sia sul piano del diritto costituzionale che sul piano della politica del diritto<sup>88</sup>. Né mi si può obiettare che è il comma 1 dell’art. 117 Cost. a consentire questa etero-integrazione delle previsioni costituzionali: per il semplice fatto che l’obiettivo, espressamente dichiarato nell’art. 1 della legge Severino sarebbe quello di adempiere al meglio agli obblighi internazionali assunti dallo Stato italiano quando ha sottoscritto e ratificato la Convenzione dell’ONU contro la corruzione<sup>89</sup>. Inutile dire che l’argomento è debolissimo. Basti pensare che – anche a prescindere da una verifica approfondita circa quello che ci viene effettivamente richiesto dalla Convenzione ONU testé richiamata<sup>90</sup> – per proteggere i principi fondamentali contenuti nella nostra Costituzione persino rispetto al diritto dell’Unione europea, la nostra Corte Costituzionale ha da tempo coniato la ben nota teorica dei controlimiti<sup>91</sup>. E questo tipo di garanzia, se vale per il ‘potente’

tutti, a N. GULLO, *La politica di contrasto alla corruzione in Italia ed i soggetti responsabili della prevenzione della corruzione*, in *Nuove Autonomie*, 2014/3, 522 ss.

<sup>86</sup> Cfr. S. BATTINI, *La funzione di controllo e l’etica della trasparenza*, in *GDA*, 2009/3, 321 ss.

<sup>87</sup> Con riguardo agli enti sub-statali si segnalano, fra l’altro, le riflessioni critiche di M. TROPIA, *La figura del responsabile della prevenzione della corruzione negli enti locali*, in *Nuove Autonomie*, 2014/3, 687 ss., che mette in evidenza come, nonostante la “importanza del livello locale nel generale contesto del contrasto al fenomeno corruttivo, la L. 190/2012 adotta un punto di vista prettamente centralista, tutto basato sul livello statale, senza dare alcun peso specifico ai livelli di governo inferiori” (p. 689).

<sup>88</sup> Osserva a questo proposito, in modo del tutto condivisibile, C. MARZUOLI, *Fenomeni corruttivi e pubblica amministrazione* cit., che “Vi è da riordinare il sistema dell’organizzazione amministrativa in modo da rendere in fatto operativa l’attribuzione delle responsabilità (“penali, civili, e amministrative”: art. 28 Cost. ) e, anche, da rendere effettivo ed efficace l’uso dello strumentario disciplinare”.

<sup>89</sup> Adottata dalla Assemblea generale dell’ONU il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della legge 3 agosto 2009, n. 116.

<sup>90</sup> Verifica che non è ovviamente possibile effettuare in questa sede.

<sup>91</sup> Sul che mi permetto di rinviare, da ultimo, a D.U. GALETTA, *The European Union*

diritto UE, vale ovviamente, *a fortiori*, per le norme del diritto internazionale: che non godono dell'attributo dell'effetto diretto e del primato e la cui trasposizione nel diritto interno è soggetta, dunque, al vaglio *preventivo* del nostro Parlamento; con tutto quello che ne consegue in termini di necessità di verificarne a priori la compatibilità (anche) con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale.

8. *Conclusioni critiche: verso una trasparenza con finalità di 'controllo generalizzato', stile panottico di Bentham?*

Se è vero – come è stato sostenuto – che “*controlli di tipo procedimentale sono fisiologicamente poco idonei a percepire le illecità ed anche a cogliere i sintomi di illeciti eventualmente sottostanti ad atti di gestione*”<sup>92</sup>, è altrettanto certo che la lotta alla corruzione tramite l'uso di strumenti di c.d. trasparenza amministrativa si concretizza, in ultima analisi, in un ulteriore aumento del carico di lavoro per le amministrazioni: che, schiacciate sempre più dai mille adempimenti imposti loro al fine di garantire una 'trasparente gestione' delle risorse pubbliche, finiscono per non avere più risorse (di tempo e di energie-lavoro!) per provvedere all'esercizio della loro *funzione*. E con il termine 'funzione' intendo qui la ragion stessa del loro esistere; la finalità di interesse pubblico che queste, con l'uso del denaro dei contribuenti, hanno per legge (e per proprio statuto 'costituzionale') il compito di perseguire!

Il mettere troppo l'accento sulla trasparenza (e sugli strumenti per realizzarla) quale panacea, il rimedio a tutti mali dell'amministrazione, è dunque – dalla prospettiva dei cittadini e dei loro rappresentanti che siedono nelle assemblee elettive – una distorsione frutto quantomeno di astigmatismo<sup>93</sup>. E' un po' come se gli azionisti di *Microsoft* – se mi è consentito qui il poco ortodosso paragone – chiedessero ai dirigenti della loro società, non già di far sì che siano prodotti beni e servizi di qualità (e gli utili connessi), ma soltanto di produrre complicati rapporti (liberamente consultabili sul web!) che diano conto, passo per passo, di come

*in the Constitutional Framework of Member States: The Italian Case*, in R. ARNOLD (a cura di), *Limitations of National Sovereignty through European Integration*, Heidelberg-Dordrecht-London-New York 2016, 87 ss.

<sup>92</sup> Cfr. S. BATTINI, *La funzione di controllo e l'etica della trasparenza*, cit., 326.

<sup>93</sup> Quel difetto visivo che implica una visione degli oggetti come poco definiti e, nei casi più gravi, leggermente distorti.

sono state allocate le risorse. È come se si chiedesse loro, non già di essere ‘produttivi’ in senso finalistico rispetto all’oggetto sociale indicato nell’atto costitutivo della società medesima (che nel nostro caso è “il” o “gli” interessi pubblici da soddisfare in concreto)<sup>94</sup>, ma soltanto di essere ‘eticì’.

Al mio ragionamento può ovviamente opporsi la facile obiezione, che la differenza sta nel fatto che l’attività delle pubbliche amministrazioni è ‘funzione’. Ma, se certamente è così, la funzionalizzazione altro non è che la finalizzazione al perseguimento di un interesse pubblico (un dato compito è attribuito ad una data pubblica amministrazione per perseguire un dato interesse pubblico). Sicché – come è stato acutamente osservato – “*La eticità di una funzione pubblica (...) viene necessariamente a consistere nelle finalità che hanno indotto il legislatore a funzionalizzare una certa attività*”<sup>95</sup>. Non di più. Non altro.

Sicché il ‘controllore’ di turno – quale che sia! – non può diventare come la ‘Santa Inquisizione’<sup>96</sup>. Fosse anche solo perché è troppo grande il rischio che il tutto finisca nello stesso modo che all’epoca della Santa Inquisizione, appunto: e, cioè, che questo controllo diffuso, pervasivo, onnipresente generi “*intrecci complessi fra governanti e inquisitori e commistioni fra politica e giustizia*”<sup>97</sup>.

Né mi rassicura – per tutte le ragioni che sin qui ho detto – che dalla data di adozione della legge Severino la posizione dell’Italia nel c.d. “Indice di percezione della corruzione” – quel “*Corruption Perception Index – CPI*”, calcolato anno per anno da *Transparency International* – abbia segnato, nel 2016, un miglioramento per il terzo anno consecutivo, consentendoci di raggiungere quota 47 su 100; e il 60esimo posto al mondo (insieme a Cuba e subito dopo la Romania)<sup>98</sup>.

Per concludere mi pare infatti di potere dire che l’odierna ideologia (assai populista) della trasparenza – anche e soprattutto se finalizzata alla

<sup>94</sup> A questo proposito sono interessanti (e pertinenti) le riflessioni di M. SAVINO, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in RTDP, 2015/2, 641 ss. (spec. 676 ss.), che parla del tentativo fallito di “*aziendalizzazione e customer orientation*” nel contesto della descritta “*parabola di modernizzazione amministrativa in Italia*”.

<sup>95</sup> S. Battini, *La funzione di controllo e l’etica della trasparenza*, cit., 322.

<sup>96</sup> Soddisfacendo, in tal modo, quelle che sono state a suo tempo (e con grande lungimiranza!) significativamente qualificate come “*istanze pandemocratiche di scarso spesso reale*”. Così A. ROMANO TASSONE, *A chi serve il diritto d’accesso*, cit., 344.

<sup>97</sup> Per dirla con le parole dell’ex direttore del Corriere della Sera, Mieli. V. in <http://www.tempi.it/inquisizione-mieli-leggenda-nera-e-un-falso-fu-meno-violenta-della-justizia-di-molti-stati-moderni>.

<sup>98</sup> V. in <https://www.transparency.org>.

lotta alla corruzione – rischia di farsi portatrice di un disegno inteso a trasformare la Pubblica Amministrazione in una sorta di gigantesco panottico<sup>99</sup>: quell'edificio ideale progettato nel 1791 da *Jeremy Bentham*, il quale proponeva una tecnica di costruzione (ed un principio architettonico) applicabile a qualsiasi tipo di stabilimento in cui le persone necessitassero di essere tenute sotto controllo<sup>100</sup>.

Un approccio di questo tipo rappresenta, nella mia prospettiva, un errore sotto almeno due profili: da un lato si tratta di un obiettivo di per sé pericoloso<sup>101</sup> e di un fine odioso in sé sul piano squisitamente ideologico<sup>102</sup>; mentre sul piano pratico si tratta, invece, di un obiettivo totalmente irrealizzabile e che quindi, come tale, può solo generare (ulteriore) frustrazione nei cittadini che ne auspicano l'effettiva realizzazione<sup>103</sup>.

<sup>99</sup> M. FENSTER, *Seeing the State: Transparency as a Metaphor*, in *Administrative Law Review*, 2010, 617 ss. Cfr. anche F. ANECHIARICO, J.B. JACOB, *Panopticism and financial controls. The anti-corruption project in public administration*, in *Crime, Law and Social Change*, 1994/4, 361 ss.

<sup>100</sup> J. BENTHAM, *Panopticon, or, The inspection-house*, London, 1791, vol. I. Il principio architettonico proposto è dall'A. ritenuto applicabile a qualsiasi tipo di stabilimento in cui le persone debbano essere tenute costantemente sotto controllo: in particolare penitenziari, carceri, stabilimenti industriali e scuole. L'idea di base è di porre i soggetti da sorvegliare in un contesto caratterizzato da costante sorveglianza riducendo, al contempo, i costi per i sorveglianti.

<sup>101</sup> E che, come osserva C. MARZUOLI, *Fenomeni corruttivi e pubblica amministrazione* cit. (in chiusura del par. 2) consegna ai cittadini “un messaggio che certo non facilita il recupero del senso delle istituzioni e del loro ruolo”.

<sup>102</sup> Pur non condividendo necessariamente le soluzioni da lui proposte, condivido infatti la riflessione di F. PIZZETTI, *Trasparenza e riservatezza nella pubblica amministrazione* cit. (par. 6.) sulla circostanza che “La volontà di imporre la totale trasparenza e conoscibilità di tutto e di tutti ha sempre caratterizzato le società a tendenza autoritaria ed è sempre stato il sogno di ogni dittatura”. Per approfondimenti in argomento si rinvia, in particolare, a J.E. COHEN, *Privacy, Visibility, Transparency, and Exposure*, in *The University of Chicago Law Review*, 2008, 181 ss.

<sup>103</sup> Come ben sottolinea M. FENSTER, *Seeing the State*, cit., 671.

Tommaso Greco

L'ORIZZONTE DEL GIURISTA  
TRA AUTONOMIA ED ETERONOMIA\*

SOMMARIO: 1. Quale orizzonte per il giurista? – 2. Autonomia/eteronomia. – 3. L'ideale dell'eteronomia. – 4. L'impossibile autonomia del sistema giuridico... – 5. ... e la necessaria autonomia del giurista. – 6. L'autonomia da insegnare (e, prima, da conquistare). – 7. Conclusione.

1. *Quale orizzonte per il giurista?*

La domanda – ricorrente<sup>1</sup> – su quale sia il percorso formativo più adatto per il giurista implica una riflessione sul rapporto che egli deve avere con il sistema giuridico. In altre parole, quanta 'distanza' deve esserci – ammesso che distanza debba esserci – tra il giurista e l'insieme

\* Testo dell'intervento presentato al Convegno su "La formazione del giurista", organizzato dall'Istituto Emilio Betti e tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre nei giorni 19-20 gennaio 2017. Si ringraziano gli organizzatori del Convegno, Luca Loschiavo e Beatrice Pasciuta, per averne autorizzato la pubblicazione.

<sup>1</sup> La letteratura sulla formazione del giurista è piuttosto ampia e la ricorsività degli argomenti relativi sia all'analisi dei problemi, sia alle soluzioni proposte, rischia di gettare nello sconforto chi si accinga a riflettere sul tema. Tra i molti possibili rimandi, si vedano, quanto meno, M. CAPPELLETTI, *L'educazione del giurista e la riforma dell'Università. Studi, polemiche, raffronti*, Milano 1974 (ma si tratta di un testo pubblicato originariamente nel 1957-58); A. PADOA SCHIOPPA, *Ri-formare il giurista. Un percorso incompiuto*, Torino 2014 (raccolta di interventi pubblicati tra il 1977 e il 2014); nonché i numerosi saggi raccolti nei sei volumi della collana *L'educazione giuridica*, diretta da A. Giuliani e N. Picardi, e pubblicati tra il 1974 e il 1995. I primi due volumi della collana, dedicati rispettivamente a *Modelli di università e progetti di riforma*, e a *L'educazione giuridica da Giustiniano a Mao. Profili storici e comparativi*, sono stati ripubblicati nel 2008, a cura di N. Picardi e R. Martino, dall'editore Cacucci di Bari. Recentissima infine è la pubblicazione di una raccolta di scritti, frutto di un convegno tenutosi in Francia: J.J. SUEUR-S. FARHI (dir.), *Pratique(s) et enseignement du droit. L'épreuve du réel*. Actes du colloque organisé les 22 et 23 avril 2015 à Toulon, Paris 2016.

delle norme che rappresentano il suo strumento di lavoro? Ecco la domanda che è all'origine del titolo di questo intervento. Se c'è un orizzonte specifico del giurista, di cosa è fatta la linea che lo rende visibile?

La risposta, che a chiunque può venire subito in mente, è piuttosto semplice, addirittura scontata: l'orizzonte del giurista è rappresentato dal diritto; la linea che lo delimita è quella costituita dalle disposizioni normative. Se ci si iscrive ad un corso di Giurisprudenza lo si fa per studiare il diritto. Dunque, per conoscere quella linea. Poiché l'orizzonte è il punto verso cui si guarda quando si tiene la testa dritta, il giurista non deve guardare né in alto (verso il cielo dei valori), né in basso (verso il terreno dei fatti sociali), ma rivolgere lo sguardo davanti a sé, in direzione della linea costituita dalle norme.

Quando però si tratta di capire meglio, e dire – non *cosa è il diritto*<sup>2</sup> – ma quanto meno *cosa è diritto*, *cosa vale* cioè come diritto, le cose si fanno subito più complicate. Ed è nello spazio rivelato da questa complicazione che si apre il discorso su autonomia ed eteronomia nella formazione del giurista. Un discorso – è una prima precisazione – che potrebbe essere condotto su due piani differenti. Il primo, per così dire 'esterno', porterebbe a occuparsi della *critica del diritto*, mettendo in gioco, da un lato, in un discorso *de iure condendo*, il suo rapporto con i valori: uguaglianza, equità, giustizia; dall'altro lato, in un discorso che potremmo chiamare "di *disvelamento*" il suo ruolo nelle dinamiche politiche economiche e sociali, in altre parole, il suo farsi strumento dei rapporti di forza vigenti in una determinata congiuntura storico-politica.

Il secondo piano, invece, è il piano più 'interno', quindi forse più congeniale al giurista positivo, in quanto relativo al diritto *come è*, diciamo al diritto preso nella sua «purezza». È a questo secondo piano che dedicherò le mie riflessioni, nella convinzione che quanto andrò dicendo 'dal punto di vista interno' varrà a maggior ragione 'dal punto di vista esterno'.

Ecco: rimanendo su questo piano, si potrebbe pensare che, porre l'orizzonte del giurista tra i due poli dell'autonomia e della eteronomia, voglia dire partire dalla constatazione, magari implicita e presupposta, che la risposta su cosa valga come diritto non sia sempre certa o univoca. Se, per ipotesi – assurda e impossibile, e non si sa se si tratta di ipotesi più assurda che impossibile –, avessimo a che fare con un diritto assolutamente univoco, certo, chiaro, preciso, capace di offrire risposte imme-

<sup>2</sup> Domanda sulla quale hanno recentemente fatto il punto i saggi raccolti in G. BONGIOVANNI, G. PINO, C. ROVERSI (a cura di), *Che cosa è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*, Torino 2016.

diate e sempre adattissime al caso che ne richiede l'applicazione, forse non avremmo nemmeno la possibilità di porci il nostro problema: in una situazione come quella, il giurista non dovrebbe far altro che lasciar parlare il "diritto". La sua eteronomia nei confronti del diritto stesso sarebbe totale: talmente ampia da lasciar immaginare che il giurista possa (e debba, secondo alcuni) scomparire. Basterebbe una macchina capace di darci sempre le risposte che cerchiamo.

È una distopia che a qualcuno è venuta in mente. Giovanni Papini, uno dei protagonisti più importanti della vita culturale italiana della prima metà del Novecento, nel suo romanzo *Il libro nero* parla di un Tribunale Elettronico capace di emettere sentenze servendosi di una delle tante 'macchine pensanti'. Ecco come ci descrive la scena di un processo: «l'apparecchio gigante è montato sulla parete di fondo della maggiore aula del tribunale. Giudici, avvocati e cancellieri non siedono ai loro posti, ma nelle prime file del pubblico, come semplici spettatori. La macchina non ha bisogno di loro; è più precisa, sicura ed infallibile dei loro piccoli cervelli umani. L'enorme cervello ha, come aiutante, soltanto un giovane meccanico...»<sup>3</sup>.

Che bisogno ci sarebbe, del resto, del "piccolo cervello" dei giuristi, se il diritto potesse passare attraverso il "grande cervello" di una macchina? Che bisogno ci sarebbe dei giuristi, se il diritto fosse esso stesso un meccanismo perfetto come quello di una macchina?

In realtà, si tratta di una estremizzazione che qui prendiamo in considerazione soltanto per rendere visibile uno dei punti estremi (più immaginario che reale) del nostro orizzonte. Sappiamo bene, infatti, che anche quella macchina avrebbe bisogno quanto meno di un giurista che gli fornisca le informazioni utili per decidere.

Ad ogni modo: tenendo presente questo estremo possiamo impostare il nostro discorso su autonomia ed eteronomia del giurista. La mia tesi è che la possibilità dell'autonomia del giurista rispetto al dettato normativo è inversamente proporzionale a quanto il sistema normativo pensa (e realizza) se stesso come un qualcosa di autonomo rispetto al sistema sociale nel suo complesso; il che significa, quanto i giuristi pensano il sistema normativo attribuendogli caratteri autonomi e radicalmente differenziati rispetto a ciò che gli sta intorno.

In altre parole: quanto più aumenta l'autoreferenzialità del sistema giuridico – un'autoreferenzialità *pensata dai giuristi* – tanto più diminu-

<sup>3</sup> G. PAPINI, *Il libro nero*, Firenze 1951, 25.

isce la necessità – e quindi anche la possibilità – di avere un giurista che possa distaccarsene criticamente, dotato cioè di «iniziativa e consapevolezza culturale»<sup>4</sup>. Insomma: quanto più il giurista pensa il diritto come un oggetto determinato e in sé perfettamente concluso, tanto meno egli penserà a se stesso come ad un soggetto che abbia margini di autonomia rispetto al suo oggetto. Quanto più, invece, il diritto viene posto in relazione stretta e necessaria con ciò che gli sta intorno, tanto più il giurista si sentirà chiamato ad assumere un atteggiamento autonomo, e quindi necessariamente ‘critico’.

## 2. *Autonomia/eteronomia*

Prima di analizzare la relazione inversa tra autonomia del sistema giuridico e autonomia del giurista, credo sia necessario soffermarsi brevemente, per alcune rapidissime precisazioni, sui due termini “autonomia” ed “eteronomia” e sulle loro relazioni.

Sono termini ben noti (non solo alla tradizione filosofica, ma anche) al giurista<sup>5</sup>. Lungi da me, naturalmente, il volersi addentrare in un, anche sommario e ipersemplicato, elenco di significati. Mi interessa sottolineare due cose.

La prima, già emersa nelle cose dette in precedenza: quando parliamo di “autonomia del giurista rispetto al dato normativo” alludiamo alla sua capacità di assumere un atteggiamento che gli permetta una lettura “critica” – cioè culturalmente consapevole – del sistema delle norme, un atteggiamento che gli permetta di non farsene determinare meccanicamente e unilateralmente. È di questo che parliamo in questa sede; perché altro discorso sarebbe quello dell’autonomia *tout court* del giurista, intesa come indipendenza da tutto ciò che può condizionarne l’operato, asservendolo a interessi particolari.

La seconda precisazione: autonomia ed eteronomia, almeno sul piano che ci interessa (perché sul piano morale forse le cose stanno diversa-

<sup>4</sup> U. SCARPELLI, *L’educazione del giurista*, in *Rivista di diritto processuale*, 1968, 28.

<sup>5</sup> Per una rapida introduzione al tema dal punto di vista filosofico, cfr. S. VECA, *Due concetti di autonomia*, in ID., *Cittadinanza. Riflessioni filosofiche sull’idea di emancipazione*, Milano 2008, 58 ss. Sulle controversie concettuali che hanno riguardato invece il concetto di autonomia nell’ambito delle scienze giuridiche si possono leggere i contributi raccolti nei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 43 (2014), dedicati al tema *Autonomia. Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento*.

mente), non sono concetti 'assoluti' che danno vita ad una opposizione dicotomica. Sono invece concetti che si confrontano all'interno di una distinzione polare<sup>6</sup>. Abbiamo a che fare con un *più* e un *meno*; non con situazioni che portano l'una ad escludere l'altra. Saremo a volte più autonomi, e quindi meno eteronomi; e viceversa. Si tratta di capire soltanto se il sistema giuridico – nonché i processi di formazione dei giuristi – favoriscono di più l'una o l'altra.

### 3. *L'ideale dell'eteronomia*

C'è da dire che, quando si sono dati storicamente movimenti che abbiano esplicitamente dedicato le loro energie alla riforma del sistema giuridico, l'ideale che ha guidato la battaglia è stato quello dell'eteronomia del giurista<sup>7</sup>. Il faro luminoso della certezza e della conoscibilità del diritto, soprattutto, ha condotto a un ideale di sistema giuridico nel quale il diritto è congegnato in maniera tale da poter lasciare il minor spazio possibile al giurista, al quale viene richiesto semplicemente di 'aderire' letteralmente e quasi fisicamente alla lettera della legge<sup>8</sup>. La «*bouche de la loi*» montesquieuiana non aveva che questo significato. Il corpo del giurista al servizio della parola della legge. Il suo ruolo è del tutto *passivo*<sup>9</sup>. Massima autonomia del diritto, quindi – in termini di separatezza da ciò che gli sta intorno: principalmente la religione, il costume, le consuetudini –, minima autonomia del giurista rispetto al diritto. Di conseguenza, la formazione di coloro che si occupano del diritto doveva essere tesa a formare esperti in lettura esegetica e abili tecnici dell'applicazione<sup>10</sup>. La

<sup>6</sup> Su distinzioni dicotomiche e/o polari, Gf. ZANETTI, *Eguaglianza come prassi. Teoria dell'argomentazione normativa*, Bologna 2015, 11 s.

<sup>7</sup> Cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretatio e "riferimento al legislatore" nell'illuminismo giuridico*, Torino 2000.

<sup>8</sup> Tra le molte citazioni possibili, sarà sufficiente riportare l'inizio del cap. X di un'opera celebre come *Dei difetti della giurisprudenza* (1742) di Ludovico Antonio Muratori: «Il primo rimedio che parrebbe proprio per liberare in un punto solo la repubblica legale dai tanti tirannetti, che si sono in essa sollevati, sarebbe di ridurla a quei medesimi termini, nei quali desiderò lo stesso Giustiniano Augusto ch'essa restasse, cioè di riserbare tutto lo studio degli avvocati e giurisdicenti al solo testo delle leggi, con bandire la sterminata folla di tutti i suoi interpreti, trattatisti e consulenti» (ed. a cura di G.L. Barni, Milano 1958, 111).

<sup>9</sup> P. GROSSI, Intervento in *Riordinare il caos: conoscibilità delle norme e ruolo della dottrina*, in *Lavoro e diritto*, 2001, n. 4, 550.

<sup>10</sup> Cfr. M. CARVALE, *Le discipline storico-giuridiche*, in *La formazione del giurista*.

veste semplice, lineare e pulita degli avvocati e dei giudici di Honoré Daumier, che tengono in mano ben visibili i fascicoli o i testi dei codici, vuole rappresentare proprio questo modello.

Modello che, certo, era da preferire (vi si contrapponeva esplicitamente) all'arcigno e putrescente giurista raffigurato da Giuseppe Arcimboldo nel XVI secolo, che nascondeva i dispacci e le 'grida' sotto la sua veste; ma non bisogna dimenticare che la sua realizzazione era resa possibile da condizioni determinate (e forse irripetibili). Innanzi tutto: una società ordinata intorno a un centro di irradiazione, tendenzialmente totalizzante, della vita sociale ed economica, e quindi anche giuridica: lo Stato. In secondo luogo, un accentramento istituzionalizzato del sistema giuridico, pensato e realizzato come un cerchio conchiuso, precisamente delimitato, che faceva perno sulla legge. In terzo luogo, un ideale di diritto, inteso come qualcosa di 'solido' e 'formato', che può e deve essere forgiato in officine appositamente deputate a farlo e che, solo successivamente, può essere offerto alla fruizione dei suoi 'clienti' (giuristi e cittadini)<sup>11</sup>. Ne deriva, come conseguenza, una idea di giurista intesa quale figura professionale che si vede e si pretende separata nei confronti del resto della società, rispetto alla quale non deve far altro che mediare, nei suoi diversi ruoli e a fini strettamente applicativi – grazie al suo sapere tecnico specialistico – l'operazione che vede il diritto calare dall'alto verso il basso<sup>12</sup>.

Il che conferma ciò che dicevo all'inizio: quanto più il sistema giuri-

*Atti del Convegno (Roma, 2 luglio 2004)*, a cura di C. Angelici, Milano 2005, 17 s.

<sup>11</sup> Un'immagine efficace di questa impostazione è offerta da Piero Calamandrei in un discorso tenuto davanti a studenti universitari nel 1940: «una volta che il diritto sia uscito dalla fucina del legislatore, colato nelle formule delle leggi, esso si raffredda e si consolida, e il giudice deve applicarlo così come esso gli viene presentato, senza potersi ricominciare per conto suo quel lavoro di diagnosi politica, che è stato compiuto, una volta per tutte, dal legislatore» (*Fede nel diritto*, Roma-Bari, 2008, 78).

<sup>12</sup> È nota l'insistita polemica condotta contro questo modello di giurista dall'attuale Presidente della Corte Costituzionale, Paolo Grossi. Prendo, tra le molte citazioni possibili, quella contenuta in uno scritto dal titolo significativo, *La fantasia nel diritto*, contenuto nell'antologia di scritti grossiani, a cura di G. Alpa (*Paolo Grossi*, Roma-Bari 2011). Secondo Grossi, il modello imperante negli ultimi due secoli – e ancora in gran parte operante nella mentalità dei giuristi, soprattutto in Italia – è stato appunto quello che li ha spinti a farsi «esegeti di costruzioni altrui [...], frati conversi vocati soltanto al servizio». In questo quadro, «il politico aveva in sua mano ogni scelta», mentre «al giurista – fosse egli giudice o dottore – era riservato il campicello magro e risecchito dell'esegesi, un campicello cintato verso tutto il resto da mura altissime e insuperabili e percorso soltanto dai canali della logica formale, che nascevano al suo interno e che davano solo una parvenza di vitalità attiva a chi ne attingeva» (p. 41).

dico si autonomizza dal sistema sociale complessivo, tanto più il giurista arretra in una posizione 'servente' rispetto ad esso. Prova ne è, da un lato, il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico, con i suoi postulati dello "spazio giuridico vuoto"<sup>13</sup> e della "norma generale esclusiva"<sup>14</sup>; dall'altro lato, il fatto che i processi di formazione del giurista discendano da un ideale della scienza giuridica in base al quale questa non ha altro compito che quello di «insegnare il Codice»<sup>15</sup>.

Ho parlato di "ideale della scienza giuridica" nella piena convinzione che esso stia sempre alla base di qualunque idea di formazione del giurista. Direi anzi che l'idea che abbiamo della scienza giuridica può rappresentare una cartina di tornasole della cultura giuridica (e non solo giuridica) dominante, proprio in quanto essa si pone come cerniera tra il mondo del diritto e ciò che sta fuori o intorno al diritto stesso. Una scienza giuridica che si fa cultrice di un formalismo rigoroso è necessariamente figlia di un panorama dominato dal principio di autorità (un principio da cui scaturisce sempre l'eteronomia e non l'autonomia); un panorama, dunque, nel quale l'orizzonte del giurista – la linea che lo rende visibile – non può che essere formato soltanto dalle operazioni logiche compiute in riferimento alle norme così come stabilite nei testi canonici.

Non bisogna dimenticare tuttavia che l'ideale dell'eteronomia del giurista non è stato determinato soltanto dalla necessità di legargli le mani per impedirgli di ingarbugliare il diritto con le sue molteplici e fantasiose interpretazioni. Esso è stato associato anche, in positivo, alla sua indipendenza da fattori esterni. Legare il giurista al dato normativo, metterlo

<sup>13</sup> «O c'è il vincolo giuridico o c'è l'assoluta libertà. *Tertium non datur*» (N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino 1993, 248).

<sup>14</sup> «Tutti i comportamenti non compresi nella norma particolare sono regolati da una *norma generale esclusiva*, cioè dalla regola che esclude (per questo è esclusiva) tutti i comportamenti (per questo è generale) che non rientrano in quello previsto dalla norma particolare» (Ivi, 252).

<sup>15</sup> Secondo le celebri parole attribuite (ma non si sa se mai pronunciate) al francese Jean-Joseph Bugnet. Cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino 1961, 92. Anche R. FERRANTE, *Il problema della codificazione*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero: diritto*, [http://www.treccani.it/enciclopedia/il-problema-della-codificazione\\_\(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/il-problema-della-codificazione_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto)/). Una interessante manifestazione di questa impostazione è il *Progetto di decreto per il riordinamento dell'istruzione pubblica legale*, elaborato da G.D. Romagnosi nel 1808, nel quale, dalla premessa che «lo scopo primario dell'Istruzione pubblica legale deve essere quello di erudire la gioventù nella notizia e nella ragione delle leggi vigenti del Regno», si derivano i contenuti di ciascuna disciplina, ognuna chiamata a "intieramente" o "unicamente" «occuparsi nello spiegare il Codice», di volta in volta inteso come Civile, Criminale, ecc. Lo si può leggere in G.D. ROMAGNOSI, *Scritti sull'educazione*, a cura di L. Ambrosoli, Firenze 1972, 21 ss.

rigorosamente al servizio delle norme, è un modo per renderlo *indipendente* da ciò che diritto non è: quanto più il giurista deve attenersi al dato positivo, tanto meno esso sarà oggetto di pressioni esterne – siano esse politiche, economiche, sociali – che possono turbare il suo giudizio<sup>16</sup>. Si pensi a cosa questo abbia significato, ad esempio, nel contesto degli stati totalitari, quando ai giuristi – e ai giudici in particolare – era richiesto di adattare le loro decisioni all'ideologia dominante<sup>17</sup>. Solo la formalità della legge poteva fornire, in certi casi, un'ancora di salvezza (chiaramente, là dove la legge non fosse totalmente già espressione di quella ideologia)<sup>18</sup>.

#### 4. *L'impossibile autonomia del sistema giuridico...*

Ho enunciato tre condizioni che rendono possibile il modello centrato sull'eteronomia del giurista:

- l'accentramento statualistico del sistema giuridico e sociale;
- la chiusura dell'ordinamento giuridico mediante un sistema formale di fonti che fa capo alla legge;
- una rigida separazione delle funzioni giuridiche.

Tutto ciò prelude a quella figura del giurista-tecnico-applicatore che, al di là delle inevitabili e necessarie evoluzioni storiche, è rimasto – parlo ovviamente della situazione italiana – il vero *totem* della formazione giuridica fino ai nostri giorni. Quando, agli studenti che ancora oggi frequentano le aule dei corsi di diritto si fanno sostenere degli esami basati, non prevalentemente, ma *esclusivamente* sulle nozioni contenute in manuali che ripetono ciò che è scritto nei testi di legge, e magari li si respinge perché non hanno memorizzato in maniera sufficientemente precisa una distinzione minuta contenuta in una nota, è questo *totem* che entra in funzione e trasmette i suoi influssi maligni.

Nel chiederci se ha ancora senso pensare la formazione in questo modo, dobbiamo verificare innanzi tutto se le condizioni che rendevano possibile quel modello siano persistenti. Non scopriamo certo l'acqua

<sup>16</sup> È quanto espresso, ad esempio, dall'art. 101 c. 2 della nostra Costituzione: «I giudici sono soggetti soltanto alla legge».

<sup>17</sup> Per un'ampia analisi delle problematiche connesse a questo tema, cfr. G. FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1972, 897-952, ora in *Id.*, *Scritti di filosofia del diritto*, a cura di E. Pattaro, C. Faralli, G. Zucchini, vol. II, Milano 1982, 985-1050.

<sup>18</sup> Cfr. G. RESTA, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Leggi razziali. Passato-Presente*, Roma 2015.

calda se diciamo subito che nessuna di esse mantiene intatta la sua validità. Non sul piano *reale* – un piano sul quale probabilmente non hanno mai avuto piena consistenza –; ma sul piano *ideale*, cioè come modello normativo che plasma le idee, i concetti e i comportamenti degli operatori del diritto.

Cominciamo dalla prima condizione. Senza far minimo riferimento al vasto dibattito sulla “crisi” della sovranità statale, è indubbio e arcinoto che lo Stato non sia più l’unico centro di produzione e raccolta delle norme che regolano la vita individuale e collettiva: norme sovranazionali di varia natura, nonché la presenza attiva di organismi di diversi livelli ma tutti giuridicamente rilevanti, rendono ormai lo Stato un soggetto *tra* gli altri, e il suo diritto un diritto tra gli altri<sup>19</sup>.

Ciò ha conseguenze sulla seconda condizione: il sistema delle fonti modernamente inteso è ormai “in decostruzione”, e sta mostrando segni di invecchiamento rispetto all’urto della storia e della evoluzione economica politica sociale<sup>20</sup>. La «comune consapevolezza del disordine delle fonti» e la convinzione di quanto sia ormai vana «ogni pretesa di natura sistematica»<sup>21</sup>, fa rientrare in gioco ciò che era stato ostracizzato nella moderna (statualistica) teoria e pratica delle fonti del diritto: cioè la giurisprudenza, la dottrina, la consuetudine. Ma più in generale è da notare, con le parole di un illustre civilista, come «l’omaggio al metodo

<sup>19</sup> Si può rinviare qui ai molti lavori di M.R. FERRARESE, di cui la stessa autrice ha offerto una sintesi in *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari 2012.

<sup>20</sup> In generale, a parere di Paolo Grossi, l’epoca attuale è caratterizzata da un “ritorno al diritto”, da un moto che porta il diritto, cioè, dalle mani dello Stato al grembo della società. Ciò è stato reso possibile soprattutto dall’avvento della Costituzione sul piano interno e della dimensione europea sul piano esterno. Cfr. in particolare P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, in G. ALPA (a cura di), *Paolo Grossi*, Roma-Bari 2011, 19 ss, nonché ID., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari 2015.

<sup>21</sup> U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Politica del diritto*, 2006, n. 3, 364. Anche Breccia, come Grossi, osserva che il diritto «più non cala dall’alto di una qualsiasi fonte, bensì nasce, si sviluppa e si consolida dal basso, ossia a contatto con la plurima articolazione nella composizione degli interessi e dei valori, quali oggettivamente si manifestano nelle società organizzate, lungo trame, spesso conflittuali, che continuamente si scompongono e si ricompongono» (*ibid*). Perciò, nulla può vietare «di usare la denominazione “fonte” per indicare fenomeni che non sono inseriti in un ordine verticale o che comunque provengano dal basso e non dall’alto di una trama sociale» (*ibid*). La necessità di un ripensamento del tema delle fonti è al centro di alcuni recenti lavori, a cominciare dall’ampia trattazione di A.E. PEREZ LUÑO, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Madrid 2011. Si vedano anche, per l’attinenza con quanto sostenuto nel testo, A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino 2008; B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, Padova 2014.

positivista conduca ormai a un ordine irreal e a un sistema perduto, poiché gli enunciati normativi di garanzia, che dovrebbero rendere reale il primo e attuale il secondo, sono soltanto un simulacro del passato, la cui vigenza formale, ove fosse rispettata alla lettera e non fosse collocata in un contesto radicalmente mutato, non avrebbe riscontri applicativi e, se mai li avesse, confliggerebbe con le basi costituzionali e con il movimento aperto dell'ordinamento nel contesto infranazionale e nel contesto sovranazionale»<sup>22</sup>.

Questi, di cui qui si parla, sono fenomeni strutturali, sufficienti a supportare la nostra tesi. Non c'è nemmeno bisogno, dunque, di dare troppo peso a quei fenomeni che potrebbero essere considerati congiunturali e transeunti (anche se sappiamo tutti che tali non sono): la farraginosità del sistema legislativo, il caos normativo, tutto quel complesso di caratteri della legislazione contemporanea che ha fatto efficacemente parlare di "legge oscura"<sup>23</sup>.

Infine, per quel che riguarda la terza condizione, è da sottolineare come sia la stessa natura del diritto nello stato costituzionale a far sì che la divisione del lavoro giuridico, con la netta separazione dei ruoli che sempre comporta, abbia perso molto della sua rigidità. Il diritto "per principi" è un diritto che non si può più applicare meccanicamente, accontentandosi delle parole del legislatore (o del costituente), ma richiede sempre un *surplus* di attività – oltre che un atteggiamento eticamente e politicamente più consapevole<sup>24</sup> – da parte di coloro che lo applicano<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea...*, cit., 366-7.

<sup>23</sup> L'oscurità del dettato normativo (scrittura arcaica, titoli muti), il fenomeno delle "norme intruse", i rinvii normativi senza specificazione del contenuto, il rinvio innominato a leggi e modificazioni successive, l'abrogazione innominata di leggi precedenti, le modifiche e deroghe a leggi sistematiche organiche, la successione di leggi frammentarie sullo stesso oggetto, i mostri di tecnica legislativa (articoli lunghissimi, commi, sottocommi, sotto-sottocommi, ecc.), lo "spreco del diritto" con la mania di definizioni, eccesso di regolamentazione giuridica, la durata media delle leggi ormai inconsistente (Cfr. M. AINIS, *La legge oscura*, Roma-Bari).

<sup>24</sup> Cfr. U. SCARPELLI, *L'educazione del giurista*, cit., 10: «Dalle strutture dell'ordinamento giuridico e dalle trasformazioni sociali vengono insomma una serie di spinte a rimuovere le obsolete immagini del giurista neutrale conoscitore e neutrale calcolatore, per un giurista eticamente e politicamente più impegnato». Che al giurista contemporaneo non sia più possibile «nascondere le proprie scelte dietro alla maschera compassata della neutralità» è la tesi fondamentale su cui è costruito l'importante lavoro di C. LUZZATI, *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Bologna 2005 (la citazione è a p. 15).

<sup>25</sup> Da ultimo, N. LIPARI, *Intorno ai "principi generali del diritto"*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, n. 1, 28-39: «Il processo di costituzionalizzazione del diritto ha condotto non

## 5. ... e la necessaria autonomia del giurista

Se guardiamo a questa realtà dal punto di vista dell'atteggiamento che essa implica nel giurista, è facile capire quanto sia necessario ed inevitabile che l'operatore del diritto esca dal ruolo passivo assegnatogli dal modello precedente; il che significa che debba essere formato adeguatamente in vista di questa fuoruscita.

Con riguardo al primo punto: se al giurista è oggi richiesto di muoversi su un piano che è autenticamente globale, e non più semplicemente sovranazionale, allora egli deve possedere gli strumenti conoscitivi che gli permettano di entrare nell'«arena giuridica globale»<sup>26</sup>, caratterizzata da nuovi soggetti, da differenti forme di diritto (il soft law), da un fitto dialogo tra corti nazionali e internazionali<sup>27</sup>. È una realtà che – ce lo ha spiegato benissimo Maria Rosaria Ferrarese – richiede anche al giurista pratico un nuovo protagonismo, addirittura una sua attiva collaborazione sia alla produzione che alla applicazione delle norme<sup>28</sup>.

L'esercizio della stessa comparazione<sup>29</sup> – che ormai, e per fortuna, è entrato a far parte del lavoro 'ordinario' del giurista settoriale, dal pri-

solo a rompere definitivamente il paradigma della fattispecie, ma altresì a superare in radice l'idea stessa di un procedimento interpretativo che non possa che riconnettere il principio ad un sistema di enunciati posti (quali che poi siano i criteri volti ad enuclearli). È stato giustamente detto che i precetti ricevono oggi i loro significati dalla vita sociale e sfuggono sempre più al controllo delle istituzioni. Il testo costituzionale individua principi riconducibili ad una sensibilità diffusa, ancorché storicamente condizionata, che allargano l'ambito di riferimento del giudice inducendolo a valutare i valori prevalenti nel contesto sociale in relazione ai beni e agli interessi implicati nel conflitto. E se una tensione permane va risolta in chiave di bilanciamento, non certo secondo il paradigma della sussunzione del fatto entro la fattispecie astratta delineata dalla previsione normativa» (ivi, 36-37).

<sup>26</sup> S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna 2008, 30.

<sup>27</sup> Ma per uno sguardo, anche critico, alle dinamiche reali, cfr. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna 2010.

<sup>28</sup> Cfr. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna 2000. Cfr. anche F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna 2009. Sulle conseguenze che un tale panorama dovrebbe avere in termini di didattica del diritto richiama l'attenzione PADOA SCHIOPPA, *Ri-formare il giurista*, cit., 165 ss.

<sup>29</sup> Sui diversi aspetti assunti dall'esaurimento del 'nazionalismo giuridico' e dalla apertura della stagione della comparazione, cfr. S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto*, cit., 87 ss. Un quadro della situazione italiana relativo agli insegnamenti esplicitamente dedicati alla comparazione è stato recentemente offerto da A. FUSARO, *I corsi di sistemi giuridici comparati e di diritto privato comparato nelle Università italiane*, in *Contratto e impresa*, 2016, n. 2, 327-335.

vatista al giuscommercialista, dall'amministrativista al tributarista, e che diviene esercizio necessario anche nel momento della produzione del diritto<sup>30</sup> e della sua applicazione giudiziale<sup>31</sup> –, richiede una fuoruscita dal cerchio del diritto statuale che è densa di presupposti nonché gravida di conseguenze. Questa fuoruscita implica, infatti, un ritorno al senso di unitarietà dell'esperienza giuridica e alla trasversalità delle sue molteplici dimensioni: tutte cose che non possono non influire sul modo in cui dobbiamo (ri)pensare alla formazione del giurista. Se, ad esempio, oggi siamo attenti alla delimitazione precisa dei confini (anche e soprattutto disciplinari) dobbiamo imparare – e insegnare – a superare questi confini, non facendo finta che non esistano, ma cominciando ad attraversarli, nella piena consapevolezza che gli attraversamenti ci fanno diventare più ricchi e ci fanno fare meglio ciò che siamo chiamati a fare<sup>32</sup>. Come ha scritto più volte Antonio Padoa Schioppa, «l'aggancio interdisciplinare [è] ormai indispensabile in molti comparti dell'attività del giurista»<sup>33</sup>.

Pensiamo a cosa questo possa significare per i programmi attuati nelle Scuole di dottorato in Scienze Giuridiche, in molte delle quali non si fa

<sup>30</sup> T.E. FROSINI, *Legislazione e comparazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, 1, 63-88.

<sup>31</sup> G. SMORTO, *Il giudice e il diritto straniero*, in L. VACCA (a cura di), *Scienza giuridica e prassi*. Atti del Convegno ARISTEC (Palermo, 26-28 novembre 2009), Napoli 2011, 291-308.

<sup>32</sup> Michele Taruffo ha intitolato proprio *Sui confini* una sua recente raccolta di scritti, per «suggerire un punto di vista, un luogo ipotetico in cui ci si potrebbe collocare per guardare a ciò che si vede. Questo luogo della mente è quello in cui l'osservatore si pone sopra un confine, quasi a cavalcioni sul muro (metaforico o reale) che lo segna, per poter guardare a ciò che appare sui due lati del confine, sulle due terre che il confine separa, così da cogliere identità e differenze, separazioni e interdipendenze, divergenze e convergenze, e così da porre – quindi – in dubbio la consistenza, il significato e – in ultima analisi – la stessa esistenza del confine». A proposito dei confini disciplinari nelle scienze giuridiche, Taruffo osserva che spesso i «confini» «vengono intesi come strumenti di chiusura a protezione di ciò che sta dentro contro ciò che sta fuori da quella disciplina o quell'area del sapere. Che questo uso difensivo dei confini presupponga la debolezza intrinseca di ciò che si vuol proteggere – che non avrebbe bisogno di esser protetto se non fosse debole – è altro discorso. In proposito va solo ricordato che non di rado ciò che si chiude fuori dal confine, ciò da cui il confine dovrebbe proteggere chi vi si rinchioda, è la realtà dei fenomeni di cui la «scienza rinchiusa» dice di volersi occupare» (M. TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna 2009, 8).

<sup>33</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *Ri-formare il giurista*, cit., 155: «I bilanci per chi opera nel diritto societario, la criminologia per il penalista, la psicologia per chi tratta di diritto di famiglia, l'economia pubblica per i pubblici amministratori, l'etica professionale, la deontologia e naturalmente l'informatica un po' per tutti: sono solo alcuni esempi della indispensabile integrazione della formazione strettamente giuridica, che dovrebbe trovare un suo spazio nella formazione avanzata e soprattutto nei master di primo e di secondo livello».

altro, purtroppo, che continuare a insegnare ai nostri giovani a ragionare dopo aver indossato i paraocchi. Ha perfettamente ragione Sabino Casseese quando dice che nel compito di formare i formatori «l'università italiana è particolarmente impreparata, perché predilige la frammentazione e l'isolamento dello studioso»<sup>34</sup>.

A un giurista che deve muoversi su un piano complesso e interconnesso come quello del diritto globale servono invece occhiali che gli permettano di leggere nelle maglie, fitte di molte linee, che compongono quel piano: geopolitica, economica, culturale, antropologica. La semplicità e unilinearità dello sguardo con cui si insegna(va) a guardava alla legge e al diritto codificato non basta più (ammesso che un tempo fosse sufficiente).

Passando al secondo punto, quello relativo alle fonti, c'è da dire che non si tratta solo di affrontare una situazione di "crisi" di un ordine tradizionale. Ci sono fenomeni nuovi, che fanno già (e sempre più faranno) parte della fisiologia del diritto, che non possono non essere segnalati. Da un lato, il processo di inarrestabile giuridificazione<sup>35</sup> della società e della vita individuale richiede una confidenza ben maggiore rispetto al passato con una gran quantità di ambiti, tanti quanti sono i territori nei quali il diritto è stato chiamato ad intervenire: basti pensare soltanto alla disciplina delle materie bioetiche<sup>36</sup> e dei rapporti interculturali<sup>37</sup>; dall'altro lato, l'emergere di nuove acquisizioni scientifiche, come quella delle neuroscienze, ad esempio, condiziona (e sempre più condiziona) il diritto, con riguardo, non tanto ai suoi contenuti, quanto ai suoi processi, alle

<sup>34</sup> S. CASSESE, *Il mondo nuovo del giurista*, cit., 185.

<sup>35</sup> Con «giuridificazione si intende l'allargamento della sfera della giuridicità, l'ampliamento del perimetro occupato da regole giuridiche, istituzioni, procedure, giuristi professionali» (S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto*, cit., 17). Sabino Casseese parla di «esplosione del diritto»: «aumentano norme, pronunce dei giudici, decisioni di autorità indipendenti. Fatti prima estranei alla vita del diritto vedono il diritto entrare prepotentemente dentro di essi» (*Il mondo nuovo del diritto*, cit., 95).

<sup>36</sup> Per una rassegna delle diverse questioni, F. POGGI (a cura di), *Bioetica e diritto. Le questioni fondamentali*, Roma 2013. Sui «complicati intrecci» generati dal «rapporto tra la vita e il diritto, nella doppia versione della vita nel diritto e della vita del diritto», E. RESTA, *Diritto vivente*, Roma-Bari 2008.

<sup>37</sup> È un tema di cui si stanno occupando soprattutto gli studiosi di diritto ecclesiastico, insegnamento da alcuni ripensato in termini di "Diritto e religioni" (cfr. P. CONSORTI, *Diritto e religione*, Roma-Bari 2010). Cfr. M. RICCA, *Dike meticcias. Rotte di diritto interculturale*, Soveria Mannelli 2008; P. CONSORTI, *Conflitti, mediazione e diritto interculturale*, Pisa 2013. Da ultimo S. BONFIGLIO, *Per una teoria interculturale dei diritti fondamentali e della Costituzione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, n. 1, 119-150.

sue dimensioni strutturali, alle sue categorie anche più consolidate (come quella di imputabilità)<sup>38</sup>. Per non parlare degli sviluppi delle tecnologie dell'informazione e dei diversi piani su cui si realizza il dialogo tra diritto e informatica<sup>39</sup>. Al centro di questi territori (in corso di esplorazione intensiva da parte dei cultori delle varie discipline) troviamo spesso un concetto "ibrido" come quello di *dignità*<sup>40</sup>: può il giurista del futuro ignorare del tutto quanto avviene in ambiti scientifici, che se pur lontani dal diritto hanno per il diritto conseguenze così rilevanti?

Il terzo punto ci porta nel bel mezzo della teoria e della pratica giuridica contemporanea, pienamente cosciente della svolta interpretativa che caratterizza la realtà del diritto dell'epoca che stiamo vivendo<sup>41</sup>. Tutti sappiamo e diciamo che, a differenza che in passato, il diritto di oggi non è pensabile senza includere il momento dell'interpretazione. La costituzionalizzazione degli ordinamenti implica infatti che il giudizio di validità relativo ad una norma includa, implicitamente o esplicitamente, un giudizio sulla sua costituzionalità, ciò che richiede necessariamente

<sup>38</sup> Cfr., tra i molti riferimenti possibili, i saggi raccolti in M. LALATTA COSTERBOSA (a cura di), *Lo spazio della responsabilità. Approdi e limiti delle neuroscienze*, Bologna 2015.

<sup>39</sup> Cfr. ad es. i saggi raccolti in M. NISTICÒ, P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Torino 2014, e in R. BRIGHI, S. ZULLO (a cura di), *Filosofia del diritto e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca tra teoria e pratica*, presentazione di C. Faralli, Roma 2015.

<sup>40</sup> Danno conto delle diverse dimensioni implicate in questo concetto centrale della vita giuridica contemporanea E. RIPEPE, *Sulla dignità umana*, in Id., *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, Torino 2014, 1-33; P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, *Quaderni costituzionali*, 2014, n. 2, 315-356.

<sup>41</sup> Credo meriti di essere riportato per intero il seguente brano di Giuseppe Zaccaria: «È opinione largamente condivisa nella teoria del diritto contemporanea, che ha da tempo abbandonato la concezione meccanicistica dell'interpretazione propria del positivismo giuridico, che l'interpretazione della legge non costituisca un momento accessorio o addirittura patologico dell'attività del giudice, alla quale quest'ultimo si potrebbe facilmente sottrarre laddove l'ordinamento fosse completo o le disposizioni giuridiche non fossero vaghe o ambigue. Il diritto non si compie infatti con la sola formulazione legislativa, ma solo nel momento in cui le disposizioni giuridiche acquistano contenuti determinati in rapporto alla fattispecie concreta da decidere, la quale ridefinisce continuamente il loro significato in rapporto all'evolversi delle domande provenienti dalla società. A garantire il rapporto indefettibile tra testi normativi e situazioni di vita è cioè proprio il momento interpretativo, la mediazione dell'interprete, a prescindere dalla quale le direttive del legislatore non potrebbero in alcun modo concretizzarsi in sede applicativa, né pretendere di regolare i comportamenti sociali. Da ciò segue una conseguenza importante: se è vero che non c'è diritto senza interpretazione, il venir meno di qualsiasi mediazione interpretativa – ipotesi già di per sé del tutto contraddittoria – renderebbe sterile la regolamentazione giuridica ed il diritto resterebbe lettera morta» (G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari 2012, 154-155).

un lavoro interpretativo delle norme costituzionali<sup>42</sup>. Ecco che l'interpretazione, vera bestia nera di una cultura giuridica che si era adagiata nel cantuccio dell'esegesi, smette definitivamente di essere l'*altro* del diritto per divenire una sua parte costitutiva. Come ci ha ricordato Paolo Grossi, sebbene «siamo stati abituati a concepire legge e interpretazione come due opposti in lotta fra di loro [e] a concepire l'interpretazione fuori della norma come un dato esterno che dall'esterno preme», si tratta di «un errore colossale di prospettiva, giacché l'interpretazione è il momento estremo della norma, è il momento che completa la norma, è la norma stessa che si attua». Se «il diritto è vita, l'interpretazione è per il diritto necessaria condizione di vita»<sup>43</sup>.

Ma le insidie sono sempre in agguato. Ancora una volta, l'interpretazione potrebbe essere concepita come un qualcosa che implica 'chiusura' piuttosto che 'apertura'; essa potrebbe ridursi ad un esercizio che si esaurisce in una ridda di "combinati disposti" (sappiamo bene, vero, che formiamo giuristi il cui godimento principale si realizza nel poter pronunciare questo sintagma?)<sup>44</sup>. Sarebbe un modo per perpetuare un errore: i principi – ci ricorda Gustavo Zagrebelsky – hanno due facce: l'una verso la legge, l'altra verso la cultura in cui il diritto è immerso<sup>45</sup>. Ed è questo ampio territorio, che Zagrebelsky chiama "cultura", a non poter venire dimenticato nella formazione del giurista.

La parola 'cultura' in questo caso non tragga in inganno. Non si tratta di rimettere la "cultura" – in qualunque modo intesa – a fianco del diritto; cosa che concretamente, per il discorso che ci interessa, si traduce nella classica ripartizione tra materie 'culturali' e materie 'tecnico-giuridiche'. Si tratta invece di avere piena consapevolezza della natura *pratica* – sociale – del diritto, e del suo essere prodotto culturale<sup>46</sup>; di vedere cioè cultura e diritto come un tutt'uno, favorendo il superamento di dicotomie che chiudono il giurista in un vicolo cieco, indirizzate come sono a

<sup>42</sup> Cfr. V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino 2012, cap. I; V. OMAGGIO, *Saggi sullo stato costituzionale*, Torino 2015.

<sup>43</sup> P. GROSSI, Intervento in *Riordinare il caos*, cit., 552.

<sup>44</sup> Un lungo e gustoso elenco dei *tic* linguistici dei giuristi è in E. RIPEPE, *Il linguaggio del professore universitario di diritto*, in R. ROMBOLI (a cura di), *I linguaggi del diritto. Esperienze a confronto*, Pisa 2013, 37-56.

<sup>45</sup> G. ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari, 121.

<sup>46</sup> Possono valere in generale – soprattutto per le materie definite "culturali" (quasi che il diritto in genere non appartenga alla ampia dimensione della cultura) le considerazioni fatte a proposito del diritto canonico da P. CONSORTI, *Per un diritto canonico periferico*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2016, n. 2, in particolare 387 s.

confermare la separatezza della tecnica giuridica dal mondo nel quale essa vive e per il quale essa viene messa in opera<sup>47</sup>.

Tutti questi discorsi non preludono a un panorama giuridico nel quale si rischia di perdere la linea dell'orizzonte (in altre parole: quegli elementi che producono la certezza del diritto). È vero il contrario: fare in modo che il recinto all'interno del quale è costretto a muoversi il giurista non sia troppo stretto evita proprio il rischio di 'fughe' incontrollate (incontrollate in quanto compiute nascostamente per evitare gli strali della cultura dominante); fughe delle quali non si è chiamati – e quindi non ci si sente tenuti – a dar conto<sup>48</sup>. Un giurista più 'libero' sarà anche un giurista più responsabile<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> «Ce retour de la raison juridique dans le domaine qui lui appartient remet au centre du droit, *rectius* de la "pratique" juridique, la figure du juriste-interprète et de son activité spécifique, l'*interprétation*, dans le sens pré-moderne de *médiation* entre les textes normatifs et les contextes empiriques, entre l'*être* du droit (le droit positif, *ex parte potestatis* : l'*autoritas*) et le droit qui *doit être* pour qu'il soit conforme à la nouvelle *aequitas*, à savoir la constitution étatique et les chartes européennes et internationales des droits fondamentaux, sans cesse mises à jour par la science juridique – qui retrouve ainsi sa vocation constructiviste – et par la jurisprudence des tribunaux. Ceux-ci, loin d'être – selon la mythologie juridique moderne – des sources de pouvoir arbitraire qu'il faudrait neutraliser, deviennent, comme l'a toujours été le juge anglais, les gardiens des valeurs fondamentales de la communauté sociale et politique, les représentants du *common law of the land*, du droit *ex parte societatis* (la *ratio*), d'où ils tirent, au fond, leur légitimité (M. VOGLIOTTI, *Pour une formation juridique interdisciplinaire*, in J.J. SUEUR, S. FARHI (dir.), *Pratique(s) et enseignement du droit*, cit. 292).

<sup>48</sup> Uberto SCARPELLI parla dell'«infondatezza dell'accostamento frequentemente fatto tra formalismo e certezza del diritto». «Bisogna aver fatto il giudice e l'esperienza della camera di consiglio con qualche collega formalista – scriveva il filosofo analitico – per sapere a fondo come il formalismo possa portare alle conclusioni più stravaganti ed inaspettate. Nulla è più improprio che muoversi in un linguaggio elastico, incerto ed aperto quale il linguaggio giuridico come se fosse un linguaggio chiuso e sottoposto a convenzioni precise, ed i risultati non possono essere che imprevedibili e inattendibili» (*L'educazione del giurista*, cit., p. 14, in nota). Lon Fuller ha espresso la stessa convinzione mediante una metafora colorita: «se mettiamo un animale in un recinto troppo piccolo, con tutta probabilità farà enormi sforzi nel tentativo di fuggire. Non c'è modo di prevedere se riuscirà nel suo intento, né dove si recherà una volta che si sarà liberato. Se invece lo costringessimo in un recinto più grande, con tutta probabilità noteremo che l'animale apparirebbe contento di restare rinchiuso. E se analizzassimo da vicino le sue abitudini, saremmo anche in grado di scorgere nei suoi movimenti all'interno del recinto alcune regolarità. Ebbene, ciò di cui abbiamo bisogno è una più ampia area di pascolo anche per i giudici» (L. FULLER, *Il realismo giuridico americano* [1936], in ID., *Scritti sulla certezza tra teoria e prassi del diritto*, a cura di A. Porciello, Pisa 2016, 42).

<sup>49</sup> Si tratta di passare dal "modello Montesquieu" al "modello critico", secondo le denominazioni efficacemente utilizzate da C. LUZZATI nel suo volume *La politica della legalità*, cit..

6. *L'autonomia da insegnare (e, prima, da conquistare)*

Ma attenzione: l'autonomia non è qualcosa che si dà automaticamente, grazie alle condizioni appena ricordate. L'autonomia va coltivata e, dunque, insegnata e praticata. E, se è vero che – come ci ha ricordato Uberto Scarpelli in un intervento su *L'educazione del giurista* che occorrerebbe rileggere –, anche su questo piano «il miglior insegnamento è l'esempio»<sup>50</sup>, è vero anche che ci sono vie di cui si discute da molto (troppo) tempo e che stentiamo a voler percorrere<sup>51</sup>. Forse perché si tratta di camminamenti che vanno in direzione contraria rispetto alle richieste di una radicale professionalizzazione della formazione giuridica<sup>52</sup>, che rimane il convitato di pietra di ogni riflessione sulla formazione del giurista. E invece, così come certi autori classici sono sempre attuali perché hanno avuto la capacità di essere inattuali, è da ribadire che il giurista saprà rispondere alle sfide del tempo solo se avrà imparato a non essere schiacciato sulle norme del proprio tempo, che poi sono le norme del tempo in cui si trova ad essere studente. Egli ha bisogno innanzi tutto di imparare non solo *cosa* gli dice una norma, ma il *come* e il *perché* una norma è una norma (se non altro perché il *cosa* non è affatto indipendente dal *come* e dal *perché*); ha bisogno di capire quali sono le dinamiche che si muovono intorno al diritto, e di cui il diritto fa parte, per poterne intuire i possibili sviluppi futuri<sup>53</sup>. Solo in tal modo egli saprà corrispondere all'«essenza

<sup>50</sup> U. SCARPELLI, *L'educazione del giurista*, cit., 31.

<sup>51</sup> Se è vero che «del riordinamento degli studi delle facoltà giuridiche si è parlato e scritto sicuramente più che di quello di tutte le altre facoltà italiane», forse non è del tutto vero che «altrettanto meno si è fatto sul piano delle iniziative concrete» (F. VIOLA, *Nuovi percorsi dell'identità del giurista*, in *Filosofia del diritto: identità scientifica e didattica, oggi*, a cura di B. Montanari, Milano 1994, 119), se si pensa alle varie riforme che si sono succedute anche solo negli ultimi decenni (una ricostruzione è in V. PADOA SCHIOPPA, *Ri-formare il giurista*, cit., 1-27).

<sup>52</sup> Sul dibattito più recente, C. BARBATI, *Il riordino degli studi giuridici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, n. 2, 137-138; F. RICCOBONO, *La riforma della Facoltà di Giurisprudenza e il ruolo della filosofia del diritto*, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 2016, n. 1, 13-18.

<sup>53</sup> Scrive Mario Caravale che «il giurista non può limitarsi ad essere un mero esegeta delle norme vigenti e ad adottare come ordinamento di riferimento quello statale nelle forme assunte nel secolo XIX e in buona parte del successivo», ma «deve, al contrario, essere educato alla consapevolezza dell'inscindibile legame tra diritto e realtà sociale, economica e politica sottostante, dell'indispensabile necessità di adottare logiche interpretative per costruire categorie teoriche di lettura razionale della prassi, della rispondenza delle stesse logiche alla cultura e alle esigenze di ciascuna epoca» (*art. cit.*, 25). E ancora: «La formazione del giurista non può limitarsi all'acquisizione di nozioni del

del lavoro del giurista, che risiede nella tutela e nella composizione degli interessi e dei valori, nel rispetto della legalità»<sup>54</sup>. Altrettanto certo è che, sul piano del metodo, questo futuro giurista ha bisogno di partecipare più attivamente e più criticamente ai processi di apprendimento. Se ne facciamo un recettore passivo del sistema delle norme vigenti – come avviene nel modello attuale, nel quale quasi tutto il nostro insegnamento passa per le lezioni cattedratiche<sup>55</sup> – ne faremo un piccolo ingranaggio che in tempi rapidissimi non troverà più il punto sul quale innestarsi perché è cambiata la macchina per la quale era stato pensato<sup>56</sup>. Se è così, allora occorre dargli la possibilità di percorsi che gli permettano di acquisire ciò che gli serve, sia sul piano del contenuto che sul piano del metodo. Se davvero bisogna produrre un «cambiamento generale degli studi giuridici che [faccia] sciogliere i “fiori di ghiaccio che nascono così rigogliosi nelle teste dei sapienti di diritto”»<sup>57</sup>, allora bisogna agire di conseguenza e su più livelli. Ad esempio, aprendo spazi nuovi di formazione dove si possano apprendere anche le tecniche di applicazione (come quello rappresentato dalle cliniche legali<sup>58</sup>); ripensando il nostro insegna-

diritto vigente: deve arricchirsi con la padronanza di lettura interpretative di un diritto in continuo sviluppo, con la capacità di muoversi con facilità entro un ordinamento sempre più complesso ed articolato» (ivi, 26).

<sup>54</sup> V. PADOA SCHIOPPA, *Ri-formare il giurista*, cit., 169.

<sup>55</sup> «Le lezioni cattedratiche mantengono l'insegnamento su un piano di assoluto distacco dell'insegnante dallo studente, e costringono lo studente in una situazione di completa passività. Esse non danno allo studente un compito da svolgere, una ricerca da compiere, un problema da risolvere, qualcosa insomma che possa stimolarne gli interessi, che possa svilupparne le doti di pensiero, di passione, di originalità, che possa indurlo, anziché ad un apprendimento meccanico e supino e quindi sbagliato, ad una indagine creativa ed autonoma, e quindi veramente scientifica, attiva, stimolante» (M. CAPPELLETTI, *L'educazione del giurista e la riforma dell'Università*, cit., 94).

<sup>56</sup> Assolutamente da sottoscrivere e rilanciare sono le osservazioni di U. SCARPELLI, riprese recentissimamente da Massimo Vogliotti (*art. cit.*, 295): «All'università si addice in generale, non tanto procurare immediatamente specifiche abilità professionali, quanto produrre intelletti scientificamente allenati e capaci di acquisire e modificare abilità professionali: che è poi, fra l'altro, il solo modo per procurare le abilità professionali occorrenti in diversi ruoli oggi e nel futuro, non essendo possibile coprire nell'insegnamento la gamma troppo vasta delle specifiche abilità professionali e prevedere con sicurezza le abilità professionali che le trasformazioni sociali richiederanno agli studenti di ora fra un po' d'anni o qualche decennio» (*L'educazione del giurista*, cit., 23).

<sup>57</sup> S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto*, cit., 80. La citazione interna rimanda a un testo di Musil.

<sup>58</sup> Cfr. M.R. MARELLA, E. RIGO, *Le cliniche legali, i beni comuni e la globalizzazione dei modelli di accesso alla giustizia e di lawyering*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2015, n. 4, 537-556.

mento tradizionale, in modo da favorire sempre più la condivisione delle conoscenze e la pratica degli interventi attivi da parte degli studenti<sup>59</sup>, facendo sì che alle conoscenze si possa unire l'acquisizione di alcune abilità fondamentali (ad es. quella della scrittura)<sup>60</sup>; dando la possibilità agli studenti di aprirsi a percorsi nuovi, magari favorendo – o quanto meno, non ostacolando – la frequenza di corsi 'liberi', tenuti magari fuori dai nostri dipartimenti<sup>61</sup>.

Ma prima di tutto, e ovviamente, non si può pensare di fare a meno di quelle discipline che, proprio in quanto svincolate dal testo normativo, possono insegnare l'esercizio di uno sguardo libero, capace di spaziare lungo tutto l'ampio orizzonte che sta davanti agli occhi del giurista. Discipline come la storia del diritto<sup>62</sup> o la filosofia e la teoria del diritto<sup>63</sup> non devono costituire un mezzo o una occasione di erudizione, bensì – cito ancora Paolo Grossi – la coscienza critica della formazione del giurista<sup>64</sup>. Solo in questo modo il giurista potrà recuperare un ruolo davvero attivo e autonomo<sup>65</sup>.

<sup>59</sup> P. MORO, *La formazione retorica del giurista contemporaneo*, in *Tigor – Rivista di Scienze della Comunicazione*, 2009, n. 1, 42-46.

<sup>60</sup> Cfr. G. PASCUZZI, *Dal sapere giuridico alle abilità del giurista*, in *Diritto e formazione*, 2007, 127 ss; ID., *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, Bologna 2008.

<sup>61</sup> Anche se rimane vero quanto notato da Scarpelli, che insegnamenti diversi da quelli giuridici dovrebbero essere comunque fruibili all'interno delle (allora) facoltà di giurisprudenza, perché «occorrono per l'educazione del giurista insegnamenti di vario tipo, ma tutti orientati a quel fine comune, su cui giova che la facoltà di giurisprudenza si concentri» (*La formazione del giurista*, cit., 26).

<sup>62</sup> Cfr. ad es. un noto contributo di P. GROSSI, *Il punto e la linea. L'impatto degli studi storici nella formazione del giurista*, in ID., *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano 2006, 3-25. Il punto sui rapporti tra storia del diritto e scienza giuridica è stato fatto di recente, riprendendo una tradizione consolidata, all'interno di quel laboratorio fecondo rappresentato ormai da tempo dai Quaderni Fiorentini. Cfr. B. SORDI (a cura di), *Storia e diritto. Esperienze a confronto*. Atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei Quaderni Fiorentini (Firenze, 18-19 ottobre 2012), Milano 2013.

<sup>63</sup> Rinvio al contributo di FRANCESCO RICCOBONO, *La riforma della Facoltà di Giurisprudenza e il ruolo della filosofia del diritto*, cit., nel quale vengono fatte interessanti riflessioni anche con riguardo alle diverse 'anime' interne a questa disciplina, nonché agli altri contributi contenuti nello stesso fascicolo di «Teoria e critica della regolazione sociale».

<sup>64</sup> P. GROSSI, Intervento in *Riordinare il caos: conoscibilità delle norme e ruolo della dottrina*, in *Lavoro e diritto*, 2001, n. 4, 549.

<sup>65</sup> Cioè, per dirla ancora con il Presidente della Corte, «un atteggiamento all'insegna della più sincera umiltà, perché l'interprete non è legislatore né deve aspirare a diventarlo, ma anche all'insegna della precisa consapevolezza di sentirsi coinvolto nel processo di produzione del diritto, quale momento finale di – e soprattutto interno a – quel processo. Se un complesso di testi normativi costituisce il «diritto», cioè la dimensione giuridica di ogni

A questo riguardo, non si può non fare una osservazione forse banale ma (a mio parere) cruciale: se i grandi Maestri del diritto – ai quali guardano con ammirazione i giuristi contemporanei (quelli cioè che formano oggi i giuristi di domani) – non solo sottolineano tutti, indistintamente, qualunque sia la loro appartenenza disciplinare e scientifica, l'importanza per il giurista di una visione ampia, interdisciplinare, culturalmente fondata e consapevole, per quale motivo non dovremmo prenderli sul serio?<sup>66</sup> Se riteniamo questi Maestri assolutamente credibili e degni di ogni menzione quando affrontiamo i nostri studi di settore, tanto è vero che riserviamo loro le nostre citazioni più importanti, perché non dar loro credito quando ci parlano della loro formazione giuridica?

A scanso di equivoci, è bene dire ancora più esplicitamente che qui non si vuole che i giuristi non facciano i giuristi; si vuole semplicemente dire che, affinché «lo stupendo meccanismo» del pensiero giuridico «non giri nel vuoto e sia produttivo» occorre «preoccuparsi di educare un giurista che non lo faccia girare a vuoto e lo usi produttivamente», il che è possibile soltanto avendo piena «consapevolezza delle origini storiche, delle basi sociali e delle funzioni politiche delle strutture logiche del diritto»<sup>67</sup>.

## 7. Conclusione

Per concludere. Credo che anche i giuristi dovrebbero prendere sul serio i suggerimenti di chi, come Howard Gardner, dice che nel mondo del futuro non basterà più mettere in atto un solo tipo di intelligenza<sup>68</sup>. I nostri percorsi di formazione, centrati *esclusivamente* sull'acquisizione di una intelligenza di tipo *disciplinare*, trascurano in maniera eccessiva lo sviluppo di altre forme dell'intelligenza, che invece appaiono necessarie

società che vive nel tempo – e pertanto dimensione di civiltà – noi dobbiamo recuperare l'interpretazione-applicazione al grande meccanismo della normazione, come ingranaggio a questo essenziale e intrinseco, e non appendice esteriore» (Intervento in *Riordinare il caos: conoscibilità delle norme e ruolo della dottrina*, in *Lavoro e diritto*, 2001, n. 4, 552).

<sup>66</sup> Un autorevolissimo giurista come Natalino Irti nota il passaggio da una situazione (quella della sua generazione) nella quale «filosofia, storia e diritto romano erano costitutivi di ogni sapere giuridico», ad una situazione assai differente (quella attuale) nella quale invece siamo giunti «al punto che filosofi e storici vengono chiamati a giustificare la loro presenza nelle nostre Facoltà». Cfr. N. IRTI, *La formazione del giurista nell'Università del «saper fare»*, in *Rivista giuridica degli studenti dell'Università di Macerata*, 2010, 35.

<sup>67</sup> U. SCARPELLI, *L'educazione del giurista*, cit., 25.

<sup>68</sup> Cfr. H. GARDNER, *Five minds for the Future*, Bonston 2006; tr. it. di E. Dornetti, *Cinque chiavi per il futuro*, Milano 2009.

per prosperare di qui in avanti. Ad esempio, occorrerebbe cercare di stimolare quanto meno quelle che Gardner chiama “intelligenza *sintetica*” e “intelligenza *creativa*”<sup>69</sup>, cosa che può essere facilmente perseguita se ci decidiamo ad abbandonare gli schematismi e le rigidità nelle quali siamo avviluppati. Su questo occorrerà necessariamente ed esplicitamente chiarirsi quando si metterà mano per l’ennesima volta alla riforma degli studi giuridici, perché «non si può nemmeno iniziare a elaborare un sistema educativo senza avere chiaramente individuato quali siano le abilità e le conoscenze cui si intende attribuire valore»<sup>70</sup>.

La formazione del giurista – cioè: la formazione dello studente che si iscrive ad un corso di laurea in Giurisprudenza per diventare giurista – è frutto del lavoro di soggetti (i professori di diritto), i quali adempiono ai loro compiti sulla base di una formazione ricevuta a loro volta, e soprattutto sulla base di un ripensamento costante che di quella formazione essi compiono. Bisogna quindi capire quale sia il tipo di attenzione che vogliamo sviluppare nei nostri studenti, futuri operatori del diritto. L’impressione è che, con i metodi attuali, sviluppiamo enormemente la loro attenzione selettiva<sup>71</sup>, facendo passare il messaggio che tutto ciò che ruota intorno all’oggetto esclusivo dell’attenzione – le norme – sia irrilevante e senza significato.

Ma fondamentale, e preliminare, è capire che ciò che indichiamo all’attenzione di chi ci ascolta dipende dall’idea che abbiamo dell’oggetto che dobbiamo “descrivere”. «Se esaminiamo le cose a fondo – diceva il filosofo della scienza Paul Feyerabend –, «troviamo che la scienza non conosce “meri fatti”, ma che i “fatti” che entrano nella nostra conoscenza sono già visti in un certo modo»; per il giurista una frase come questa può significare che «la scienza del diritto non conosce “mere norme”; le “norme” che entrano nel suo discorso, infatti, sono tali in quanto le guardiamo e vediamo in un certo modo». Voglio dire che a produrre i fatti di cui si occupano i giuristi – le norme – sono i concetti attraverso i quali guardiamo alla realtà del diritto<sup>72</sup>.

È una conclusione, delle cui importanti conseguenze è bene essere

<sup>69</sup> Come ricorda GIOVANNI PASCUZZI, «il lavoro del giurista richiede spesso massicce dosi di creatività» (*Giuristi si diventa*, cit., 153).

<sup>70</sup> H. GARDNER, *Cinque chiavi per il futuro*, cit., 23.

<sup>71</sup> P. LEGRENZI, C. UMLTÀ, *Una cosa alla volta. Le regole dell’attenzione*, Bologna 2016, 17 s.

<sup>72</sup> P.K. FEYERABEND, *Contro il metodo. Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza* (1975), Milano 2013, 17.

consapevoli. Se davvero il diritto è «ciò che i giuristi pensano che sia» e quindi ciò che risulta dalla loro «pratica quotidiana»<sup>73</sup>, come è stato scritto in un libro assai interessante uscito di recente<sup>74</sup>, ripensare alle maniere in cui trasmettiamo le nostre conoscenze può essere addirittura un modo per condizionare il diritto del futuro, oltre che la diffusione del sapere ad esso legato<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> M. VOGLIOTTI, *Pour une formation juridique interdisciplinaire*, cit., 277.

<sup>74</sup> F. PROSPERI, Presentazione a P. RESCIGNO, S. PATTI, *L'origine della sentenza*, Bologna 2017, 7-8: «nella nota difficoltà di pervenire a una definizione del concetto di «diritto» da tutti condivisa, si sarebbe indotti a ritenere che per diritto dovrebbe pragmaticamente intendersi ciò che i giuristi fanno. La tentazione è, in effetti, meno superficiale di quanto potrebbe in un primo momento apparire, dovendosi ammettere che nelle scienze sociali, di cui la scienza giuridica indubbiamente fa parte, l'oggetto di indagine, in modo ben più netto che nelle scienze fisiche, è un costrutto meramente teorico, assunto come tale dalla stessa teoria scientifica che intende indagarlo, sì che non v'è una realtà separabile dal metodo elaborato per accertarla, né, conseguentemente, la possibilità di verificare le conclusioni elaborate sperimentalmente, la cui validazione resta, pertanto, affidata alle (variegata) opinioni che animano la comunità dei giuristi. Il diritto, in questo senso, non preesiste all'attività dei giuristi, ma ne è il risultato. E, non facendo altro i giuristi teorici e pratici che interpretare disposizioni normative, si dovrebbe coerentemente concludere che il condensato del diritto come scienza giuridica è costituito dall'attività interpretativa e, in particolare, dall'attività interpretativo-applicativa della giurisprudenza, che traduce l'astratta potenzialità semantica della disposizione nella regola del caso concreto che pone fine alla controversia. In questo senso sono, del resto, orientate le moderne concezioni del diritto». Su quanto le pratiche dei giuristi presuppongano tuttavia alcune operazioni che possono essere compiute solamente con riferimento al senso comune, si deve rinviare all'interessante e affascinante lavoro di M. JORI, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa 2010.

<sup>75</sup> «It is through legal education that the legal culture is transferred from generation to generation. Legal education also gives us a look at the future of the society» (J.H. MERRYMAN, *Legal education in civil law and common law Universities: a comparison of objectives and methods*, in N. PICARDI, R. MARTINO, *Modelli di università e progetti di riforma*, Bari 2008, 169).

COSTITUZIONE COME LIMITE,  
COSTITUZIONE COME FONDAMENTO,  
COSTITUZIONE COME ASSIOLOGIA

SOMMARIO: 1. Excusatio non petita. – 2. La costituzione come limite: il modello delle regole. – 3. La costituzione come fondamento: il modello dei principi. – 4. La costituzione come assiologia: il modello dei valori. – 5. Tirando le fila. – 5.1. Costituzione dei diritti o costituzione dei poteri? – 5.2. Modelli alternativi o concorrenti? – 5.3. Modelli descrittivi o normativi? – 5.4. La normatività della costituzione, una nozione a geometria variabile.

1. *Excusatio non petita*

Intendo ricostruire ed esplorare tre modi di intendere la costituzione, e soprattutto la parte “sostanziale” della costituzione, quella che contiene la proclamazione dei principi e diritti fondamentali. Indicherò queste tre concezioni utilizzando rispettivamente le formule “costituzione come limite” (o modello della costituzione “per regole”), “costituzione come fondamento” (o modello della costituzione “per principi”), e “costituzione come assiologia” (o modello della costituzione “per valori”). Si tratta di una tripartizione che, a mia conoscenza, non è stata ancora impiegata in questi termini nelle ricerche di teoria costituzionale, anche se ovviamente rielabora alcuni spunti già presenti nella letteratura costituzionalistica e filosofico-giuridica<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Vari elementi in tal senso sono reperibili ad es. in G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, 335-337; e in G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*; ID., *Intorno alla legge*, cap. V; e si vedano anche V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione tra magistratura e Corte costituzionale* (che distingue tra concezioni “difensive” e concezioni “espansive” della costituzione), e M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, per la distinzione tra “costituzione-indirizzo” e “costituzione-garanzia”. Nonostante le assonanze terminologiche, invece, non c'è un rapporto diretto tra la tipologia qui elaborata e ciò che Ronald Dworkin chiama “modello delle regole” (cfr. R. DWORKIN, *The Model of Rules I*).

Si tratta, per l'appunto, di tre "modelli", o tipi ideali: cioè di ricostruzioni necessariamente schematiche e semplificate di fenomeni che, nella realtà, si presentano in maniera inevitabilmente assai più disordinata e intrecciata di quanto l'analisi modellistica potrebbe a prima vista lasciar pensare<sup>2</sup>. Di conseguenza, la ricostruzione che sarà proposta nelle pagine che seguono sconterà necessariamente un certo margine di semplificazione, peraltro inevitabile in ogni ricostruzione teorica che non voglia cadere nella stessa trappola di cui sono stati vittime i cartografi dell'Impero, la cui impresa inutile e disperata è narrata da Borges<sup>3</sup>.

Se ogni ricostruzione teorica incorpora inevitabilmente delle semplificazioni, proprio perché mira a rendere più facilmente accessibile una realtà – o a rendere maggiormente visibili alcune sue componenti, e alcune sue implicazioni – che si presenta come articolata, complessa, stratificata, disordinata, ciò non comporta che tali ricostruzioni si risolvano necessariamente in sterili esercizi di stile o in indebite forzature: quantomeno a condizione *a*) che la realtà che i modelli teorici intendono restituire e rendere accessibile esista davvero; e *b*) che i modelli proposti non eccedano nella semplificazione, diventando in realtà delle banalizzazioni<sup>4</sup>.

Ora, che la ricostruzione teorica qui proposta soddisfi o meno il requisito sub *b*), non potrà che valutarlo il cortese lettore. Di contro, quanto al requisito sub *a*), mi pare fuor di dubbio che i modelli che verranno qui ricostruiti rinviino a fenomeni che realmente esistono: sono infatti tre modi di intendere la costituzione tutti variamente rintracciabili nella cultura giuridica italiana recente – diciamo, degli ultimi quaranta anni – e

<sup>2</sup> Sulla nozione di "modello", e sui suoi impieghi euristici, v. E. DI ROBILANT, *Modelli nella filosofia del diritto*.

<sup>3</sup> «In quell'impero, l'Arte della Cartografia raggiunse una tale Perfezione che la mappa di una sola Provincia occupava tutta una Città e la mappa dell'Impero tutta una Provincia. Col tempo codeste Mappe Smisurate non soddisfecero e i Collegi dei Cartografi eressero una mappa dell'Impero che uguagliava in grandezza l'Impero e coincideva puntualmente con esso»: J.L. BORGES, *L'artefice*, 1253 (l'esperimento è ulteriormente elaborato da U. ECO, *Dell'impossibilità di costruire la carta dell'impero 1 a 1*).

<sup>4</sup> Un altro rischio in agguato in ricostruzioni di questo tipo è quello di sovrapporre un quadro coerente e razionale ad una realtà che, in ipotesi, può essere del tutto priva di coerenza e razionalità: ad esempio, è del tutto possibile che in certa misura le attività interpretative e argomentative svolte dagli operatori giuridici in un certo contesto giuspolitico non siano affatto guidate da un insieme coerente di direttive metodologiche, il che renderebbe fuorviante sussumerle sotto un qualche modello "razionalizzante". Questa ipotesi è ampiamente esplorata da E. DICIOTTI, *Regola di riconoscimento e concezione retorica del diritto*; in proposito si vedano anche G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, 460; G. PINO, *Teoria analitica del diritto I*, 199-200.

questo sarà il contesto giuspolitico e temporale che in linea di massima farà da sfondo al mio discorso<sup>5</sup>.

Prima di addentrarci nella descrizione di questi tre modelli, e delle loro implicazioni relativamente al posto della costituzione nell'ordinamento, alla redazione dei testi costituzionali, e al ruolo degli interpreti, sono opportune alcune precisazioni preliminari a mo' di vademecum.

La prima precisazione è che – come risulta chiaro già dal fatto che mi occuperò della cultura giuridica italiana recente, più o meno degli ultimi quaranta anni – cercherò di ricostruire tre modi di guardare alla costituzione come documento *propriamente giuridico*, da cui si possono e si devono trarre norme giuridiche, anziché – ad esempio – come documento politico, o come regime politico di uno stato, o come struttura fondamentale di un ordinamento, e simili<sup>6</sup>. In altre parole, farò riferimento ad un contesto culturale in cui la costituzione è inequivocabilmente percepita *come fonte del diritto*, e soprattutto come fonte *superiore* (in un senso da precisare<sup>7</sup>), alla legge e in generale alle altre fonti del diritto. Anzi, le tre concezioni di cui ci occuperemo non solo danno per scontata la giuridicità della costituzione, ma in un certo senso si presentano come modelli alternativi e tra loro in concorrenza in vista dell'obiettivo di assicurare il maggior grado di normatività o prescrittività della costituzione stessa (*infra*, § 5.4).

La seconda precisazione è che le varie concezioni della costituzione che passerò in rassegna non rilevano solo *come concezioni della costituzione in sé*, per così dire. Esse rilevano anche e soprattutto con riguardo alle

<sup>5</sup> Importanti affinità si possono pure rintracciare in altre culture giuridiche, come quella tedesca, spagnola, in parte quella francese, e in parte in quella statunitense. In questo lavoro farò però quasi esclusivamente riferimento alla cultura giuridica italiana, e i riferimenti a questi altri contesti resteranno ad un livello del tutto superficiale.

<sup>6</sup> Il passaggio, nella cultura giuridica italiana, dalla concezione della costituzione come *loi politique* alla concezione della costituzione come norma giuridica è ben ricostruito in S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*; M. GREGORIO, *Quale costituzione?*; M. FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*. Per una ricognizione di alcuni dei significati non strettamente giuridici – o più politici che giuridici – di “costituzione”, v. V. CRISAFULLI, *Costituzione*; M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*; G. FLORIDIA, *‘Costituzione’: il nome e le cose*; P. COMANDUCCI, *Ordine o norma? Su alcuni concetti di costituzione nel settecento*; Id., *Interpretazione della costituzione*; R. GUASTINI, *Fonti del diritto*.

<sup>7</sup> È noto che il concetto di “superiorità”, di una fonte o di una norma rispetto ad altre fonti o ad altre norme, non è univoco: si possono dare relazioni di superiorità di diversi tipi, con conseguenze differenti. In argomento, v. quantomeno R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, 241-254; G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cap. II; Id., *Teoria analitica del diritto I*, cap. VII.

tecniche interpretative e argomentative che esse determinano: ciascuna di queste concezioni infatti si accompagna a certe tecniche interpretative, a certi stili di argomentazione (o anche *alla messa al bando* di certe tecniche interpretative, o di certi stili di argomentazione)<sup>8</sup>. Questo dato, per certi versi abbastanza ovvio, diventa interessante se si nota che talvolta l'uso di certe tecniche interpretative o stili di argomentazione, ad esempio in sede giudiziale, è la principale spia, e talvolta l'unica, della concezione della costituzione presupposta dall'interprete. Inoltre, insieme alla questione delle tecniche interpretative e argomentative, le diverse concezioni della costituzione influiscono anche sull'individuazione del soggetto istituzionale cui deve essere attribuita, in via prioritaria o anche esclusiva, l'opera di *determinatio* – di concretizzazione, specificazione, attuazione, applicazione – delle norme costituzionali: se solo il legislatore oppure anche i giudici (e, tra i giudici, se solo la corte costituzionale o anche i giudici comuni)<sup>9</sup>.

Ciò detto, proviamo ora a ricostruire i nostri tre modelli di costituzione.

## 2. *La costituzione come limite: il modello delle regole*

La concezione della costituzione come limite può essere riassunta nell'idea che la funzione della costituzione consista nell'operare come una sorta di cassaforte, dentro la quale vengono assicurati certi beni che vengono sottratti alla libera disponibilità del legislatore.

Questa idea si basa su una intuizione del tutto ovvia su cosa sia una costituzione: a che altro può servire una costituzione rigida e garantita, se non a legare le mani al legislatore ordinario, a collocare certe cose al di

<sup>8</sup> Per l'idea che l'interpretazione della costituzione sia condizionata dalla sottostante concezione della costituzione, v. L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*. Cfr. anche E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Diritti fondamentali come norme di principio*, pp. 146-148 (con specifico riferimento all'interpretazione dei diritti fondamentali); e A. RUGGERI, *Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti*, 76: «al fondo, le teorie della Costituzione [...] si riducono, *in nuce*, a dottrine dell'interpretazione o – il che è praticamente lo stesso – a dottrine del metodo».

<sup>9</sup> In generale su questo punto, B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, cap. IV; v. anche R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, 272, secondo il quale le diverse concezioni della costituzione influiscono sull'individuazione dei “destinatari” delle norme costituzionali.

lità della portata dei giochi della politica quotidiana legata al principio di maggioranza<sup>10</sup>? Tuttavia, questa semplice idea dà luogo ad una fitta serie di conseguenze: relativamente al modo in cui le disposizioni costituzionali dovrebbero essere formulate, a come dovrebbero essere interpretate, e alla divisione del lavoro tra legislatore ordinario, giudici comuni, e Corte costituzionale. Vediamo.

Raffigurare la costituzione come un limite alla legislazione vuol dire offrire (o presupporre) una sorta di divisione dello spazio giuridico secondo un modello “geografico”, in base al quale l’ordinamento giuridico è visto come composto da “spazi” distinti e separati<sup>11</sup>: una parte dello spazio giuridico è occupata dalla costituzione; un’altra parte dello spazio giuridico è occupata dalla legislazione ordinaria (e dalla normazione infra-legislativa, che attua la legge a livello amministrativo, o è prodotta sulla base di autorizzazione legislativa). Nell’ambito di questa concezione, questi due spazi vengono concepiti come separati e tutto sommato indipendenti l’uno dall’altro: rispetto alla costituzione, il diritto civile, il diritto commerciale, il diritto amministrativo, il diritto tributario, il diritto penale, i diritti processuali, vengono raffigurati come ambiti del tutto autonomi e distinti (e ulteriormente distinti al loro interno in sotto-sistemi), ciascuno con le proprie “logiche”, i propri istituti caratteristici e i propri principi ispiratori (i “principi generali” a cui fa riferimento l’art. 12 delle preleggi, nell’interpretazione tradizionale di quella locuzione). Ovviamente, in questo modello l’autonomia di cui gode la legislazione infra-costituzionale vale solo fino a quando non si determini un diretto conflitto con una norma costituzionale: quello è il limite “esterno” che la legislazione ordinaria non può violare.

Affinché questo modello funzioni, affinché la costituzione possa ergersi come limite alla legislazione ordinaria, è necessario che le norme costituzionali abbiano certe caratteristiche – in particolare che siano precise, chiare, e possibilmente poche (vale a dire che il modello richiede una costituzione tendenzialmente “breve” anziché “lunga”): infatti, la divisione dello spazio giuridico (giuridico) tra legislazione e costituzione, e

<sup>10</sup> Cfr. ad es. S. HOLMES, *Constitutions and Constitutionalism*, 189. Si vedano inoltre le definizioni dei diritti fondamentali come “sfera dell’indecidibile” (L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, 822, 847-849; ID., *La democrazia attraverso i diritti*, 48), o come “coto vedado” (E. GARZÓN VALDÉS, *Representación y democracia*).

<sup>11</sup> Riprendo l’idea del modello “geografico” dei rapporti tra la costituzione e il resto dell’ordinamento giuridico da L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos*, 57.

la divisione del lavoro che ricade sui loro rispettivi interpreti, può reggere solo se il confine interno allo spazio giuridico è disegnato in maniera relativamente chiara. Ciò significa che questo modello pone dei requisiti sul modo in cui è formulato *il testo in sé* della costituzione (e probabilmente anche sui suoi contenuti), e ovviamente su come tale testo deve essere interpretato.

Ebbene, per quanto riguarda la formulazione testuale delle disposizioni costituzionali, una concezione della costituzione come limite, o secondo il modello delle regole, richiede che il testo costituzionale sia formulato ricorrendo ad enunciati e formule linguistiche chiare, precise, e codificando diritti dall'ambito di applicazione ben delimitato<sup>12</sup>.

Per quanto riguarda poi il modo in cui gli interpreti si dovrebbero rapportare al testo costituzionale, la concezione della costituzione come limite richiede che gli interpreti trattino le norme ricavabili dal testo costituzionale come un insieme di *regole*, anziché di principi<sup>13</sup>.

Per comprendere più chiaramente questo punto, è opportuno ricordare che le regole sono norme caratterizzate da relativa *precisione e determinatezza*, sia nella fattispecie sia nella conseguenza giuridica ad essa associata; mentre i principi sono norme caratterizzate da relativa *genericità e indeterminatezza*, sia nella fattispecie sia nella conseguenza giuridica ad essa associata<sup>14</sup>. Dunque è evidente che le esigenze di precisione dell'ambito costituzionale associate a questo modello saranno meglio soddisfatte se le norme costituzionali sono qualificate (e usate, come fra poco vedre-

<sup>12</sup> L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, spec. 2815; ma v. già A.C. JEMOLO, *Che cos'è la costituzione*, 59-60.

<sup>13</sup> Cfr. in tal senso A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*; L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista* (ma per un successivo aggiustamento di questa idea v. L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, 112-122). Cfr. anche A. SCALIA, *The Rule of Law as a Law of Rules*.

<sup>14</sup> Quella esposta nel testo è solo una (a mio parere la più plausibile) delle possibili articolazioni della distinzione tra regole e principi, tema alquanto controverso nella letteratura giuridica degli ultimi decenni; per una più precisa ricostruzione delle posizioni in campo, e una più ampia difesa della tesi esposta nel testo, v. G. PINO, *Teoria analitica del diritto I*, cap. IV. Inoltre, come si legge nel testo, assumo che la struttura standard della norma giuridica, come proposizione condizionale che lega un antecedente (fattispecie) ad un conseguente (conseguenza giuridica), sia perfettamente applicabile alle norme di principio. Questa idea è rifiutata da chi ritiene che i principi siano "norme senza fattispecie" (M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho*, 30-31; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, 149; ID., *Intorno alla legge*, 96; R. BIN, *Principi costituzionali: uso e applicazione*, 222). Non intendo approfondire qui questo punto: mi limito però a rilevare che mi sfugge cosa mai possa essere una norma senza fattispecie, quantomeno se definiamo la fattispecie come il campo di applicazione della norma stessa.

mo) come regole: norme dotate di un campo di applicazione ben delimitato e produttrici di conseguenze giuridiche ben determinate, “chiuse”, non suscettibili né di eccezioni né di estensioni.

Ora, che il testo costituzionale esprima regole (anziché principi) dipende in parte da come il testo è formulato, e in parte da come il testo è interpretato. Infatti, la qualificazione di una norma in termini di “regola” oppure di “principio” dipende in ultima analisi dall’interpretazione: è l’interprete a decidere, in ultima analisi, se qualificare una norma come regola o come principio, ovviamente nell’ambito dei margini di accettabilità e plausibilità delle argomentazioni giuridiche operanti nella cultura giuridica di riferimento<sup>15</sup>. E al fine di qualificare la norma estraibile da una disposizione costituzionale come una regola, occorrerà fare ricorso a tecniche interpretative idonee a delimitare con precisione sia l’ambito di applicazione della norma costituzionale sia le sue conseguenze giuridiche: l’interprete si dovrà mantenere fedele alla formulazione strettamente letterale della disposizione, oppure (se l’enunciato costituzionale è formulato in maniera vaga ed indeterminata) dovrà assoggettarla ad interpretazione restrittiva. Le tecniche argomentative utili a tal riguardo potranno essere l’argomento del significato letterale, l’argomento dell’intenzione del legislatore (costituzionale), l’argomento *a contrario*, l’argomento storico, l’argomento della costanza terminologica, e l’interpretazione della costituzione “alla luce della legge” (per cui ad un termine potenzialmente vago presente in costituzione viene attribuito il significato che si è consolidato con riferimento a quello stesso termine quando figura in fonti infra-costituzionali)<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> V. in proposito L. GIANFORMAGGIO, *L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, 178; V. ANGIOLINI, *Costituzione tollerante, costituzione totale ed interpretazione della disciplina della libertà*, 29; C. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, 20; G. PINO, *Diritti e interpretazione*, 62-63. Quanto affermato nel testo presuppone che vi sia una differenza percepibile tra *a*) un testo che, per la sua formulazione, sia maggiormente idoneo ad esprimere regole; *b*) un testo che, per la sua formulazione, sia maggiormente idoneo ad esprimere principi; e infine *c*) un testo che, per la sua formulazione, sia parimenti suscettibile di entrambe le letture. Beninteso, gli interpreti possono pur sempre decidere di trarre principi da un testo di tipo *a*), così come di trarre regole da un testo di tipo *b*), ma in questi casi l’onere di argomentazione sarà solitamente maggiore rispetto all’operazione opposta e, in assenza di un consenso di fondo tra gli attori giuridici, l’operazione potrà risultare cervellotica, inaccettabile.

<sup>16</sup> Sul ricorso all’intenzione dei costituenti nell’interpretazione costituzionale, v. M. DOGLIANI, *Il «posto» del diritto costituzionale* – oltre ovviamente alla letteratura statunitense sull’*original intent*, che ha ormai assunto un notevole livello di sofisticazione. Per un esempio di ricorso all’argomento storico, a quello dell’intenzione del legislatore, e al

Una volta che una norma costituzionale sia stata qualificata come regola discendono poi alcune importanti conseguenze sul piano applicativo e argomentativo: tipicamente, le regole si prestano ad applicazione sussuntiva e sono tendenzialmente resistenti di fronte a possibili eccezioni implicite. Di conseguenza, i diritti previsti nel testo costituzionale vengono assoggettati ad una operazione di “categorizzazione”, nel senso che sono riformulati secondo uno schema precisamente delineato di fattispecie e conseguenza, eventualmente anche con un ambito di applicazione più ristretto rispetto a quello che potrebbe *prima facie* risultare dalla mera lettura del testo costituzionale. La costituzione si trova così a contenere un insieme di diritti fondamentali ben determinati, “forti”, la cui applicazione ha le fattezze di una sussunzione<sup>17</sup>. (Come vedremo tra breve, in questo contesto “applicazione” della costituzione, o di un diritto costituzionale, significa essenzialmente il suo utilizzo nel giudizio di costituzionalità delle leggi.)

Infine, il modello della costituzione come limite non incide solo sulla formulazione e sull’interpretazione delle disposizioni costituzionali, ma può anche investire il loro contenuto – in altre parole, che cosa ci si può aspettare di trovare dentro una costituzione. Infatti, questo modello porta con sé una intuitiva preferenza per la garanzia costituzionale dei soli diritti di libertà (libertà di manifestazione del pensiero, di religione, di iniziativa economica, diritto di proprietà, *habeas corpus*...), in quanto diritti che – secondo questo modo di vedere – richiedono una mera astensione del legislatore, e non anche un intervento attivo, promozionale da parte di quest’ultimo. La costituzione avrà allora il compito di sottrarre questi diritti alla libera disponibilità del legislatore, al quale sarà vietato (o sarà sottratta la competenza) di legiferare in contrasto con i diritti protetti in costituzione. Pertanto, nelle sue versioni più radicali e conseguenti, questo modello porta a screditare la presenza in costituzione dei

modo in cui i termini rilevanti vengono intesi a livello legislativo, al fine di giustificare un’interpretazione restrittiva del termine “famiglia” nell’art. 29 cost., vedi Corte costituzionale n. 138/2010.

<sup>17</sup> Esempi di questo modello di amministrazione dei diritti fondamentali sono particolarmente visibili nella giurisprudenza costituzionale statunitense: cfr. F. SCHAUER, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States*; L. WEINRIB, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*; M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *Proportionality and Constitutional Culture*, spec. capp. 3 e 5; A. BARAK, *Proportionality*, 502 ss. Ma anche la giurisprudenza costituzionale italiana aveva adottato un approccio di questo tipo con la dottrina dei “limiti naturali” dei diritti costituzionali: cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, 158.

diritti sociali, i quali evidentemente non possono funzionare solo come limite negativo per il legislatore, ma sono bisognosi di interventi positivi di sviluppo e di attuazione. I diritti sociali sembrano porsi nei confronti del legislatore non solo come barriere invalicabili, ma come guida della sua azione futura. E questo rende più confusa e sfumata quella divisione del lavoro, o dello spazio giuridico, tra costituzione e legislazione su cui questo modello si basa<sup>18</sup>. La quadratura del cerchio, nel caso specifico, viene di solito trovata negando natura propriamente giuridica, o comunque la giustiziabilità, ai diritti sociali: che vengono così declassati a diritti “di carta”, proprio perché nessuna conseguenza propriamente giuridica sembra seguire dall’inadempienza del legislatore verso queste parti della costituzione.

Oltre a queste ricadute sulla redazione del testo costituzionale, sulla sua interpretazione, e sui suoi contenuti, il modello delle regole infine produce conseguenze anche sul piano della divisione del lavoro tra i diversi operatori giuridici: legislatore, Corte costituzionale e giudici comuni.

In questo quadro, infatti, *la legislazione* viene concepita come un’attività tendenzialmente libera nei fini, rimessa al libero gioco della politica democratica, e che può solo subire dei limiti *esterni* (i diritti previsti nella costituzione). Normalmente il legislatore si muove, liberamente, in uno spazio “costituzionalmente indifferente”, legittimato dall’investitura democratica, e il suo margine di manovra si estende fino a che, occasionalmente, non vada ad incidere su un bene protetto dalla costituzione. Così, la funzione di limite per la legislazione entra in gioco solo in caso di manifesto e diretto contrasto con un chiaro precetto costituzionale. Nelle versioni più radicali di questo orientamento, il legislatore ha rispetto alla costituzione (ai diritti costituzionali) un ruolo passivo, di mera astensione, coniugato ad un obbligo di attivarsi per assicurare solamente le infrastrutture di tutela giuridica (apparati giurisdizionali e di ordine pubblico) dei diritti costituzionali stessi; in altre parole, in questa accezione il legislatore non è chiamato ad attuare “in prima persona” i diritti, ma piuttosto a predisporre le “garanzie secondarie” che entrano in gioco quando i diritti sono violati<sup>19</sup>. Nelle versioni meno radicali (che cominciano a sfumare verso il secondo

<sup>18</sup> Cfr. V. ONIDA, *L’attuazione della Costituzione tra magistratura e Corte costituzionale*, per l’idea che sia stato favorito proprio dalla costituzionalizzazione dei diritti sociali il passaggio da una concezione “difensiva” ad una concezione “espansiva” dei diritti fondamentali.

<sup>19</sup> Per la nozione di garanzie (primarie e) secondarie, cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, 196-198, 668-701.

modello, che vedremo subito) spetta invece al legislatore un ruolo di primo piano, e sostanzialmente monopolistico, nell'amministrazione dei diritti costituzionali – non solo con riguardo ai diritti sociali, ma a ben vedere con riguardo a tutti i diritti<sup>20</sup>; beninteso, il legislatore dovrà occuparsi solo della necessaria *regolamentazione* dei diritti costituzionali (ad esempio, dovrà assicurarne le condizioni di compostibilità, predisporre quelle reciproche limitazioni che consentono a ciascuno di esercitare i propri diritti senza ledere i diritti degli altri), con scelte sostanzialmente discrezionali e rimesse alla sua responsabilità politica.

Ai *giudici comuni* spetta l'applicazione della legge, e la sua interpretazione *iuxta propria principia*: come abbiamo visto, il diritto infra-costituzionale è articolato in sotto-sistemi relativamente autonomi – autonomi l'uno rispetto all'altro, e tutti quanti rispetto al livello costituzionale. Solo se il legislatore eccede i limiti dell'innocua e anche inevitabile regolamentazione dell'esercizio dei diritti, andando ad incidere sulla sostanza dei diritti stessi (cioè mettendo in atto una *violazione* dei diritti coinvolti<sup>21</sup>), spetterà ai giudici comuni di denunciare la violazione alla Corte costituzionale. Ai giudici comuni è inoltre preclusa l'applicazione diretta delle norme costituzionali: anche in caso di lacune, di inerzia del legislatore nel dare attuazione ai diritti costituzionali, i giudici comuni dovranno restare in fiduciosa (o rassegnata) attesa dell'intervento del legislatore<sup>22</sup>.

Alla *Corte costituzionale*, infine, competerà esclusivamente, se del caso, di dichiarare l'incostituzionalità della legge. Secondo questo modello, né la Corte costituzionale né tantomeno i giudici comuni devono atteggiarsi a co-legislatori: essi hanno una funzione solo "difensiva", non propulsiva o propositiva: non possono partecipare attivamente al processo di attuazione della costituzione. La Corte costituzionale sarà, kelsenianamente, un puro legislatore negativo<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Per l'idea che tutti i diritti abbiano bisogno di attuazione legislativa, cfr. L. FERRAJOLI, *La teoria del diritto: l'oggetto, il metodo, la funzione*, spec. 244; ID., *La democrazia attraverso i diritti*, 68, 69, 113; A. PINTORE, *Note intorno all'attuazione dei diritti*.

<sup>21</sup> Per la distinzione, notoriamente problematica, tra regolamentazione e violazione di un diritto, v. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, 108-114; ID., *Il costituzionalismo dei diritti*, cap. V; A. PINTORE, *Note intorno all'attuazione dei diritti*.

<sup>22</sup> Cfr. ancora Corte costituzionale n. 138/2010, punto 8: «nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette...»; e anche Tribunale Roma 16 dicembre 2006, in «*Foro italiano*», 2007, I, cc. 371 ss. (caso Welby: si ammette l'esistenza a livello costituzionale del diritto all'autodeterminazione terapeutica, ma si evidenzia la mancanza di specifici strumenti legislativi per il suo esercizio).

<sup>23</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*,

### 3. La costituzione come fondamento: il modello dei principi

Il secondo modello di costituzione considera le norme costituzionali non più (solo) come un limite alla legislazione, ma piuttosto come il “fondamento” di tutto l’ordinamento giuridico<sup>24</sup>: la costituzione è vista come un insieme di principi capaci di penetrare in tutti i settori del diritto, e di rimodellare le categorie giuridiche proprie dei vari settori del diritto infra-costituzionale. La costituzione non è considerata come il documento che disciplina una ben delimitata “materia costituzionale”, separata dal resto dell’ordinamento giuridico, ma piuttosto come un progetto di società giusta, che come tale è destinato a dispiegare effetti su tutta la società, sulle relazioni giuridiche e su quelle politiche<sup>25</sup>.

In base a questo modello, dunque, non c’è una netta divisione dello spazio giuridico tra la costituzione e il resto dell’ordinamento giuridico, ma anzi una tendenziale compenetrazione: la costituzione contiene principi destinati ad irradiarsi su tutto l’ordinamento<sup>26</sup>, senza che siano configurabili – almeno in linea teorica – spazi giuridici totalmente immuni dall’influenza della costituzione. La legge non è assistita da una presunzione di libertà d’azione (che si spinge fino al punto in cui la legge non contrasti palesemente con una norma costituzionale), ma è invece sottoposta ad una continua verifica di compatibilità con i principi costituzionali, e ad una continua opera di adeguamento dei suoi contenuti ai principi costituzionali.

Affinché questo modello possa funzionare ha bisogno di alcuni presupposti, riguardo alla struttura del testo costituzionale e alla sua interpretazione; e, una volta messo in moto, determina varie conseguenze interpretative e argomentative.

Un primo presupposto riguarda la formulazione del testo costitu-

2793: «Nel modello del costituzionalismo giuspositivista, la riparazione delle lacune e delle antinomie nelle quali esse si manifestano non è affidata all’attivismo interpretativo dei giudici, *ma solo alla legislazione*, e perciò alla politica per quanto riguarda le lacune, e all’annullamento delle norme invalide, e perciò alla giurisdizione costituzionale per quanto riguarda le antinomie» (corsivo aggiunto). Per l’idea della Corte costituzionale come mero “legislatore negativo” cfr. H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, 172-173; e R. GUASTINI, *Giustizia costituzionale v. democrazia*.

<sup>24</sup> G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, 335-337.

<sup>25</sup> Cfr. ad es. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*; F. MODUGNO, *Principi generali dell’ordinamento*, 2. L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos*, 57, parla a questo proposito di “modello argomentativo” del rapporto tra costituzione e resto dell’ordinamento.

<sup>26</sup> F. MODUGNO, *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, 68.

zionale: una costituzione che risponde al modello del “fondamento” conterrà disposizioni fraseggiate in termini vaghi, generici, indeterminati, con ampio uso di formule connotate in senso etico-politico; conterrà inoltre un elenco piuttosto lungo ed eterogeneo di diritti, interessi, beni costituzionalmente rilevanti, obiettivi sociali ecc.: sarà una costituzione “lunga”.

Un secondo presupposto riguarda la struttura delle norme costituzionali: questo modello tenderà infatti a qualificare le norme costituzionali (non come regole, ma) appunto come principi<sup>27</sup>. E i principi sono norme caratterizzate da un elevato grado di genericità, indeterminatezza, e importanza, e bisognose di successive attività di concretizzazione. Queste caratteristiche – esattamente come nel caso delle regole – per un verso sono frutto di scelte interpretative<sup>28</sup>, e per altro verso condizionano le successive attività argomentative e applicative nelle quali sono utilizzati principi. Più precisamente, per qualificare una norma come principio si metteranno in campo tecniche quali: il rifiuto dell’interpretazione letterale (e, a maggior ragione, il rifiuto dell’interpretazione restrittiva) delle disposizioni costituzionali, il ricorso all’interpretazione estensiva, l’uso dell’interpretazione evolutiva e teleologica, l’analogia, il rifiuto dell’argomento *a contrario*. Il risultato complessivo sarà un’interpretazione espansiva, e talvolta una sovra- o iper-interpretazione, delle disposizioni costituzionali<sup>29</sup>, che porta ad includere nel piano costituzionale innumerevoli norme implicite (norme, cioè, non chiaramente espresse dal testo della costituzione<sup>30</sup>).

La qualificazione delle norme costituzionali come principi è strettamente associata all’idea che la costituzione non sia un universo di discorso strettamente e chiaramente delimitato, ma sia piuttosto un ambito dinamico, che si evolve nel tempo, e che si espande contemporaneamente in una duplice direzione: al di fuori dei rigidi confini del testo della

<sup>27</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, 148 ss.; ID., *La legge e la sua giustizia*, pp. 205 («le norme tipicamente costituzionali, sono norme di principio»), 227; G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, 29 («il diritto costituzionale è il regno dei principi»).

<sup>28</sup> G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, 881 («anche norme costituzionali formulate come regole sono spesso intese, nelle giurisprudenze delle Corti costituzionali, come principi»). Si ricordi in proposito quanto già precisato *supra*, nt. 15.

<sup>29</sup> G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, 337; R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, 284-294; ID., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, 245-246.

<sup>30</sup> Se ne vedano alcuni esempi in R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, 254-257.

costituzione stessa, e verso tutti i settori dell'ordinamento giuridico<sup>31</sup>. Questo modello determina così la possibilità di fare appello a principi costituzionali pressoché in ogni possibile contesto della vita sociale, in ogni possibile conflitto di interessi, e di ridurre o forse eliminare gli spazi costituzionalmente "vuoti": «pressoché ogni conflitto giuridico si trova in un immaginario spazio giuridico nel quale si sovrappongono le aree di protezione di due o più diritti o interessi costituzionali [...] Qualsiasi conflitto di interessi che non abbia una persuasiva composizione nelle leggi ordinarie ha altissime probabilità di essere tematizzato come conflitto tra interessi costituzionalmente rilevanti»<sup>32</sup>; ciò, ovviamente, al prezzo di un notevole indebolimento del vincolo derivante dalla formulazione testuale delle disposizioni costituzionali.

Dunque, in base al modello della costituzione come fondamento, sono praticamente infinite le possibilità di qualificare un caso come giuridicamente rilevante alla luce dei principi costituzionali. Questo perché i singoli principi costituzionali sono, come abbiamo visto, vocati all'espansività, e inoltre perché l'insieme dei principi costituzionali è considerato, nel suo complesso, come tendenzialmente esaustivo: una volta che il catalogo costituzionale includa un richiamo generale all'eguaglianza (formale e sostanziale: art. 3), alla libertà (art. 13), alla dignità umana, oltre poi a numerosi diritti e principi più specifici, ogni possibile pretesa diventerà *prima facie* giuridicamente – e costituzionalmente – rilevante<sup>33</sup>. Tuttavia, il fatto che la costituzione, per le ragioni appena indicate, renda innumerevoli casi giuridicamente (e costituzionalmente) rilevanti, non implica automaticamente che la costituzione contenga anche *una precisa risposta*

<sup>31</sup> Infatti, «è sempre considerata giustificata l'interpretazione estensiva di un enunciato che esprime un principio fondamentale» (R. GUASTINI, *Produzione di norme a mezzo di norme*, 192). V. anche V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, 128: «la costituzione deve essere intesa ed interpretata, in tutte le sue parti, *magis ut valeat*, perché così vogliono la sua natura e la sua funzione, che sono e non potrebbero non essere, ripetiamo, di atto normativo, diretto a disciplinare obbligatoriamente comportamenti pubblici e privati»; sulla «presunzione di massima espansione delle libertà costituzionali» v. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, 41.

<sup>32</sup> R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, 123; cfr. anche L. PRIETO SANCHÍS, *El constitucionalismo de los derechos*, 51; ID., *Constitucionalismo y garantismo*, 248. Da questo punto di vista, in questo modello la costituzione tende a diventare "totale" o "totalizzante": V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, 305-310; M. KUMM, *Who is Afraid of the Total Constitution?*; M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, 61.

<sup>33</sup> Alcuni esempi si possono leggere in E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, spec. 292-293; M. KUMM, *Who's Afraid of the Total Constitution?*, 348.

per tali casi: la risposta potrà essere data solo dopo un'attività, inevitabilmente discrezionale, di concretizzazione e di bilanciamento di tutti i principi costituzionali di volta in volta rilevanti.

A partire da questo modello, cosa deriva riguardo alla divisione del lavoro tra legislatore, giudici comuni, e Corte costituzionale? In linea di massima, se nel primo modello (la costituzione come limite), il ruolo da protagonista spettava al legislatore, come soggetto dotato di ampia libertà di azione nei limiti del rispetto della costituzione, o come soggetto dotato in via esclusiva del compito di attuare la costituzione, con il potere giudiziario relegato ad un ruolo puramente "difensivo", in questo secondo modello è proprio il potere giudiziario ad assumere un ruolo da protagonista, o quantomeno da co-protagonista. Vediamo perché.

Nel modello della costituzione come fondamento, il *legislatore* non è un soggetto libero nei fini: i fini sono già stati posti a livello costituzionale (poco importa se si tratta di principi espressi o inespressi), e al legislatore spetta di attuarli. La legislazione è dunque vista come una attuazione, uno sviluppo, anche se non necessariamente uno sviluppo logico-deduttivo, o meramente esegetico, dei principi costituzionali.

I *giudici ordinari*, a loro volta, potranno e dovranno utilizzare le norme costituzionali in giudizio, a seconda dei casi in maniera diretta oppure indiretta<sup>34</sup>. Ciò significa che, per un verso (applicazione "diretta" della costituzione), se un dato caso non risulta regolato, o chiaramente regolato, a livello legislativo, il giudice ordinario potrà colmare la lacuna ricercando la disciplina di un certo rapporto direttamente in una o più norme costituzionali, eventualmente anche inesprese (e quindi sfruttando una lettura "costituzionalmente orientata" dell'art. 12 preleggi)<sup>35</sup>; e a tal fine il giudice ordinario dovrà solitamente effettuare un bilanciamento giudiziale tra principi o diritti costituzionali. Oppure, per altro verso (applicazione "indiretta" della costituzione), se pure esiste una disciplina legislativa per il caso da decidere, anche in tal caso il giudice ordinario conserverà un margine di valutazione, perché comunque potrà e dovrà: *a*) valutare se il bilanciamento tra i principi costituzionali rilevanti operato dal legislatore sia ragionevole e proporzionato; *b*) interpretare gli enunciati

<sup>34</sup> Cfr. M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, 69-71. Sulle varie possibili modalità di applicazione diretta e indiretta delle norme costituzionali, v. T. MAZZARESE, *Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali*, 525-527.

<sup>35</sup> Sulla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 12 preleggi, v. M. RUOTOLO, *Interpretare*, cap. I. Per alcuni esempi, v. S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, 166-174; G. PINO, *Il diritto all'identità personale*, cap. III.

legislativi in modo da renderli compatibili con i principi costituzionali (interpretazione adeguatrice); c) utilizzare i principi costituzionali al fine di integrare il significato di clausole generali e di concetti elastici<sup>36</sup>; d) considerare, in generale, la costituzione come la fonte dei principi informatori dei vari sotto-settori disciplinari – eventualmente effettuando una riconfigurazione, alla luce della costituzione, di specifici istituti e dei principi settoriali di una certa materia<sup>37</sup>.

Tutto ciò porterà ad attribuire al controllo di costituzionalità un carattere tendenzialmente “diffuso”: infatti, anche in un sistema in cui sia formalmente in vigore il controllo accentrato di costituzionalità delle leggi, il massiccio utilizzo delle tecniche qui sopra indicate fa sì che l’attuazione dei principi costituzionali (e l’opera di conformazione della legislazione ad essi) si svolga ben prima dell’instaurazione di un giudizio di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale. In questo modello le corti assumono così un ruolo di attuazione della costituzione, ponendosi quasi in una posizione di concorrenza rispetto al legislatore – concorrenza che può arrivare anche a dare luogo a vere e proprie disapplicazioni delle leggi ritenute in contrasto con la costituzione (magari dietro l’apparenza di interpretazioni conformi a costituzione<sup>38</sup>).

La *Corte costituzionale*, infine, in questo modello non sarà (solo) un legislatore negativo, ma dispiegherà un insieme di tecniche decisorie che la metteranno in condizione di svolgere di volta in volta un ruolo da vero e proprio co-legislatore (sentenze manipolative: additive, sostitutive...), oppure un ruolo propulsivo sia verso i giudici comuni sia verso lo stesso legislatore (sentenze monito, sentenze additive di principio, sentenze interpretative...)<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*.

<sup>37</sup> Per alcuni esempi, G. OPPO, *Sui principi generali del diritto privato*, cit.

<sup>38</sup> Cfr. ad es. Tribunale Salerno, sez. I civ., ord. 9 gennaio 2010, n. 191, leggibile sul sito [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org) (<http://www.biodiritto.org/index.php/item/480-dossier-come-%C3%A8-cambiata-la-legge-40-2004-2014>); in merito, C. Tripodina, *Sul come scansare la briglia delle leggi*. Questa stessa legge era già stata oggetto di interpretazioni adeguatrici molto spinte da parte di Tribunale Cagliari, sent. 24 settembre 2007, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 579 ss.; e Tribunale Firenze, ord. 17 dicembre 2007, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 591 ss. V. anche M. RUOTOLO, *Alcuni eccessi nell’uso della “interpretazione conforme a ...”*.

<sup>39</sup> Sulla «funzione di conformazione dell’ordinamento legislativo al dettato costituzionale» che spetta alla Corte costituzionale, vedi Corte costituzionale n. 185/1992.

#### 4. *La costituzione come assiologia: il modello dei valori*

La terza concezione della costituzione, la costituzione come assiologia, sostiene che la costituzione sia l'espressione di un insieme (non precisamente determinato) di valori fondanti, fondativi, ecc. Anche questa idea appare di per sé piuttosto ovvia, visto che la costituzione rappresenta la codificazione dei valori fondativi di un certo ordine politico e sociale. E sotto alcuni aspetti questo modello non è chiaramente distinguibile rispetto al modello dei principi: si tratta in un certo senso di una versione potenziata, o portata all'eccesso, di quel modello. Come peraltro suggerisce la circostanza che molti giuristi e la stessa Corte costituzionale tendono ad usare "principi" e "valori" in maniera promiscua o pressoché come sinonimi.

Ciononostante, a partire dai discorsi e dalle pratiche argomentative presenti nella cultura giuridica recente è possibile isolare un modello che non solo ha una sua riconoscibilità, ma è anche piuttosto diffuso e influente. Più in particolare, il modello della costituzione come assiologia si accompagna alle idee seguenti.

L'universo costituzionale è popolato non solo da regole o principi, ma anche da valori; questi ultimi non sono vere e proprie norme, piuttosto sono la ragion d'essere delle norme costituzionali (regole e principi), e dunque – pur non essendo entità propriamente giuridiche – rappresentano (paradossalmente) il livello più fondamentale e più autentico della costituzione.

I valori talvolta emergono chiaramente dal testo costituzionale (l'esempio più ricorrente al riguardo è la proclamazione dell'inviolabilità della libertà personale di cui all'art. 13 cost.). Più spesso, però, la formulazione del testo costituzionale è considerata solo una spia, un indizio dei valori sottostanti, i quali ultimi sono ciò che per l'interprete deve realmente contare. I valori sottostanti trascendono il testo, e possono essere attinti attraverso una interpretazione sistematica, olistica, della costituzione, e in ogni caso non si identificano necessariamente soltanto con quelli chiaramente desumibili dal testo costituzionale<sup>40</sup>. In ogni caso, spetta preferenzialmente alla Corte costituzionale il compito di individuarli<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*. Sostengono invece che l'indagine sui valori costituzionali debba essere legata al testo della costituzione, M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, 176; A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*.

<sup>41</sup> M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, 170-171.

Inoltre, fa normalmente parte di questa concezione l'idea che l'insieme dei diritti e principi espressi dal testo costituzionale abbia una sua intrinseca armonia, che confluisca in una trama assiologica complessa ma comunque lineare e dotata di una sua intrinseca intelligibilità<sup>42</sup>, e inoltre l'idea che i valori costituzionali confluiscono in una strutturazione gerarchica (ad esempio, i valori della dignità e inviolabilità della persona sono normalmente considerati preminenti rispetto a tutti gli altri)<sup>43</sup>. La strutturazione armonica e gerarchica dei valori rinvia poi all'oggettività dei valori, che può a sua volta derivare da qualche forma di (cripto-)giusnaturalismo, o dal radicamento sociale dei valori stessi: i valori "ci sono" in quanto emergono dalla società, dalla "coscienza sociale"<sup>44</sup>.

I valori, ancorché oggettivi, sono però molto astratti; sono dunque destinati ad "inverarsi" nei casi concreti: essi richiedono che si trovi sempre la soluzione più "adeguata al caso". In connessione a ciò, in questo modello la "ragionevolezza" non è solo un criterio di valutazione del bilanciamento (come accade già nel modello dei principi), ma tende a diventare un canone generale di interpretazione giuridica: non solo della costituzione ma anche della legge<sup>45</sup>.

Le espressioni più compiute di questo modo di pensare si possono rinvenire nella dottrina formulata dalla Corte costituzionale tedesca sull'ordine oggettivo dei valori (*objektive Wertordnung*)<sup>46</sup> incorporato dal testo costituzionale, e in particolare dalle disposizioni che proclamano diritti fondamentali. In Italia, questa posizione è riferibile a quella che è conosciuta come "teoria dei valori" o "interpretazione costituzionale per valori"<sup>47</sup>: una strategia argomentativa scopertamente etico-sostanziale, che impegna l'interprete a portare alla luce la struttura assiologi-

<sup>42</sup> Cfr. ad es. M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, 176. Parla di «armonica unità del sistema posto dalla legge fondamentale della Repubblica», tra le tante, Corte costituzionale n. 106/1962.

<sup>43</sup> Così, quasi alla lettera, P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, 39, 41, 62, 68.

<sup>44</sup> M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, 173.

<sup>45</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Per un'ermeneutica rinnovata*, 2240-2241, 2251.

<sup>46</sup> Una delle prime formulazioni di questa teoria risale al c.d. "caso Lüth": BverfGE 7, 198 (1958). Su questa giurisprudenza, v. R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali*, 172-176, 555-559; A. CERRI, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato*; D. KOMMERS, *Germany: Balancing Rights and Duties*, 179-183.

<sup>47</sup> Tra gli esponenti di questa posizione, A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*; ID., *L'interpretazione della costituzione*; M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*; A. FALZEA, *La costituzione e l'ordinamento giuridico*; P. PERLINGIERI, *Valori costituzionali e loro gerarchia*; N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*;

ca profonda della costituzione e a fare direttamente riferimento ad essa nelle sue operazioni interpretative e argomentative. Echi di questa concezione emergono ripetutamente anche nelle motivazioni delle sentenze della Corte costituzionale italiana: l'idea di un ordine obiettivo di valori riflesso nella (o presupposto dalla) carta costituzionale è testimoniata sia dal frequente ricorso al lessico dei "valori", di modo che alcuni diritti o principi fondamentali vengano frequentemente qualificati come "valori"<sup>48</sup>; sia dall'idea (che come abbiamo visto è strettamente associata a questa concezione) dei c.d. principi costituzionali supremi, ossia principi costituzionali dotati di un valore gerarchico superiore a tutti gli altri principi costituzionali.

Una volta individuati i valori rilevanti, le principali ricadute a fini interpretativi sono le seguenti: innanzitutto, ogni valore ha un campo di estensione non delimitato né delimitabile (il valore è potenzialmente "tirannico"<sup>49</sup>), dunque l'interpretazione per valori richiede una iper-interpretazione, relativamente libera da vincoli testuali, delle disposizioni che racchiudono o proclamano un valore: il valore reclama una tutela "integrale"<sup>50</sup>. Per altro verso, siccome la costituzione racchiude più valori (la costituzione è pluralista), valori tutti in cerca di realizzazione<sup>51</sup>, essi dovranno essere applicati con una logica "flessibile" e compromissoria, la logica della ragionevolezza e del bilanciamento<sup>52</sup>: andrà cercato, per ogni

M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*. Per una valutazione critica di questo orientamento, A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*.

<sup>48</sup> Per alcuni esempi recenti, tra i moltissimi che si potrebbero fare, Corte costituzionale nn. 407 e 536/2002 (l'ambiente come valore costituzionale).

<sup>49</sup> C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*.

<sup>50</sup> N. LIPARI, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*. E v. Corte costituzionale n. 81/1993: «la stretta attinenza della libertà e della segretezza della comunicazione al nucleo essenziale dei valori della personalità [...] comporta un particolare vincolo interpretativo, diretto a conferire a quella libertà, per quanto possibile, un significato espansivo».

<sup>51</sup> Tra i moltissimi esempi che si potrebbero fare, cfr. Corte costituzionale n. 238/1996 (conflitto tra libertà personale ed esigenze relative alla giustizia, entrambe qualificate come valori costituzionali supremi o primari).

<sup>52</sup> Così F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, 99-100; A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*; ID., *L'interpretazione della costituzione*; A. RUGGERI, *Giurisprudenza costituzionale e valori*, 23. Si legga inoltre questo passo della sentenza della Corte costituzionale n. 85/2013 (c.d. caso Ilva), in cui significativamente compare anche una terminologia di derivazione direttamente schmittiana: «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. [...] Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente

caso concreto, il migliore (il più giusto, il più adeguato) equilibrio tra i valori in gioco<sup>53</sup>. Ovvero: ciascun valore potrà essere limitato in sede interpretativa fintanto che quel limite appare ragionevole alla luce di un altro valore, a prescindere da ciò che dice in proposito il testo costituzionale<sup>54</sup>.

Infine, un ultimo ordine di conseguenze che può essere associato a questo orientamento riguarda la maggiore predisposizione da parte delle corti a “dialogare” con altre corti di altri ordinamenti (il ricorso al c.d. argomento comparatistico nell’argomentazione giuridica e anche costituzionale). Il legame con il modello assiologico è evidente: se la costituzione (la costituzione di un singolo paese) è a ben vedere il riflesso di un ordine di valori, e se – come è altamente probabile – anche altre costituzioni riflettono il medesimo ordine di valori, o comunque incorporano gli stessi valori (la dignità, l’eguaglianza, la libertà, l’autonomia, ecc.), allora è scontato che corti di diversi ordinamenti interagiscano tra loro, visto che concepiranno sé stesse come impegnate a concretizzare in sede giudiziaria valori del tutto omogenei.

## 5. *Tirando le fila*

In questo saggio ho provato a ricostruire tre modelli o concezioni della costituzione, cercando di evidenziare soprattutto le ripercussioni di tali modelli sulle tecniche interpretative e argomentative utilizzate dai giuristi. Ognuno di questi modelli ha un certo grado di plausibilità descrittiva (ognuno di essi coglie delle caratteristiche effettivamente presenti nelle costituzioni contemporanee), e ognuno ha pregi e difetti.

Inoltre, tutti e tre i modelli producono in fin dei conti una “unificazione” dei metodi interpretativi (e dunque una sconfessione della pretesa specificità dell’interpretazione costituzionale). Infatti: il modello delle regole porta ad applicare all’interpretazione della costituzione le stesse tecniche tradizionalmente impiegate per l’interpretazione della legge; il

riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». Cfr. anche Corte costituzionale n. 149/1992.

<sup>53</sup> Sostiene trattarsi di una forma di giudizio di equità M. DOGLIANI, *Il «posto» del diritto costituzionale*, 532; in senso analogo anche L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, 144.

<sup>54</sup> Cfr. ad es. A. BALDASSARRE, *L’interpretazione della costituzione*, 226, sulla possibilità di limitare ad es. la libertà di manifestazione del pensiero o i diritti di difesa (“valori individuali”), alla luce di “valori comunitari” non necessariamente formulati in maniera esplicita nella Costituzione.

modello dei principi e il modello dei valori di contro portano ad estendere alla legge i metodi interpretativi e gli stili argomentativi normalmente usati nell'interpretazione costituzionale (bilanciamento, proporzionalità, ragionevolezza).

Ciò detto, a consuntivo della ricostruzione fin qui proposta si possono fare alcune riflessioni conclusive.

### 5.1. *Costituzione dei diritti o costituzione dei poteri?*

Una prima riflessione riguarda l'individuazione dell'oggetto privilegiato di questi tre modelli. Come abbiamo notato in apertura di questo lavoro, infatti, i tre modelli qui esaminati nascono come altrettanti modi di rapportarsi alla parte "sostanziale" della costituzione (il *Bill of Rights*, o la "costituzione dei diritti"), anziché alla parte "istituzionale" della costituzione (il *Frame of Government*, o la "costituzione dei poteri").

Ora, questa osservazione è esatta se intesa come dato "genetico", per così dire, ma ha un valore tutto sommato relativo. Infatti, in primo luogo, la distinzione tra la parte sostanziale e la parte istituzionale della costituzione, per quanto topograficamente corretta, è nella sostanza precaria perché notoriamente le due parti interagiscono strettamente: i cambiamenti (anche per via interpretativa) che riguardano la parte istituzionale influenzano la determinazione e l'effettività dei contenuti della parte sostanziale<sup>55</sup>, e specularmente i modi di intendere i contenuti della parte sostanziale si possono facilmente riverberare sulla parte istituzionale (ad esempio, una interpretazione espansiva dei diritti costituzionali determina anche un certo assetto dei rapporti tra legislatore, giudici comuni e Corte costituzionale, come abbiamo visto in questo saggio).

E in secondo luogo, nonostante i tre modelli che ho provato a ricostruire abbiano inizialmente ad oggetto la parte sostanziale della costituzione, essi tendono poi ad essere esportati anche nella parte istituzionale (questo è vero soprattutto per il modello dei principi e per il modello dei valori), dove però vanno a sovrapporsi ad una porzione del testo costituzionale che è per lo più formulata "per regole". Così, per fare giusto un esempio, un approccio argomentativo ispirato al modello dei valori tenderà ad impostare in termini di ragionevolezza non solo questioni atti-

<sup>55</sup> Questa tesi è dettagliatamente sviluppata in A. PINTORE, *Note intorno all'attuazione dei diritti*.

nenti ai diritti fondamentali, ma anche questioni di riparto di competenza tra Stato e Regioni, o tra altri poteri dello Stato.

### 5.2. Modelli alternativi o concorrenti?

Una seconda riflessione riguarda la possibile coesistenza delle tre concezioni che ho passato in rassegna. Facendo riferimento al contesto italiano, in punto di fatto è vero che esse possono essere collocate in un (vago) ordine cronologico: per prima sembra apparire la concezione della costituzione come limite, poi la concezione della costituzione come fondamento, poi ancora la concezione della costituzione come assiologia. Questo peraltro sembra falsificare la tesi secondo cui le giurisprudenze costituzionali “giovani” tendono maggiormente a sviluppare un approccio argomentativo di tipo “ponderativo” e casistico (che qui ho associato al modello dei principi e in parte a quello dei valori), mentre le giurisprudenze costituzionali più “mature”, come quella USA, hanno potuto sviluppare nel corso del tempo un sofisticato apparato di specifiche *doctrines* che operano in maniera *rule-like*<sup>56</sup>.

Nonostante questa scansione cronologica abbia, ritengo, una sua plausibilità descrittiva, non sarebbe comunque esatto pensare che ciascuna concezione successiva abbia interamente *rimpiazzato* quella precedente: ad oggi, per esempio, tutte e tre le concezioni sono rintracciabili nella cultura giuridica italiana<sup>57</sup>. E del resto è assai raro che nel diritto un modello culturale o concettuale scompaia completamente, o all’opposto che prevalga completamente<sup>58</sup>.

Ma non si tratta solo di questo. In realtà, tra le varie concezioni che ho isolato “allo stato puro”, possono esserci anche commistioni, combinazioni, sovrapposizioni, zone grigie. È possibile cioè che uno stesso giu-

<sup>56</sup> Questa tesi è stata sostenuta da F. SCHAUER, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, 57 ss.

<sup>57</sup> Secondo C. PINELLI, *Il dibattito sull’interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, 1674, il modello delle regole è attualmente maggioritario quantomeno «in sede teorica». Non sono in grado né di corroborare né di confutare questa affermazione, ma noto solo che il modello dei principi ha avuto una schiacciante diffusione se non altro a livello giurisprudenziale, e che il modello dei valori è penetrato profondamente nello stile argomentativo della Corte costituzionale (grazie anche alla presenza all’interno della Corte di alcuni autorevoli esponenti di questo orientamento).

<sup>58</sup> Come nota M. MAZZAMUTO, *La legalità debole dei principi*, 486, «il succedersi di modelli giuridici differenti non determina quasi mai una totale sostituzione dei vecchi con i nuovi, quanto, invece, una loro articolata e complessa stratificazione».

rista adottati un modello per interpretare e applicare alcune norme della costituzione, e un altro modello per interpretare e applicare altre norme della costituzione<sup>59</sup>. Oppure è possibile che alcune tecniche interpretative o decisionali o stili dottrinali si trovino per così dire a metà strada tra due modelli (che non sia chiaro, cioè, se siano espressive dell'uno o dell'altro modello)<sup>60</sup>.

Più in generale, i tre modelli che ho cercato di isolare non devono essere intesi come tre monoliti: ciascuno di essi può avere, e di fatto ha, al proprio interno varie sfumature, tollera varie differenze di enfasi. Ciononostante, individuare i tre modelli ha, mi pare, una buona capacità ricostruttiva delle pratiche interpretative e argomentative che si possono riscontrare nella cultura giuridica recente.

### 5.3. *Modelli descrittivi o normativi?*

Una terza riflessione riguarda lo statuto epistemologico, per così dire, delle tre concezioni che ho ricostruito. Come dovrebbe essere chiaro, quelli che ho ricostruito sono modelli marcatamente prescrittivi: pretendono di indicare gli stili di interpretazione e di argomentazione preferibili, la migliore distribuzione del potere di interpretare, attuare e applicare la costituzione tra legislatore, Corte costituzionale e giudici comuni, e perfino la tecnica ottimale di redazione del testo costituzionale.

Tuttavia, per strano che possa apparire, almeno a chi ha a cuore la distinzione tra essere e dover essere, questi modelli non sono *solo* prescrittivi: hanno anche una parte “descrittiva”. Questa è presente nella pretesa da parte dei sostenitori di ciascun modello di sviluppare discorsi che in massima parte riguardano la costituzione *così come essa di fatto è*. D'altronde, è noto che l'attività interpretativa<sup>61</sup>, pur essendo un'attività

<sup>59</sup> Ad esempio, anche se qui esprimo una generale preferenza per il secondo modello, mi sembrerebbe preferibile, da un punto di vista di politica del diritto, che le corti adottassero una prospettiva *rule-like*, conforme al primo modello, per quanto riguarda in particolare l'attuazione dei principi costituzionali in materia penale. Ho provato ad argomentare questa posizione in G. PINO, *Legalità penale e Rule of Law*.

<sup>60</sup> Ad esempio, l'opera di Gustavo ZAGREBELSKY potrebbe essere collocata per alcuni versi nel secondo modello (per quanto riguarda l'enfasi sul ruolo dei principi costituzionali), e per altri versi nel terzo (per quanto riguarda l'enfasi sul ruolo della ragionevolezza come canone di interpretazione costituzionale).

<sup>61</sup> Per la precisione, le attività intellettuali generate da ciascuno dei tre modelli solo in parte sono qualificabili come interpretazione in senso stretto (cioè ascrizione di significato ad enunciati delle fonti), e in gran parte appartengono al vasto campo della “costruzione giuridica” (per questa distinzione, v. R. GUASTINI, *Interpretare, costruire, argomen-*

intensamente decisoria e valutativa, include anche aspetti “conoscitivi”<sup>62</sup>: intendo dire che un’attività interpretativa che ignorasse alcuni punti fermi su cui c’è un accordo di base nella cultura giuridica (certe fonti, certi stili interpretativi...) sarebbe equivalente ad un romanzo di fantascienza. Vale a dire che, con l’eccezione delle posizioni spiccatamente riformatrici, di politica del diritto<sup>63</sup>, le proposte articolate all’interno di ciascuno dei tre modelli vengono sempre giustificate dai loro proponenti come richieste dalla costituzione esistente, o al limite dall’esigenza di mettere quest’ultima, dworkinianamente, “nella sua luce migliore”.

I tre modelli possono dunque essere valutati non solo sul piano dell’opportunità delle conseguenze applicative, argomentative, interpretative ecc. che ciascuno di essi comporta, ma anche sul piano della maggiore o minore aderenza alla fenomenologia della costituzione vigente in un certo ordinamento. E da questo punto di vista, pur riconoscendo che ogni risposta a questa questione non può pretendere di essere “oggettiva”, una pura descrizione di come la costituzione oggettivamente è, mi pare che il modello della costituzione come fondamento (il modello dei principi) sia quello che aderisce maggiormente alla fenomenologia della costituzione vigente in Italia, e in generale alla fenomenologia delle costituzioni democratiche e pluralistiche contemporanee: costituzioni che vogliono offrire una fondazione complessiva di un nuovo ordine sociale dopo qualche evento socialmente e politicamente traumatico – una guerra, una rivoluzione, il crollo di un regime dittatoriale...; che hanno l’ambizione di durare a lungo; e che sono caratterizzate da una certa difficoltà dei procedimenti emendativi. A fronte di questo fondamento politico-culturale, fortemente pluralista, e di queste ambizioni programmatiche tipicamente condivise dalle costituzioni del costituzionalismo contemporaneo, è ben difficile che una costituzione sia formulata senza incorporare una serie di disposizioni di principio, e che non sia poi interpretata e applicata come un insieme di norme di principio.

*tare*). Ma, oltre al fatto che molto spesso la distinzione tra interpretazione e costruzione è difficile o impossibile da tracciare, in ogni caso rispetto al punto trattato nel testo questa distinzione non fa alcuna differenza.

<sup>62</sup> R. GUASTINI, *Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica*.

<sup>63</sup> Quali quelle che auspicano una riscrittura della costituzione in termini più esatti, precisi, ecc. (v. *supra*, nt. 12 e testo corrispondente).

#### 5.4. *La normatività della costituzione, una nozione a geometria variabile*

Infine, una quarta riflessione riguarda il problema se l'adozione dell'uno o dell'altro di questi tre modelli determini di per sé una maggiore o minore normatività della costituzione: è più "forte", più vincolante, una costituzione concepita secondo il modello delle regole, oppure secondo il modello dei principi, oppure secondo il modello dei valori? Questo è esattamente il problema che si pongono i sostenitori di ciascuna delle tre concezioni qui ricostruite: essi condividono tutti l'obiettivo di assicurare la più ampia normatività alla costituzione, e anzi, in vista di questo obiettivo sono tra loro in concorrenza<sup>64</sup>.

La risposta a questa domanda non è affatto facile, in quanto ciascuno dei tre modelli ha, sotto questo aspetto, punti forti e punti deboli: come mostrano le brevi considerazioni seguenti.

Il modello delle regole restituisce dei diritti costituzionali "forti", ma dal campo di applicazione piuttosto ristretto – talvolta, arbitrariamente ristretto, come accade con certe forme del tutto apodittiche di categorizzazione del contenuto dei diritti (la dottrina dei limiti "naturali" o "immanenti" dei diritti fondamentali); questo modello inoltre limita drasticamente la platea dei soggetti che contribuiscono attivamente all'attuazione della costituzione, e dunque dei diritti costituzionali; e infine questo modello produce il risultato di irrigidire o addirittura pietrificare il testo costituzionale, vincolandone l'interpretazione a tecniche rigide e "statiche"<sup>65</sup>.

Il modello dei valori, per parte sua, allenta eccessivamente il vincolo che per l'interprete può derivare dal testo della costituzione, e si compromette con entità (i valori, per l'appunto) non facilmente definibili e individuabili: si pensi allo stilema secondo cui i valori emergono o comunque vanno individuati a partire dalla "coscienza sociale"; ebbene, dietro questa formula apparentemente innocua si cela un atteggiamento potenzialmente regressivo per la tutela dei diritti fondamentali, i quali verranno ad essere individuati e definiti sulla base del sentire maggioritario della società: laddove i diritti fondamentali hanno un senso proprio perché proteggono contro la maggioranza – maggioranza parlamentare,

<sup>64</sup> Che i dibattiti sull'interpretazione costituzionale siano, al fondo, dibattiti sul grado di prescrittività della costituzione è osservato anche da C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, 1675.

<sup>65</sup> Per la distinzione tra teorie statiche e dinamiche dell'interpretazione costituzionale, v. R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, 111-158.

certamente, ma anche sociale<sup>66</sup>. Inoltre, questo modello trasforma la Corte costituzionale in un “custode della ragionevolezza”<sup>67</sup>, rendendone più opachi gli stili di argomentazione, e trasforma l’applicazione del diritto in giudizio casistico ed equitativo.

Il modello dei principi, infine, presenta una costituzione dal contenuto estremamente ampio (addirittura una costituzione “totale”), che si irradia potenzialmente su tutto l’ordinamento, e che richiede l’intervento di molteplici soggetti istituzionali; e assicura la possibilità di un continuo adeguamento del diritto infra-costituzionale alla costituzione, nonché dell’aggiornamento in via interpretativa del contenuto della costituzione (grazie all’impiego di tecniche interpretative “dinamiche”), il che è cruciale in un contesto di costituzione rigida. Questi sono i punti forti di questo modello, che a mio parere lo rendono preferibile rispetto agli altri due. Tuttavia anche questo modello ha le sue vulnerabilità: ad esempio, è vero che esso restituisce un panorama giuridico saturo di principi e diritti costituzionali, ma si tratta di principi “flessibili”, destinati a limitarsi reciprocamente, o anche ad essere limitati sulla base di considerazioni non chiaramente desumibili dalla costituzione stessa<sup>68</sup>. Inoltre, come abbiamo visto questo modello può incentivare pratiche interpretative alquanto spericolate e, accentuando di fatto il carattere diffuso del controllo di costituzionalità, può inaridire il canale di accesso alla Corte costituzionale e può mantenere in vita norme e atti normativi contrastanti con la Costituzione, ma salvati da qualche interpretazione conforme che però – in linea di principio – vale solo per il caso concreto.

La preferibilità, nel merito, di un modello o di un altro dipenderà dal modo in cui si ritenga di ponderare considerazioni di questo tipo, oltre che, ovviamente, da circostanze contingenti all’interno di ciascun ordinamento, prima tra tutte il grado di fiducia che si può riporre su certi operatori giuridici rispetto alla loro capacità di attuare le norme della costituzione.

<sup>66</sup> Per uno sviluppo più dettagliato di questo argomento, v. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cap. V.

<sup>67</sup> A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*.

<sup>68</sup> Sul carattere “bifronte” dei principi, norme che sono allo stesso tempo più “deboli” e più “forti” delle regole, v. L. GIANFORMAGGIO, *L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*; M. MAZZAMUTO, *La legalità debole dei principi*.

*Riferimenti bibliografici*

- Alexy R., *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), il Mulino, Bologna, 2012.
- Angiolini V., *Costituzione tollerante, costituzione totale ed interpretazione della disciplina della libertà*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 15-44.
- , *Costituzione e costituito nell'Italia repubblicana*, Cedam, Padova, 1995.
- Atienza M., Ruiz Manero J., *Las piezas del derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.
- Baldassarre A., *Costituzione e teoria dei valori*, in «Politica del diritto», 1991, pp. 639-658.
- , *L'interpretazione della costituzione*, in A. Palazzo (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, ESI, Napoli, 2001, pp. 215-230.
- Barak A., *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge U.P., Cambridge, 2012.
- Barile P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1984.
- Bartole S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, il Mulino, Bologna, 2004.
- Bin R., *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 2, 2002.
- , *I principi costituzionali: uso e applicazione*, in «Roma e America. Diritto romano comune», 34, 2013, pp. 215-227.
- Böckenförde E.-W., *Diritti fondamentali come norme di principio. Sulla situazione attuale della dogmatica dei diritti fondamentali* (1989), in Id., *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 209-262.
- Borges J.L., *L'artefice*, in *Tutte le opere*, vol. 1, Meridiani Mondadori, Milano, 1986.
- Cartabia M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995.
- Celano B., *I diritti nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2013.
- Cerri A., *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 131-161.
- Cohen-Eliya M., Porat I., *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge U.P., Cambridge, 2013.
- Comanducci P., *Ordine o norma? Su alcuni concetti di costituzione nel settecento*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello, vol. I, Saggi storici*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 173-208.
- , *Interpretazione della costituzione*, in Id., *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 97-123.

- Crisafulli V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio* (1952) in Id., *Prima e dopo la Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, pp. 212-367
- , *Costituzione*, in *Enciclopedia del Novecento*, vol. I, 1975, pp. 1030-1039.
- di Robilant E., *Modelli nella filosofia del diritto*, il Mulino, Bologna, 1968.
- Diciotti E., *Regola di riconoscimento e concezione retorica del diritto*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 7/2007, pp. 9-42.
- Dogliani M., *Interpretazioni della costituzione*, FrancoAngeli, Milano, 1982.
- , *Il «posto» del diritto costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1993, pp. 525-544.
- Dworkin R., *The Model of Rules I* (1967), in Id., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 19782.
- Eco U., *Dell'impossibilità di costruire la carta dell'impero 1 a 1*, in Id., *Il secondo diario minimo*, Bompiani, Milano, 1992, pp. 157-163.
- Falzea A., *La costituzione e l'ordinamento giuridico* (1998), in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica I. Teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 453-517.
- Ferrajoli L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 1. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- , *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», 3, 2010, pp. 2771-2816.
- , *La teoria del diritto: l'oggetto, il metodo, la funzione*, in «Rivista di Filosofia del diritto», 2012, 2, pp. 229-252.
- , *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2013.
- Fioravanti M., *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Giappichelli, Torino, 19952.
- , *La trasformazione costituzionale*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2, 2014, pp. 295-308.
- Florida G., *'Costituzione': il nome e le cose*, in «Analisi e diritto», 1994, pp. 131-152.
- Garzón Valdés E., *Representación y democracia*, in «Doxa», 6, 1989, pp. 143-164.
- Gianformaggio L., *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi* (1985), in Ead., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 173-204.
- Gregorio M., *Quale costituzione? Le interpretazioni della giuspubblicistica nell'immediato dopoguerra*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. 35, t. II, 2006, pp. 849-913.
- Guastini R., *Produzione di norme a mezzo di norme*, in L. Gianformaggio, E. Lecaldano (a cura di), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Roma-Bari, 1986, pp. 173-201.
- , *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004.

- , *Componenti cognitive e componenti nomopoietiche nella scienza giuridica*, in «Diritto pubblico», 3, 2004, pp. 927-938.
- , *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2006.
- , *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010.
- , *Fonti del diritto*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 119-143.
- , *Giustizia costituzionale v. democrazia*, in Id., *Distinguendo ancora*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 243-248.
- , *Interpretare, costruire, argomentare*, in «Osservatorio delle fonti», 2, 2105.
- Häberle P., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale* (1983), La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993.
- Holmes S., *Constitutions and Constitutionalism*, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. by M. Rosenfeld and A. Sajó, Oxford U.P., Oxford, 2012.
- Jemolo A.C., *Che cos'è la costituzione* (1946), Donzelli, Roma, 1996.
- Kelsen H., *La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)* (1928), in Id., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 143-206.
- Kommers D., *Germany: Balancing Rights and Duties*, in J. Goldsworthy (ed. by), *Interpreting Constitutions. A Comparative Study*, Oxford U.P., Oxford, 2006, pp. 161-214.
- Kumm M., *Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, in «German Law Journal», vol. 7, 2006, pp. 341-369.
- Lamarque E., *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in «Quaderni costituzionali», 2008/2, pp. 269-295.
- Lipari N., *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in «Rivista di diritto civile», 1997, I, pp. 413-426.
- , *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2003, pp. 865-878.
- Luciani M., *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 170-178.
- , *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in G. Brunelli, G. Cazzetta (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 31-72.
- Mazzamuto M., *La legalità debole dei principi*, in «Diritto e società», 1993, 1-2, pp. 474-488.
- Mazzarese T., *Ancora su ragionamento giudiziale e diritti fondamentali. Spunti per una posizione «politicamente scorretta»*, in «Ragion pratica», 35, 2010, pp. 509-547.

- Modugno F., *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIV, 1991.
- , *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995.
- , *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in Id., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pp. 65-105.
- Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001.
- Onida V., *L'attuazione della Costituzione tra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 501-595.
- Oppo G., *Sui principi generali del diritto privato*, in «Rivista di diritto civile», 1991, I, pp. 475-494.
- Pace A., *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 83-113.
- Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996.
- Perlingieri P., *Valori costituzionali e loro gerarchia*, in «Rassegna di diritto civile», 4, 1999, pp. 789-823.
- , *Per un'ermeneutica rinnovata*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 2231 ss.
- Pinelli C., *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. III, Jovene, Napoli, 2004, pp. 1665-1686.
- Pino G., *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, il Mulino, Bologna, 2003.
- , *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2010.
- , *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, ETS, Pisa, 2016.
- , *Legalità penale e Rule of Law*, in G. Pino, V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, il Mulino, Bologna, 2016, pp. 177-233.
- , *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, il Mulino, Bologna 2017.
- Pintore A., *Note intorno all'attuazione dei diritti*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 21, 2016, pp. 1-22.
- Prieto Sanchís L., *El constitucionalismo de los derechos*, in «Revista Española de Derecho Constitucional», 2004, pp. 47-72.
- , *Constitucionalismo y garantismo*, in M. Carbonell, P. Salazar (coord.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 41-57.
- Rescigno G.U., *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in «Diritto pubblico», 2005, 1, pp. 19-48.
- Rodotà S., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in «Rivista di diritto commerciale», 1967, I, pp. 83-125.
- Ruggeri A., *Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti (prime osser-*

- vazioni), in Aa.Vv., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Cedam, Padova, 1997, pp. 28-89.
- , *Giurisprudenza costituzionale e valori*, in «Diritto pubblico», 1998, pp. 1-33.
- Ruotolo M., *Alcuni eccessi nell'uso della "interpretazione conforme a..."*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2007, pp. 1222 ss.
- , *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.
- Scalia A., *The Rule of Law as a Law of Rules*, in «University of Chicago Law Review», vol. 56, 1989, pp. 1175-1188.
- Schauer F., *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, in G. Nolte (ed. by), *European and US Constitutionalism*, Cambridge U.P., Cambridge, 2005.
- Schmitt C., *La tirannia dei valori* (1967), Adelphi, Milano, 2008.
- Sunstein C., *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford U.P., Oxford, 1996.
- Tarello G., *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in «Politica del diritto», 3-4, 1972, pp. 459-499.
- , *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.
- Tripodina C., *Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno*, in «Costituzionalismo.it», 1, 2010.
- Zagrebelsky G., *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.
- , *Diritto per: valori, principi o regole?*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», vol. 31, 2002, pp. 865-897.
- , *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008.
- , *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009.
- Weinrib L., *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in S. Choudhry (ed. by), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge U.P., Cambridge, 2007, pp. 83-113.

### I VINCOLI DI SPESA E LE ESIGENZE DI BILANCIO NELLE DINAMICHE DELLA SPESA FARMACEUTICA. PROFILI DI COSTITUZIONALITÀ

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il quadro normativo in materia di razionalizzazione e contenimento della spesa farmaceutica. Brevi cenni – 3. I farmaci *off label* – 3.1. Cenni sull'evoluzione normativa dei farmaci *off label* – 3.2. Il caso Avastin-Lucentis, la presa di posizione della Regione Emilia Romagna e gli interventi della Corte costituzionale – 4. I tetti alla spesa farmaceutica territoriale e nello specifico lo sfioramento del fondo per i farmaci innovativi. Il quadro normativo – 5. Il caso Takeda Italia s.p.a. e la sentenza della Corte costituzionale n. 70 del 2017 – 5.1. Gli argomenti dell'ordinanza di rimessione e dell'Avvocatura dello Stato – 5.2. La decisione della Corte costituzionale – 6. I vincoli di spesa, le esigenze di bilancio e le implicazioni di sistema. Alcune riflessioni critiche anche alla luce della recente giurisprudenza costituzionale.

#### 1. *Introduzione*

In questo scritto saranno analizzate due specifiche vicende rientranti nella più ampia questione della spesa farmaceutica (*recte*: delle politiche rivolte al suo contenimento): quella Avastin-Lucentis riguardante il ricorso ai farmaci *off label* e quella Takeda Italia s.p.a. relativa ai tetti alla spesa farmaceutica territoriale e, nello specifico, allo sfioramento del fondo per i farmaci innovativi autorizzati in corso d'anno.

Queste vicende, seppur profondamente diverse fra loro, sembrano confermare le preoccupazioni di ordine generale espresse dalla dottrina costituzionalistica intorno al peso sempre maggiore assunto dall'esigenze di contenimento della spesa pubblica. Esigenze che, come è noto, hanno trovato da ultimo<sup>1</sup> soddisfazione con la legge di revisione costituzionale

<sup>1</sup> Come fa notare, infatti, A. BRANCASI, *Bilancio (equilibrio di)*, in *Enc. dir., Annali VII*, Milano 2014, 180, «già da tempo», all'«originario disegno era subentrata, seppure in maniera surrettizia, l'idea che la cura dell'interesse finanziario dovesse comunque prevalere.

n. 1 del 2012, con la quale è stato costituzionalizzato il *vincolo* dell'equilibrio di bilancio<sup>2</sup>.

In queste battute iniziali occorre rilevare che, da lungo tempo, la spesa sanitaria in generale e quella farmaceutica in particolare sono al centro di interventi rivolti al loro contenimento; già il d.lgs. n. 502 del 1992 ha rappresentato, infatti, non solo «il tratto forse più marcato dell'operazione di recupero del ruolo regionale sul piano delle politiche sanitarie»<sup>3</sup> prima della revisione del Titolo V, ma anche e soprattutto il tentativo di porre termine a quella «libertà irresponsabile “di assumere impegni di spesa sulla base di futuri interventi del Governo”»<sup>4</sup>.

La ragione di tale centralità delle politiche di contenimento della spesa sanitaria è banalmente nota: quest'ultima, infatti, seppur si attesti su livelli decisamente inferiori alla media europea<sup>5</sup>, è la voce che accresce in misura rilevante il debito pubblico<sup>6</sup>.

Si è così trattato di rimuovere dalla Costituzione il segno residuo che ancora si poneva in antitesi a questa trasformazione, cioè il divieto di “stabilire nuovi tributi e nuove spese” con la legge di bilancio: a ciò ha provveduto la riforma, che ha eliminato, dall'art. 81 cost., il comma 3 e ha affidato alla legge da approvare a maggioranza assoluta la disciplina del contenuto della legge di bilancio».

<sup>2</sup> Come è noto, vi è una discrepanza fra il titolo di tale legge, il quale recita “Introduzione del principio del pareggio di bilancio in Costituzione”, e il suo contenuto, il quale fa, invece, riferimento al differente concetto di equilibrio di bilancio. Equivoco che si ripete anche nella legge di attuazione del disposto costituzionale, la legge n. 243 del 2012.

<sup>3</sup> A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2003, 1080.

<sup>4</sup> Così ancora A. D'ALOIA, *Diritti e stato autonomistico*. cit., 1079, il quale riporta un passo di P. LIBERATI, *Sanità e federalismo fiscale in Italia*, in G. FRANCE (a cura di), *Federalismo, regionalismo e standard sanitari nazionali*, Milano 2001, 13. Su tale aspetto S. LORENZINI, A. PETRETTO, *Il finanziamento pubblico della sanità in una prospettiva di federalismo fiscale*, in G. FIORENTINI (a cura di), *I servizi sanitari in Italia*, Bologna, 2000, 105, scrivono che «lo Stato, agendo come terzo pagante, ha subito gli effetti negativi dei comportamenti di rischio morale da parte delle Regioni e delle USL e della sistematica sottostima dei loro fabbisogni di spesa, assumendosi l'onere di coprire i disavanzi con il sistema del ripiano a piè di lista, divenuto alla fine un canale di ordinario finanziamento *ex post* degli sfondamenti di bilancio».

<sup>5</sup> In tal senso si vedano, da ultimo, i dati contenuti nel *Rapporto 2016 sul coordinamento della finanza pubblica* elaborato dalla Corte dei Conti, sezioni riunite in sede di controllo, liberamente consultabile all'indirizzo [www.cortedeiconti.it](http://www.cortedeiconti.it)., 274 ss.

<sup>6</sup> G.F. FERRARI, F. MASSIMINO, *Diritto del farmaco*, Bari, 2015, 291, i quali ricordano che questa tendenza può trovare una possibile spiegazione in due ordini di fattori: una sottostima sistematica delle risorse necessarie ai fabbisogni della popolazione; un utilizzo non ottimale delle risorse disponibili. Per un'analisi teorica sulle inefficienze del sistema sanitario si veda G. CLERICO, *La governance della sanità pubblica*, Milano, 2015, 48 ss.

Come già ricordato, noi qui ci occuperemo della sola spesa farmaceutica senza, però, analizzare nel dettaglio i vari strumenti di contenimento introdotti a partire dalla metà degli anni Novanta.

L'analisi dell'evoluzione normativa, alla quale pure dedicheremo la nostra attenzione, sarà condotta, infatti, al limitato fine di fornire le coordinate utili alla comprensione dei casi analizzati. È bene, però, fin d'ora, mettere in evidenza un dato: la materia è governata, oltre che dal meccanismo dei tetti di spesa, dal principio di corresponsabilizzazione delle Regioni e delle stesse aziende produttrici in merito agli eventuali disavanzi accertati o stimati.

## 2. *Il quadro normativo in materia di razionalizzazione e contenimento della spesa farmaceutica. Brevi cenni*

Il punto di inizio<sup>7</sup> della ricostruzione che qui si propone è il d.l. n. 347 del 2001, convertito in legge n. 405 del 2001, che ha riscritto le regole a governo della spesa sanitaria e farmaceutica.

Centrale nella disciplina è la disposizione contenuta nell'art. 5 con la quale si è introdotto il meccanismo dei tetti di spesa in materia farmaceutica, prevedendo che «a decorrere dall'anno 2002 l'onere a carico del Servizio sanitario nazionale per l'assistenza farmaceutica territoriale non può superare, a livello nazionale ed in ogni singola regione, il 13 per cento della spesa sanitaria complessiva. A tale fine le regioni adottano, sentite le associazioni di categoria interessate, i provvedimenti necessari ad assicurare il rispetto della disposizione di cui al presente articolo»<sup>8</sup>.

Successivamente, il d.l. n. 159 del 2007, convertito in legge n. 222 del

<sup>7</sup> Altro fondamentale intervento che qui ci limitiamo a richiamare è, infatti, la legge n. 537 del 1993, che ha avviato il nuovo sistema di determinazione dei prezzi delle specialità medicinali, sostituendo il sistema della sorveglianza con quello della determinazione autoritativa; per l'analisi di tale normativa si veda M. GOLA, voce *Farmaci*, in *Dig. disc. pubblicistiche*, *Aggiornamento*, 2000, 273 s. e C. FRANCHINI, *Il controllo del prezzo dei farmaci*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 215 ss.

<sup>8</sup> F. MASSIMINO, *La regionalizzazione, il contenimento della spesa farmaceutica ed i contratti tra imprese ed i contratti tra imprese, aziende sanitarie grossisti e farmacie per la distribuzione del farmaco*, in *San. Pubbl.*, 2003, 41, ha ritenuto del tutto inadeguato il rigido tetto di spesa fissato al 13% della spesa sanitaria complessiva, poiché in netto contrasto, da un lato, al ricorso, in tendenziale aumento, alla medicina preventiva e, dall'altro, all'invecchiamento generale della popolazione.

2007, ha profondamente modificato la disciplina<sup>9</sup>, da un lato, prevedendo la netta distinzione fra spesa farmaceutica territoriale e spesa farmaceutica ospedaliera<sup>10</sup> e, dall'altro, introducendo il meccanismo dei *budget* annuali per la spesa farmaceutica territoriale, riconosciuti a ciascuna azienda titolare di autorizzazione all'immissione in commercio (d'ora in avanti AIC). Si è stabilito, infatti, che ogni anno l'Agenzia italiana del farmaco (AIFA) – la quale ricopre un ruolo fondamentale in materia<sup>11</sup> – assegna un *budget* in base al volume e ai prezzi dei farmaci in riferimento ai dodici mesi precedenti.

Basti qui ricordare<sup>12</sup> che i meccanismi di ripiano dell'eventuale sfioramento si differenziano a seconda che si riferiscano alla spesa ospedaliera o a quella territoriale: per quanto riguarda la prima, il ripiano, inizialmente a totale carico delle Regioni, è ripartito in egual misura fra aziende

<sup>9</sup> In precedenza modifiche rilevanti erano state introdotte anche dal l'art. 48, I co., d.l. n. 269 del 2003.

<sup>10</sup> E di conseguenza si è statuito che il tetto alla farmaceutica territoriale dovesse essere pari al 14% e quello della spesa ospedaliera pari al 2,4% della spesa sanitaria complessiva.

<sup>11</sup> Questa, istituita con la legge n. 326 del 2003 in sostituzione della Commissione unica del farmaco, ha poteri rilevanti riguardo alla gestione della spesa farmaceutica. Fra questi poteri, qui ricordiamo quello attribuito dell'art. 48 lett. f), legge n. 326 del 2003, il quale riconosce all'AIFA il potere di applicare uno sconto obbligatorio sui farmaci a carico dei produttori, pari ad una riduzione della quota di spettanza in misura del 60% del superamento del tetto di spesa, il restante 40% grava, invece, sulle Regioni, le quali hanno il compito di individuare soluzioni per ripianare il disavanzo. Per un'analisi di tale disposizione si vedano G.F. FERRARI, F. MASSIMINO, *Diritto del farmaco*, cit., 172 ss. Sulla norma si è pronunciata anche la Corte costituzionale con la sent. n. 279 del 2006, la quale non pur non accogliendo le questioni di legittimità costituzionale ha reputato, infatti, che tale regolamentazione rientri negli strumenti che discrezionalmente il legislatore può predisporre «al fine di bilanciare le diverse esigenze, da un lato, di contenimento della spesa farmaceutica, nel contesto di risorse date, e, dall'altro, di garanzia, nella misura più ampia possibile, del diritto alla salute mediante l'inserimento del maggior numero di farmaci essenziali nell'elenco di quelli rimborsabili dal SSN». Essa non è neppure manifestamente irragionevole, in quanto sono i produttori dei farmaci «che concorrono direttamente a determinare il prezzo (“contrattato”) dei farmaci rimborsabili (delibera CIPE del 1° febbraio 2001), conoscendone e indicandone i fattori rilevanti (rapporto costo-efficacia, domanda, prezzi di altri medicinali). E sono essi anche a poter incidere significativamente sulla variabile della domanda, essendo in grado di incrementarne il volume attraverso la promozione e la diffusione».

In generale sul ruolo e i poteri dell'AIFA si veda: V. MOLASCHI, *Osservazioni sul ruolo dell'Agenzia italiana del farmaco (AIFA) nel governo della spesa farmaceutica* (nota a Tar Lazio, sez. III ter, 21 settembre 2005, n. 7242), in *Foro amministrativo-TAR*, Milano, 2006, 233 ss.

<sup>12</sup> Sul punto *infra*, par. 4.

farmaceutiche e Regioni stesse<sup>13</sup>; per quanto riguarda l'assistenza farmaceutica territoriale, invece, l'eventuale sfioramento è a totale carico delle aziende produttrici.

In definitiva, il meccanismo dei tetti di spesa, velocemente tratteggiato, ha introdotto una soglia massima alla spesa farmaceutica, la quale, nel corso del tempo, ha subito delle variazioni e che si attestava, prima della legge di stabilità del 2017, ad un valore dell'11,35% per quanto riguardava la spesa farmaceutica territoriale e al 3,5% per quella ospedaliera, al netto dei farmaci di fascia A.

L'ultimo intervento richiamato, infatti, ha inciso notevolmente sulla disciplina in questione: da un lato, ha aumentato il tetto della spesa farmaceutica ospedaliera, che assume la denominazione di "tetto della spesa farmaceutica per acquisti diretti", al 6,89%, seppur calcolato al lordo (e non al netto) della spesa per i farmaci di fascia in distribuzione diretta e distribuzione per conto; dall'altro, ha diminuito la spesa farmaceutica territoriale, che assume a sua volta la denominazione di "tetto della spesa farmaceutica convenzionata", nella misura del 7,96%.

La legge non è intervenuta, invece, sui meccanismi di ripiano dello sfioramento, il quale rimane invariato, prevedendo che lo sfioramento del tetto nell'assistenza farmaceutica territoriale sia a totale carico delle aziende della filiera del farmaco, mentre nell'assistenza farmaceutica ospedaliera sia ripartito in eguale misura fra le Regioni e le aziende farmaceutiche.

Nonostante le variazioni quantitative dei tetti di spesa avutesi nel corso degli anni, nella disciplina è sempre rimasto fermo il dato ricordato in apertura: il ripiano del disavanzo è un onere che grava sulle Regioni e sulle aziende produttrici. Ed è proprio questo il comune denominatore delle vicende che qui si prenderanno in analisi: quella del farmaco *off label* Avastin rientra fra le "strategie messe in campo" dalle Regioni per contenere la spesa farmaceutica ospedaliera; quella Italia Takeda s.p.a. rientra,

<sup>13</sup> In base alle modifiche introdotte dall'art. 15, comma 7, d. l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, in l. 7 agosto 2012, n. 135, il quale ha statuito che «a decorrere dall'anno 2013, è posta a carico delle aziende farmaceutiche una quota pari al 50 per cento dell'eventuale superamento del tetto di spesa a livello nazionale di cui all'articolo 5, comma 5, del decreto-legge 10 ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, come modificato dal comma 4 del presente articolo. Il restante 50 per cento dell'intero disavanzo a livello nazionale è a carico delle sole regioni nelle quali è superato il tetto di spesa regionale, in proporzione ai rispettivi disavanzi; non è tenuta al ripiano la regione che abbia fatto registrare un equilibrio economico complessivo».

invece, nella spesa farmaceutica territoriale e riguarda, nello specifico, lo sfioramento del fondo dei farmaci innovativi autorizzati in corso d'anno.

L'onere del ripiano gravante sulle singole Regioni ha spinto queste ultime, infatti, ad adottare interventi «per così dire “creativ[i]”»<sup>14</sup>, i quali, in diverse occasioni, sono stati oggetto di censure di incostituzionalità.

In questo scenario, e con specifico riferimento alla vicenda dei farmaci inibitori della pompa protonica<sup>15</sup>, la Corte costituzionale<sup>16</sup> ha tracciato il solco entro il quale gli interventi regionali possano ritenersi non in contrasto con la Costituzione.

Il giudice costituzionale ha affermato, infatti, che la materia dell'assistenza farmaceutica rientra nel campo dei livelli essenziali delle prestazioni<sup>17</sup>, di esclusiva spettanza della potestà legislativa statale e, pertanto, è illegittima la normativa regionale che si pone in contrasto con quest'ultima, la quale, viceversa, «impone che l'intervento regionale possa avvenire solo tramite un apposito provvedimento amministrativo»<sup>18</sup>.

### 3. I farmaci off label

#### 3.1. Cenni sull'evoluzione normativa dei farmaci off label

L'uso *off label* di farmaci consiste nell'impiego di molecole in modo «non conforme a quanto previsto nella scheda tecnica autorizzata dal

<sup>14</sup> G.F. FERRARI, F. MASSIMINO, *Diritto del farmaco*, cit., 175.

<sup>15</sup> In estrema sintesi, molte Regioni avevano introdotto il prezzo di riferimento nella Categoria Terapeutica Omogenea, utilizzando come parametro di costo dei farmaci inibitori della pompa protonica quello dell'unico farmaco generico e stabilendo che questo fosse il limite di rimborsabilità da parte del Ssn. Per la ricostruzione della vicenda si vedano G.F. FERRARI, F. MASSIMINO, *Diritto del farmaco*, cit., 176 ss.

<sup>16</sup> Il riferimento è a Corte cost. n. 44 del 2010, la quale si pone in sostanziale conformità con quanto già affermato nella decisione n. 271 del 2008. Su quest'ultima decisione si vedano i commenti di G.U. RESCIGNO, *Variazioni sulle leggi-provvedimento (o, meglio, sulle leggi al posto di provvedimento)*, in *Giur. cost.*, 2008, 3070 ss.; F. CINTIOLI, *La riserva di amministrazione e le materie trasversali: “dove non può la Costituzione può la legge statale?”*. Ossia la “trasversalità oltre se stessa”, ivi, 2008, 3072 ss.; ID. *La riserva di Amministrazione e le materie trasversali: “dove non può la Costituzione può la legge statale?”*, in *www.giustamm.it*, 2008, 282 ss.

<sup>17</sup> Come già previsto dal D.P.C.M. 29.11.2001, il quale aveva, infatti, già statuito che le specialità medicinali di classe A devono rientrare tra le prestazioni sanitarie da assicurare gratuitamente a tutti i cittadini, secondo le indicazioni, i dosaggi e le formulazioni approvate a livello centrale.

<sup>18</sup> Così Corte cost. sent. n. 44 del 2010 cons. dir. punto 6.

Ministero della Salute»<sup>19</sup>. Questo utilizzo<sup>20</sup> avviene in aree critiche, quali ad esempio l'oncologia e la psichiatria, ed è generalmente determinato dall'esigenza medica di dare risposta a bisogni terapeutici ancora non soddisfatti<sup>21</sup>. Esso, inoltre, rappresenta un «fenomeno frequente e in continua diffusione sia in Europa che negli Stati Uniti»<sup>22</sup>.

Il primo tentativo di disciplina dei farmaci fuori indicazione si è avuto con il d.l. n. 536 del 1996 e con la relativa legge di conversione n. 648 del 1996.

Con tale intervento è stato introdotto il principio cardine della “valida alternativa terapeutica”, la cui mancanza fra i farmaci autorizzati rappresenta la prima e fondamentale condizione per poter ricorrere all'erogazione dei farmaci *off label* a totale carico del Servizio sanitario nazionale (Ssn). Soltanto, infatti, se non esiste una valida alternativa terapeutica fra i farmaci autorizzati, il Ssn si fa carico del pieno rimborso dei farmaci in questione.

Ancora oggi, pertanto, possono essere interamente rimborsabili: i

<sup>19</sup> B. MAGLIONA, A. COMANDONE, N. CORRADI, *Patologia neoplastica e libertà di cura: aspetti medico legali della prescrizione off label in oncologia*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, § 1.0, i quali così continuano: «si tratta quindi di molecole conosciute, già approvate per l'impiego secondo indicazioni, schemi e posologie di cui studi clinici disegnati *ad hoc* hanno dimostrato sicurezza ed efficacia, che vengono impiegate in situazioni cliniche diverse, non previste nella scheda tecnica al momento dell'autorizzazione all'immissione in commercio».

<sup>20</sup> Come ricordato da B. MAGLIONA, A. COMANDONE, N. CORRADI, *Patologia neoplastica e libertà di cura: aspetti medico legali della prescrizione off label in oncologia*, cit., si possono avere tre differenti usi del farmaco fuori indicazione: la prescrizione codificata a livello di linee guida (l'aspirina per la profilassi di patologie cardiovascolari nei soggetti diabetici); l'uso compassionevole in oncologia per i pazienti che abbiano esaurito le terapie precedenti; infine, l'uso preregistrativo, quando, in base a studi pubblicati su riviste di rilievo, si ricorre ad un farmaco impiegato in altre nazioni, ma non ancora autorizzato in Italia.

<sup>21</sup> Ciò, come è stato acutamente rilevato, dipende essenzialmente per la diminuzione del numero delle nuove molecole che vengono portate all'ultima fase di sviluppo e alla successiva commercializzazione dalle imprese farmaceutiche (così F. MASSIMINO, *Recenti interventi normativi e giurisprudenziali in materia di prescrizione dei farmaci off label*, cit., 1104). A ciò occorre aggiungere, come ricordano B. MAGLIONA, A. COMANDONE, N. CORRADI, *Patologia neoplastica e libertà di cura: aspetti medico legali della prescrizione off label in oncologia*, cit., anche «fattori di ordine economico e commerciale legati all'industria farmaceutica: i farmaci antitumorali sono di solito approvati solo per particolari forme neoplastiche (ad esempio, solo per determinati sottotipi, associazioni e linee di trattamento), per cui è interesse del produttore promuoverne l'uso anche al di fuori delle indicazioni approvate, riducendo i costi e i tempi che l'approvazione *on label* necessariamente comporta».

<sup>22</sup> Così ancora B. MAGLIONA, A. COMANDONE, N. CORRADI, *Patologia neoplastica e libertà di cura: aspetti medico legali della prescrizione off label in oncologia*, cit.,

medicinali innovativi la cui commercializzazione è autorizzata in altri Stati ma non sul territorio nazionale; i medicinali non ancora autorizzati ma sottoposti a sperimentazione clinica; e, infine, i medicinali da impiegare per un'indicazione terapeutica diversa da quella autorizzata, inseriti in apposito elenco predisposto e periodicamente aggiornato dalla Commissione unica del farmaco (oggi AIFA) conformemente alle procedure ed ai criteri adottati dalla stessa<sup>23</sup>.

Se, pertanto, il medico, sotto la propria responsabilità, decide di utilizzare un medicinale al di fuori dell'indicazione per la quale l'autorizzazione è stata concessa, il medicinale può essere rimborsato solo se inserito in un'apposita lista, che prende il nome di "Lista 648"<sup>24</sup>.

Il ricorso ai farmaci non autorizzati non può essere correttamente delineato, però, se non si tiene in conto un intervento di poco successivo, preso sull'onda del caso Di Bella, che ha permesso di aggiungere un altro tassello in materia.

Il multittrattamento Di Bella consisteva in un rimedio terapeutico alternativo per curare una serie di patologie tumorali, nel quale si faceva ricorso ad una serie di farmaci, di per sé già autorizzati, ma il cui utilizzo congiunto nella somministrazione al paziente – e ciò era la specificità di tale intervento farmacologico – non era stato oggetto di studi clinici e sperimentazioni volti ad ottenere la relativa autorizzazione<sup>25</sup>. In altri termini, il trattamento *off label* consisteva nell'uso congiunto di farmaci singolarmente già autorizzati.

L'attenzione mediatica su tale metodo<sup>26</sup> ha portato alla luce un aspetto niente affatto secondario nella vicenda in esame: i confini entro i quali il medico, rispetto al principio della libertà di scelta delle cure del paziente, può esercitare la sua discrezionalità al momento della prescrizione dei

<sup>23</sup> Così l'art. 1, co. IV, d.l. n. 536 del 1996, come convertito in l. n. 648 del 1996.

<sup>24</sup> Le liste di farmaci ammessi all'uso al di fuori delle indicazioni sulla base dei dati della letteratura scientifica riguardano il trattamento di: tumori solidi dell'adulto, tumori pediatrici, neoplasie e patologie ematologiche, patologie neurologiche, trapianti d'organo e patologie cardiache pediatriche.

<sup>25</sup> Il caso infatti nasce a seguito del diniego, da parte della Commissione unica per il farmaco, di includere fra i farmaci assumibili a carico del Ssn la terapia antitumorale, poichè non ne era ancora comprovata l'efficacia clinica.

<sup>26</sup> La quale, come mette in luce M. GOLA, voce *Farmaci*, cit., 275, toccava i «temi più disparati del servizio farmaceutico, quale quello della sperimentazione dei medicinali, quello dei criteri per la qualificazione dei farmaci da somministrare a carico del Ssn, fino a quello della libertà di scelta della cura da parte sia del medico, sia del paziente».

farmaci. Su tale profilo sono intervenuti sia il Legislatore<sup>27</sup> sia la Corte costituzionale<sup>28</sup>.

Tale specifico aspetto esula dalle finalità di questo scritto e pertanto ci limitiamo a segnalare che le modifiche così intervenute hanno posto un importante punto fermo: l'uso dei farmaci fuori indicazione non può costituire una prassi generalizzata, ma deve essere delimitato ad ipotesi specifiche ed individuali, in ragione del solo beneficio presumibilmente conseguibile<sup>29</sup> per il paziente.

Occorre rilevare, però, che tale previsione è stata connotata da un bassissimo tasso di effettività, poiché, come abbiamo già avuto modo di ricordare, il ricorso ai farmaci *off label* è un fenomeno diffuso, non circoscrivibile entro i confini dell'eccezionalità, tanto da costituire la «prassi quotidiana» soprattutto nei presidi ospedalieri e nelle strutture sanitarie<sup>30</sup>.

Ciò evidentemente ha avuto delle conseguenze finanziariamente rilevanti per il Ssn, alle quali il Legislatore ha cercato di far fronte con due interventi contenuti rispettivamente nella legge finanziaria del 2007<sup>31</sup> e

<sup>27</sup> Su tale questione è intervenuto il d.l. n. 23 del 2008, convertito in legge n. 94 del 2008. Il cuore della disciplina è contenuta nell'art. 3, il quale, allo stesso tempo, delinea sia la regola sia l'eccezione. Al primo comma, infatti, si statuisce (la regola) che, salvo casi eccezionali precisamente delineati ai successivi commi 2 e 3, il medico, all'atto della prescrizione di un farmaco industriale, ha l'obbligo di attenersi alle indicazioni terapeutiche e alle modalità di somministrazione previste dall'AIC. Al medico, però, viene riconosciuta (ed in ciò si sostanzia l'eccezione) la possibilità di scegliere una terapia farmaceutica, anche se non autorizzata e indipendentemente dal suo inserimento nella Lista 648, ma tale scelta non è assolutamente libera, in quanto deve essere supportata da un minimo di evidenza scientifica.

L'art. 3, II co. del d.l., prescrive, infatti, il ricorso a tali farmaci fuori dall'autorizzazione qualora il medico, acquisito il consenso informato del paziente, ritenga, «in base a dati documentabili, che il paziente non possa essere utilmente trattato con medicinali per i quali sia già approvata quella indicazione terapeutica o quella via o modalità di somministrazione e purché tale impiego sia noto e conforme a lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale». Ferma tale possibilità, il disposto chiarisce che in alcun caso ciò può comportare il «riconoscimento del diritto del paziente alla erogazione dei medicinali a carico del Servizio sanitario nazionale».

La disciplina così introdotta riconosce, quindi, la possibilità per il paziente di accedere a cure sperimentali, sebbene queste debbano essere sorrette da ragioni obiettive, pur confermando, da un lato, la regola di attenersi a quanto contenuto nell'AIC e, dall'altro, l'impianto generale della rimborsabilità dei farmaci ad opera del Ssn.

<sup>28</sup> Con la nota sentenza n. 185 del 1998.

<sup>29</sup> In questi termini F. MASSIMINO, *Recenti interventi normativi e giurisprudenziali in materia di prescrizione dei farmaci off label*, in *Danno e Responsabilità*, 2010, 1105.

<sup>30</sup> Ancora F. MASSIMINO, *Recenti interventi normativi e giurisprudenziali in materia di prescrizione dei farmaci off label*, cit., 1106.

<sup>31</sup> La legge finanziaria del 2007 (l. n. 296 del 2006, art. 1, co. 796, lett. z), in realtà, più che a innovare la disciplina, ha cercato di dare un carattere di maggiore coerenza a quanto

in quella del 2008<sup>32</sup> che hanno reso più stringenti i requisiti per poter ricorrere ai farmaci *off label*<sup>33</sup>.

### 3.2. *Il caso Avastin-Lucentis, la presa di posizione della Regione Emilia Romagna e gli interventi della Corte costituzionale*

Nell'immediato degli interventi appena richiamati si è posto un nuovo e rilevante problema connesso al ricorso dei farmaci fuori autorizzazione e alla sostenibilità della spesa farmaceutica.

Il riferimento è al noto caso del farmaco Avastin impiegato fuori autorizzazione per la cura delle patologie oftalmiche<sup>34</sup>.

già stabilito dal d.l. n. 23 del 1998; il legislatore, infatti, ha circoscritto il ricorso ai farmaci *off label* al solo ambito della sperimentazione clinica autorizzata, ribadendo che, in ogni caso, la possibilità di ricorso a tali farmaci non possa gravare sul Ssn. Sulla scia di tale disposto è intervenuto anche il Ministero della Salute con la precisazione 8 febbraio 2007, chiarendo che «resta sempre possibile [...] l'impiego *off label* di un medicinale, quando tale impiego sia giustificato dalle specifiche condizioni del singolo paziente o quando si tratti di patologia per la quale non siano disponibili farmaci regolarmente autorizzati».

<sup>32</sup> La legge finanziaria del 2008 (legge n. 244 del 2007, art. 2 co. 348), più incisiva rispetto alla modifica contenuta nella legge finanziaria precedente, ha avuto ad oggetto il materiale scientifico legittimante il ricorso alla prescrizione fuori indicazione. Come già ricordato, infatti, la normativa del 1998 era generica sul punto, ritenendo sufficiente che l'impiego *off label* fosse «noto e conforme a lavori apparsi su pubblicazioni scientifiche accreditate in campo internazionale» e ciò – come è stato giustamente osservato – era «susceptibile di originare una situazione di soggettività o di arbitrarietà applicativa» (così F. MASSIMINO, *Recenti interventi normativi e giurisprudenziali in materia di prescrizione dei farmaci off label*, cit., 1107). Per far fronte a tale evenienza si è stabilito che la prescrizione fuori etichetta possa essere effettuata solo se siano disponibili «almeno dati favorevoli di sperimentazioni cliniche di fase seconda». Come, però, ricordano B. MAGLIONA, A. COMANDONE, N. CORRADI, *Patologia neoplastica e libertà di cura: aspetti medico legali della prescrizione off label in oncologia*, cit., tale prescrizione non risolve completamente il problema del livello di evidenza richiesto e ciò è tanto più vero in campo oncologico, in cui «i *trial* randomizzati non riguardano necessariamente trattamenti di chiara efficacia, per cui anche studi osservazionali possono essere ritenuti sufficienti».

<sup>33</sup> Sul punto B. MAGLIONA, A. COMANDONE, N. CORRADI, *Patologia neoplastica e libertà di cura: aspetti medico legali della prescrizione off label in oncologia*, cit., scrivono che viene «ribadito che l'*off label* rappresenta una scelta terapeutica intrinsecamente anomala da parte del medico, che non può essere distorta al fine di eludere la normativa in tema di sperimentazione farmacologica né può essere generalizzata o adottata come prassi, anche per evidenti esigenze di finanza pubblica, ma che deve essere circoscritta in relazione ad ipotesi specifiche e ad esperienze pubblicate».

<sup>34</sup> La vicenda è stata complessa e intricata ed ha chiamato in causa anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (provvedimento del 5 marzo 2014 n. 1760), la quale ha sanzionato le due multinazionali Roche e Novartis, per violazione dell'art. 101, let. c), TFUE, in quanto ha riscontrato che le due imprese avevano stipulato un patto an-

Tale farmaco, contenente il principio attivo *bevacizumab* e commercializzato in Italia dalla casa farmaceutica Roche s.p.a., è autorizzato per il trattamento del tumore metastasico del colon retto. La Roche non ha mai richiesto l'autorizzazione per il trattamento delle patologie oftalmiche e a ciò occorre aggiungere che l'utilizzo non autorizzato è stato in un primo momento escluso a causa dell'immissione in commercio, ad opera della Novartis, del farmaco Lucentis, il quale, contenente il principio attivo *ranibizumab*, è stato studiato specificamente per le cure delle patologie oftalmiche<sup>35</sup>.

Il farmaco Lucentis, però, aveva un costo ben più elevato del trattamento *off label* del farmaco Avastin, determinando, in tal modo, un problema assolutamente opposto a quello generalmente legato ai farmaci fuori autorizzazione: il minor peso economico sul Ssn e in special modo su quello regionale.

A fronte dei minori costi era del tutto prevedibile, come poi si è concretamente verificato, che alcune Regioni spingessero per l'utilizzo fuori indicazione del farmaco per la cura delle patologie oftalmiche.

Dalla vicenda velocemente richiamata emerge, primariamente, il difficile rapporto che si viene a determinare fra la maggiore autonomia normativa e organizzativa delle Regioni e i limiti direttamente discendenti dal principio di coordinamento della finanza pubblica, il quale giustifica una pervasiva regolamentazione statale della spesa farmaceutica<sup>36</sup>. Spetta all'AIFA, infatti, il potere in ordine alla rimborsabilità dei farmaci anche *off label*, in quanto competente alla redazione della lista 648.

Il problema, evidentemente, consiste nell'individuazione del giusto punto di equilibrio fra un intervento dello Stato, legittimato dalla qualifi-

ticoncorrenziale che differenziando artificiosamente i due farmaci era volta alla collusiva ripartizione del mercato. Su tale vicenda si veda, anche per gli opportuni approfondimenti, M. COLANGELO, *Il Caso Avastin-Lucentis: violazione antitrust o regulatory failure?*, in *Rivista dir. ind.*, 2016, 218 ss.

<sup>35</sup> Ora il farmaco Avastin è nuovamente nella lista 648, a seguito della *Determina AIFA del 23 giugno 2014*, la quale è stata, pure, oggetto di un giudizio davanti al TAR, dichiarato infondato con la sentenza TAR Lazio, sez. III, n. 299 del 2016. A tale provvedimento si rimanda, inoltre, per una puntuale e sintetica ricostruzione dell'intera vicenda, che ha visto più volte l'inserimento e l'eliminazione del farmaco in oggetto dai farmaci rimborsabili dal Ssn.

<sup>36</sup> Sul punto G.M. CAVO, *Impiego di farmaci off label e razionalizzazione della spesa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 1094 ss. In generale sulla difficile compatibilità fra le nuove e stringenti regole di bilancio e l'autonomia regionale si veda A. BRANCASI, *La nuova regola costituzionale del pareggio di bilancio. Effetti su rapporti Parlamento-Governo e sugli indirizzi delle politiche sociali: il caso italiano*, in *www.gruppodipisa.it*, 2012, 6 ss.

cazione dell'assistenza farmaceutica quale livello essenziale di assistenza e, quindi, dalla relativa esigenza di mantenere l'unitarietà del sistema farmaceutico e garantire l'accesso uniforme e omogeneo su tutto il territorio nazionale dei farmaci di fascia A<sup>37</sup>, e la libertà di movimento gestionale e decisionale delle Regioni, le quali partecipano all'assistenza farmaceutica e sulle quali, soprattutto, gravano i costi e gli eventuali disavanzi.

La questione non poteva non essere avvertita dalle Regioni e la stessa Corte costituzionale è stata chiamata in causa in ben due occasioni.

L'intera vicenda è sorta con due atti normativi della regione Emilia Romagna: la deliberazione della giunta regionale G.R. n. 1628 del 2009 e la legge reg. n. 24 del 2009.

Con quest'ultima si era statuito che, in sede di revisione del Prontuario Terapeutico regionale, la Regione, mediante la Commissione regionale del farmaco, potesse prevedere «l'uso di farmaci anche al di fuori delle indicazioni registrate nell'AIC, quando tale estensione consenta, a parità di efficacia e di sicurezza rispetto a farmaci già autorizzati, una significativa riduzione della spesa farmaceutica a carico del Servizio Sanitario Nazionale e tuteli la libertà di scelta terapeutica da parte dei professionisti del Ssn».

Come è stato giustamente messo in evidenza, in tal modo «il legislatore emiliano individua nella prescrizione *off label* essenzialmente una leva di risparmio»<sup>38</sup>, utile «alla contrazione della spesa farmaceutica»<sup>39</sup>.

In tale ottica è evidente che il problema posto dalla legge dell'Emilia Romagna è se nel concetto di valida alternativa terapeutica possano rientrare anche valutazioni di carattere economico<sup>40</sup>.

La questione è giunta innanzi alla Corte costituzionale, la quale con la sentenza n. 8 del 2011 ha dichiarato l'incostituzionalità della norma regionale, poiché in contrasto con il riparto di competenze delineato dall'art. 117, III co., Cost., laddove, in una materia in cui spetta alla legislazione statale determinare la disciplina generale, la norma regionale «individua condizioni diverse rispetto a quelle stabilite dal legislatore per l'uso dei farmaci al di fuori delle indicazioni registrate nell'AIC»<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Così Consiglio di Stato sent. n. 4900 del 2008.

<sup>38</sup> F. MASSIMINO, *Recenti interventi normativi e giurisprudenziali in materia di prescrizione dei farmaci off label*, cit., 1110.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> Cfr. G.M. CAVO, *Impiego di farmaci off label e razionalizzazione della spesa*, cit., 1096.

<sup>41</sup> Corte cost. sent. 8 del 2011 *cons. dir.* 1.1.3.

In particolare – continua il giudice delle leggi – «la norma regionale introduce una disciplina generalizzata in ordine all’indicato utilizzo dei farmaci, rimettendo i criteri direttivi alla Commissione regionale del farmaco, così eludendo il ruolo che la legislazione statale attribuisce all’Agenzia Italiana del Farmaco nella materia considerata», quando, invece, «le disposizioni statali circoscrivono il ricorso ai farmaci c.d. *off label* a condizioni eccezionali e ad ipotesi specificamente individuate»<sup>42</sup>. Con tale decisione, pertanto, la Corte ha affermato che il potere dell’AIFA di fissare i criteri direttivi per l’utilizzo dei farmaci *off label* deve ricondursi ai principi fondamentali posti dalla legislazione statale<sup>43</sup>.

Come si è giustamente notato, tale pronuncia non dà conto, però, delle «ragioni di un intervento statale che non lascia alle Regioni alcuno spazio» di disciplina della materia<sup>44</sup>. Problema che è tanto più rilevante se si considera che – seguendo l’impostazione data dalla Corte – ci si trova davanti ad una forzatura del sistema di non poco momento: solo apparentemente si può affermare che l’AIFA detti i principi fondamentali della materia, poiché, in realtà, il suo intervento si concretizza in provvedimenti puntuali che non lasciano potere alcuno alle Regioni, se non quello di decidere in capo all’altra (e diversa) questione della rimborsabilità dei farmaci<sup>45</sup>.

In tal modo – come pure la difesa della Regione non aveva mancato di sottolineare – ci si trova di fronte ad una situazione che può risultare paradossale: l’obbligo gravante sulla Regione di «pareggiare i conti del Servizio sanitario e di rispettare i limiti percentuali relativi alla spesa farmaceutica» non è opportunamente bilanciato da un effettivo potere di controllo della spesa regionale.

Secondo la linea difensiva della Regione, infatti, tale disciplina si poneva in contrasto sia con il principio del buon andamento dell’amministrazione, espresso dall’art. 97 Cost., sia – e per ciò che qui più interessa – con «l’art. 119 della Costituzione, “in relazione all’autonomia finanziaria dal lato della spesa”».

La questione non si è conclusa con tale arresto giurisprudenziale, ma la Corte costituzionale è stata chiamata nuovamente in causa, questa vol-

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> In questi termini M. GIGANTE, *Esigenze unitarie nella politica farmaceutica: l’uso off label dei farmaci fra principi fondamentali e riserva all’Aifa*, in *Giur. it.*, 2011, 2594.

<sup>44</sup> *Ivi*, 2494.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

ta in via incidentale nel corso di un giudizio sorto dalla deliberazione regionale n. 1628 del 2009.

In questa occasione è stata la Regione Emilia Romagna ad eccepire la questione di legittimità costituzionale sulla normativa statale<sup>46</sup>, per violazione di una serie di parametri costituzionali, fra i quali – per ciò che qui rileva – l’art. 119 Cost.

Riguardo a tale ultima disposizione costituzionale, la Regione ha riproposto le argomentazioni già esposte nel precedente giudizio di costituzionalità, denunciandone la violazione nella parte in cui la disciplina statale esclude l’uso non autorizzato del farmaco, da un lato, perché «non avrebbe modo di esercitare il controllo sulla spesa sanitaria, essendo costretta a sopportare l’alto prezzo dell’unico farmaco autorizzato e senza avere alcuna possibilità di attivarsi per richiedere l’autorizzazione di altro farmaco con riconosciuta e provata pari efficacia rispetto al farmaco ufficiale, “stante l’interessata inerzia della impresa produttrice”» e, dall’altro, perché viene esclusa «l’autorizzazione del farmaco *off label* per “la sola esistenza sul mercato di un farmaco autorizzato “*on label*” di almeno pari efficacia terapeutica, senza attribuire pertanto alcun rilievo, al fine di integrare il concetto di “valida alternativa”, anche al necessario e imprescindibile fattore economico, correlato alla primaria esigenza di controllo della spesa pubblica”»<sup>47</sup>.

Il giudice delle leggi, con la sent. n. 151 del 2014, ha dichiarato inammissibile la questione per difetto di rilevanza<sup>48</sup>, ma ha posto una importante precisazione sul concetto di valida alternativa terapeutica. In

<sup>46</sup> E nello specifico sul combinato disposto dell’art. 1, comma 4, del decreto-legge 21 ottobre 1996, n. 536, convertito dall’art. 1 della legge 23 dicembre 1996, n. 648, e dell’art. 8 del decreto legislativo 24 aprile 2006, n. 219.

<sup>47</sup> E, continua la Regione, la norma in tal modo era affetta anche da irragionevolezza intrinseca in quanto nei fatti si poneva in contrasto con la *ratio* per la quale la disciplina è stata introdotta: il contenimento della spesa pubblica sanitaria».

<sup>48</sup> Sul punto, infatti, la Corte (*cons. dir.* 3.1) afferma che «l’art. 8 del d.lgs. n. 219 del 2006 disciplina la procedura e i contenuti della domanda di autorizzazione di immissione in commercio dei farmaci (d’ora in avanti AIC). [...] La norma, dunque, non riguarda l’erogazione dei farmaci *off label*, perché quest’ultima corrisponde, invece, all’uso del farmaco – a carico del SSN – per indicazioni terapeutiche diverse da quelle indicate nell’AIC e, dunque, non autorizzate secondo la procedura regolata dal citato art. 8.

La deliberazione regionale impugnata nel giudizio principale, disponendo l’erogabilità del medicinale “Avastin” a carico del Servizio sanitario regionale per indicazioni terapeutiche diverse da quelle autorizzate e previste nell’AIC di questo farmaco, non ricade nell’ambito di applicazione della disposizione censurata, che quindi non può trovare diretta applicazione nel giudizio principale».

buona sostanza, la Corte, pur non accogliendo la questione di legittimità costituzionale, ha riconosciuto, di fatto, la bontà della scelta legislativa della Regione, ossia la rilevanza dell'elemento economico per il ricorso ai farmaci *off label*.

In un passo della decisione si legge, infatti, che «il criterio della “valida alternativa” presuppone, dunque, la comparazione da parte dell’Agenzia dei farmaci “equivalenti” sotto il profilo sia medico-scientifico, sia economico, atteso che un farmaco alternativo da un punto di vista medico-scientifico potrebbe non essere una “valida alternativa terapeutica” quando non garantisca – dal punto di vista economico-finanziario – una sua efficiente utilizzazione a carico del SSN in termini di rapporto numerico tra dosi acquistabili del farmaco e pazienti curabili, così realizzando condizioni economicamente non accettabili e discriminatorie tali da limitare l’accesso alle cure e, dunque, ledere la tutela del diritto alla salute costituzionalmente garantita»<sup>49</sup>.

Nell’opera di valutazione che deve essere compiuta dall’AIFA, all’elemento tecnico scientifico si aggiunge, in tal modo, quello economico.

Il giudice delle leggi ha così chiarito che, in materia di prescrizione fuori autorizzazione, la tutela della salute dei pazienti deve essere garantita «nel rispetto delle esigenze di razionalizzazione della spesa», essendo necessaria la «sussistenza cumulativa delle caratteristiche di sicurezza, efficacia ed economicità nell’alternativa autorizzata all’*off label*»<sup>50</sup>.

Non è mancato in dottrina chi ha dato della decisione una lettura negativa, rilevando che l’erogazione fuori autorizzazione non è più lo strumento grazie al quale fornire assistenza al paziente che, in condizioni normali, ne sarebbe sfornito, bensì l’istituto con cui lo Stato persegue finalità di contenimento e coordinamento della spesa farmaceutica<sup>51</sup>.

E si aggiunge: la nuova centralità che così acquistano le esigenze di contenimento e coordinamento della spesa farmaceutica, da un lato, comporta un’evidente riduzione degli *standard* di sicurezza e di efficacia dei farmaci<sup>52</sup> e, dall’altro, sembra sovvertire l’impianto della materia.

Per quanto riguarda il primo profilo, infatti, diversamente che per i farmaci *on label*, la sperimentazione clinica non viene portata a termine, ma, in base alla delibera CUF del 20 luglio del 2000, l’erogazione dei far-

<sup>49</sup> Corte cost. sent. n. 151 del 2014 *cons. dir.* 3.2.

<sup>50</sup> G.M. CAVO, *Impiego di farmaci off label e razionalizzazione della spesa*, cit., 1103.

<sup>51</sup> P.I. D’ANDREA, *Dispensazione di farmaci off-label e contenimento della spesa farmaceutica (appunti a margine del caso Avastin-Lucentis)*, in *DeS*, 2015, 626.

<sup>52</sup> Ivi, 627.

maci *off label* è possibile quando siano disponibili anche solo risultati di studi clinici di fase seconda<sup>53</sup>; per quanto riguarda il secondo aspetto, invece, con la introduzione del parametro dell'economicità del trattamento farmacologico, il ricorso ai farmaci *off label*, da eccezionale e attivabile solo per singoli e determinati casi, può diventare tendenzialmente generalizzato, in tutte quelle ipotesi in cui nel mercato vi sia un farmaco che venga ritenuto equivalente sia per le sue caratteristiche terapeutiche sia per gli elementi di economicità<sup>54</sup>.

A seguito della pronuncia di costituzionalità è intervenuto il decreto legge n. 36 del 2014, convertito in legge n. 79 del 2014, che ha consentito il ricorso dei farmaci al di fuori delle indicazioni autorizzate al fine del contenimento della spesa pubblica<sup>55</sup>.

Mediante tale intervento è stato aggiunto il comma 4-*bis* al d.l. n. 536 del 1996, come convertito in l. n. 648 del 1996, con il quale si statuisce che, anche se sussiste un'alternativa terapeutica nell'ambito dei medicinali autorizzati, questi ultimi possono essere inseriti nella "Lista 648" se tale utilizzo è conforme alle acquisizioni scientifiche e se rispondono a parametri di economicità e appropriatezza<sup>56</sup>.

A seguito di tale modifica normativa, il ricorso ai farmaci *off label* a carico del Ssn nazionale è possibile sia se non sussiste un'alternativa terapeutica sia se quest'ultima sussiste, ma il ricorso a farmaci non autorizzati sia meno oneroso per lo Stato. In questo modo viene certificato il parametro dell'economicità come requisito per accedere alla dispensazione a totale carico dello Ssn dei farmaci fuori indicazione terapeutica.

Come è evidente, e come si è già sottolineato in merito alla decisione della Corte, la nuova disciplina della rimborsabilità dei farmaci *off label*

<sup>53</sup> *Ibidem.*

<sup>54</sup> *Ibidem.*

<sup>55</sup> Come si legge chiaramente nel preambolo del decreto in cui si afferma «la straordinaria necessità ed urgenza di favorire l'impiego di medicinali meno onerosi per il Servizio sanitario nazionale per indicazioni terapeutiche per le quali sussiste un superiore motivato interesse pubblico connesso alla tutela della salute».

<sup>56</sup> Così il testo della disposizione: «anche se sussista altra alternativa terapeutica nell'ambito dei medicinali autorizzati, previa valutazione dell'Agenzia italiana del farmaco (AIFA), sono inseriti nell'elenco di cui al comma 4, con conseguente erogazione a carico del Servizio sanitario nazionale, i medicinali che possono essere utilizzati per un'indicazione terapeutica diversa da quella autorizzata, purché tale indicazione sia nota e conforme a ricerche condotte nell'ambito della comunità medico-scientifica nazionale e internazionale, secondo parametri di economicità e appropriatezza. In tal caso l'AIFA attiva idonei strumenti di monitoraggio a tutela della sicurezza dei pazienti e assume tempestivamente le necessarie determinazioni».

capovolge l'impostazione che aveva caratterizzato da sempre questa materia: il ricorso non generalizzato, ma previsto solo per singole ipotesi in cui i medicinali autorizzati non costituivano una valida alternativa terapeutica.

A fronte di tale dato, però, si (im)pone un interrogativo.

Dato lo spazio occupato dalle esigenze di contenimento della spesa pubblica, desta più di qualche perplessità la scelta del legislatore di intervenire sul meccanismo della rimborsabilità dei farmaci *off label* piuttosto che su quello, speculare, dell'autorizzazione all'immissione in commercio, attraverso l'introduzione di un meccanismo che preveda la possibilità di poter attivare la procedura per l'autorizzazione all'immissione in commercio anche in capo a soggetti diversi dalle aziende produttrici dei farmaci<sup>57</sup>.

Ci rendiamo conto che tale prospettiva si scontra con più di qualche problema, primo fra tutti il legittimo interesse delle aziende farmaceutiche al profitto e alla gestione delle strategie commerciali, ma a fronte del potenziale abbassamento degli *standard* di sicurezza dei farmaci, insito nella scelta concretamente attuata, riteniamo che una riflessione sul punto sia divenuta non più procrastinabile.

#### 4. *I tetti alla spesa farmaceutica territoriale e nello specifico lo sfioramento del fondo per i farmaci innovativi. Il quadro normativo*

Come affermato in precedenza, alla diminuzione dei disavanzi sanitari con le Regioni concorrono le aziende farmaceutiche, i distributori e i farmacisti.

Qui prendiamo in esame solo la spesa farmaceutica territoriale e, in particolare, i meccanismi di ripiano gravanti sulle aziende produttrici<sup>58</sup>.

Schematicamente, all'interno del tetto di spesa territoriale, oggi fissato al 7,96% della spesa sanitaria complessiva, ogni anno l'AIFA assegna *budget* alle aziende farmaceutiche titolari di AIC per la vendita di farmaci non innovativi coperti da brevetto e dei farmaci generici. Tralasciando i meccanismi di detrazione che qui non rilevano, occorre ricordare che tale

<sup>57</sup> Per un approfondimento su tale punto si veda G.M. CAVO, *Impiego di farmaci off label e razionalizzazione della spesa*, cit., 1105 ss.

<sup>58</sup> Per i tetti alla spesa ospedaliera si vedano, invece, G.F. FERRARI, F. MASSIMINO, *Diritto del farmaco*, cit., 201 ss.

*budget* può essere aumentato del 60% in forza delle risorse incrementalmente che vengono a determinarsi annualmente<sup>59</sup>.

Di tali risorse incrementalmente, il restante 40%, non imputato ai *budget* delle singole aziende, viene suddiviso in due quote, ciascuna pari al 20%: la prima, quale fondo aggiuntivo per la spesa di farmaci innovativi che saranno autorizzati nel corso dell'anno; la seconda, invece, quale fondo di garanzia per esigenze allocative sorte in corso d'anno.

Se la spesa farmaceutica effettiva risulta superiore a quella preventivata si attivano procedure di ripiano, in base a dei meccanismi che si differenziano a seconda che lo sfioramento sia imputabile all'acquisto di farmaci non innovativi coperti da brevetto ovvero rispetto al fondo *ad hoc* per l'acquisto di farmaci innovativi.

Nella prima ipotesi, l'entità del ripiano è a totale carico dell'azienda in proporzione al *budget* ad essa attribuito e non rispettato<sup>60</sup>, nel secondo caso, invece, il ripiano inizialmente era ripartito fra tutte le aziende titolari di AIC in proporzione ai fatturati relativi ai medicinali non innovativi coperti da brevetto<sup>61</sup>; in buona sostanza, non era prevista alcuna partecipazione delle aziende produttrici di farmaci innovativi al ripiano dello sfioramento del fondo aggiuntivo.

Come espressamente affermato nella disposizione<sup>62</sup>, tale previsione aveva (ed ha, anche a seguito delle modifiche che fra breve illustreremo) la finalità di favorire la disponibilità e lo sviluppo dei farmaci innovativi, in attuazione di una politica di sostegno delle aziende attive nella ricerca e nello sviluppo di tale tipologia di farmaci.

La disposizione, però, è stata modificata in diverse occasioni, al fine di ripartire lo sfioramento del fondo innovativi anche sulle aziende che producono tale tipologia di medicinali.

Con la legge di stabilità del 2015<sup>63</sup> è stata prevista, infatti, la partecipazione al ripianamento dello sfioramento per quelle aziende il cui fatturato per la commercializzazione del farmaco innovativo sia superiore

<sup>59</sup> Le risorse incrementalmente derivano dall'eventuale aumento annuale del finanziamento del servizio sanitario nazionale e dalle risorse che si liberano per effetto della decadenza dei brevetti in corso d'anno.

<sup>60</sup> In forza della novella introdotta dall'art. 22, co. 3-*bis*, del d.l. n. 78 del 2009. Fatta eccezione per la spesa farmaceutica "diretta e per conto", la quale è posta a carico unicamente delle aziende farmaceutiche direttamente coinvolte in proporzione ai rispettivi fatturati.

<sup>61</sup> Così art. 5, co. 3, let. a) d.l. n. 159/2007.

<sup>62</sup> Così ancora l'art. 5, co. 3, let. a), d.l. n. 159 del 2007.

<sup>63</sup> E precisamente con l'art. 1, co. 595, l. n. 190 del 2014.

a trecento milioni di euro; in queste ipotesi la quota del 20% dello sfioramento resta a carico dell'azienda titolare della relativa AIC al commercio del farmaco, mentre l'80% viene ripartito fra le altre imprese titolari di AIC di farmaci non innovativi coperti da brevetto, in relazione al loro fatturato.

Successivamente, con il d.l. n. 123 del 2016<sup>64</sup> è stato previsto che, a partire dal 2016, lo sfioramento del fondo farmaci innovativi sia imputato in misura del 50% alle aziende titolari dell'AIC per gli innovativi e per il restante 50% alle altre aziende titolari di AIC per farmaci non innovativi coperti da brevetto.

A chiusura di questa rapida illustrazione, non possiamo non ricordare la modifica da ultimo intervenuta con la legge di stabilità del 2017<sup>65</sup>, con la quale si è previsto che, a partire dal primo gennaio, vengano istituiti due fondi, rispettivamente, per l'acquisto di farmaci innovativi e di farmaci innovati oncologici.

## 5. *Il caso Takeda Italia s.p.a. e la sentenza della Corte costituzionale n. 70 del 2017*

L'impianto normativo così descritto dà adito a più di qualche perplessità sul piano costituzionale, come, del resto, dimostra la questione di costituzionalità decisa con la sentenza n. 70 del 2017 e sollevata dal Tar Lazio con l'ordinanza di rimessione n. 49 del 2016, i cui argomenti meritano di essere esposti perché hanno il pregio di far emergere con grande chiarezza le questioni legate al meccanismo del *pay-back* farmaceutico, con particolare riferimento al tema che ci occupa.

### 5.1. *Gli argomenti dell'ordinanza di rimessione e dell'Avvocatura dello Stato*

Il caso dal quale è sorta la questione di costituzionalità ha avuto origine a seguito dell'impugnazione di una serie di provvedimenti dell'AIFA, ad opera dell'azienda farmaceutica Takeda Italia s.p.a., la quale commercializza in Italia una serie di farmaci di fascia A non innovativi coperti da brevetto. Questa, infatti, pur avendo rispettato il *budget* assegnatole, ve-

<sup>64</sup> Nello specifico l'art. 21, co. 16.

<sup>65</sup> Come previsto dall'art. 1, commi 400 e 401, l. n. 232 del 2016.

niva chiamata a ripianare *pro quota* lo sfioramento relativo all'anno 2013 del Fondo destinato agli acquisti dei farmaci innovativi. Ciò, in forza dell'art. 5, co. 3, lett. a), d. l. n. 159 del 2007 analizzato in precedenza<sup>66</sup>.

La ricorrente sostiene che dalla illegittimità costituzionale di quest'ultimo deriva l'illegittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati.

Tali dubbi di legittimità sono stati fatti propri dal giudice amministrativo, il quale con l'ordinanza n. 49 del 2016 ha denunciato, per violazione degli artt. 3 e 97 Cost., l'illegittimità costituzionale della norma in forza della quale allo sfioramento del fondo stanziato per l'acquisto di farmaci innovativi sono chiamati a contribuire solo le aziende che operano nel comparto dei farmaci non innovativi coperti da brevetto.

Nonostante il richiamo all'art. 97 Cost., le doglianze si muovono tutte attorno alla lesione dell'art. 3 Cost. e nello specifico viene lamentato il mancato rispetto del canone della ragionevolezza.

Il giudice rimettente denuncia, infatti, l'irrazionalità della scelta legislativa di far gravare su tutte le aziende titolari di AIC lo sfioramento del fondo in relazione, per di più, al fatturato relativo all'attività di produzione di medicinali non innovativi coperti da brevetto e non a quello relativo ai farmaci innovativi. In altri termini, si dubita della legittimità costituzionale dell'onere gravante su aziende che operano in «un diverso comparto» rispetto a quello in cui lo sfioramento si è verificato.

Tale previsione – continua il giudice – si basa su un presupposto «meramente apodittico» che vi sia sostanziale coincidenza fra le aziende che operano nei due comparti.

In tal modo la disciplina legislativa assume la natura di una prestazione imposta, non qualificabile *ex ante*, e che prescinde «da qualsiasi comportamento negligente imputabile alle suddette imprese».

Dalle doglianze mosse dal giudice *a quo* risulta con evidenza come l'irrazionalità della disciplina si basi sul presupposto che il settore dei farmaci innovativi e quello dei farmaci non innovativi coperti da brevetto siano due comparti separati, di qui l'incostituzionalità di una disciplina che fa gravare lo sfioramento registrato nel settore dei farmaci innovativi su aziende operanti in un altro e diverso settore.

L'Avvocatura dello Stato, dal suo canto, pone in discussione proprio tale presupposto ed afferma che è fuorviante la posizione assunta dal giudice rimettente in quanto, in realtà, il settore sarebbe il medesimo: ossia

<sup>66</sup> Al caso concreto, infatti, si applicava la norma nella formulazione antecedente alle modifiche intervenute con il d. l. n. 123 del 2016.

quello delle aziende titolari dell'AIC operanti nel settore dell'assistenza farmaceutica.

Su tali basi, la norma non sarebbe irragionevole poiché sarebbe giustificata dalla finalità perseguita dalla disciplina legislativa: il supporto della ricerca e della disponibilità dei farmaci innovativi, che verrebbe fortemente compressa se le aziende, le quali investono in ricerca e sviluppo per produrre tale tipo di farmaci, dovessero farsi carico anche dei costi derivanti dal superamento del fondo predisposto a tale scopo.

### 5.2. La decisione della Corte costituzionale

La Corte costituzionale nella sentenza n. 70 del 2017 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale, con una decisione che dà adito a più di qualche perplessità; prima di analizzare queste ultime, però, riteniamo utile ripercorrere l'*iter* argomentativo seguito dalla Consulta.

Il giudice delle leggi inizia con il ricordare che la disposizione ha quale *ratio* quella «di favorire lo sviluppo e la disponibilità di farmaci innovativi, in un contesto di risorse limitate» e, difatti – rammenta subito dopo – la norma si colloca nell'ambito di una disciplina avente una funzione di razionalizzazione della spesa pubblica.

La norma è, infatti, il frutto del bilanciamento fra «le esigenze di diffusione e innovazione farmaceutica – e quindi di tutela della salute –» e le «esigenze di razionalizzazione e contenimento della spesa sanitaria».

Bilanciamento che, pur risolvendosi nella compressione dei margini ricavabili dalle aziende produttrici di farmaci non innovativi coperti da brevetto, non è irragionevole anche perché vengono chiamate a contribuire imprese che ottengono dal sistema (della rimborsabilità dei farmaci) «indubbi benefici».

Il giudice delle leggi, nel considerare quale presupposto pacifico che farmaci non innovativi coperti da brevetto e farmaci innovativi appartengano al medesimo comparto<sup>67</sup>, afferma che non è rilevante che tale onere gravi anche su aziende che abbiano rispettato il *budget* loro assegnato, poiché «il criterio dell'imputabilità per la spesa eccedente il *budget* [...] appare strutturalmente inidoneo in riferimento all'acquisto di farmaci

<sup>67</sup> Nella decisione si legge, infatti, solo che «... gli oneri imposti agli operatori economici del medesimo comparto si inseriscono...».

innovativi, non rapportabile ai consumi registrati nei precedenti anni di spesa».

In altri termini, secondo la Corte, a nulla rileva il rispetto dei *budget* assegnati, per la diversità dei meccanismi che governano la spesa dei farmaci innovativi autorizzati in corso d'anno, i quali non permettono di avere un indice storico di riferimento.

La ponderazione operata dal legislatore non è irragionevole, poi, per altri due motivi, richiamati *ad adiuvandum*: il primo, perché la compartecipazione al ripiano della spesa per l'innovazione farmaceutica è suscettibile di tradursi in un incentivo ad investire in tale innovazione, anche se la Corte non ne spiega le ragioni; il secondo, perché, come proverebbero le numerose modifiche avutesi nel tempo, la disciplina può, a buon conto, considerarsi temporanea.

Esposti gli argomenti addotti a sostegno della infondatezza della questione di costituzionalità, possiamo concentrarci sulla loro analisi e proporre alcune riflessioni critiche, iniziando dal richiamo ad un'idea di giustizia *a priori* che sembra manifestarsi nell'argomentazione della Corte.

Il giudice delle leggi reputa, infatti, non manifestamente irragionevole la norma in contestazione perché questa chiama le aziende farmaceutiche a contribuire ad un sistema dal quale ricavano indubbi benefici.

Chi scrive ritiene che possa ritenersi *moralmente* giusto quanto ricorda la Corte (ossia che le aziende, le quali ricavano indubbi benefici economici, contribuiscano all'innovazione e alla sostenibilità del sistema in cui operano), ma in ciò, però, non può risolversi il controllo di costituzionalità.

I dubbi che circonda il ricorso ad una idea di giustizia *a priori* nel controllo di ragionevolezza<sup>68</sup> sono fin troppo noti e ci consentono di non indugiare oltre sul punto; ci limitiamo, pertanto, ad osservare che, sebbe-

<sup>68</sup> Sembra infatti che in questo caso le argomentazioni della Corte si siano avvicinate a quel controllo di giustizia individuato da G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 155 ss., e che ricorre a criteri di giustizia *a priori* rispetto ai contenuti dell'ordinamento giuridico. Su tale tipo di controllo, però, giustamente G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2001, 256 ss., afferma che, così intesa, la ragionevolezza se, da un lato, ha la possibilità di essere «strumento effettivo di giudizio solo quando l'arbitrarietà della norma raggiunga i livelli di incontestabile oggettività e di irrefutabile chiarezza» (p. 257), dall'altro, rischia di dilatare oltre misura gli spazi di politicizzazione del giudice costituzionale e, cosa ancora più grave, permetterebbe pericolosamente a quest'ultimo di «rifugiarsi dietro forme di legittimazione della decisione di tipo consensuale, facendo appello ai paradigmi culturali dominanti nella coscienza sociale, che [...] non sono sempre in armonia con un'esigenza di effettiva giustizia» (p. 256).

ne chi scrive sia convinto che l'utilità sociale debba risultare prevalente rispetto alle ragioni del capitale, ciò deve, comunque sia, avvenire nel rispetto della Costituzione.

A ben vedere la questione si colloca non sul terreno dell'utilità sociale, quale limite all'attività economica privata (tesi, questa, pure adombrata dall'Avvocatura dello Stato che ha argomentato sull'art. 41 Cost. anche se non richiamato nell'ordinanza di rimessione), ma su quello delle esigenze di contenimento della spesa pubblica.

Prima di soffermarci su questo specifico aspetto, vorremmo proporre, però, alcune considerazioni critiche sull'argomento della temporaneità.

Come abbiamo visto, la Consulta, per dimostrare la provvisorietà della disciplina, richiama le modifiche normative avutesi negli ultimi anni. Operazione, questa, criticabile, da un lato, perché tali modifiche non hanno rilevanza alcuna per il giudizio principale, in quanto in quella sede il giudice è chiamato ad applicare la normativa precedente, vale a dire quella introdotta dal d.l. n. 159 del 2007; dall'altro, perché intervengono su una disciplina che è rimasta, per lo specifico profilo in analisi, sostanzialmente immutata per dieci anni.

Le modifiche normative richiamate, infatti, non hanno inciso sull'impianto generale della disciplina, in quanto riguardanti<sup>69</sup> la quantificazione delle quote dello sfioramento gravanti sulle aziende farmaceutiche.

In altri termini, in tutti gli interventi è rimasto fermo l'obbligo delle aziende titolari di AIC per farmaci non innovativi coperti da brevetto di contribuire al ripiano dello sfioramento.

Sgombrato il campo dalle affermazioni meno solide, possiamo dedicarci agli aspetti maggiormente problematici della decisione.

Innanzitutto, bisogna rilevare che desta più di qualche perplessità l'assenza di una qualsiasi riflessione sull'identità o meno di comparto fra i farmaci innovativi e quelli non innovativi coperti da brevetto; profilo che, come abbiamo visto, rappresenta il presupposto a partire dal quale il giudice amministrativo argomentava per dimostrare l'incostituzionalità della norma. Il TAR, infatti, faceva leva proprio sulla diversità dei due comparti per sostenere l'incompatibilità costituzionale del meccanismo che arrivava a configurare una prestazione imposta senza giustificazione alcuna.

La Corte, invece, ha fatto acriticamente propria la posizione dell'Av-

<sup>69</sup> Salvo la legge di stabilità del 2017 che si occupa dello stanziamento di risorse aggiuntive, prevedendo l'istituzione di due specifici fondi

vocatura dello Stato, la quale, viceversa, ha sostenuto che il comparto dovesse ritenersi lo stesso, vale a dire quello delle aziende titolari di AIC, e che in forza di ciò può predicarsi la ragionevolezza della norma alla luce della finalità di favorire la disponibilità dei farmaci innovativi.

A parere di chi scrive, però, il giudice delle leggi avrebbe dovuto chiarire la ragione per la quale le differenze sia di ordine tecnologico-scientifico sia economico fra farmaci non innovativi e farmaci innovativi non permettano di affermare l'esistenza di due distinti comparti.

E del resto che l'identità del comparto non possa ritenersi un presupposto pacifico lo si evince dalle stesse parole della Corte, la quale afferma che il sistema a governo della spesa dei farmaci non innovativi – ossia quello dei *budget* – appare strutturalmente inidoneo all'acquisto di farmaci innovativi.

Pur a voler prendere per buona l'identità di comparto, riteniamo, però, che non sia costituzionalmente giustificabile un meccanismo che imponga ad alcuni soggetti di essere chiamati a rispondere per qualcosa che non hanno contribuito a determinare.

È bene tener presente, poi, che il contributo richiesto non è determinato in misura fissa per tutte le aziende titolari di AIC, ma varia a seconda della misura dello sfioramento che si viene a determinare nell'anno preso in considerazione.

Non solo, quindi, la norma non prevede quale presupposto per la sua applicazione un comportamento negligente dei soggetti che sono chiamati alla prestazione, ma lo stesso comportamento *diligente* delle singole imprese viene ad essere frustrato: non solo perché per la norma non ha valore alcuno che queste abbiano svolto la propria attività secondo tale canone, poiché vengono chiamate a rispondere del disavanzo per il solo fatto che questo si sia verificato e pur non essendo coinvolte nella commercializzazione dei farmaci innovativi; ma anche perché un sistema che non prevede una prestazione di natura fissa e determinata *ex ante*, ma determinabile di volta in volta, non premia neppure una gestione aziendale che attua una idonea programmazione dei costi.

Le aziende, infatti, anche se mettessero in programmazione dei costi per lo sfioramento – del quale, è bene ribadirlo, non hanno alcuna responsabilità – del fondo innovativi, potrebbero essere chiamate a ulteriori sforzi economici nel caso in cui la spesa per tali farmaci risultasse superiore alla previsione effettuata in autonomia dalle stesse.

Secondo la Corte, però, il sistema così descritto non sarebbe irragionevole in forza della finalità di incentivazione alla diffusione e alla

promozione dell'innovazione farmaceutica che la norma espressamente dichiara di perseguire.

A leggere con attenzione la disciplina ci si avvede, tuttavia, che tale finalità è il velo che nasconde il vero intento della normativa, che è, come già detto, il solo contenimento della spesa pubblica.

L'intera vicenda, infatti, si gioca tutta attorno al tema del risparmio di spesa piuttosto che sulla (nobile) finalità di favorire e sostenere la ricerca farmaceutica, la quale, al contrario, rappresenta solo un comodo salvacredito sbandierato, nell'ordine, dalla legislazione statale, dall'Avvocatura dello Stato e, acriticamente, dalla stessa Corte costituzionale.

E ciò del resto è riconosciuto espressamente dalla stessa Corte, la quale afferma che «gli oneri imposti agli operatori economici del medesimo comparto si inseriscono, infatti, nel contesto di un complesso disegno economico volto al contenimento della spesa sanitaria e all'acquisizione delle risorse per finanziarla».

In altri termini, ci troviamo di fronte a quello che, in altra sede, la dottrina ha definito un «bilanciamento diseguale ma “inverso”»<sup>70</sup>, in cui a prevalere sono le esigenze di bilancio.

Diversamente dalle ipotesi che hanno maggiormente interessato la dottrina costituzionalistica, in questo caso il diritto sociale, e nella specie il diritto alla salute, non è *direttamente* coinvolto, ma entra in gioco solo *mediatamente*, attraverso la disciplina di un settore ad esso direttamente e strettamente collegato, qual è il settore farmaceutico.

In questo caso, infatti, il “bilanciamento inverso”, che vede contrapporsi le esigenze di bilancio all'innovazione e alla diffusione farmaceutica, si risolve non solo in una diminuzione dei ricavi delle aziende stesse, ma in una più generale compressione del diritto alla salute, poiché determina una riduzione delle risorse spendibili in ricerca e sviluppo di nuovi ed innovativi farmaci.

Quanto affermato risulta con chiarezza se la vicenda in questione si legge alla luce del sistema complessivo dei *budget* assegnati alle singole aziende.

Tale meccanismo, infatti, operando una contrazione della dinamica concorrenziale<sup>71</sup>, predetermina il fatturato delle singole aziende sulla base

<sup>70</sup> I. CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, 707.

<sup>71</sup> È questa l'idea autorevolmente espressa dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale nella Segnalazione, AS421, *Interventi urgenti in materia economico finanziaria per lo sviluppo e l'equità sociale*, 24 ottobre 2007, in Boll. n. 38/2007, libera-

dei volumi di vendita e dei prezzi dell'anno precedente, senza prevedere alcun correttivo. Ciò impedisce alle imprese, o perlomeno rende loro molto complesso, «non solo di aumentare il proprio fatturato, ma anche di mantenere quantomeno invariato l'utile realizzato nell'anno precedente», in quanto non è possibile far adeguatamente fronte agli eventuali aumenti dei costi di produzione<sup>72</sup>.

È evidente che per le imprese, salvo che siano imprese multinazionali o con rilevanti fatturati (anche perché operanti non solo nel mercato nazionale), diventa difficile, perché ridurrebbe ulteriormente i margini di annuali di profitto, destinare adeguate risorse per investimenti in ricerca e sviluppo di nuovi farmaci<sup>73</sup>.

Da ciò emerge un ulteriore profilo di incostituzionalità non considerato dalla Corte: la contraddittorietà intrinseca<sup>74</sup>. La norma, infatti, risulta irragionevole anche rispetto alla stessa finalità di tutela dell'innovazione farmaceutica, perché, aggiungendo alla sostanziale staticità delle quote di mercato un aggravio di costi (apparentemente giustificato dall'esigenza di tutela dell'innovazione), disincentiva (o potrebbe disincentivare) nel complesso gli investimenti delle aziende nell'innovazione e nello sviluppo che la stessa norma dichiara di voler tutelare.

In conclusione, dal quadro così delineato ci pare che emerga con chiarezza la forza pervasiva che sempre più spesso le considerazioni di ordine finanziario assumono non solo nella legislazione, ma nella stessa giurisprudenza costituzionale. Ed è a tale profilo che dedicheremo le riflessioni conclusive di questo scritto.

mente consultabile al sito *www.agcm.it*; contra C. DE VINCENTI, *Mercato e intervento pubblico nel crocevia della farmaceutica*, in C. DE VINCENTI, R. FINOCCHI GHERSI, A. TARDIOLA (a cura di), *La sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, Bologna, 2011, 305.

<sup>72</sup> G.F. FERRARI, F. MASSIMINO, *Diritto del farmaco*, cit., 201.

<sup>73</sup> Quanto detto sembra anche smentire quanto afferma la Corte, ossia che la disciplina in contestazione potrebbe addirittura rappresentare «un incentivo ad investire in tale innovazione». Fatto questo che, per giunta, potrebbe favorire imprese di grandi dimensione, i cui ingenti fatturati (acquisiti perché operanti sul mercato mondiale e quindi non direttamente collegati ai meccanismi di gestione del mercato nazionale) permettono loro di continuare ad investire nonostante la disciplina restrittiva.

<sup>74</sup> Come ricorda G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 202, si ha contraddittorietà intrinseca, e nella specie teleologica, «quando sussiste contraddizione fra la regolazione normativa e la sua *ratio*». A queste definizioni aderisce anche F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 15.

6. *I vincoli di spesa, le esigenze di bilancio e le implicazioni di sistema. Alcune riflessioni critiche anche alla luce della recente giurisprudenza costituzionale*

Come abbiamo anticipato in apertura di questo scritto, le vicende analizzate danno conferma delle preoccupazioni espresse dalla dottrina costituzionalistica intorno al peso sempre maggiore assunto dall'esigenza di contenimento della spesa pubblica<sup>75</sup>.

In queste notazioni conclusive cercheremo di ragionare sulle conseguenze derivanti dalla nuova centralità assunta dal concetto dell'equilibrio di bilancio, partendo dai risultati raggiunti nell'analisi delle vicende qui prese in esame.

Sul generale ruolo assunto dai vincoli di spesa e sull'introduzione del "pareggio" di bilancio" si è detto e scritto molto<sup>76</sup> e non è certamente questa la sede per ripercorrere il dibattito e le varie posizioni sul punto.

Più modestamente qui si vuole cercare di ragionare a partire da un assunto: le vicende attuali in tema di politiche di contenimento della spesa pubblica sembrano essere la tappa conclusiva di quel percorso che «ha introdotto nel nostro sistema giuridico, ma più in generale, culturale l'idea che vi possano essere condizionamenti o priorità di carattere finan-

<sup>75</sup> Fra i molti scritti sul tema, qui ci limitiamo ad indicare, anche per gli opportuni approfondimenti bibliografici: L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it* n. 3/2015; S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Torino, 2015; R. BIFULCO, O. ROSELLI (a cura di), *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; I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma, 2012; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi*, Napoli, 2012.

<sup>76</sup> La bibliografia sul tema è davvero molto vasta; qui, pertanto, senza nessuna pretesa di completezza ci limitiamo a segnalare: G. LO CONTE, *Equilibrio di bilancio, vincoli sovranazionali e riforma costituzionale*, Torino, 2015; C. BERGONZINI, *Parlamento e decisioni di bilancio*, Milano, 2014; T.F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quad. cost.*, 2014, 51 ss.; V. LIPPOLIS, N. LUPO, G. M. SALERNO, G. SCACCIA (a cura di), *Costituzione e pareggio di bilancio*, Napoli, 2012; AA.VV., *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Atti del Seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013; F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Rivista AIC*, 2/2012; M. MAZZIOTTI, *Note minime sulla legge costituzionale 20 aprile 2012 n. 1*, in *Giur. cost.*, 2012, 3791 ss.; D. DE GRAZIA, *L'introduzione del principio del pareggio di bilancio in Costituzione (tra vincoli europei e zelo del legislatore)*, *ivi*, 2012, 2483 ss.; A. BRANCASI, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2/2012; ID., *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2012;

ziario in ragione dei quali può essere ragionevole riconoscere l'impossibilità di dare piena risposta ai bisogni della comunità»<sup>77</sup>.

Ciò che di tale affermazione rileva, con specifico riguardo al controllo di costituzionalità, è la considerazione che la modifica dell'art. 81 Cost. ha una portata che va ben al di là degli effetti riscontrabili quando sia formalmente ed espressamente richiamato nel giudizio di costituzionalità ed è, viceversa, capace di esprimere una portata di ordine eminentemente culturale tesa a condizionare ogni valutazione di costituzionalità che con esso si debba, anche indirettamente e tacitamente, confrontare<sup>78</sup>.

Come vedremo meglio fra breve, i vincoli di spesa e il correlativo concetto dell'equilibrio di bilancio sembrano essere divenuti, per il Legislatore, l'obiettivo primario da perseguire e attorno al quale plasmare tutti gli interventi normativi e, per la Corte costituzionale, un parametro immanente evocato anche quando non è espressamente e formalmente richiamato e che, sebbene risulti spesso inserito in parti della motivazione che assumono la veste formale di *obiter dicta*, si mostra come la ragione finale che ispira la decisione.

Tutto ciò in forza di una sorta di alleanza fra Corte costituzionale e Legislatore, in base alla quale la prima non si limita a svolgere un con-

<sup>77</sup> C. BUZZACCHI, *Spesa pubblica ed indebitamento: le regole dei nuovi artt. 81 e 97 Cost.*, in *Riv. it. di dir. pub. com.*, 2016, 444.

<sup>78</sup> Evidentemente l'impostazione propria di questo scritto va oltre il problema posto in dottrina, e pure di fondamentale importanza, sulle conseguenze di ordine costituzionale derivanti dalla specifica previsione di un controllo di costituzionalità sul rispetto dei vincoli di bilancio. Sul punto, acutamente, G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in V. LIPPOLIS, *et alia* (a cura di), *Costituzione e pareggio di bilancio*, cit., 212, scrive che tale controllo tocca «uno degli snodi cruciali della forma di governo, perché [fa] oggetto di responsabilità giuridica e di sanzione costituzionale obbligazioni che in precedenza rilevavano solo in sede politica e restavano consegnate, in definitiva, alle dinamiche della relazione fiduciaria». Ciò – continua l'Autore – «riduce inevitabilmente lo spazio della negoziazione Parlamento-Governo, rischia di marginalizzare ulteriormente il ruolo delle opposizioni parlamentari e irrigidisce, pertanto, i processi di determinazione dell'indirizzo politico, così incidendo sugli equilibri della forma di governo» (p. 213). Tale forza pervasiva (e perversa) del nuovo articolo 81, sarebbe, però, stemperata dalla difficoltà di assumere a parametro costituzionale l'art. 81, essenzialmente per due ordini di fattori: la sua indeterminatezza (così N. D'AMICO, *Oplà: il pareggio di bilancio non c'è più*, in *www.brunoleoni.it*, n. 107, 4) e per l'intrinseca «scarsa coercibilità giuridica delle norme costituzionali di bilancio» (così ancora G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, cit., 213 ss., del quale è anche la frase riportata fra virgolette). Per un giudizio, critico, sulla difficoltà di invocare efficacemente l'art. 81 quale parametro di costituzionalità si veda M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali*, in AA. VV., *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, cit., 25 ss.

trollo poco incisivo e a tratti giustificazionista sulle scelte di politica legislativa in materia finanziaria, ma dà vere e proprie indicazioni sulla conformazione che la legislazione deve assumere in forza della fondamentale esigenza del rispetto dei vincoli di spesa.

Ciò è riscontrabile nelle vicende analizzate in questo scritto.

Nel caso dei farmaci *off label*, proprio grazie alle indicazioni della giurisprudenza costituzionale, la normativa sulla valida alternativa terapeutica è stata profondamente trasformata, incorporando al suo interno anche la valutazione sull'economicità dei farmaci, proprio al fine di dare un maggiore spazio all'esigenza di contenimento della spesa pubblica<sup>79</sup>.

Allo stesso modo, nella vicenda dello sfioramento del fondo dei farmaci innovativi, la disciplina, volta al contenimento della spesa farmaceutica, è stata salvata dalla Corte costituzionale facendo leva sul solo fine dichiarato dal legislatore, la tutela dell'innovazione farmaceutica, anche se la compatibilità costituzionale di tale meccanismo era tutta da dimostrare anche alla luce della meritoria finalità che la norma dichiarava di perseguire.

Passando dal particolare al generale, si può affermare, quindi, che le vicende qui analizzate sembrano confermare come la modifica dell'art. 81 Cost. (al netto della possibilità del ricorso all'indebitamento, lasciata aperta dal sintagma "equilibrio di bilancio"<sup>80</sup>) non solo porti a compimento un percorso iniziato già da tempo, ma avrà (come in parte ha già avuto) effetti rilevanti nell'ordinamento<sup>81</sup>.

Recente e attenta dottrina ha rilevato, infatti, che se «il "vecchio" art. 81 era stato pensato come limite all'irrazionalità delle spese volute dalla politica, ivi comprese quelle per la sicurezza sociale, ora i ruoli sono

<sup>79</sup> Come abbiamo visto, infatti, a seguito della sent. n. 151 del 2014, il d.l. n. 36 del 2014, convertito in legge n. 79 del 2014, ha previsto che nella valutazione compiuta dall'AIFA venga preso in considerazione oltre che l'elemento tecnico scientifico anche quello economico.

<sup>80</sup> È questo quanto sostenuto da M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali*, cit., 22 ss.

<sup>81</sup> In tale prospettiva riteniamo riduttivo quanto sostenuto da G. L. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012*, in AA.VV., *Il principio dell'equilibrio di bilancio* cit., 95 ss., sul presupposto che tale obbligo era già stato introdotto tramite diritto UE e Fiscal Compact, il quale afferma che la revisione della costituzione abbia avuto un valore eminentemente politico «dare maggiore visibilità alle regole in materie di bilancio, già presenti nel diritto europeo e interno, ma connotate da una prassi applicativa assai lacunosa» e, si conseguenza, «rendere consapevoli le forze politiche e l'opinione pubblica della necessità di una gestione rigorosa del bilancio e di segnalare ai mercati la piena intenzione di perseguire questo obiettivo» (p. 116 s.).

invertiti, sicché è la tutela (minima) dei diritti sociali che funge da limite all'art. 81»<sup>82</sup>.

Vi è, in buona sostanza, un'inversione dell'ordine logico, prima ancora che fattuale, nei rapporti fra risorse disponibili, politiche di spesa e i diritti: la tutela e l'implementazione dei diritti non sono condizionati, come è inevitabile, dalle risorse finanziarie e dalle relative politiche di spesa, ma sono queste ultime ad essere condizionate dai diritti, nel senso che questi, o meglio il loro nucleo essenziale, costituisce il limite oltre il quale non gli è consentito spingersi.

In questo scenario anche il ricorso alla dottrina del nucleo essenziale<sup>83</sup> è un aspetto per nulla secondario e che ha delle conseguenze tutt'altro che irrilevanti nel controllo di costituzionalità<sup>84</sup>. A noi pare, infatti, che ragionare in termini di nucleo essenziale dei diritti quando sull'altro piatto del bilanciamento si trovano le esigenze di bilancio, potenziate dalla revisione della Costituzione del 2012 e delle politiche europee, rischia di legittimare una visione minimalista dell'impianto costituzionale dei diritti.

In tempi in cui le esigenze di bilancio sono divenute così centrali, una visione che non pone i diritti, ma il loro nucleo essenziale, come limite alla legislazione, rischia di spostare l'equilibrio dal polo qualitativo dell'essenzialità a quello quantitativo del minimo e ciò comporta che il legislatore possa "spogliare" il diritto di tutte le garanzie e le prestazioni discrezionalmente ritenute superflue<sup>85</sup>.

<sup>82</sup> GIU. SERGES, *Norme "tecniche" e norme ideologiche. Una riflessione sulle regole dell'austerità e sull'articolo 81 cost.*, in G. GRASSO (a cura di), R. PERRONE (con la collaborazione di), *Il governo tra tecnica e politica*. Atti del Seminario Annuale del «Gruppo di Pisa» di Como, 20 novembre 2015, Napoli, 2016, 280.

<sup>83</sup> Limitandoci alla giurisprudenza più recente si vedano le sentt. nn. 173, 203 e 275 del 2016.

<sup>84</sup> Come fa notare giustamente C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali – relazione al XXVIII convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, 4/2013, 10, è, in realtà, «un concetto sfuggente», «inafferrabile come l'immagine di una fata morgana», poiché la Corte non ne «fornisce i connotati e i criteri di identificazione, scorgendone solo di volta in volta, dinanzi al singolo caso, i contenuti e la linea di confine che ne presidia l'intangibilità». Come già infatti aveva fatto notare in precedenza (EAD., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, 2000, 130), tale inafferrabilità dipende dal fatto che «esso nasce da un orientamento che si autoalimenta, senza che possa individuarsi una decisione "capostipite" in cui cogliere una definizione volta a circoscriverne il concetto».

<sup>85</sup> Quando, infatti, si fa ricorso al concetto dell'essenzialità si corre il rischio che alla «qualificazione della situazione soggettiva» si arrivi mediante «l'individuazione del suo nucleo di facoltà e poteri» più rilevanti «con la conseguenza che la concreta tutela [...] venga ad essere limitata soltanto ad uno specifico contenuto» (così L. PRINCIPATO, *I diritti*

Che l'essenzialità sia un concetto complesso<sup>86</sup>, sempre passibile, peraltro, di essere interpretato in senso *quantitativo* piuttosto che *qualitativo*, è provato dalla lunga e tormentata discussione sui livelli essenziali delle prestazioni introdotti dalla revisione del Titolo V della Costituzione; si tratta di un problema noto, oggetto di ampia letteratura e sul quale, pertanto, è possibile non indugiare oltre<sup>87</sup>.

Così ragionando, però, viene fortemente ridimensionata la funzione promozionale dello Stato nell'attuazione e implementazione dei diritti, che altro non significa se non l'impianto solidaristico ed egualitaristico della nostra Costituzione.

Alla luce di tali considerazioni deve essere accolta con favore una recente pronuncia della Corte costituzionale, la sentenza n. 275 del 2016<sup>88</sup>, nella quale il giudice delle leggi, in modo chiaro e netto, afferma che «è la

*costituzionali e l'assetto delle fonti dopo la riforma dell'art. 117 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2002, 1183). Il rischio che si paventa in questo scritto è che il "contenuto essenziale" possa tradursi in una formula in base alla quale «ogni diritto sociale, purché non venga azzerato, può essere impoverito sino alla soglia minima, la cui definizione è rimessa insindacabilmente al legislatore» e, salvo casi estremi, (di negazione vera e propria del diritto) esclude l'intervento della Corte costituzionale (le espressioni riportate fra virgolette sono di C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, cit., 131).

<sup>86</sup> Peraltro, come fa notare ancora C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit., 11, non sempre la Corte «ha persuaso il suo "uditorio", quando ha "assolto" le normative impugnate perché non ha ritenuto che esse incidessero sul contenuto essenziale dei diritti fondamentali, argomentando in merito alla loro ragionevolezza».

<sup>87</sup> Per la ricostruzione sul dibattito in merito alla nozione dei livelli essenziali si veda, per tutti, N. LONGO, *I livelli essenziali delle prestazioni quale clausola di omogeneità sul territorio nazionale*, Roma, 2012, 130 ss.; per il dibattito dottrinario sul rapporto tra contenuto essenziale dei diritti e livelli delle prestazioni si veda, invece, D. MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, 2012, 269 ss. Per quanto riguarda il problema della declinabilità in termini di assenzialità dei livelli di assistenza sanitaria prima della riforma del Titolo V, si veda R. BALDUZZI, *Titolo V e tutela della salute*, in R. BALDUZZI, G. GASPARRI (a cura di), *Sanità ad assistenza dopo la riforma del titolo V*, Milano, 2002, 19 ss. e ID., *Livelli essenziali di assistenza versus livelli minimi*, in G. BARBERIS, I. LAVANDA, G. RAMPA, B. SORO (a cura di), *La politica economica tra mercati e regole. Scritti in ricordo di Luciano Stella*, Milano, 2005, 49 ss.

<sup>88</sup> Sulla quale si vedano i commenti di: A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2016; E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Consulta online*, 1/2017, 105 ss.; L. MADAU, *«È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione*, in *Osservatorio AIC*, 2017.

garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione».

In tal modo la Corte sembra segnare un importante cambio di rotta<sup>89</sup> nel dibattito sui rapporti tra diritti sociali e esigenze di bilancio, confermando la centralità dei primi e il ruolo, in qualche modo, servente delle seconde; che altro non significa se non affermare il primato dei diritti sulle ragioni economiche.

Tale decisione non dovrebbe rimanere un caso isolato nelle dinamiche afferenti le politiche di spesa e, anzi, dovrebbe costituire il punto dal quale sia la Corte costituzionale sia, ancor di più, il Legislatore dovrebbero ripartire per individuare il giusto equilibrio fra i diritti e le esigenze di bilancio.

Ciò detto, però, occorre fare un passo ulteriore e rilevare che il discorso sulla spesa pubblica e sulle esigenze di bilancio non si esaurisce in politiche che incidono direttamente sulla spesa sociale, ma riguarda anche settori che investono, più o meno direttamente, il campo di attuazione di quest'ultima. Un chiaro esempio è dato dalla seconda delle vicende qui analizzata: la disciplina del ripiano dello sfioramento del fondo per i farmaci innovativi.

Nella vicenda, infatti, entra in gioco, prima ancora che la razionalità del riparto della quota di sfioramento, la compatibilità costituzionale di una politica legislativa che assume la stabilità finanziaria e la sostenibilità del debito quale «traguardo», cui le «politiche di sviluppo delle risorse umane, culturali, ambientali ed economiche [e tecnologiche] sembrano destinate a commisurarsi mettendo in conto anche una loro compressione in vista della preservazione della salute delle finanze della collettività»<sup>90</sup>.

La vicenda dei tetti di spesa per l'assistenza farmaceutica e del relativo meccanismo di ripiano dello sfioramento del fondo dei farmaci conferma che in questi anni, grazie all'azione di risanamento, la finanza ha perduto il ruolo subalterno non solo verso le decisioni amministrative, ma rispetto alle stesse decisioni legislative<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> Alla luce delle su esposte considerazioni non pare corretto quanto affermato a commento della decisione, ossia che la Corte abbia semplicemente ribadito «il primato, non offuscato dalla riforma costituzionale del 2012, dei diritti sociali sui vincoli di bilancio» (E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali*, cit., 122). In altri termini non è corretto affermare (come meglio si dirà anche *infra* nel testo) che nulla è cambiato con la riforma del 2012 riguardo al rapporto fra diritti e esigenze di bilancio.

<sup>90</sup> C. BUZZACCHI, *Spesa pubblica ed indebitamento: le regole dei nuovi artt. 81 e 97 Cost.*, cit., 450.

<sup>91</sup> R. PEREZ, voce *Finanza*. I) *Finanza pubblica*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 2000, 7.

La stabilità finanziaria sembra, infatti, aver assunto i connotati di un *valore* autonomo nella tavola costituzionale, al punto da essere divenuto il fondamentale e primario obiettivo dei programmi dei governi degli ultimi anni<sup>92</sup>. Ciò le permette di avere la prevalenza su tutti i valori che con essa (si mostrano in contrapposizione e pertanto) devono entrare in composizione; non solo, quindi, rispetto ai diritti sociali (e con buona pace del bilanciamento ineguale<sup>93</sup>), ma anche rispetto ad altri valori o interessi costituzionalmente rilevanti.

Come è stato giustamente affermato, infatti, quando l'esigenza dell'equilibrio finanziario entra nel bilanciamento «il polo opposto è ormai rappresentato da un complesso di interventi pubblici che comprendono le prestazioni sociali ma si estendono anche ad un insieme di altre azioni che, più ampiamente, sono condizioni di crescita e di sviluppo della comunità nazionale»<sup>94</sup>.

In tal modo, però, il rischio è che la forza assunta dal “valore” del pareggio di bilancio permetta a questo di travolgere tutti i valori e i principi

<sup>92</sup> In tal senso ancora C. BUZZACCHI, *Spesa pubblica ed indebitamento: le regole dei nuovi artt. 81 e 97 Cost.*, cit., 450 e 451, la quale sul punto riprende le considerazioni di R. PEREZ, *La finanza pubblica*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, 594.

<sup>93</sup> Secondo la nota tesi di Massimo Luciani espressa compiutamente per la prima volta in ID., *Sui diritti sociali*, in *Scritti in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, II, Padova, 1995, 126, il quale scrive che, sebbene, «fra esigenze economico-finanziarie ed esigenze sociali il bilanciamento va comunque compiuto, e la nostra Costituzione impone che si tratti di un bilanciamento ineguale, o meglio ancora che non si tratti di un vero e proprio bilanciamento (che è sempre fra eguali), perché il fine (il soddisfacimento dei diritti sociali della persona) non può essere posto sullo stesso piano del mezzo (l'efficienza economica)».

<sup>94</sup> C. BUZZACCHI, *Spesa pubblica ed indebitamento: le regole dei nuovi artt. 81 e 97 Cost.*, cit., 455. Prevalenza questa che non solo conduce direttamente ed espressamente alla compressione degli altri interessi contrapposti, ma che agisce (e ha agito) sia sul piano delle tecniche decisorie, si pensi alla modulazione degli effetti delle pronunce di costituzionalità nelle sentenze, talmente note che qui è sufficiente il solo richiamo, nn. 10 e 178 del 2015 (le quali arrivano, però, ad incidere sulla natura incidentale dello stesso giudizio costituzionale; sul punto si veda almeno, R. ROMBOLI, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quad. cost.*, 2015, 607 ss e spec. 613 ss.), sia sulle strategie argomentative, ossia sul canone della ragionevolezza. Su quest'ultimo aspetto, giustamente C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit., 11, afferma che se «da sempre si sottolinea che una delle implicazioni più problematiche del giudizio di ragionevolezza è data dalla possibile trasformazione della Corte da giudice della legittimità della legge in giudice della opportunità della stessa scelta legislativa», le decisioni della Corte che negli ultimi anni hanno fatto ricorso a tale canone sembrano piuttosto dimostrare il «contrario: il ricorso al *test* di ragionevolezza ha finito per contenere la pervasività del controllo di costituzionalità».

impressi in Costituzione, lasciandoli menomati o profondamente trasformati.

Al cospetto di un tale e per nulla potenziale pericolo è necessario invertire la rotta e ridare la giusta collocazione alle esigenze di bilancio e di contenimento della spesa<sup>95</sup>.

Queste ultime, infatti, anche ora che sono espresse nella formula dell'equilibrio di bilancio, non sono mai un valore, né tantomeno un principio, ma sono *semplicemente i mezzi dell'agire statale*<sup>96</sup>, e non dovrebbero, pertanto, essere bilanciate, né dal Legislatore né dalla Corte costituzionale, non solo con i diritti, ma neanche con i principi fondamentali del nostro ordinamento, primo fra tutti il principio di uguaglianza.

Anche perché, come fa notare Massimo Luciani, «le risorse di bilancio disponibili [...] non sono veramente un dato, bensì una variabile indipendente», poiché le «risorse economiche disponibili [...] sono così elevate che il problema sta assai meno nel loro totale che non – appunto – nella loro distribuzione tra i vari impieghi. La questione, allora, non è se vi siano o meno le risorse per soddisfare adeguatamente il diritto alla salute, ma se vi sia o meno la volontà politica di destinare a questo impiego le somme necessarie, distogliendole da altre utilizzazioni»<sup>97</sup>.

Fintantoché il Legislatore non farà propria questa visione, la Corte costituzionale dovrebbe assumere un atteggiamento più coraggioso e sottoporre ad uno scrutinio stretto di costituzionalità tutte quelle scelte politiche che perseguono il fine di contenimento della spesa pubblica.

Indicazioni in tal senso, del resto, non mancano nella stessa giurisprudenza costituzionale; si pensi, oltre alla meritoria sentenza n. 275 del 2016 già analizzata, anche alla sentenza n. 223 del 2012, nella quale le affermazioni espresse, sebbene facciano specifico riferimento a misure emergenziali, possono essere estese anche al più generale tema che qui si sta affrontando.

In questa pronuncia il giudice delle leggi ha incisivamente affermato che, sebbene il Legislatore possa contemperare il soddisfacimento de-

<sup>95</sup> Ciò significa rispettare anche il disegno originario voluto dal Costituente che aveva optato per una Costituzione «volutamente laica in materia» (l'espressione è di GIU. SERGES, *Norme "tecniche" e norme ideologiche*, cit., 280).

<sup>96</sup> Cfr. S. SCAGLIARINI, *La Corte tra Robin Hood tax e Legislatore "Senza terra"*, in *Consulta online*, 2015, 235.

<sup>97</sup> M. LUCIANI, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. CATELANI, G. CERRINA FERONI, M. C. GRISOLIA (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, 14.

gli interessi finanziari con la garanzia dei servizi e la protezione di cui tutti i cittadini necessitano, deve sempre essere garantito – poiché precipuo compito dello Stato – «il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, il quale, certo, non è indifferente alla realtà economica e finanziaria, ma con altrettanta certezza non può consentire deroghe al principio di uguaglianza, sul quale è fondato l'ordinamento costituzionale».

Nel far proprie queste importanti affermazioni di principio non si vuol certo sostenere la necessità di riscoprire e legittimare quella spesa pubblica fuori controllo che ha contrassegnato la nostra politica economica in tempi anche non troppo lontani, ma di ristabilire le priorità costituzionali<sup>98</sup> che vedono il bilancio quale materia servente non solo i diritti, ma anche quei principi costituzionali, primo fra tutti (ma non solo) il principio di uguaglianza, a governo dei settori di spesa che hanno una diretta incidenza sui diritti.

<sup>98</sup> L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Costituzionalismo.it*, 2013.



## ABSTRACT

**Antonio D'Atena**, *Le stagioni del costituzionalismo nel suo rapporto con la tutela dei diritti fondamentali*

L'articolo ha ad oggetto lo strettissimo rapporto tra il costituzionalismo e la tutela dei diritti fondamentali. Esso pone in luce l'atteggiarsi di tale rapporto nelle diverse stagioni del costituzionalismo: la stagione delle origini, quella successiva alla rivoluzione sovietica (caratterizzata dall'avvento dei diritti sociali) e la stagione successiva alla seconda guerra mondiale, nella quale la memoria di Auschwitz pone ineludibilmente sul tappeto l'esigenza dell'internazionalizzazione della tutela. Nella sua parte conclusiva, l'articolo evidenzia le minacce alle quali il costituzionalismo è esposto nel mondo contemporaneo e la sua persistente funzione storica.

*The Seasons of Constitutionalism in its Relationship with the Protection of Fundamental Rights*

The essay deals with the very close relationship between constitutionalism and the protection of fundamental rights. It highlights the characters that this relationship assumes in different seasons of constitutionalism: the season of the origins, the one after the Soviet revolution (characterized by the advent of social rights) and the season after the Second World War, in which the memory of Auschwitz makes inescapable the need for internationalization of protection. In its concluding part, the essay highlights the threats to which constitutionalism is exposed in the contemporary world and its irreplaceable function.

**Claudio De Fiores**, *Sulla rappresentazione della nazione. Brevi note sul divieto di mandato imperativo*

L'articolo esamina il concetto di nazione ponendo particolare attenzione al suo rapporto con la moderna dimensione della rappresentanza politica. L'autore, dopo aver esaminato l'istituto costituzionale del divieto di mandato imperati-

vo, evidenzia la sua persistente capacità di tenuta anche a fronte dell'attuale crisi dei partiti politici.

*About the Representation of the Nation. Brief Notes about the Prohibition of Imperative Mandate*

The article examines the concept of nation by paying particular attention to its relationship to the modern idea of political representation. The author, after examining the constitutional principle of the prohibition of imperative mandate, describes its performance in relation to current crisis of political parties.

**Diana-Urania Galetta**, *Trasparenza e contrasto della corruzione nella pubblica amministrazione: verso un moderno panottico di Bentham?*

Dopo un'analisi preliminare del possibile nesso tra trasparenza e lotta alla corruzione, lo scritto tratta principalmente del tema della trasparenza, attraverso l'analisi di ciò che si può intendere per trasparenza e di come questa viene declinata anche in altri ordinamenti e, in particolare, in quello USA.

Segue una rapida analisi della più recente normativa italiana in materia e, in particolare, del D.lgs. 33/2013 (c.d. codice della trasparenza), come modificato dal recente D.lgs. 97/2016, nel tentativo di metterne in evidenza le principali luci ed ombre.

Il contributo si sofferma poi sull'esame di quegli strumenti ulteriori messi potenzialmente a disposizione dal legislatore italiano allo scopo di favorire la trasparenza delle pubbliche amministrazioni (le c.d. 'occasioni perdute'), seguendo una linea di ragionamento che contesta l'idea stessa (che potremmo definire frutto di una 'illusione ottica') che si nasconde dietro la facile metafora della trasparenza, ove questa sia intesa nel suo significato semantico: e, cioè, come "La capacità di un corpo di permettere il passaggio, attraverso il suo spessore, di radiazioni luminose, e quindi la visione di oggetti situati al di là di esso".

Il tema della trasparenza come strumento di controllo generalizzato finalizzato alla lotta alla corruzione viene infine ripreso, con un approccio decisamente critico, nelle conclusioni.

*Transparency and Contrast of Corruption within Public Administration: towards a Modern Bentham Panoptic?*

After a preliminary analysis of the possible link between transparency and the fight against corruption, the paper mainly deals with the issue of transparency, through the analysis of what can be understood by transparency and how this is reflected in other legal systems, and in particular, in the US legal system.

A quick analysis follows concerning the latest Italian legislation in this domain and, in particular, Legislative Decree no. 33/2013 (c.d. Transparency

Code), as amended by the recent Legislative Decree no. 97/2016, in an effort to highlight its main lights and shadows.

The paper then focuses on the analysis of those additional tools potentially made available by the Italian legislator in order to promote transparency of public administrations (the so-called “lost opportunities”). It follows here a line of reasoning that disputes the idea itself (which we might describe as the result of an ‘optical illusion’) hiding behind the easy metaphor of transparency where this is understood in its semantic meaning: namely as “The ability of a body to allow passage through its thickness of light radiation and, therefore, the vision of objects located beyond it”.

The issue of transparency as a generalized control tool for combating corruption is finally dealt with, with a very critical approach, in the conclusions.

### **Tommaso Greco, *L'orizzonte del giurista tra autonomia ed eteronomia***

Il nostro sistema di formazione giuridica è ancora in gran parte imperniato sul modello ideale di un giurista eteronomamente determinato, cioè applicatore o semplice commentatore di norme. Ma le condizioni che avevano reso possibile in passato questo modello non sono più esistenti: la coincidenza tra stato e ordinamento giuridico, l'assoluta preminenza della legge nel sistema delle fonti, la rigida separazione dei poteri. Nel mondo attuale, il giurista deve muoversi in ordinamenti multilivello e tendenzialmente globali; deve tener conto di una pluralità di fonti; deve saper essere un interprete creativo.

Il modello del giurista ‘autonomo’ deve però essere adeguatamente costruito con una formazione il più possibile ‘aperta’ e interdisciplinare sul piano teorico, e il più possibile partecipativa sul piano pratico. Se si vuole rispondere alle sfide del presente è necessario superare la vecchia contrapposizione tra materie ‘culturali’ e ‘professionalizzanti’, ripensando nella sua globalità il modo in cui il giurista acquisisce le sue competenze.

### *The Horizon of the Jurist between Autonomy and Heteronomy*

Our legal education system is still based on the model of the heteronomous jurist, who simply applies or comments on norms. But the conditions that made this model possible no longer exist: the coincidence between the state and the legal order; the absolute primacy of legislation in the system of the sources of law; and the rigid separation of powers. In the present context, the jurist must work in a multilevel and increasingly global legal order; he must take into consideration a number of sources of law; and he must have the ability to be a creative interpreter of law.

On the theoretical level, the model of the “independent” jurist must be built with an open and interdisciplinary legal education, while on the practical level the jurist must be as participatory as possible. If we want to respond to the

challenges of the present, it is necessary to overcome the old contrast between “cultural” and “professional” subject matter, and to rethink in its entirety how the jurist acquires his skills.

**Giorgio Pino**, *Costituzione come limite, costituzione come fondamento, costituzione come assiologia*

Il saggio prende in esame tre modelli di costituzione, riferiti principalmente alla parte “sostanziale” della costituzione stessa: rispettivamente, la costituzione “come limite” (o modello della costituzione “per regole”), la costituzione “come fondamento” (o modello della costituzione “per principi”), e la costituzione “come assiologia” (o modello della costituzione “per valori”). I tre modelli vengono qui ricostruiti e messi a confronto, nei loro rispettivi punti di forza e di debolezza, rispetto all’obiettivo, da esse condiviso, di assicurare il maggior grado di prescrittività delle norme costituzionali.

*The Constitution of Rules, the Constitution of Principles, the Constitution of Values: Comparing Three Approaches to the Normativity of the Constitution*

The essay analyzes three conceptions of the ‘substantive’ part of the constitution – the Bill of Rights. The conceptions are the constitution as a limit (the model of rules), the constitution as a foundation (the model of principles), the constitution as axiology (the model of values). In the course of the essay, these three conceptions will be reconstructed and contrasted in their respective strengths and weaknesses, with a view to the aim that they all share, namely that of ensuring the highest possible level of normativity of the constitution.

**Leonardo Pace**, *I vincoli di spesa e le esigenze di bilancio nelle dinamiche della spesa farmaceutica. Profili di costituzionalità*

Il lavoro analizza due specifiche vicende riconducibili al più generale tema della spesa farmaceutica: quella Avastin-Lucentis riguardante il ricorso ai farmaci off label e quella Takeda Italia s.p.a. relativa ai tetti alla spesa farmaceutica territoriale e, nello specifico, allo sfioramento del fondo per i farmaci innovativi autorizzati in corso d’anno.

Queste vicende, seppur profondamente diverse fra loro, sembrano confermare le preoccupazioni di ordine generale espresse dalla dottrina costituzionalistica intorno al peso sempre maggiore assunto dall’esigenze di contenimento della spesa pubblica. Esigenze che, come è noto, hanno trovato da ultimo soddisfazione con la legge di revisione costituzionale n. 1 del 2012, con la quale è stato costituzionalizzato il vincolo dell’equilibrio di bilancio. Aspetto, quest’ultimo, che l’Autore affronta nella parte finale dello scritto.

*The budgetary constraints and the pharmaceutical spending. Constitutionality profiles*

This work analyses two specific sentences that lead us to a more general matter about pharmaceutical costs: the Avastin Lucentis sentence, about off label drugs resort and the Takeda Italia s.p.a. sentence, about drug territorial costs limits and more specifically, the budget overrun for innovative drugs that have been authorized during the ongoing year.

Both rulings, eventhough about distinct issues, seems to confirm the general concernings expressed by constitutional law scholars concerning State budget requirements. These requirements are objects of a new regulation after the entry into force of the constitutional review law n. 1 from 2012, with which the State was bound to the budget balance. The problems arrised from this amendment are analysed by the author in the last part of the work.



## NOTIZIE SUGLI AUTORI

ANTONIO D'ATENA, Professore emerito di Diritto costituzionale, Università di Roma "Tor Vergata"

CLAUDIO DE FIORES, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"

DIANA-URANIA GALETTA, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano

TOMMASO GRECO, Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università di Pisa

GIORGIO PINO, Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università di Palermo

LEONARDO PACE, Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi Roma Tre

Il sommario e gli *abstracts* dei contributi pubblicati in ciascun fascicolo sono reperibili anche in [www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com), nella apposita pagina web dedicata a «Diritto e Società».

La direzione e la redazione di «Diritto e Società» hanno sede in Roma, presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

La Rivista “Diritto e Società” – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansoni e da Cedam.

La Rivista è dotata di un Comitato di direzione che ha il compito di curarne la gestione, con specifico riguardo al programma editoriale. A tale fine la direzione si avvale della collaborazione del Comitato scientifico.

I lavori proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono vagliati dal Comitato di direzione e successivamente sottoposti ad almeno due esperti esterni al predetto Comitato. I contributi sono inviati ai referees in forma anonima e dopo aver eliminato anche i riferimenti, non solo bibliografici, che possano determinarne la riconoscibilità. Allo stesso modo, rimangono anonimi per l'autore del contributo gli esperti esterni che procedono alla valutazione.

I referees cui sottoporre i contributi sono scelti dal Comitato di direzione da un elenco approvato e periodicamente aggiornato dal predetto Comitato. Tale elenco è composto da professori ordinari di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica, in numero non inferiore a quindici.

Il parere degli esperti, che deve attenersi ai criteri definiti in via generale dal Comitato di direzione, è comunicato in via riservata al predetto Comitato. In caso di parere non unanime dei referees, il Comitato di direzione decide a maggioranza sulla pubblicazione. In casi particolari, quali ad esempio la pubblicazione di relazioni svolte a Convegni, il Comitato di direzione può decidere di non sottoporre il lavoro alla valutazione di esperti esterni alla Rivista. Ad ogni modo, a detta valutazione sono soggetti almeno il 60% dei lavori pubblicati in ciascun fascicolo nelle sezioni Saggi, Osservatorio, Attualità.

In questo fascicolo sono stati sottoposti a valutazione esterna i contributi di D'Atena, Greco, Pino, Pace.

#### Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel./fax 081 5800459

info@editorialescientifica.com

www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile

Maria Alessandra Sandulli

#### Abbonamenti

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.

Abbonamento 2017: Italia euro 120,00, estero euro 280,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di giugno 2017  
da *La Buona Stampa* – Napoli